



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

# TESIS DOCTORAL

## La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa

**Autor:**

**Darío Parra Sepúlveda**

**Directora:**

**María José Santos Morón**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

Getafe, Abril de 2014





## TESIS DOCTORAL

### La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa

**Autor:** Darío Parra Sepúlveda

**Directora:** María José Santos Morón

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de



*“Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”*  
*Kirchmann*



## ABREVIATURAS

LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia





# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO .....	15
<b>I. LA RELACIÓN ENTRE EL PACIENTE Y QUIEN LE PROCURA ASISTENCIA SANITARIA.....</b>	<b>15</b>
1.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS EN VIRTUD DE UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL FACULTATIVO Y EL PACIENTE. ....	17
2.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS EN VIRTUD DE UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL PACIENTE Y LA CLÍNICA PRIVADA. ....	21
3.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS EN VIRTUD DE UN SEGURO DE SALUD PRIVADO. ....	23
5.- ACTIVIDAD MÉDICA REALIZADA SIN MEDIAR CONTRATO ALGUNO. ....	25
<b>II. DIFERENCIAS DE RÉGIMEN Y CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN LOS DAÑOS POR SERVICIOS MÉDICOS .29</b>	
1.- PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES. ....	33
2.- CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES. ....	36
2.1. TEORÍA DE LA ABSORCIÓN O INCOMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES. ....	43
2.2. TEORÍA DE LA OPCIÓN O CONCURSO DE ACCIONES. ....	47
2.3. TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS. ....	52
2.4. NUESTRA POSICIÓN.....	58
<b>III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA .....</b>	<b>63</b>
1.1 EL CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y RESULTADO.....	67
1.2. MEDICINA CURATIVA Y MEDICINA VOLUNTARIA. ....	68
1.2.1.- La denominada medicina curativa, necesaria o asistencial. ....	70
1.2.2.- La denominada medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva. ....	76
1.2.2.1.- Las obligaciones del médico en el ámbito de la medicina voluntaria. ....	79
<b>CAPÍTULO SEGUNDO.....</b>	<b>87</b>
<b>I. LA CULPA.....</b>	<b>90</b>
1.- LA CULPA EN EL SISTEMA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	90
2.- LA CULPA AQUILIANA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	95
2.1. LA LLAMADA CULPA MÉDICA.....	98
3.- EL PARÁMETRO DE LA <i>LEX ARTIS</i> COMO DETERMINANTE DEL COMPORTAMIENTO DILIGENTE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ....	101
3.1. LOS DEBERES MÉDICOS COMO ESTÁNDAR DE CONDUCTA DILIGENTE. ....	108
<b>A) Deberes Céntricos o Primarios.....</b>	<b>113</b>
1.- El deber de asistencia médica. ....	113
1.1.- Deber de actuación médica. El Acto Médico. ....	116
1.2.- El deber de competencia profesional. ....	121
1.3.- El error de diagnóstico.....	124
2.- Deberes médicos relativos a la información.....	133
2.1.- El deber de informar al paciente. ....	134
2.1.1. - ¿Quién debe recibir la información? .....	137
2.1.2. - Momento en que debe informarse al paciente. ....	138
2.1.3. - Alcance del deber de información .....	144
2.1.3.1. - Información relativa a la autodeterminación del paciente.....	149
2.1.3.2. - Información terapéutica o de seguridad. ....	159

2.1.4.- Forma de la información. ....	162
2.1.5.- Limitaciones al deber de información. ....	164
2.2.- El deber de requerir el consentimiento del paciente. ....	169
2.2.1.- Capacidad y legitimación para emitir el consentimiento. ....	174
2.2.2.- Forma del consentimiento. ....	178
2.2.2.1. - <i>Los protocolos y el consentimiento informado.</i> ....	180
2.2.3.- Momento y estado en que debe prestar su consentimiento el paciente. ....	183
2.2.4.- Excepciones a la obligación de requerir el consentimiento. ....	186
2.3.- La prueba de los deberes médicos relativos a la información. ....	187
2.4.- Consecuencias del incumplimiento de los deberes relativos a la información. ....	193
<b>B) Deberes Secundarios de conducta. ....</b>	<b>201</b>
1.- <i>El secreto profesional.</i> ....	201
2.- <i>El deber de continuar con el tratamiento una vez iniciado.</i> ....	205
3.- <i>El deber de llevar en debida forma la historia clínica.</i> ....	207
<b>4.- LA PRUEBA DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ....</b>	<b>213</b>
4.1. <i>LA PRUEBA POR PRIMERA IMPRESIÓN (PRIMA FACIE O ANSCHEINSBEWEIS).</i> ....	216
4.2. <i>LAS COSAS HABLAN POR SÍ MISMAS (RES IPSA LOQUITUR).</i> ....	219
4.3. <i>LA DOCTRINA DE LA CULPA VIRTUAL (FAUTE VIRTUELLE).</i> ....	222
4.4. <i>LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO.</i> ....	225
4.5. <i>LA DOCTRINA DE LA DISTRIBUCIÓN DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA.</i> ....	230
<b>II. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD. ....</b>	<b>239</b>
<b>1.- CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA. ....</b>	<b>241</b>
1.1. <i>CAUSALIDAD DE HECHO (CAUSE IN FACT, KAUSAL ZUSAMMENHANG).</i> ....	245
1.2. <i>IMPUTACIÓN OBJETIVA (CAUSATION IN LAW, OBJEKTIVE ZURECHNUNG).</i> ....	251
<b>2.- LA PRUEBA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA. ....</b>	<b>259</b>
2.1. <i>LA PRESUNCIÓN JUDICIAL COMO MECANISMO PARA ESTABLECER EL NEXO CAUSAL.</i> ....	261
2.2. <i>RES IPSA LOQUITUR, PRIMA FACIE Y CAUSALITÉ VIRTUELLE.</i> ....	263
2.3. <i>LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO.</i> ....	267
2.4. <i>LA PROBABILIDAD COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DEL NEXO CAUSAL.</i> ....	272
2.4.1.- <i>La teoría de la probabilidad estadística (more probable than not).</i> ....	274
2.4.2.- <i>La doctrina de la pérdida de oportunidad (perte d'une chance).</i> ....	282
2.4.2.1.- <i>La pérdida de oportunidad de curación o supervivencia (perte d'une chance de survie ou de guérison).</i> ....	289
2.4.2.2.- <i>La pérdida de oportunidad por infracción de los deberes de información.</i> ....	305
<b>III. EL DAÑO. ....</b>	<b>314</b>
<b>1.- PREMISAS GENERALES. ....</b>	<b>315</b>
<b>2.- EL DAÑO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA. ....</b>	<b>325</b>
2.1. <i>DAÑOS PATRIMONIALES.</i> ....	327
2.2. <i>DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES. ....</i>	334
<b>2.2.1.- Los daños corporales. ....</b>	<b>335</b>
2.2.1.1.- <i>Consecuencias económicas del daño corporal.</i> ....	346
2.2.1.2.- <i>Consecuencias no económicas del daño corporal (daños morales).</i> ....	348
2.2.1.2.1.- <i>Los daños morales. ....</i>	349
a. - <i>Pretium doloris.</i> ....	352
b. - <i>Perjuicio de afecto (préjudice d'affection).</i> ....	355
c. - <i>Perjuicio estético.</i> ....	361
d. - <i>Otros padecimientos psíquicos.</i> ....	364
2.3. <i>LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO.</i> ....	369
2.4. <i>LA LESIÓN A LA AUTODETERMINACIÓN COMO DAÑO AUTÓNOMO.</i> ....	374
<b>3.- VALORACIÓN DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ....</b>	<b>380</b>

<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>385</b>
<b>JURISPRUDENCIA CITADA</b> .....	<b>400</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>409</b>



# INTRODUCCIÓN

Nadie puede negar que la responsabilidad civil ha cobrado un trascendental desarrollo en los últimos cuarenta años. Pues bien, dentro del Derecho de Daños en general, la responsabilidad civil de los profesionales de la medicina también se ha desarrollado de una manera inimaginable hace unas décadas atrás. Si analizamos cualquier repertorio de jurisprudencia que tenga más de cuarenta años, difícilmente encontremos algún precedente jurisprudencial referido a la llamada “mala *praxis* médica”. Por el contrario, y como dejaremos constancia a lo largo de nuestro trabajo, en la actualidad no existe publicación jurisprudencial en la que no encontremos algún fallo que analice la responsabilidad de los profesionales sanitarios, en cualquiera de sus especialidades.

Por tanto, no resulta difícil sostener que los problemas derivados de la responsabilidad médica ocupan un lugar preeminente en el Derecho español, pues como puede inferirse de la lectura de los principales fallos de los tribunales de justicia españoles, las reclamaciones en materia de responsabilidad médica han aumentado de forma alarmante, de forma tal que una buena parte de los juicios incoados versan sobre responsabilidad médica o sanitaria<sup>1</sup>.

En virtud de lo anterior, es dable afirmar que dentro del Derecho español no existen muchos campos en los que se haya suscitado últimamente tanto interés como en el terreno de la responsabilidad civil médica<sup>2</sup> y en general en

---

<sup>1</sup> Sobre el particular, véase el análisis estadístico referenciado por LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 32 a 34. El autor cita cifras de la asociación del defensor del paciente que señalan que al año 2003 en España se habían realizado más de 70.000 denuncias sanitarias.

<sup>2</sup> A modo de ejemplo podemos señalar que hasta 1988 no habían más de un puñado de monografías respecto del tema circulando en España, destacándose, entre otros, los trabajos de: DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel. *La responsabilidad civil del médico*. Madrid, 1949; BENZO CANO, Eduardo. *La responsabilidad profesional del médico*. Madrid, 1950; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Responsabilidad civil médico-sanitaria*. Pamplona: Aranzadi, 1983; ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: La Ley, 1987 y LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium, 1988.

todo el ámbito sanitario. Esto se debería principalmente, a un exponencial crecimiento de las demandas formuladas frente al personal sanitario<sup>3</sup>, motivado principalmente por: a) Un mayor conocimiento de sus derechos por parte de los ciudadanos quienes no escatiman en exigirlos cuando lo estiman necesario, principalmente porque, como observa GALÁN CORTÉS, es evidente que el ciudadano moderno ha abandonado con carácter general la tradicional actitud de resignación ante el hecho de los errores e imprudencias que puedan cometer los médicos. La condición del ser humano actualmente no admite que cualquier evento que le ocurra no sea causa de alguien<sup>4</sup>; b) Los avances científicos y tecnológicos han creado socialmente una falsa imagen de que la medicina lo puede todo<sup>5</sup> y tiene la solución de todas las enfermedades, olvidando que la ciencia médica es por definición una ciencia inexacta y que, además, depende de otros factores y circunstancias que por regla general no se encuentran bajo el control de los profesionales sanitarios<sup>6</sup>; c) La despersonalización del ejercicio médico a raíz de que cada vez es más frecuente que su práctica sea realizada en grandes centros hospitalarios, lo cual trae aparejada la pérdida de esa atmósfera de confianza e intimidad que antiguamente regía las relaciones médico-paciente<sup>7</sup>; d) Una enraizada “cultura de la sanación”, motivada por los múltiples descubrimientos científicos y avances tecnológicos que se emplean en el diagnóstico, tratamiento y cura de un sinnúmero de males que hasta hace unas décadas no tenían solución, traduciéndose por un lado en mayores expectativas por parte de los pacientes y por otro en una casi nula aceptación del infortunio sanitario.

---

<sup>3</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*, 3ª Ed., Cizur Menor: Civitas, 2011, pp. 19 y 20.

<sup>4</sup> Ídem, p. 19. En similar sentido se pronuncia FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2007, p. 3, al precisar que “el que haya más de 650.000 abogados especializados en demandas de daños y perjuicios sólo en Estados Unidos, no significa que el profesional sea más incompetente o más descuidado que el de siglos pasados, sino que, se exigen con mayor frecuencia ante los tribunales daños y perjuicios como consecuencia de actuaciones que antes no tenían consecuencia legal alguna”.

<sup>5</sup> V. gr. trasplante de órganos, ingeniería genética, manipulación de células madres, etc.

<sup>6</sup> JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 15.

<sup>7</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*... p. 19. Sobre este punto, el citado autor hace un llamado a “la necesidad imperiosa de rehabilitar la confianza como base de una adecuada relación clínica y lograr una verdadera transferencia afectiva (los pacientes se quejan reiteradamente de la falta de empatía y cercanía del profesional sanitario). Se ha pasado, tal como señala SEOANE, de la confianza en la autoridad a la autoridad basada en la confianza”.

En consonancia con lo anterior resulta interesante destacar el gran avance que la ciencia médica ha tenido en los últimos decenios, muestra de ello lo constituyen los adelantos logrados en las distintas sub-especialidades que confluyen en el inmenso mar de la medicina moderna. Nos referimos, por nombrar algunos, a los progresos alcanzados en áreas tan complejas como: Oftalmología, Neurología; Cardiología; Genética; Cirugía plástica y estética; Urología; Inmunología; Neurología. Y desde luego al desarrollo de numerosas técnicas altamente sofisticadas, como la incorporación de prótesis, de válvulas; los trasplantes de órganos; la adecuación de órganos artificiales; la inseminación clínica; los procedimientos no invasivos, entre muchas otras técnicas que han logrado que nuestra calidad y esperanza de vida, frente a una enfermedad o la vejez, se encuentren en niveles inimaginables hace medio siglo<sup>8</sup>.

Similar diagnóstico cabe resaltar respecto de los equipos e instrumental especializado en el que apoyan su actuar los profesionales de la salud, por ejemplo: para la realización de microcirugías; para lograr diagnósticos más acertados y exactos; para efectuar hallazgos tempranos, etc. Desde esta perspectiva, el bisturí tradicional y el estetoscopio, no tienen la usanza de antaño, debiendo quedar postrados fruto de la aparición de un torrente tecnológico que ofrece mejores alternativas para la ciencia médica y, como no puede ser de otra forma, beneficios para la comunidad en general<sup>9</sup>.

Esta evolución ha traído una interesante consecuencia a efectos de la determinación de la responsabilidad del médico, la cual se traduce en la consagración y masificación de la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, actividad médica en que el paciente ya no acude al facultativo para curar una dolencia, sino que nos encontramos frente a un sujeto sano que requiere de otro tipo de prestaciones, principalmente estéticas o reproductivas.

---

<sup>8</sup> En igual sentido se pronuncian: JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial...* pp. 46 y 47 y BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. 3ª Ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2006, p. 33.

<sup>9</sup> Con similares argumentos: LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 252 a 254 y JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial...* pp. 47.

Del panorama descrito cabe subrayar en la existencia de un círculo vicioso entre el aumento de demandas por parte de los pacientes que estiman lesionados sus derechos y las altas indemnizaciones que han debido pagar tanto médicos como centros hospitalarios, lo cual inevitablemente provoca un nocivo aumento en la litigiosidad y en el interés por esta actividad.

Cabe precisar que el diagnóstico anterior es de décadas recientes, puesto que como detalla ALONSO PÉREZ, en una primera época el médico se encontraba sometido casi exclusivamente a las reglas de la ética profesional y sólo respondía ante su conciencia y ante la censura social, tanto así que son determinantes las últimas proposiciones del juramento hipocrático que durante siglos lo han prestado los médicos con mayor o menor solemnidad y convicción, el cual reza: *“Si observo mi juramento con fidelidad, séame concedido gozar fielmente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres; si lo quebranto y soy perjuro, caiga en mi la suerte contraria”*<sup>10</sup>.

Como observan algunos, es desconcertante que hasta buena parte del siglo XX, e incluso en la actualidad, el antiguo juramento Hipocrático con su mantra de paternalismo benévolo<sup>11</sup>, siga siendo considerado como fuente principal de inspiración y trato hacia buena parte del actuar médico, puesto que

---

<sup>10</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")*... p. 14.

<sup>11</sup> *"Por Apolo médico y Esculapio, juro: por Higias, Panacace y todos los dioses y diosas a quienes pongo por testigos de la observancia de este voto, que me obligo a cumplir lo que ofrezco con todas mis fuerzas y voluntad. Tributaré a mi maestro de Medicina igual respeto que a los autores de mis días, partiendo con ellos mi fortuna y socorriéndoles en caso necesario; trataré a sus hijos como mis hermanos, y si quisieran aprender la ciencia, se las enseñaré desinteresadamente y sin otro género de recompensa. Instruiré con preceptos, lecciones habladas y demás métodos de enseñanza a mis hijos, a los de mis maestros y a los discípulos que me sigan bajo el convenio y juramento que determinan la ley médica y a nadie más. Fijaré el régimen de los enfermos del modo que le sea más conveniente, según mis facultades y mi conocimiento, evitando todo mal e injusticia. No me avendré a pretensiones que afecten a la administración de venenos, ni persuadiré a persona alguna con sugerencias de esa especie; me abstendré igualmente de suministrar a mujeres embarazadas pesarios o abortivos. Mi vida la pasaré y ejerceré mi profesión con inocencia y pureza. No practicaré la talla, dejando esa operación y otras a los especialistas que se dedican a practicarla ordinariamente. Cuando entre en una casa no llevaré otro propósito que el bien y la salud de los enfermos, cuidando mucho de no cometer intencionalmente faltas injuriosas o acciones corruptoras y evitando principalmente la seducción de las mujeres jóvenes, libres o esclavas. Guardaré reserva acerca de lo que oiga o vea en la sociedad y no será preciso que se divulgue, sea o no del dominio de mi profesión, considerando el ser discreto como un deber en semejantes casos. Si observo con fidelidad mi juramento, séame concedido gozar felizmente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres; si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí, la suerte adversa".*



la historia ha demostrado que atribuir ciertas cualidades morales a quien ejerce una determinada actividad, en este caso la médica, puede ser muy peligroso<sup>12</sup>.

La constatación anterior se explicaría en el profundo significado ético de los antiguos códigos deontológicos médicos que desde el famoso juramento Hipocrático ayudaron a otorgar un carácter sacrosanto a la profesión del galeno, la cual se traducían en un paternalismo absoluto del médico sobre el enfermo, siendo considerado este último como una persona carente de derechos sanitarios, convirtiéndolo en un mero objeto de cuidados sanitarios<sup>13</sup>. En estos códigos, como advierte GAFO, la palabra derecho referida a los enfermos no tiene cabida, ya que las obligaciones que le son exigidas al facultativo médico emanan de la grandeza de una profesión que lo pone al servicio del hombre enfermo, y no como una respuesta al derecho del enfermo de ser atendido médicamente. De esta forma, el sujeto enfermo, tal como es descrito en los códigos deontológicos, aparece como un individuo carente de capacidad de discernimiento y decisión que se entrega completamente a las manos sanadoras del médico<sup>14</sup>.

Siguiendo con el desarrollo que a través de la historia ha tenido la relación médico-paciente, cabe destacar que el estrecho vínculo habido entre el paternalismo supuestamente benévolo que caracterizó el actuar médico durante siglos y la ética en gran parte permaneció en el inconsciente colectivo del gremio médico, por lo que los primeros cuestionamientos a esta concepción son iniciados por comentaristas que no pertenecen al ámbito galeno (Abogados, Jueces, Filósofos, Sociólogos, entre otros).

Esta imagen del médico, paradigmática en el curso de la Historia, comenzó a transformarse con la aparición de la democracia liberal que trajo consigo el reconocimiento de los derechos de los enfermos, pero su

---

<sup>12</sup> MIOLA, José. *Medical ethics and medical law a symbiotic relationship*. Oxford: Hard publishing, 2007, p. 31.

<sup>13</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")*.... pp.15 a 17.

<sup>14</sup> GAFO, Javier. *Los códigos Médicos, I*/ Gafo, Javier (Ed.), Dilemas éticos de la medicina actual. Madrid: Pontificia universidad de comillas, 1986, p. 46; en igual sentido se pronuncia, ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")*....pp. 19 y 20.

consolidación acontece en nuestra época con la instauración del Estado Social de Derecho y del neocapitalismo consumista<sup>15</sup>. El cambio de mentalidad comienza a surgir a mediados del siglo XX, principalmente con la llegada de dos factores que hicieron la evolución inevitable: por un lado Núremberg y, por otro, el avance de la tecnología médica que ha mostrado a la sociedad dilemas éticos antes no considerados<sup>16</sup>.

Por tanto, este cambio de mentalidad social y el avance tecnológico al servicio de la medicina se combinaron para crear un clima dentro del cual el debate que rodea las cuestiones de ética médica vino a despertar la preocupación e interés de sujetos no pertenecientes ni relacionados con ámbito sanitario. Así las cosas, algunos experimentos científicos y tecnológicos, con sus respectivos dilemas ético-morales, despertaron el interés de Filósofos, Abogados, Sociólogos, entre otros, mientras que la baja confianza en los profesionales de la salud animó a otros profesionales a adentrarse en el estudio de esta área<sup>17</sup>.

Sin embargo, cabe matizar lo señalado anteriormente, la ética a través de la historia no ha sido la única fuente reguladora del actuar de los profesionales de la salud. Así, resulta pertinente mencionar la existencia de una serie de cuerpos normativos que desde épocas pretéritas se preocuparon de establecer ciertas pautas de conductas y sanciones en contra del actual negligente de los profesionales de la salud, regulación específica que debido a que no fue acogida por el código civil español, dio lugar a un largo predominio de la deontología médica como exclusiva fuente de regulación y sanción del actuar galénico.

De esta forma si retrocedemos a épocas pasadas podemos encontrar con que una de las primeras manifestaciones regulatorias –por decirlo de algún modo– de la actividad médica se encuentra plasmada en los artículos 215 al

---

<sup>15</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. Prólogo a *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. XIII.

<sup>16</sup> MIOLA, José. *Medical ethics and medical law a symbiotic relationship...* p. 33.

<sup>17</sup> Ídem, p. 34.

227 del célebre Código de Hammurabi<sup>18</sup>. Dichos preceptos vienen a establecer una serie de derechos y obligaciones para los médicos, resultando interesante citar, a modo de ejemplo, lo dispuesto principalmente en sus artículos 218, 219 y 220.

El código de Hammurabi, en materia de responsabilidad médica, establecía dos tipos de regulaciones, las cuales eran divididas en razón de si el daño era provocado a una persona libre o a un esclavo. En el primero de los casos, esto es, cuando el daño era provocado a una persona libre, entraba en aplicación lo dispuesto en el artículo 218 que establecía lo que hoy identificaríamos como la responsabilidad penal del médico, dejando muy pocas posibilidades a un segundo error profesional<sup>19</sup>, puesto que la pena establecida era la amputación de ambas manos<sup>20</sup>. En cambio cuando el daño recaía sobre un esclavo, las consecuencias eran meramente pecuniarias, entrando de lleno al ámbito de la responsabilidad civil propiamente tal. Como ejemplo de lo anterior encontramos los preceptos 219 y 220 del comentado Código Babilónico<sup>21</sup>.

También en el antiguo Egipto encontramos manifestaciones de pautas que regulan de cierto modo la actividad médica, así cabe aludir a lo establecido en el “Libro Sagrado”, que era una suerte de código elaborado por los sacerdotes, a través del cual era regulada la actuación médica, además de contener declaraciones comprensivas de los síntomas de la enfermedad<sup>22</sup>. Las

---

<sup>18</sup> Respecto del cual no hay coincidencia entre los historiadores en fijar su fecha, pero buena parte lo sitúa alrededor del año 2394 A.C. Sobre el particular véase a GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás y PEREZ-ACCINO PICAPOSTE, Carlos. *La relación médico enfermo ante el derecho /en/ Actualidad y Derecho*, 1993, Tomo I, D-129.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Responsabilidad civil médico-sanitaria*. Pamplona: Aranzadi, 1983, p. 6.

<sup>20</sup> 218. *Si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave con la lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con la lanceta de bronce y destruye el ojo del hombre, se le cortarán las manos*. LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 6.

<sup>21</sup> 219. *Si un médico ha tratado una herida grave al esclavo de un plebeyo con el punzón de bronce y lo ha matado devolverá esclavo por esclavo*.

<sup>22</sup> *Si ha abierto la nube con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo, pagará en plata la mitad del precio del esclavo*. LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 6.

<sup>22</sup> BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el siglo XXI*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 28; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 7.

disposiciones del citado libro egipcio, como relata DE LA QUINTANA FERGUSON, debían cumplirse estrictamente, so pena de muerte para el médico, sin tomar en consideración las consecuencias que la desviación de estas normas pudiera provocar en el paciente, bastando su mera observancia para exonerar al galeno de toda responsabilidad<sup>23</sup>. Como puede apreciarse, lo que castigaba concretamente el conjunto de preceptos que componían el “Libro de la Vida” era la inobservancia del precepto, mas no el daño<sup>24</sup>.

Siguiendo con el repaso histórico, resulta conveniente traer el recuerdo del siempre vigente Derecho Romano, haciendo hincapié en que, como explica LLAMAS POMBO, si bien en una primera época la profesión médica en Roma estaba reservada para los esclavos, posteriormente con la constante afluencia de extranjeros expertos en medicina, de los cuales un buen número procedía de Grecia, en la Roma clásica la condición personal –libre, liberto o esclavo– de quien estaba a cargo de efectuar actividades curativas termina tornándose irrelevante<sup>25</sup>.

En el orden práctico, en Roma existieron dos acciones diferentes para exigir responsabilidad a los médicos, las cuales dependían exclusivamente de la condición personal del paciente. De esta forma: a) Si aquel resultaba esclavo, el dueño podía ejercer la acción de la *Lex Aquilia* para que se le indemnice el daño ocasionado a su propiedad. En este caso, la indemnización, si se producía la muerte del esclavo, se fijaba con arreglo al valor más alto que hubiera tenido éste en el año precedente, o en el mes anterior si solamente resultaba herido<sup>26</sup>. Por su parte, la impericia era considerada culpa, siendo el caso paradigmático aquel del médico que no operó bien a un esclavo o le

---

<sup>23</sup> DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel. *La responsabilidad civil del médico...* p. 29.

<sup>24</sup> De esto también da cuenta BELBEY, José. *Responsabilidad de los Médicos /en/ Revista de Derecho Español y Americano*, 1963, p. 187. En igual sentido, LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 7.

<sup>25</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 9; BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el siglo XXI...* p. 29.

<sup>26</sup> Por todos, BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. Madrid: Editorial Reus, 1979. (Traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa), pp. 531 y ss. y LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 10.

recetó mal un medicamento, originando con ello su muerte<sup>27</sup>; b) En caso de que el paciente fuese un hombre libre, cabía la acción de locación. No obstante, cabe destacar, como lo señala ULPIANO en el Digesto, la aceptación del ejercicio indiferente de ambas acciones, tanto la de locación como la de la Ley Aquilia<sup>28</sup>.

No obstante lo anterior, la Edad Media supone un regreso, en cierto modo, a la concepción deontológica de la responsabilidad del médico, no sin abundantes connotaciones religiosas. La medicina sacerdotal hace su aparición en los conventos benedictinos y va aumentando su importancia e influencia a medida que ganan prestigio las distintas escuelas monásticas<sup>29</sup>.

Centrándonos en el antiguo Derecho español, cabe destacar que en el Fuero Juzgo, bajo el título "*De los físicos e de los enfermos*"<sup>30</sup>, aparecen diversas disposiciones que vienen a regular el ejercicio de la medicina, y cuyas transgresiones conllevan la responsabilidad profesional del médico. Por su parte en el Fuero Real, dicha regulación se encuentra establecida bajo el título "*De los físicos e de los maestros de las llagas*"<sup>31</sup>.

Las Partidas, a su vez, también se ocuparon de la actividad médica, regulando específicamente el resarcimiento del daño ocasionado por la actividad médica a libres y siervos, el abandono del paciente una vez comenzado el tratamiento y de las penas en caso de muerte<sup>32</sup>. Asimismo, se

---

<sup>27</sup> Instituciones, Libro IV, Título III-7: "*Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*". *Cuerpo Del Derecho Civil Romano*. Tomo I. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889. (Traducido por Idelfonso García Del Corral), p. 130.

<sup>28</sup> Digesto, Libro IX, Título II-7: "*Proculus ait, si medicus servum imperite Secunit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem.*" *Cuerpo Del Derecho Civil Romano*... p. 573.

<sup>29</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*... p. 12; BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el siglo XXI*... p. 30.

<sup>30</sup> Libro XI, Título I.

<sup>31</sup> Libro IV, Título XVI, Ley II : "*sy algún físico o maestro de llagastomare alguno en guarda a pleito que lo sane, e ante que sea sano moriré de aquella enfermedad, non pueda demandar el precio que avie tajado: et eso mismo sea si puso de lo sanar a plazo señalado e non lo sano*".

<sup>32</sup> Ley IX, Título XV, Partida VII: "*Físico y curujano, o albeytar, que touiese en su guarda sieruo, o bestia, de algund ome, e la tajasse, o la quemasse, o la amezinasse, de manera que por el amezinamiento que le fiziesse muriesse el sieruo, o la bestia, o tincase lisiado; tenuto seria qualquier dellos, de facer emienda a su señor, del daño que le viniessse, por tal razon*".

establecen penas para aquellos que fingen tener mayores conocimientos médicos de los que verdaderamente poseen<sup>33</sup>, e insisten en la obligación de resarcir los daños causados por culpa o por falta de conocimientos<sup>34</sup>. En la Novísima Recopilación, bajo el título “De los Médicos, Cirujanos y Barberos”, se recoge una serie de aspectos relativos al intrusismo del médico y boticario, y al ejercicio de la medicina sin licencia<sup>35</sup> entre otros.

No obstante los notables avances en materia de responsabilidad médica que el derecho español había consagrado antes de la dictación de su Código Civil, con la promulgación de éste, siguiendo muy de cerca las disposiciones consagradas en el *Code français*, no se contempla norma alguna relativa a la responsabilidad civil médica<sup>36</sup>. Esta ausencia de regulación, como explica FERNÁNDEZ HIERRO, no es de extrañar, puesto que la responsabilidad civil médica como tal no es contemplada por ningún ordenamiento de corte continental, ya que los referidos ordenamientos basan su sistema de responsabilidad civil en la culpa, sea esta contractual o extracontractual, sin tomar en consideración la actividad de que se trate<sup>37</sup>, motivo por el cual no sólo no se reguló la responsabilidad médica, sino que tampoco se habría regulado de forma expresa la responsabilidad de ninguna profesión de carácter liberal.

Constatada la ausencia de regulación civil de la responsabilidad médica, unida a una impasividad legislativa que encuentra su razón de ser en una clase

---

*como esta, en su sieruo o en su bestia. E esso mismo seria, quando el Fisico, o el curujano, o el albeytar comencasse a melezinar el ome o la bestia, e después lo desamparasse. Ca tenuto seria de pechar con el daño, que acaesciesse por tal razon como esta. Pero si el ome que muriesse por culpa del Fisico, o del Curujano, fuesse libre, entonces, aquel por cuya culpa muriesse, deue auer pena segund aluedrio del Judgador”.*

<sup>33</sup> Ley VI, Título VIII, Partida VII, que trata de “*como los Físicos e los curujanos, que se meten a sabedores, e non lo son, merescen auer pena, si muriese alguno por culpa dellos*”.

<sup>34</sup> Ley X, Título VIII, Partida V, que trata de: “*como los oreces e los otros menestrales son tenudos de pechar las piedras e las otras cosas que quebrantaren por su culpa, o por mengua de sabiduría*”

<sup>35</sup> Libro VIII, Título XI, Ley V: “*Porque muchos Médicos y Cirujanos curan sin tener licencia para ello, por ser poca la pena que les está puesta, y no aplicarse parte a las Justicias, mandamos, que el Médico o Cirujano que curare sin tener carta de exámen, por cada vez que lo hiciere incurra en pena de seis mil maravedís...*”

<sup>36</sup> Como grafica PENNEAU en la Francia decimonónica, de diecisiete decisiones jurisprudenciales pronunciadas por los tribunales superiores sobre la materia, sólo tres son anteriores a 1850, lo que demuestra el nulo interés de la sociedad francesa de la época por este tipo de responsabilidades. Sobre el particular vid., PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*, 3ª Ed., Paris: Dalloz, 2004, pp. 4 y ss.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 9.

política absolutamente desconectada de la problemática social, ha entregado, como en tantas otras materias de plena actualidad social y jurídica, a la doctrina y jurisprudencia la responsabilidad de actualizar las antiguas disposiciones decimonónicas a la realidad social imperante, para lo cual han debido echar mano de los principios generales que gobiernan los distintos sistemas de responsabilidad para resolver aquellos problemas –cada vez más complejos– que nacen de la relación entre médico y paciente.

Y este es el motivo de nuestro trabajo, el cual pretende dar cuenta del panorama doctrinal y jurisprudencial respecto de aquellas cuestiones que con mayor frecuencia se presentan al hablar de la responsabilidad civil del médico, analizando los distintos elementos que integran la responsabilidad civil a efectos de poder determinar en qué casos nacerá para el paciente la respectiva acción de responsabilidad en contra de un facultativo. Teniendo presente lo anterior nos parece necesario dejar en claro que en nuestra investigación nos centraremos principalmente en la responsabilidad Civil del Médico desde su actuar como profesional liberal, por lo que no obstante reconocer la importancia que hoy en día pueden tener tanto la responsabilidad del centro privado de salud, como de los centros hospitalarios públicos por las limitaciones propias de nuestra investigación dichas problemáticas no serán abordadas en el presente trabajo.

La metodología utilizada a efectos de nuestra investigación se centra principalmente en el análisis jurisprudencial y doctrinal de los principales problemas que conlleva la determinación de la responsabilidad civil del médico desde la perspectiva de la denominada medicina curativa.

Estructuralmente la presente investigación se divide en dos capítulos, cada uno de ellos subdivididos correspondientemente en apartados y subapartados. En el primero de ellos centramos nuestros esfuerzos en analizar aquellos problemas de índole general que se presentan al aproximarse al estudio de la responsabilidad civil médica, de esta forma en el capítulo primero se tratan principalmente tres cuestiones, la primera de ellas apunta a determinar qué tipo de responsabilidad habrá de exigírsele al facultativo en

razón de las distintas opciones de relación entre médico y paciente, las que van desde una perspectiva meramente contractual a aquellos casos en que hay una absoluta ausencia de vínculo.

Luego de esto, la segunda cuestión que trata este capítulo dice relación con la problemática de la concurrencia de responsabilidades en el ámbito de los servicios médicos, donde se intenta responder si realmente existen diferencias entre los distintos regímenes de responsabilidad y, en caso de ser afirmativo lo anterior, si frente a un caso de concurrencia de responsabilidades el paciente puede escoger libremente aquel régimen que más le pueda beneficiar a efectos de impetrar la respectiva acción de responsabilidad civil.

La última cuestión que trata el capítulo primero se refiere a la naturaleza de la obligación médica, la cual se analiza desde la perspectiva que plantea la distinción entre medicina voluntaria/curativa, y su incidencia en la responsabilidad del facultativo. Principalmente la pregunta que intentamos dilucidar en dicho apartado es a qué se obliga el médico en el ámbito de la medicina voluntaria y a qué se obliga en el ámbito de la medicina curativa y en este último caso, además, si tiene relevancia, a efectos de la determinación de responsabilidad del facultativo, la distinción entre la responsabilidad contractual y aquiliana.

En el segundo capítulo, sentado que la obligación que asume el facultativo en el ámbito de la medicina curativa es de medios y que por ello el régimen de responsabilidad aplicable es indiferente, ya que lo fundamental es determinar cuándo el facultativo actuó con negligencia, nos centramos en cómo se van perfilando y entremezclando los distintos presupuestos de la responsabilidad médica en el ámbito de la medicina curativa. Así, este capítulo se divide en tres grandes apartados: Culpa, Relación de causalidad y Daño, destacando su importancia en el sentido que no podemos hablar de responsabilidad civil médica sin daño, así como también no habrá responsabilidad del facultativo, a pesar de la existencia de perjuicio, si no se logra acreditar una actuación negligente por parte de éste. Incluso puede que exista daño, una actuación negligente, pero la relación causal entre ambos no



pueda acreditarse, por lo que el paciente carecerá de acción de responsabilidad.

En el apartado relativo a la culpa intentamos dilucidar cuándo la conducta del facultativo será merecedora del reproche de culpabilidad, para ello nos centramos en establecer un catálogo de deberes médicos que integrarían la *lex artis* y cómo su inobservancia influye en la configuración de la responsabilidad del galeno. Otra cuestión relevante que se trata en el apartado relativo a la culpa es la problemática de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad médica, destacando que si bien en este sentido la jurisprudencia y doctrina rechazan el expediente de la inversión de la carga de la prueba, a raíz de la imposibilidad probatoria en que se encontraría el paciente-víctima asumen algunos mecanismos que tienen por objeto dulcificar la posición probatoria del paciente.

Por su parte en el apartado relativo a la relación de causalidad resulta interesante destacar que debido a las particularidades de la actividad médica, – al igual como ocurre con la prueba de la culpa del facultativo–, la acreditación del nexo causal entre la conducta negligente del médico y el perjuicio implica una gran dificultad para víctima-paciente, poniéndolo nuevamente en una situación desventajosa desde la perspectiva probatoria, sin embargo, en dicho apartado se traen a colación algunas soluciones a esta incertidumbre del nexo causal, recurriendo principalmente a criterios de probabilidad para su determinación, destacando al respecto los expedientes de probabilidad estadística y la teoría de la pérdida de oportunidad.

El último elemento de la responsabilidad médica que tratamos en el capítulo segundo es el daño, sobre éste cabe destacar su especial configuración en materia de responsabilidad médica, destacándose al respecto que a raíz de la actividad sanitaria se generan perjuicios tanto de índole patrimonial (gastos hospitalarios, pérdida de ingresos a raíz de la incapacidad) como de naturaleza extrapatrimonial (sufrimiento, angustia, lesiones corporales), analizándose aquellos contornos de cada especie de perjuicio que usualmente son consecuencia de una actuación médica deficiente y

entendiendo a la pérdida de oportunidad como una especie de perjuicio distinto del daño final cuya entidad debe ser considerada. Se concluye este apartado con una referencia a la valoración de los perjuicios y su problemática respecto de la absoluta discrecionalidad en materia de perjuicios extrapatrimoniales, apoyando el establecimiento de un sistema de baremo no vinculante en materia de perjuicios no patrimoniales derivados de la actividad médica.

# CAPÍTULO PRIMERO

## I. LA RELACIÓN ENTRE EL PACIENTE Y QUIEN LE PROCURA ASISTENCIA SANITARIA

Hoy en día prácticamente nadie discute acerca de la importancia de clarificar el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil médico-sanitaria. Ello no sólo por la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden resultar inmediatamente lesionados por la actividad médica, como son la vida y la integridad física, sino también por la complejidad y la pluralidad de interrogantes que plantea el tratamiento legislativo y jurisprudencial de la responsabilidad civil en este ámbito<sup>38</sup>.

A pesar de que la problemática de la responsabilidad civil médica es un tema que ha sido objeto de interesantes debates, son muchas las preguntas que aún persisten al tratar esta especial ramificación de la responsabilidad civil. Así las cosas, dentro de las interrogantes que usualmente se plantean en la *praxis* jurídica<sup>39</sup>, nos centraremos a continuación en la determinación del régimen jurídico aplicable cuando a raíz de una negligente actuación médica el paciente sufre un perjuicio, tarea que advertimos no resulta nada fácil, teniendo en consideración las múltiples circunstancias y criterios que confluyen al respecto.

Como una primera aproximación a la respuesta sobre la esencia de esta responsabilidad, nos recuerda ASÚA GONZÁLEZ, que “La determinación de

---

<sup>38</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 14.

<sup>39</sup> Dentro de las principales interrogantes que rodean a la responsabilidad Médico-sanitaria, podemos destacar las siguientes: a) La determinación del régimen jurídico aplicable a este supuesto de responsabilidad civil; b) La calificación de las obligaciones asumidas por el facultativo como de medios o de resultado; c) La naturaleza pública o privada del prestador de la asistencia sanitaria; d) El criterio de imputación de esta responsabilidad, lo cual incide directamente en el régimen probatorio y en la significación del requisito de causalidad; e) El importante papel que en la actualidad desempeña el consentimiento informado en el ámbito de la responsabilidad civil médica. En similar sentido se pronuncia GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* pp. 11 a 19.

cuándo y respecto de quién existe la aludida relación obligatoria es algo que se habrá de realizar a la vista del caso concreto. Si una persona contrata con el titular de un centro hospitalario, la eventual reclamación contra el mismo podría ser contractual, pero tendría obviamente que ser extracontractual la que se dirigiera contra el profesional sanitario al servicio del centro y causante del daño. Si por el contrario, se contrata con el médico que conduce al paciente a una clínica, la fundamentación de la demanda contra el médico causante del daño podría ser contractual mientras que, si procediera, tendría que ser extracontractual la reclamación contra la clínica”<sup>40</sup>.

De esta forma, en términos generales, puede verse que, dejando a un lado los supuestos de asistencia sanitaria pública, en la mayoría de los casos de responsabilidad médico-sanitaria, ésta habrá de ser de índole contractual. Ello porque la realidad de los sucesos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en buena parte de los casos ventilados ante los tribunales, puesto que, como se ha dicho, normalmente el médico no atiende espontáneamente a un paciente desmayado en la calle, lo usual será que entre el médico y el paciente se celebre, formal o informalmente y muchas veces de forma verbal, un contrato de asistencia médica<sup>41</sup>.

No obstante la inicial preponderancia contractual de la relación médico-paciente, pueden destacarse en la actualidad una serie de factores que han llevado a que se produzcan una serie de hipótesis<sup>42</sup> que dificultan de sobremanera la calificación de contractual o extracontractual de las relaciones que pueden darse entre los distintos actores. Dichos factores pueden resumirse en cuatro grandes líneas, así: i) Una excesiva especialización por parte de los profesionales y auxiliares de la salud; ii) La complejidad de nuevos tratamientos que hace imprescindible que éstos deban ser realizados en centros sanitarios

---

<sup>40</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* pp. 712.

<sup>41</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 19.

<sup>42</sup> Así lo ponen de manifiesto: GÓMEZ CALLE, Ester. *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario /en/* Anuario de Derecho Civil, nº 51, 1998, pp. 1695 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* pp. 712 y ss., y GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* pp. 21 y ss., cuya sistemática seguimos en este punto.

equipados con mayor tecnología; iii) El ingreso a este campo de las compañías de seguros sea con centros propios o no; iv) La cada vez más frecuente celebración del contrato de asistencia sanitaria entre el paciente y un centro hospitalario o clínica, donde es este último quien se obliga a proporcionar los cuidados y el personal sanitario al paciente.

A modo meramente ejemplar en lo que sigue intentaremos graficar brevemente aquellas relaciones que en la práctica son las que con mayor frecuencia se dan dentro del ámbito de la prestación de servicios sanitarios y donde, como podremos apreciar, la relación entre el médico y paciente ya no es tan directa como antaño, ingresando a ésta nuevos actores –compañías de seguros y los grandes centros hospitalarios, entre otros– no contemplados hace algunas décadas.

#### **1.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS EN VIRTUD DE UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL FACULTATIVO Y EL PACIENTE.**

Frecuente es el supuesto en que el paciente se dirige a la consulta privada del galeno y ambos perfeccionan un contrato, en virtud del cual el facultativo se compromete a prestar sus servicios profesionales al paciente y éste a satisfacerle sus honorarios. Dicho contrato no tiene por qué ser solemne, ni siquiera formal, pudiendo ser incluso verbal<sup>43</sup>. Más aún, hay acuerdo en que este contrato, en la práctica, se plasma por hechos concluyentes de los contratantes configurándose una obligación contractual fáctica<sup>44</sup>, la que, en palabras de MARTÍNEZ-CALCERRADA, implicaría que “no hay en estos casos estipulación formal de contrato alguno, sino que los hechos concluyentes e inequívocos de acudir a un médico para que le cure y de someterse al

---

<sup>43</sup> En este sentido, por todos: MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *La responsabilidad Civil*, 3ª Ed., Madrid: Colex, 2004, p. 230; GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 23; SANTOS BRIZ, Jaime. *Comentario al artículo 1902 del Código Civil /en/ Albaladejo García Manuel (Dir.). Comentario al Código Civil*. Madrid: Edersa, 2007, pp. 532 y 533; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Barcelona: Bosch, 2004, p.134; y el argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 21.

<sup>44</sup> Como ejemplos de relaciones contractuales fácticas se pueden citar: el ingreso del paciente a un sanatorio para ser atendido por una dolencia, o el requerimiento de un particular de atención médica en un consultorio privado.

tratamiento que le sanare, implican ya por parte del enfermo una proposición y ejecución de contrato, que el médico implícitamente acepta, sometiéndose ambas partes, como en cualquier otro contrato, a las consecuencias de su incumplimiento (...) hay indudablemente el germen de contrato entre médico y enfermo, una relación fáctica a la que el ordenamiento jurídico atribuye consecuencias de ese orden y las consiguientes responsabilidades civiles”<sup>45</sup>.

Sobre la discusión relativa a la naturaleza de las obligaciones que emanarían del contrato celebrado entre médico y paciente, resulta pertinente, previamente, circunscribir el ámbito de aplicación de dicho pacto, de esta forma resultará útil tener en consideración una clasificación de la actividad médica según la existencia o no de una necesidad terapéutica en el paciente<sup>46</sup>. Así las cosas, cabe distinguir por una parte, la medicina asistencial o curativa, donde la actividad médica se concentra en asistir al paciente aquejado por una enfermedad; y por otra, la medicina satisfactiva o voluntaria, que vendría siendo –en los supuestos más habituales– aquella donde se interviene o trata al paciente bien para mejorar sus aspecto (cirugía estética, tratamiento odontológico), o bien para modificar su capacidad de reproducción (vasectomías y salpingectomías)<sup>47</sup>.

En este sentido, y sin adentrarnos sobre las distintas teorías que intentan explicar la naturaleza del contrato celebrado entre paciente y galeno, discusión a la que ya notables trabajos se han referido<sup>48</sup>, consideramos que cuando nos encontremos ante un caso de medicina curativa, el contrato

---

<sup>45</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *La responsabilidad Civil...* p. 230.

<sup>46</sup> Volveremos sobre este punto al tratar la distinción entre medicina voluntaria o satisfactiva y medicina curativa o terapéutica, pp. 79 y ss.

<sup>47</sup> JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria...* p. 53. Sobre la particular distinción y sus consecuencias vid. RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* pp. 281 y ss.; GARCÍA GARNICA, María Carmen. *La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial...* pp.199 y ss.; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 73 y ss.

<sup>48</sup> Sobre la calificación del contrato celebrado entre el paciente y el facultativo, por todos, vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria...* pp. 135 y ss.; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños*. Barcelona: Bosch, 2009, pp. 192 a 195; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* pp. 115 a 142; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 19 a 32; ALONSO PÉREZ, María Teresa. *Contratos de Servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 14 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)...* pp. 56 y ss.; GÓMEZ CALLE, Ester. *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario...* p. 1698.

celebrado entre médico y paciente tendrá las características de un contrato de asistencia sanitaria<sup>49</sup>, asumiendo el facultativo, por regla general, una obligación de medios para con su paciente. Por su parte, cuando estemos frente a un caso de medicina satisfactiva o voluntaria, esta actuación a nuestro juicio ha de generar por regla general para el médico contratante una obligación de resultado.

Como complemento de lo anterior, cabe adelantar que tanto en la medicina curativa como en la voluntaria, la respuesta sobre la configuración de la obligación del médico como de medios o de resultado no es una respuesta con una solución unívoca, por el contrario, son muchos los matices que confluyen en el caso concreto, por lo que dicha calificación dependerá de lo que se haya pactado expresamente y de lo que el paciente o cliente (según proceda), aunque no haya pacto expreso, puede esperar de acuerdo con la naturaleza del contrato y las características de la prestación. Volveremos sobre este punto más adelante<sup>50</sup>.

Una vez perfeccionado el contrato debemos centrarnos en la prestación misma, lo cual trae aparejadas una serie de interrogantes, destacándose, por una parte, la formación actual del galeno, la que apunta hacia una excesiva especialización del cuerpo médico, lo que hace cada vez más común que al someter al paciente a una intervención médica el facultativo requiera de la necesaria asistencia de otros profesionales y/o auxiliares especializados cada uno en un saber determinado –médico cirujano, médico anestesista, radiólogo, personal de enfermería, etc. –. Otro hecho patente, dice relación con el lugar físico donde se llevará a cabo la prestación médica, la cual, dependiendo de la gravedad y la naturaleza de ésta, podrá realizarse tanto en el hogar del paciente –aunque prácticamente la figura de los médicos visitantes ha quedado en desuso–, como en una clínica privada.

---

<sup>49</sup> A nuestro juicio las características distintivas del contrato de asistencia sanitaria son las siguientes: a) contrato no formal y no solemne; b) contrato bilateral; c) contrato intuitu personae; d) contrato normalmente oneroso; e) contrato normalmente de tracto sucesivo.

<sup>50</sup> Al respecto véase pp. 81 y ss. de la presente investigación.

Ante el panorama descrito, surgen naturalmente algunas interrogantes dentro de las cuales podemos destacar: A) cómo incide en el régimen de la responsabilidad civil médica la intervención de otros sujetos colaboradores del facultativo con el que se contrató primogénitamente; B) qué repercusión implica el hecho de que la actividad médica se haya desarrollado en un determinado centro sanitario.

Para responder la primera cuestión, cabe hacer previamente una matización; si el paciente contrató o no con aquellos otros facultativos y/o auxiliares que colaboraron con el médico principal en la realización de la actividad curativa o satisfactiva. En caso de que haya contratado previamente con aquellos, la responsabilidad de unos y otros será contractual y dependerá de las obligaciones asumidas en el marco de los respectivos contratos<sup>51</sup>. El problema radica cuando no media contrato entre el paciente y estos facultativos y/o auxiliares que asisten al médico principal en la prestación de su servicio, en este supuesto la persona que sufre un daño a raíz del actuar de los colaboradores del médico con el que ha contratado tiene dos opciones. De un lado, puede pretender la reparación de los daños sufridos directamente frente al causante del daño al amparo del artículo 1902 del Código Civil español –responsabilidad aquiliana–. De otro, podrá optar por exigir la reparación de tales daños al propio facultativo con el que contrató, ya que pese a que éste haya actuado conforme a la *lex artis* será responsable de los daños causados por sus colaboradores o auxiliares, por aplicación de los principios generales que rigen en materia contractual y que como explica DIEZ-PICAZO “*el deudor responde frente al acreedor no solamente como consecuencia de su propia actividad, sino también como consecuencia de la actividad de las personas que como auxiliares, dependientes o colaboradores suyos hayan intervenido en la preparación o en la ejecución de la prestación*”<sup>52</sup>.

Sobre la segunda interrogante planteada, en cuanto a la intervención del centro sanitario en la producción de los daños –perjuicios que se producen por

---

<sup>51</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 23.

<sup>52</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil...* pp. 118 y ss.



inadecuación o falta de material, o a raíz de una infección postoperatoria contraída en el hospital a causa de condiciones higiénicas deficientes de sus instalaciones—, si no media contrato alguno entre éste y el paciente, la responsabilidad contractual del facultativo frente al paciente se extenderá a tales daños, sin perjuicio de la posibilidad de que el paciente reclame su reparación a la propia clínica al amparo del artículo 1902 del Código Civil. A su vez, en caso de que el paciente haya contratado tanto con el facultativo como con el centro sanitario, nos encontraremos con lo que se conoce como contrato de hospitalización o de clínica<sup>53</sup>, concertado en este supuesto sin asistencia sanitaria, en virtud del cual la responsabilidad de dicho centro será contractual. El alcance de dicho pacto estará necesariamente determinado por las obligaciones que el centro sanitario haya asumido frente al paciente en el caso concreto<sup>54</sup>. No obstante, como sucede en el supuesto al que estamos haciendo referencia, si el paciente opta por escoger libremente a un médico ajeno a la clínica en cuestión, será él quien asuma la prestación de la asistencia médica, ciñéndose las obligaciones de la clínica al resto de servicios indicados, de modo que el alcance de la responsabilidad contractual del centro sanitario estará supeditada a la delimitación de las obligaciones que asumió frente al paciente en el caso concreto<sup>55</sup>.

## **2.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS EN VIRTUD DE UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL PACIENTE Y LA CLÍNICA PRIVADA.**

Un supuesto diferente del referenciado anteriormente se configura cuando el paciente en vez de solicitar asistencia sanitaria a un médico específico concurre a un centro asistencial privado, configurándose en este

---

<sup>53</sup> Sobre el posible contenido del contrato de servicios hospitalarios, véase a SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos. 1998, pp. 294 y ss.

<sup>54</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 24.

<sup>55</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 714; GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 25 y CARRASCO PERERA, Ángel. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual (1990-1992)* /en/ Aranzadi Civil, vol. I, nº 5, 1993, para quien el acreedor (el dañado) no puede pretender que un tercero (el titular de la clínica) asuma el coste de la incompetencia de los medios técnicos o personales de que ha hecho uso su propio deudor, pues al contratar con éste, y no con el centro, delimitó el círculo de personas a quienes se puede imputar el riesgo de la prestación.

caso un contrato denominado de hospitalización o clínica, el cual abarca, además de la prestación de servicios extra-médicos y paramédicos, la prestación de servicios propiamente médicos, correspondiéndole al centro sanitario, en consecuencia, tanto designar al personal sanitario que atenderá al paciente, como poner su infraestructura al servicio de éste<sup>56</sup>.

Respecto de la obligación que asumiría el centro sanitario para con el paciente que contrata sus servicios, puede precisarse que, al igual que en el caso del paciente que contrata directamente con un médico específico, por lo que se estará frente a una obligación de medios tratándose de medicina curativa y se la obligación será de resultado cuando el servicio contratado sea de medicina satisfactiva<sup>57</sup>.

Así las cosas, si durante el ejercicio de la respectiva actividad médica se produce un perjuicio para el paciente, el titular de la clínica deberá responder, en sede contractual, de los daños que el incumplimiento provoque al paciente, de aquellos perjuicios que puedan imputársele directamente a ésta<sup>58</sup> (deficiencias en la organización, malas condiciones higiénicas, deficiencias en las medidas de seguridad adoptadas con ciertos tipos de pacientes, falta o mal estado del material, etc.), así como también de la impericia o negligencia de sus auxiliares. Por otro lado, en sede extracontractual, el titular de la clínica también responderá, por aplicación del artículo 1903, de los perjuicios que pudieran causar sus dependientes y auxiliares en el cumplimiento de los

---

<sup>56</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 25.

<sup>57</sup> Ídem, p. 26. En la misma línea, entre otras, las SSTS de: 7 de julio de 1993 (RJ 1993, 6057); 10 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7475).

<sup>58</sup> A modo ejemplar, puede citarse alguna jurisprudencia del máximo Tribunal español donde se ha estimado la responsabilidad civil del centro sanitario por: a) Falta de medios materiales o personales para atender adecuadamente al paciente, así las SSTS de: 7 de junio de 1988 (RJ 1988, 4825), 6 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7465), 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1169); b) Con respecto a los daños causados por el retraso en la atención sanitaria, SSTS de: 15 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7110) y 7 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3874); c) Por los daños causados por la falta de medidas higiénicas adecuadas que dan lugar a una infección postoperatoria o conservación del material quirúrgico y sanitario en mal estado, SSTS de: 12 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4089), 29 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8178), 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 771), 26 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4114), 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6458); y d) Por la falta de adopción de medidas seguridad adecuadas en relación a los pacientes, SSTS 27 de enero de 2001 (RJ 2001, 5377), 15 de julio de 1995 (RJ 1995, 6167), entre otras.

servicios contratados con independencia de su pertenencia o no al centro<sup>59</sup>, y de los defectos de organización que sean causa del perjuicio sufrido por el paciente.

Lo anterior se aplicará sin perjuicio de la facultad que tendría la víctima para reclamar directamente la responsabilidad civil aquiliana, vía 1902 del Código Civil, al médico o auxiliar que haya provocado el daño<sup>60</sup>.

Por último, puede darse la situación descrita en párrafos anteriores, donde el paciente contrata, por una parte, la asistencia sanitaria con un médico específico, y por otra, pacta con la clínica sólo la prestación de servicios extra-médicos o paramédicos sin contemplar prestaciones sanitarias<sup>61</sup>. En el caso descrito, como ya lo apuntamos, nos encontraremos frente a un contrato de hospitalización o clínica sin asistencia sanitaria, donde el centro sanitario no responderá de los perjuicios que se produzcan exclusivamente a raíz de los actos médicos practicados en sus instalaciones<sup>62</sup>.

### **3.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS EN VIRTUD DE UN SEGURO DE SALUD PRIVADO<sup>63</sup>.**

Cada vez resulta más habitual que en la práctica el paciente ya no contrate directamente ni con el facultativo, ni con el centro sanitario en el que se le presta materialmente la asistencia sanitaria, sino que la relación contractual entre el paciente es realizada con una compañía aseguradora.

---

<sup>59</sup> STS 24 de marzo de 2001, donde se condena al centro privado de salud por omisión por parte del personal médico de las exploraciones aconsejadas por la *lex artis*. Por su parte, estiman la responsabilidad de la clínica, al existir una relación de dependencia laboral o funcional entre ella y el médico que realizó la intervención que causó los daños. STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3986). En la misma línea, las SSTS de: 12 de Marzo de 2004 (RJ 2004, 2146), y la SAP de Madrid 8 de julio de 2008 (AC 2008, 1587).

<sup>60</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 26.

<sup>61</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 713.

<sup>62</sup> En este sentido, vid. las SSTS de: 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003. 914), 22 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1587); y las SSAP de: Barcelona 13 de marzo de 2007 (AC 2007, 732) y Murcia 13 de marzo de 2008 (AC 2008, 978), donde es exonerado el centro hospitalario o a la clínica donde se practicó la intervención dañosa al no mediar relación de dependencia entre aquélla y el personal sanitario, concluyéndose que dichos centros se limitaban a poner a su servicio sus instalaciones.

<sup>63</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* pp. 714 y ss.

Ésta, a cambio del cobro de una prima periódica, se compromete a poner a disposición de sus asegurados un elenco de profesionales sanitarios y uno o varios centros hospitalarios, que pueden ser o no propios de la aseguradora<sup>64</sup>.

Al referirnos a la relación existente entre el paciente y la aseguradora, en el caso de la concertación de seguros médicos, una de las primeras cosas que salta a la vista es la dificultad para determinar nítidamente las obligaciones que asume la empresa aseguradora con su cliente, quedando en una nebulosa si la aseguradora sólo se obliga a pagar el importe de los servicios prestados por profesionales de la medicina y/o centros hospitalarios con los que ha contratado el paciente, o si es la propia compañía aseguradora la que se obliga a la prestación sanitaria y subcontrata con profesionales sanitarios y/o con centros propiamente no vinculados con el paciente<sup>65</sup>.

Al respecto cabe afirmar que para determinar el régimen aplicable a la responsabilidad de la aseguradora por los daños causados por su personal y los centros de los que es titular, considerando por una parte el principio general que en materia contractual expande la responsabilidad al deudor por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento de la prestación, y por otra el desproporcionado régimen de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, nos parece más beneficioso para la víctima del daño que ésta pueda hacer su reclamación por vía contractual, reservándose la respectiva acción para reclamar la reparación de los daños causados directamente al personal sanitario que le atendió, al amparo del artículo 1902 del Código Civil, ya que no mediaría contrato alguno entre aquella y el personal que la atendió provocándole un perjuicio<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 27.

<sup>65</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 716.

<sup>66</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 28 y 29.

## 5.- ACTIVIDAD MÉDICA REALIZADA SIN MEDIAR CONTRATO ALGUNO.

Como hemos venido afirmando, en materia de responsabilidad médica hoy en día la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia afirma la preeminencia del carácter contractual en la relación habida entre médico y paciente. Teniendo presente el reconocido rasgo contractual que *a priori* empaparía a la relación entre médico y paciente, no puede descartarse la posibilidad de que la atención médica se produzca al margen de todo vínculo jurídico entre el paciente y el facultativo, o entre el paciente y el centro asistencial en el que aquel es atendido. De esta forma llegamos a los llamados supuestos de responsabilidad extracontractual del médico o centro asistencial privado<sup>67</sup>, circunstancias que, a pesar de su carácter meramente excepcional, no pueden ser omitidas, por cuanto constituyen un interesante catálogo de casos en los cuales la responsabilidad que el paciente dañado ha de perseguir, ya sea del facultativo tratante o del respectivo centro de salud, se torna eminentemente extracontractual por ausencia de un pacto previo.

Así, un primer supuesto de responsabilidad extracontractual del galeno, se conforma cuando éste acude espontáneamente y con carácter de urgencia a asistir a un sujeto que se encuentra en estado de inconciencia en la vía pública, ya sea producto de un accidente callejero o de una enfermedad repentina<sup>68</sup>.

Son también supuestos de responsabilidad extracontractual del médico, extrapolable también al centro de salud privada, aquellos en que éste atiende a una persona que ha perdido el conocimiento y que es ingresada desmayada a su consultorio privado sin la compañía de familiares o de alguien habilitado para prestar el debido consentimiento<sup>69</sup>. Respecto de las obligaciones que

---

<sup>67</sup> Hablamos de centro asistencial privado puesto que si el centro asistencial tuviese la naturaleza de público, existe para el personal de salud el imperativo legal de asistencia a cualquier persona en caso de urgencia.

<sup>68</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas* /en/ Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, nº 2, 2002, p. 495; GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 22; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 33. En igual sentido el tratadista argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 26.

<sup>69</sup> No es muy extraño que una persona se descompense en el taxi, en el metro o simplemente en la calle y un peatón atento o un taxista lo lleve a un hospital o centro de salud

asumiría el médico que atiende a un sujeto que se encuentra inconsciente, cabe enfatizar que el facultativo estaría actuando en virtud de dos deberes esenciales que en el capítulo siguiente estudiaremos y que a nuestro entender vienen a integrar el estándar de conducta diligente del médico, nos referimos al deber de asistencia y al deber de competencia profesional<sup>70</sup>, puesto que como se ha destacado el médico “no es un profano, sino un profesional de la medicina quien atiende a una persona, dada su cualificación profesional, y a pesar de que no medie contrato entre él y el paciente, surgen para él ciertas obligaciones que van más allá del genérico *neminem laedere*. De modo que el

---

cercano, donde la víctima es atendida en base al deber de asistencia y sin el consentimiento de nadie que esté habilitado para prestarlo, puesto que como se ha dicho el consentimiento prestado por un taxista o por un peatón comedido no puede ser válido como tal. Al respecto LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* pp. 27 y 28. Sin embargo, para otra parte de la doctrina en este caso nos encontraríamos ante un supuesto de gestión de negocios ajenos sin mandato, al que le resultaría aplicable el régimen contemplado en los artículos 1888 y siguientes de la pertinente normativa civil española. En este sentido se han pronunciado, entre otros, los españoles: SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Tomo II, 6ª Ed. Madrid: Montecorvo, 1991, pp. 813 y 815, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *Responsabilidad civil derivada de asistencia médica /en/ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.) Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Barcelona: Bosch, 2008, p. 1057 y 1058 y GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. Configuración jurídica de los servicios médicos... pp. 334 y 335, destacando este último que: “...en ocasiones no juega su voluntad..., porque transitoriamente carece de ella (v.gr.: caso del accidentado inconsciente)..., dando paso de tal modo a un tipo de gestión de negocios ajenos en que el médico es el gestor... Es el caso del facultativo que prodiga espontáneamente sus cuidados a persona que, carente del uso de sus facultades mentales por accidente o enfermedad, no se halla en estado de otorgar su consentimiento, ni expreso ni tácito, a la actuación médica... En tales hipótesis, generalmente anómalas, brutales e imprevistas, hay que admitir que las relaciones que se establecen entre médico y paciente constituyen lo que el derecho reconoce, bajo la rúbrica de los cuasicontratos, como la gestión de negocios ajenos sin mandato”. Sin perjuicio del interesante planteamiento apuntado, no podemos compartir la existencia de una gestión de negocios en el caso citado, particularmente por dos razones: i) En primer lugar, la negotiorum gestorum está concebida tanto en su origen latino (Instituciones de Justiniano, libro III, título XXVII-I. “...igitur quum quis absentis negotia gesserit, ultro Citroque inter eos nascuntur actiones, quae appelluntur negotiorum gestorum...”), como en el Derecho positivo vigente –artículo 1888 del Código Civil español– como una gestión de negocios, resultando a nuestro parecer impropio aplicar el término negocio a la intervención profesional sanitaria que, por ejemplo, ante una emergencia estaría, tanto ética como legalmente, obligado a brindar el médico; ii) En segundo lugar, cabe destacar que para hablar de gestión de negocios se requiere que el gestor obre sin sujeción a un deber u obligación previa, condición que puede faltar en muchos supuestos pero no en una intervención médica de urgencia en que, a lo menos, tendría un deber moral, e incluso el legal, de prestar auxilio a quien lo requiera. En sentido análogo, el clásico tratadista Italiano GIORGI (GIORGI, Jorge: *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, vol. V. Madrid: Reus, 1929. Traducción de Eduardo Dato Iradier, p. 70.) anota que, “mucho menos se puede hablar de gestión si la gestión del negocio no se ha tomado espontáneamente o, como dicen otros, voluntariamente por el gestor, sino por una obligación cualquiera que lo constriña”. En este sentido se pronuncian los españoles: FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 34; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato de servicios médicos...* pp. 30 y ss. y JORDANO FRAGA, Francisco. *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico /en/ Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1985, p. 34, y el francés PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* p. 28.*

<sup>70</sup> Al respecto véase el Capítulo II, pp. 124 y ss.

facultativo no estará obligado por un mero deber de no irrogar daños a tercero, sino que además deberá observar la *lex artis ad hoc* en el tratamiento del paciente, sin incurrir en impericia o negligencia”<sup>71</sup>.

También debe considerarse como supuesto de relación extracontractual, entre médico y el paciente, cuando los servicios médicos son prestados contra la voluntad del paciente, como sucedería en la hipótesis del suicida que recibe auxilio médico<sup>72</sup>.

Supuesto a incluir dentro de este abanico de casos que configuran la responsabilidad aquiliana del galeno, es aquel que se presenta cuando el médico ha contratado con una entidad –clínica privada o aseguradora–, obligándose a atender a los pacientes que ésta le señale<sup>73</sup>. Por su parte, como ya vimos, la relación entre cliente y entidad o institución será eminentemente contractual.

Similar tratamiento recibirá la conducta del médico sea constitutiva de delito o falta penal, en relación con una persona, sea o no cliente, derivándose en consecuencia una responsabilidad aquiliana<sup>74</sup>.

Un último ejemplo de responsabilidad extracontractual del facultativo, se configuraría cuando un médico determinado se niega a actuar frente a una solicitud de intervención de un sujeto que intenta el inicio de una relación contractual<sup>75</sup>, en este caso la responsabilidad derivada de esa negativa, por

---

<sup>71</sup> GARCÍA GARNICA, María Carmen. *La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial...* p. 204 y GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 22. En la misma línea se pronuncia el tratadista argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 27.

<sup>72</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 29.

<sup>73</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 495.

<sup>74</sup> Ídem, p. 495.

<sup>75</sup> Destacan algunos autores que en este supuesto la negación de la asistencia médica podría constituir una culpa del médico no sólo civil a tenor del artículo 1902, sino que también penal, configurándose el delito de denegación u omisión de socorro según lo establecería el artículo 196 del Código Penal español. Así, FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 33. En similar sentido, GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel.

parte del facultativo o centro médico, deberá considerarse extracontractual puesto que el contrato nunca ha existido. No obstante, cabe precisar al respecto que no siempre se generará responsabilidad para el médico –o centro de salud– que rechace a un determinado paciente, sino que será necesario, para el nacimiento de la respectiva responsabilidad civil, que a raíz de dicha negativa se genere un perjuicio para aquel potencial paciente<sup>76</sup>.

---

*Configuración jurídica de los servicios médicos /en/ Estudios de Derecho Público y Privado, Homenaje al Profesor Ignacio Serrano, Tomo I. Valladolid, 1965, pp. 335 y ss.*

<sup>76</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* pp. 494 y 495; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 33.



## **II. DIFERENCIAS DE RÉGIMEN Y CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN LOS DAÑOS POR SERVICIOS MÉDICOS**

Referenciadas en el apartado anterior las distintas hipótesis que pueden darse respecto de la relación entre médico y paciente, las cuales como vimos tienen directa repercusión en el régimen de responsabilidad aplicable al facultativo, resulta interesante a efecto de nuestra investigación plantearse dos cuestionamientos: a) en primer lugar preguntarse por las implicancias prácticas de esta diferenciación, o, dicho de otro modo, si efectivamente existen diferencias más allá de la meramente nominal entre la responsabilidad contractual y la aquiliana; b) en segundo lugar preguntarse si en la eventualidad que el paciente pueda accionar en contra del médico tanto por responsabilidad contractual como por responsabilidad extracontractual (conurrencia de responsabilidades), le es indiferente accionar por uno u otro régimen de responsabilidad o habrá de preferirse, en esta materia, uno por sobre otro.

Son estas las cuestiones que trataremos en las páginas que siguen y cuya resolución, a nuestro juicio, ha de producir importantes consecuencias de orden práctico en el ejercicio de las distintas acciones que al paciente le pudiesen corresponder a raíz del perjuicio sufrido por una actuación médica negligente.

Así las cosas, como primera cuestión cabe apreciar que la distinción entre ambos tipos de responsabilidad civil, desde un punto de vista conceptual, pareciera estar claramente delimitada definiéndose a la responsabilidad contractual como aquella que “tiene su presupuesto en el incumplimiento (o en el cumplimiento inexacto o parcial) de las obligaciones derivadas de un contrato, a consecuencia de lo cual queda insatisfecho el derecho de crédito y además, eventualmente, es causa de un daño o perjuicio suplementario para el acreedor”; y la responsabilidad aquiliana como aquella otra que “tiene como

presupuesto la causación de un daño sin que entre dañante y dañado medie una relación contractual previa, o preexistiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio”<sup>77</sup>.

En virtud de esta distinción, la mayor parte de los Códigos civiles herederos del *Code*, entre los que destacamos; al español, argentino, chileno y colombiano, entre otros, siguen manteniendo un diferente régimen para ambos tipos de responsabilidades, a pesar de que en la actualidad no pocos plantean que dicha distinción se encuentra en crisis<sup>78</sup>. Por otro lado, y teniendo presente la vigencia de la distinción apuntada, resulta interesante traer a colación el caso del AGBG austriaco, en el que se hace un tratamiento unitario del derecho de reparación de daños (§ 1293 y ss.) señalando expresamente en su §1295.1 que “toda persona está legitimada para exigir al dañante la reparación del daño que le haya sido causado por culpa de aquél; el daño puede haber sobrevenido tanto de la infracción de deberes contractuales como al margen de una relación contractual...”<sup>79</sup>.

Centrándonos ahora en la normativa española, cabe subrayar que, en materia de responsabilidad, en el Código Civil español se establecen dos regímenes jurídicos, los cuales a primera vista tendrían claras diferencias, a lo menos de ubicación, entre sí. Rigiéndose la responsabilidad civil extracontractual por lo preceptuado en los artículos 1902 a 1910, mientras que la responsabilidad civil contractual se encontraría recogida en los artículos 1101 a 1108 del mismo cuerpo normativo.

---

<sup>77</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación/en/* Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 4ª Ed., Tomo I, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p.136.

<sup>78</sup> Así también lo sostienen, entre otros: REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* p.144 y ss.; JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria...* p. 26 y ss. LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen. *Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 30 a 62; El Argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado /en/* López Mesa, Marcelo (Dir.). Tratado de Responsabilidad Médica. Buenos Aires: Legis, 2007, pp. 16 y 17. Sobre el particular véase un estudio al respecto realizado por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Reus, 1993, pp. 83 y ss.

<sup>79</sup> “Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein”. Referenciado en REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* p. 136.

Si bien es cierto que entre ambos regímenes de responsabilidad existen ciertas diferencias<sup>80</sup>, además de su obvia naturaleza jurídica, no es menos cierto que muchas de las diferencias que tradicionalmente han sido apuntadas, en la actualidad no hacen más que, en palabras de YZQUIERDO TOLSADA, graficar que siendo cosas distintas tampoco es que vengan a conformar compartimentos absolutamente incomunicados<sup>81 82</sup>.

Como cierta doctrina lo ha puesto de relieve, la discusión sobre este tópico no es de origen reciente y mucho menos está por llegar a término<sup>83</sup>,

---

<sup>80</sup> Así, algunos señalan dentro de las principales diferencias de estos dos tipos de régimen a las siguientes: a) delimitación del criterio determinante de la apreciación de culpa; b) el plazo de prescripción de una y otra; c) la responsabilidad por los dependientes; c) la presunción o no del carácter solidario de la obligación indemnizatoria en caso de que haya una pluralidad de responsables; y d) el mayor o menor alcance de los daños resarcibles. Al respecto vid. GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 31 y 32; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 4ª Ed., Tomo II, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pp. 712 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1992, pp. 19 y ss.

<sup>81</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 81. En igual sentido encontramos algunos pronunciamientos del máximo tribunal español quien, a modo ejemplar, ha declarado que: "ha de convenirse también en que el artículo 1103 es de aplicación tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales, de forma que la posibilidad de moderación que recoge el precepto ha de extenderse a cualquier tipo de obligaciones, con base en las siguientes razones: A) De acuerdo con el tenor literal del susodicho artículo 1103, y al margen de la localización sistemática del mismo, éste es un "precepto aplicable a toda clase de obligaciones", como en realidad lo son también otros artículos inmediatos del mismo capítulo del Código (así arts., 1104. 1106 y 1107), que habitualmente se aplican y proyectan tanto al campo de las obligaciones dimanantes de convención o contrato como en el de los que nacen de acto ilícito. B) La parca regulación de nuestro Código en materia de responsabilidad extracontractual obliga –tal como acertadamente ha puntualizado la mejor doctrina– a integrar lagunas a través de la aplicación por analogía de preceptos relativos a las obligaciones en general, pues aun existiendo, como es bien sabido, indiscutibles y claras diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, no pueden negarse tampoco las grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del artículo 1103, resultados contrarios a la equidad". STS de 20 de junio de 1989, (RJ 1989, 4702).

<sup>82</sup> En similares términos, destacan la ausencia de diferencias fundamentales entre estos dos órdenes de responsabilidades, aceptando sí algunas diferencias accesorias los franceses MAZEAUD, Henri; Léon et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tomo I, 6ª Ed., Paris: Éditions Montchrestien, 1965, pp. 103 a 113.

<sup>83</sup> Al respecto véase a los franceses VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité* /en/ Jacques Ghestin, Dir. *Traite de Droit Civil*, 3ª Ed. Paris: L.G.D.J., 2008, pp. 395 y ss; LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1982, pp. 125 y ss.; MARTY y RAYNAUD. *Droit civil, les obligations*, París, 1988, Tomo I, p. 785. Sobre el debate dado en el derecho español se han pronunciado sobre esta problemática: SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Manifestaciones actuales hacia la responsabilidad objetiva* /en/ Revista del Poder Judicial, n.º 54. 1999, pp. 503 a 538; JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987, pp. 205 y ss; GÓMEZ CALLE, Ester.

debate que, por lo demás, tampoco ha sido zanjado en sede jurisprudencial puesto que como observa CARRASCO PERERA, las conexiones entre una y otra forma de responsabilidad civil han sido siempre materia discutida y no existe una jurisprudencia definida al respecto. De hecho, el Tribunal Supremo español se enfrenta a una serie de supuestos dañosos típicos en los que suele afirmar el carácter extracontractual aunque existe un vínculo contractual entre las partes<sup>84</sup>. Estas dudas y vaivenes jurisprudenciales a los que se hace

---

*Responsabilidad civil extracontractual: el desplazamiento de la culpa al nexo causal. Prueba del nexo causal* /en/ Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil octubre-diciembre de 2001, n.º 57, pp. 903 a 912; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis et al. *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual* /en/ Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, La responsabilidad en el Derecho. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2000, p 155; PASCUAL ESTEVILL, Luis. *Derecho de daños*. Vol. I., 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1995, p. 125. ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y SANTOS BRIZ, Jaime. *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo IV. Madrid: Trivium, 1991, p. 76; PUIG FERROL Lluís, et al. *Manual de Derecho civil*, Tomo II, 2ª Ed., 1998, p. 297; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *La moderación de la culpa por los tribunales*. Valladolid: Lex Nova, 1999, pp. 111 a 115; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *El Sistema De Responsabilidad Contractual: (Materiales Para un Debate)* /en/ Anuario de Derecho Civil, Volumen 44, Nº 3, 1991, pp. 1041 y 1042 y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid: Civitas, 1993, p. 758. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Comentario del artículo 1902*, /en/ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Dir.). *Comentarios del Código Civil de los Magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y otros*, Tomo VIII, 8, 2000, pp. 436 y ss.; DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 344; ALBALADEJO GARCÍA Manuel. *Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana* /en/ Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis DÍEZ-PICAZO, Antonio Cabanillas et. al. Tomo II, Madrid: Civitas, 2003, pp. 1253 y 1273; DE PABLO CONTRERAS, Pedro et al. *Curso de Derecho civil (II). Obligaciones y contratos*. (Coord.) Carlos Martínez de Aguirre, 3ª Ed., Madrid: COLEX, 2011, pp. 205, 810 y 811; PASCUAL ESTEVILL, Luis. *La responsabilidad contractual y la extracontractual, aquiliana o delictual* /en/ La Ley, n.º 2883, 26 de noviembre de 1991, pp. 4 y 5; BLANCO GÓMEZ, Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en el derecho sustantivo español*, Madrid: Dykinson, 1996, p. 36; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Voz, Responsabilidad por hecho ajeno (Dº Civil)* /en/ Montoya Melgar, Alfredo (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid: Civitas, 1995, p. 5956; GÓMEZ CALLE, Ester. *Responsabilidad civil extracontractual: el desplazamiento de la culpa al nexo causal. Prueba del nexo causal* /en/ Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil octubre-diciembre de 2001, n.º 57, pp. 903 a 912; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras*. Ponencia presentada en las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebradas los días 8 y 9 de abril de 2011 en la Coruña. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC-2011-Ponencia-LUELMO.pdf>, última visita 30 de Junio de 2011, pp 4 y ss. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Comentario del Código civil Español* /en/ Comentario del Código Civil, PAZ-ARES, Cándido et al. Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 2005; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, Madrid: Tecnos, 2001, p. 566; MEDINA ALCOZ, María. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 73. SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE Carlos Ignacio. *Respondeat superior II, de la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización* /en/ Indret, 3/2002. Disponible en: <http://www.indret.com>.

<sup>84</sup> Vid. CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pp. 922 y 923. Cita este autor algunas referencias jurisprudenciales en donde se afirma el carácter extracontractual de daños a pesar de existir un vínculo contractual vigente, de esta

referencia casi nunca han respondido a razones de técnica, sino que más bien se encontrarían amparados en la necesidad de superar equitativamente problemas de plazos de prescripción o de deslindar las respectivas competencias de los órdenes jurisdiccionales civil y laboral, guiados por una profunda razón de justicia material<sup>85</sup> al amparo del principio *favor victimae*.

Ya descrito el panorama doctrinal y jurisprudencial de la problemática anunciada, en lo que sigue nos limitaremos a referenciar la que, a nuestro entender, viene a ser la principal diferencia que en la actualidad divide a ambos regímenes de responsabilidad con importantes consecuencias jurídicas según se hable de uno u otro, nos referimos así, al diverso, e injusto, plazo de prescripción que tendrían las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual respectivamente.

#### **1.- PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES.**

Si existe entre ambos regímenes de responsabilidad civil una diferencia trascendental y rotunda, esa es, sin duda, la referente a los plazos de prescripción aplicables en uno y otro supuesto. Así, cuando se trata de un daño contractual, el plazo que establece el artículo 1964 del Código Civil español para exigir la reparación de un daño derivado del incumplimiento, o del defectuoso o tardío cumplimiento de un contrato, es el de quince años para las acciones personales que no tengan asignado un plazo especial de prescripción. Por su parte cuando el daño es de naturaleza extracontractual, el plazo de prescripción que dispone el artículo 1968.2 del citado Código Civil es de un año. Este breve vencimiento le es aplicable a todas las acciones de responsabilidad extracontractual previstas por los artículos 1902 a 1910 del citado Código Civil.

---

forma “*El daño en la mercancía transportada ha sido calificado varias veces como extracontractual; igualmente el incendio del local arrendado o los daños que sufre la cosa arrendada en perjuicio del inquilino por no haber realizado el propietario las obras necesarias; el daño a viajero ha fluctuado entre la calificación de contractual o extracontractual; La responsabilidad del médico o de la Administración sanitaria por daños al paciente tiende a calificarse de extracontractual...*”.

<sup>85</sup> CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos...* p. 923.

Referente a los orígenes de este peculiar término para exigir la reparación de los daños de naturaleza extracontractual, se ha señalado que el legislador de la época optó por hacer propia la tradición histórica, recogiendo el brevísimo plazo de la *actio iniuriae* romana, que pasó a Las Partidas (Ley XXII, Título IX, Partida Séptima) y al Proyecto de 1851 (artículo 1976)<sup>86</sup>. Situación distinta la encontramos en derecho comparado, donde el Código francés en su artículo 2270<sup>87</sup>, establece un plazo de prescripción de diez años, por su parte el Código Civil italiano prescribe en su artículo 2947<sup>88</sup> un plazo de cinco años, y en el alemán, el plazo para exigir la reparación de un daño extracontractual es de diez años, según lo establece su parágrafo 852<sup>89</sup>. Cabe finalmente mencionar que en Cataluña, desde la entrada en vigor del Libro Primero del Código Civil de Cataluña en el año 2002, el plazo de prescripción de las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual es de tres años, según lo establece el artículo 121-21 apartado d) de dicho Código Civil.

Esta diferencia reviste en la práctica una importancia decisiva, hasta el punto de que en ocasiones los perjudicados legitimados para demandar el resarcimiento del daño en sede extracontractual intentan subsumir dicha actuación en el régimen de responsabilidad contractual, a pesar de no ser éste

---

<sup>86</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 452.

<sup>87</sup> Article 2270: “*Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ou, en application de l'article 1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article*”.

<sup>88</sup> Articolo 2947: “*Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito (2043 e seguenti) si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato.*

Per il risarcimento del danno prodotto a circolazione dei veicoli di ogni specie (2054) il diritto si prescrive in due anni.

In ogni caso, se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile. Tuttavia, se il reato è estinto per causa diversa dalla prescrizione (Cod. Pen. 150 e seguenti) o è intervenuta sentenza irrevocabile nel giudizio penale (Cod. Proc. Pen. 576), il diritto al risarcimento del danno si prescrive termini indicati dai primi due commi con decorrenza dalla data di estinzione del lato o dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile”.

<sup>89</sup> § 852: “*Si el obligado al resarcimiento ha obtenido por un acto ilícito algo a costa del perjudicado, está también obligado, incluso tras la consumación de la prescripción de la pretensión al resarcimiento del daño causado por un acto ilícito, a la restitución según las disposiciones sobre restitución de un enriquecimiento injustificado. Esta pretensión prescribe a los diez años desde su nacimiento y, sin considerar el nacimiento, a los treinta años desde la comisión del acto lesivo u otro acontecimiento desencadenante del daño*”. LAMARCA MARQUÉS, Albert. *Código civil alemán y ley de introducción al código civil*. Barcelona: Marcial Pons, 2008, p. 244.

el régimen aplicable, por ser su plazo de prescripción mucho más favorable<sup>90</sup> que el consagrado exiguamente en el Código Civil. En este orden de cosas, es observado por algunos que, con particular énfasis en el ámbito sanitario, al momento de delimitar los campos de la responsabilidad contractual y extracontractual la jurisprudencia española se ha ofrecido con perfiles oscilantes<sup>91</sup>.

Creemos que una faz importante de este vaivén jurisprudencial se debe a una enraizada tendencia que apunta hacia la total prescindencia de la distinción entre ambos sistemas de responsabilidad civil, la cual entiende que las responsabilidades contractual y extracontractual más que diferencias tienen grandes similitudes, siendo eje de todas ellas, el que la finalidad de ambas sea la reparación del daño causado. Otra explicación de esta tendencia de acercamiento de regímenes que propugna cierta jurisprudencia, podríamos encontrarla en el otorgamiento de una mayor protección a la víctima del daño, materializándose así el *pro damnato o favor victimae*, cuya aplicación, con especial atención en la responsabilidad civil médica, estaría avalada por sendos principios de justicia material y equidad<sup>92</sup>.

A modo de conclusión no nos resulta difícil apreciar, además de las diferencias de concepto, nomenclatura y ubicación en el código, el marcado contraste, en cuanto a materia de prescripción se refiere, entre los distintos regímenes de responsabilidad que eventualmente podrían aplicarse a la actividad médica, permitiéndonos sostener, además, que debido al exiguo, e injusto, plazo que en materia extracontractual se le impone al paciente víctima para ejercer la respectiva acción de responsabilidad civil, es el régimen de responsabilidad contractual el que presenta mayores ventajas a efectos de entregar un plazo razonable para ejercer las respectivas acciones tendentes al resarcimiento o compensación del perjuicio sufrido. Es más, concordamos con

---

<sup>90</sup> JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria...* p. 41.

<sup>91</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* pp. 711.

<sup>92</sup> A modo ejemplar, vid. las SSTS de: 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2711); 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8057); 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934); 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240).

aquellos autores<sup>93</sup> que alzan la voz para abogar por una unificación en los plazos de prescripción de ambos regímenes en aras de reforzar la seguridad jurídica y como intento por terminar con las arbitrarias aplicaciones que, jurisprudencialmente, de uno u otro sistema se realizan según la conveniencia o conmoción que provoque un determinado supuesto.

## **2.- CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES.**

Ya esbozadas algunas reflexiones respecto de la primera de las interrogantes planteadas al inicio del presente apartado, nos corresponde dedicar las siguientes consideraciones a la segunda problemática apuntada, la cual intenta dilucidar, en términos coloquiales, si frente a la concurrencia de responsabilidad contractual y aquiliana por perjuicios provocados por servicios médicos, la víctima puede o no ejercer libremente aquella acción que le parezca.

Dada la trascendencia que implica someter un determinado hecho a uno u otro sistema de responsabilidad civil, es que cabe buscar aquellos elementos, en el caso de nuestra investigación dentro del ámbito médico-sanitario, que nos permitan encuadrar en una regulación específica una determinada actividad realizada por un profesional de la salud. Así las cosas, y en una primera aproximación, pacífico resulta que cuando entre el dañado y el responsable exista una relación obligatoria cabe plantear la reclamación con fundamento contractual y que tal fundamento habrá de ser necesariamente extracontractual cuando se pretenda reparación de quien no es parte de la relación obligatoria cuyo objeto es la prestación de los servicios sanitarios<sup>94</sup>.

Así las cosas, parece bastante claro que, existiendo un contrato entre las partes, éstas puedan realizar una reglamentación de intereses en el seno del

---

<sup>93</sup> LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen. *Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos...* pp. 57 a 59; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras...* p. 4; JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria...* p. 41. De forma no tan expresa pero en el mismo sentido CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos...* p. 925.

<sup>94</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* pp. 712.



mismo, incluso expresando la diligencia exigible, pudiendo además, prever una especial distribución de riesgos a efectos de la responsabilidad en que pueden incurrir. En casos como el señalado, teóricamente resulta sencillo afirmar que en caso de conflicto la reglamentación aplicable será la que gobierne la responsabilidad contractual, no resultando correcto que uno de los contratantes acuda arbitrariamente a las reglas de la responsabilidad extracontractual<sup>95</sup>.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de abril de 1966, la cual en términos bastante claros señala: *“El art. 1902 CC consagra el principio de la responsabilidad aquiliana, que tiene carácter eminentemente extracontractual. De estar las partes ligadas por un contrato, es éste, con su fuerza obligatoria el que debe regir su cumplimiento, tanto voluntario como forzoso; por ello, la ley es fuente única de la responsabilidad, al paso que si existe pacto al respecto, es el consentimiento prestado y las cláusulas en que se refleja la fuente de las obligaciones a cumplir”*<sup>96</sup>.

No obstante lo señalado, y a pesar de que la distinción desarrollada anteriormente entre los regímenes de responsabilidad civil contractual y el extracontractual es teóricamente correcta, en la *praxis* no resulta tan sencillo vincular un hecho dañoso concreto a uno u otro tipo de responsabilidad, nos referimos a las denominadas zonas grises<sup>97</sup>, casos difíciles<sup>98</sup>, zonas mixtas<sup>99</sup> o supuestos fronterizos entre ambos tipos de responsabilidad<sup>100</sup>, casos en los que no resulta claro apreciar si estamos dentro de los márgenes de uno u otro tipo responsabilidad.

---

<sup>95</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 264.

<sup>96</sup> STS 26 de abril de 1966 (RJ 1966, 2164).

<sup>97</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras...* p. 5.

<sup>98</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 250.

<sup>99</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* pp. 732.

<sup>100</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* p. 146; con igual nomenclatura YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 100.

Asumiendo que los llamados casos dudosos son en realidad más numerosos de lo que aparentemente parece<sup>101</sup>, a modo de sistematización seguiremos la clasificación propuesta por DÍEZ-PICAZO para quien, dentro de las denominadas zonas grises, se encuadran dos supuestos: a) aquellos en los que como consecuencia de la ejecución de un contrato se producen lesiones corporales o de resultado de muerte, encontrándose aquí supuestos relacionados con el contrato de transporte de personas, responsabilidad médica y los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales; y b) aquellos casos en los que a raíz de la propia relación contractual se producen daños en las cosas, citándose como ejemplos de estos, los contratos de arrendamiento o de depósito<sup>102</sup>.

Concordamos con el citado autor en que los casos en que resulta más difícil la distinción entre los dos tipos de responsabilidad son aquellos en que a raíz de la ejecución de un contrato se le producen a una de las partes contratantes lesiones corporales o incluso la muerte<sup>103</sup>, destacándose al respecto los daños acaecidos como consecuencia de la actividad médico-sanitaria, materia que respecto de la problemática de la concurrencia de responsabilidades tiene una especial relevancia práctica.

Así las cosas, y a modo de introducción, podemos advertir que no todos los daños que se produzcan entre dos sujetos vinculados por una relación contractual tienen por qué tener su origen en la misma, es decir, en ocasiones, aunque la identidad del sujeto causante del daño y la del perjudicado coincidan con los sujetos titulares de una relación obligacional, el daño producido por la actuación de una de las partes puede no derivar de dicha relación<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Con referencia a un interesante catálogo de casos con sus respectivas referencias jurisprudenciales vid.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* pp. 250 a 258; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación* /en/ RCDI, núm. 603, 1991, pp. 454 y ss., e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 85 y ss.; REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* pp. 146 y 158.

<sup>102</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 250.

<sup>103</sup> Ídem, p. 250.

<sup>104</sup> JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria...* p. 42.

En este sentido cabe subrayar lo señalado por la STS de 26 de enero de 1984, la cual expresa que *“no es bastante que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato, desplegará aquella sus efectos propios; o, en otras palabras, que puede darse la concurrencia de ambas clases de responsabilidades en yuxtaposición que no desaparece sino cuando el acto causante se presenta con entera abstracción de la obligación preexistente y operaría y lo haría con la misma extensión e intensidad, aunque ésta no hubiera existido nunca (supuesto de responsabilidad aquiliana pura), presentándose como violación únicamente del deber general de no dañar a nadie; mientras que se da la responsabilidad contractual pura cuando el hecho sólo y únicamente se presenta como infracción de una de las obligaciones pactadas, de tal suerte que el determinar el incumplimiento de la obligación depende íntegramente de la misma, siendo inimaginable su encuadramiento dentro del general deber de no dañar a otro; concibiéndose un tertius genus en que el hecho dañoso es inescindiblemente incumplimiento de deber contractual y violación, insegregable de aquél, del deber general de no causar daño a otro; y si la separación de los dos regímenes es obligada e inconcebible la coexistencia en los casos de las dos primeras clases consideradas (por lo cual, y dentro de la profusa casuística contemplada por la Jurisprudencia, no existe asomo de confusión), no puede predicarse igual tratamiento en punto a la clase últimamente definida, pues la existencia de la relación preexistente y su correlativo régimen jurídico no es bastante a eliminar la responsabilidad aquiliana presente a través de todos sus elementos definidores”<sup>105</sup>.*

De esta forma llegamos al problema de la concurrencia de responsabilidades la que en términos de CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, consiste en que sucedido un daño de los que se sitúan en el

---

<sup>105</sup> STS de 26 de enero de 1984, (RJ 1984, 386).

área común a ambas responsabilidades, existen dos regulaciones diversas –coincidentes en algunos tópicos y diferentes en otros–, encabezadas por los epígrafes “responsabilidad contractual” y “responsabilidad extracontractual”, las cuales poseen una idéntica vocación de ser aplicadas sobre unos mismos hechos. Como se deduce de la propia definición de la concurrencia de normas, desde el punto de vista sustantivo el principal problema que genera es el de determinar cuál –una, otra o las dos– de las normas en concurso regirá el evento enjuiciado<sup>106</sup>.

En otras palabras, hay un concurso o concurrencia de responsabilidades precisamente cuando un hecho constitutivo de un incumplimiento de contrato también es un ilícito extracontractual, porque prescindiendo del contrato, el hecho constituye una violación del principio *alterum non laedere*. En tales casos, la pretensión indemnizatoria tiene por fundamento dos conjuntos de normas diferentes, de modo que, técnicamente, se trata de un concurso de normas que son fundamento de la responsabilidad<sup>107</sup>.

Atendiendo a los efectos dispuestos por las normas en concurrencia, puede ocurrir que los mismos sean acumulables o que no lo sean. En el primer caso, las normas y sus efectos se suman, mientras que en el segundo se excluyen. Un ejemplo de acumulación de efectos se encuentra en la norma reguladora de la facultad resolutoria en las obligaciones recíprocas y de la indemnización por incumplimiento contractual, que, como regla general (artículo 1124 del Código Civil), se pueden acumular. Por el contrario, no son acumulables, la responsabilidad contractual y la extracontractual, ya que, el que pueda obtenerse una doble indemnización por un mismo daño es contrario a todo el sistema de responsabilidad civil<sup>108</sup>. Por tanto cabe afirmar, en este

---

<sup>106</sup> CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal...* p. 59.

<sup>107</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 1056.

<sup>108</sup> Se critica por parte de la doctrina la utilización del término “*cumul*” o “*cúmulo de responsabilidades*”, principalmente porque puede dar lugar a confusiones en lo referente a una eventual acumulación de pretensiones indemnizatorias que tienen dos fuentes diferentes, lo cual conduciría a la doble reparación de un mismo daño y al enriquecimiento sin causa correlativo. La pregunta que se esconde tras el planteamiento de la concurrencia de responsabilidades se refiere a si el actor tiene la opción entre uno u otro régimen de responsabilidad, bajo el supuesto de que el hecho pueda ser calificado tanto de incumplimiento

sentido, que ambas responsabilidades no se acumulan, sino que se excluyen recíprocamente, o en otras palabras, son disyuntivas<sup>109</sup>. En suma, nos encontramos ante una concurrencia no acumulativa y a falta de una intervención legislativa tendente a conciliar dicha concurrencia normativa, las correspondientes regulaciones se encuentran en conflicto<sup>110</sup>.

Es en este punto donde se plantea la cuestión de si la víctima del perjuicio dispone de la posibilidad de ejercitar su reclamación fundándola en cualquiera de los dos campos de la responsabilidad optando por el que le ofrezca más ventajas en el caso concreto<sup>111</sup>. Conectando este argumento con lo señalado al inicio de este tópico, en principio, la posibilidad de aceptar la concurrencia de responsabilidades, viene a resultar del todo anómala y es esperable una primera actitud de rechazo, puesto que tropieza con el criterio de que el daño producido con ocasión y en el curso de la ejecución de un contrato es contractual y es en esa sede, y no otra, donde ha de ventilarse la respectiva reclamación. Sin embargo, dicha reticencia no ha sido óbice para que tanto la doctrina como la jurisprudencia, en pos de justificar la posibilidad de opción de la víctima entre ambos regímenes de responsabilidad, hayan elaborado una interesante posición al respecto.

Como puede apuntarse, la problemática del concurso de responsabilidades tiene un amplio margen de aplicación planteándose, además de la responsabilidad civil médica, en muchos otros casos de igual relevancia práctica que el objeto de nuestra investigación. Así, los autores que se han

---

contractual como de ilícito extracontractual. En igual sentido se pronuncian por todos: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...* p. 47; REAL PÉREZ, Alicia. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1991 /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-marzo de 1991, pp. 285 a 296 y BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 1056.*

<sup>109</sup> CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal...* p. 60.

<sup>110</sup> Ídem, p. 61.

<sup>111</sup> ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios /en/ Orti Vallejo, Antonio (Dir.). La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 34.*

ocupado de tratar este tema<sup>112</sup>, citan dispares hipótesis donde tiene cabida la citada problemática, refiriéndose entre otras a: i) Los accidentes laborales; ii) Los daños en las cosas transportadas; iii) Los sufridos por el arrendatario a consecuencia de defectos del inmueble arrendado; iv) Los de deterioro de la cosa arrendada por arrendatario o los daños derivados de la compra de cosa defectuosa, incluso, otras hipótesis en las que se ha llegado a plantear la cuestión, se refieren a casos de responsabilidad en la construcción inmobiliaria y el servicio notarial<sup>113</sup>.

Siguiendo a ORTI VALLEJO, consideramos que la anteriormente diagnosticada heterogeneidad de los supuestos en los que se plantea la concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, hace que sea muy dificultoso acometer su problemática de una manera general, por ello, compartimos con el citado tratadista que sólo si se aborda la concurrencia de

---

<sup>112</sup> BLANCO GÓMEZ, Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en el derecho sustantivo español...* p. 91, se refiere al contrato de trabajo, a los servicios médicos y al contrato de transporte de personas; Por su parte el ya clásico trabajo de GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español* /en/ Revista de Derecho Privado, Octubre, 1962, pp. 831 y ss., presentaba como pretendidos ejemplos de casos que pueden reunir caracteres de infracción contractual y aquiliana al del depositario que, intencionadamente o por negligencia, causa daño a la cosa depositada; ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* pp. 34 y ss., Centra su estudio exclusivamente en lo que concierne al tema de los servicios y dentro de estos sólo respecto a aquellos en los que está comprometida la salud e integridad de las personas y son susceptibles de provocar daños personales; GÓMEZ CALLE, Ester. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 mayo 1998* /en/ Comentario Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 48, 1998, p. 1187, recoge la responsabilidad médica, incluyendo la medicina que prestan los servicios públicos de salud. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español* /en/ Comentario del Código Civil, PAZ-ARES, Cándido *et al.* Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 1979, cita como casos en los que se plantea, el del contrato de trabajo, responsabilidad médica, daños en cosas transportadas, daños sufridos por el arrendatario por tuina del inmueble. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal...* pp. 72 a 75 se refiere a los de daños derivados de la compra de cosa defectuosa y los de daños en el transporte. En el Derecho alemán, MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I. Barcelona: Bosch, 1995. (Traducción de Martínez Sarrión), p. 168, recoge como casos típicos en los que se produce la cuestión de la acumulación, los de responsabilidad médica y los de deterioro de la cosa arrendada por el arrendatario. En el Derecho italiano ROSELLO, Carlo. *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale ed extracottrattuale* /in/ Nuova Giurisprudenza civile comentata, Vol. II, 1985, p. 324, recoge casos de responsabilidad médica, transporte de cosas, daños por defectos de cosa vendida, guía alpina, alquiler de caballo y hospedaje.

<sup>113</sup> ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* pp. 34 y 35.

responsabilidades de forma singular para cada uno de los casos en los que aparece, se puede llegar a soluciones fiables<sup>114</sup>.

Teniendo presente lo apuntado, es que en las páginas que siguen intentaremos desarrollar la problemática de la concurrencia de responsabilidades, circunscribiendo nuestro estudio exclusivamente en lo que concierne a los daños personales que son causados dentro del ámbito de la actividad médico-sanitaria.

En un intento de sistematizar el enmarañado panorama doctrinal y jurisprudencial que existe al respecto, a grandes rasgos, describiremos aquellas teorías que han sido propuestas para solucionar los casos en que concurren o existe concurso entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Así, siguiendo principalmente la sistematización expuesta por YZQUIERDO TOLSADA, distinguiremos entre: La teoría de la absorción o incompatibilidad de responsabilidades; La teoría de la opción o concurso de acciones; y La teoría del concurso de normas.

## 2.1. TEORÍA DE LA ABSORCIÓN O INCOMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES.

Esta teoría, también denominada de la no acumulación<sup>115</sup> o *non cumul*, toma como base la idea que a un mismo hecho dañoso no pueden superponerse ambos sistemas de responsabilidad civil, y en caso de darse tal superposición debe prevalecer el régimen de responsabilidad contractual sobre la responsabilidad aquiliana puesto que constituye el sistema normativo específico de responsabilidad en contraposición con el de la responsabilidad extracontractual que es considerado como el régimen general<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* pp. 35 y 36.

<sup>115</sup> La expresión "no acumulación" es tributaria del término *non cumul* empleado por la doctrina francesa que se pronuncia claramente a favor de esta teoría. Curiosamente la jurisprudencia belga, aplicando el mismo Código, defiende la postura contraria, es decir, de la opción de responsabilidades. Este contraste es puesto de relieve por SIERRA PÉREZ, Isabel. *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*. Madrid: Montecorvo, 1997, p. 51 y por la francesa VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité...* p. 614.

<sup>116</sup> CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal...* p. 61.

Para sostener esta posición, los autores que defienden esta teoría elaboran una serie de fundamentos. El primero de ellos es el llamado fundamento convencional, según el cual la existencia de un contrato previo implica necesariamente la exclusión voluntaria de los contratantes de aplicar las normas de responsabilidad extracontractual en desmedro de las normas de responsabilidad contractual; y el segundo, es el denominado fundamento normativo, en virtud del cual se afirma que no puede imponerse a un sujeto un doble deber de respeto de un mismo interés pero a dos niveles normativos distintos, pues esto provocaría, además de frecuentes antinomias, una inquietante inseguridad jurídica<sup>117</sup>.

Otro argumento usualmente utilizado por la doctrina y jurisprudencia francesa, quienes destacan por su ferviente defensa de esta manera de operar –*non cumul*–, plantea que permitir el ejercicio de la acción extracontractual, en desmedro de la contractual, supondría desconocer que la responsabilidad contractual y extracontractual son instituciones distintas aunque complementarias, las que de ninguna manera pueden estar directamente en competencia puesto que se aplican a objetos diferentes: una sanciona la inexecución de las obligaciones contractuales y la otra la transgresión de reglas de conducta de origen legal, reglamentario y jurisprudencial<sup>118</sup>.

Por su parte en el Sistema español cabe destacar que esta teoría ha logrado una importante acogida principalmente en la doctrina<sup>119</sup>, quienes en

---

<sup>117</sup> BLANCO GÓMEZ, Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en el derecho sustantivo español...* p. 66.

<sup>118</sup> Una completa exposición de la doctrina del *non cumul* la encontramos en: VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité...* pp. 611 y ss. También, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* pp. 247 a 249 y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal...* pp. 63 a 65.

<sup>119</sup> Así, CRESPO MORA, María Carmen. *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*. Cizur Menor: Civitas, 2005, p. 239; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Juan. *La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana* /en/ Revista de Derecho Privado, Tomo LVI, 1972, p. 979; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1979 y ss., quien luego de optar por la tesis de la no acumulación, admite que, por razones de economía procesal, los tribunales puedan seguir utilizando la tesis opuesta mientras siga resultando dudoso que la *causa petendi* está configurada únicamente por la relación de hechos que constituye el soporte fáctico de la demanda y no por la fundamentación jurídica de la misma; BLANCO GÓMEZ, Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo*



tono de crítica al accionar de los tribunales de justicia, denuncian una suerte de relativización jurisprudencial de la distinción del carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad civil, la cual vendría a producirse principalmente a través de dos vías bien marcadas. De un lado, se estaría relativizando la trascendencia práctica de la distinción, aproximando intencionalmente y *contra legem* los efectos de una y otra clase de responsabilidad, lo cual estaría dejando prácticamente reducida al plazo de prescripción la diferencia entre ambas<sup>120</sup>. Y de otro, se relativiza la propia distinción, bien al prescindir de la calificación del supuesto de hecho de uno u otro modo, o al aplicar indistintamente las normas de ambas clases de responsabilidad a un mismo supuesto<sup>121</sup>.

No obstante la constatada acogida y defensa por parte de cierta doctrina española de la tesis que comentamos, la teoría del *non cumul* tampoco ha estado exenta de críticas en este sistema. Un primer argumento que se opone a la citada tendencia se basa en el principio de economía procesal y consiste en que si se acepta esta teoría y se ejercita la acción de responsabilidad contractual cuando procedía la derivada del artículo 1902 del código civil o viceversa, el tribunal, adoptando hipotéticamente la teoría de no acumulación, deberá rechazar la pretensión por no estar fundada en las normas adecuadas, y la víctima para conseguir que el daño sufrido le sea resarcido, se verá

---

*hecho dañoso. Problemática en el derecho sustantivo español...* p. 173, considera que la teoría de la incompatibilidad de las pretensiones o teoría de la absorción es la más congruente con los datos normativos; para este autor la teoría de la absorción es compatible con la teoría del concurso de normas; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 268; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 101, admite que de *lege data*, ésta es la teoría más correcta.

<sup>120</sup> Sobre el particular véase a: GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 32; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*. 2ª Ed. Valladolid: Lex Nova, 2008. p. 68; MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias /en/ Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 19, Madrid, 1993, pp. 61 y ss.

<sup>121</sup> Se refieren estos autores en forma de crítica a la teoría de “yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual” o de “unidad de culpa civil”, puesto que conformidad con esta doctrina, se considera que a efectos de congruencia el Tribunal tan sólo está vinculado a los hechos de la demanda, que son los que integran la causa de pedir, gozando de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual, en el ejercicio de sus facultades de aplicación de la norma pertinente, al amparo del principio *iura novit curia*. De forma más reciente es destacado por GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* pp. 32 y 33.

obligada a incoar un nuevo pleito tardando varios años en obtener el resarcimiento perseguido<sup>122</sup>.

También en tono de crítica, se destaca falta de diferencias esenciales entre estos órdenes de responsabilidades, lo cual se ve manifestado en que las reglas que gobiernan a una u otra no son sustancialmente diversas, sino que tendiendo más a la semejanza. En este sentido, no pocos han apuntado que los orígenes del surgimiento de la responsabilidad contractual y extracontractual no obedecen a fundamentos distintos, sino por el contrario<sup>123</sup>, en los dos casos una obligación, cuyo origen es contractual en uno y legal en el otro, ha sido contravenida y esta violación es propiamente el origen de la nueva obligación que surge en ambos de reparar el daño causado<sup>124</sup>. Circunstancia, entre otras, que habría motivado a que, incluso, cierta doctrina se mostrará a favor de la unificación ambos regímenes de responsabilidad<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> SIERRA PÉREZ, Isabel. *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia...* p. 65. en relación a la crítica citada, se trae a colación lo expresado al respecto por PANTALEÓN PRIETO, uno de los defensores de la tesis de la no acumulación, quien considera que las anteriores conclusiones, que parten de la identificación entre pretensión en sentido procesal y pretensión en sentido material, ya han sido superadas. Según el mismo, la jurisprudencia actualmente parece aceptar que la *causa petendi* está integrada por la relación de hechos que constituye el soporte fáctico de la demanda y no por la fundamentación jurídica de la misma, que no vincula al tribunal. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1979 y ss.

<sup>123</sup> Este argumento es sobradamente articulado por MAZEAUD, Henri; Léon et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* pp. 103 a 113. Critican estos autores aquella doctrina que diferenciando ambos tipos de responsabilidad consideraba que la extracontractual es una fuente de obligación y la contractual sólo un efecto de las obligaciones contractuales. Argumentan que la responsabilidad contractual viene a ser fuente de obligación tanto como la responsabilidad extracontractual, ya que en aquella, no hay duda que antes del incumplimiento una obligación ligaba a los contratantes; pero la obligación de la que se trataba era una obligación diferente, pues nacía del propio contrato, en cambio al producirse el incumplimiento la obligación de indemnizar los perjuicios no deriva del contrato previamente celebrado, sino que más bien de la responsabilidad contractual. La situación es la misma en caso de responsabilidad delictual. Antes de la realización del daño existía una primera obligación, creada esta vez por la ley y que consistiría en no dañar a otro. La violación de ésta hace nacer, para el dañante, una nueva obligación, que en caso de la responsabilidad aquiliana sería la de reparar el perjuicio. En la misma línea VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité...* pp. 399 a 401. En España, en sentido similar al tratar el tema de la concurrencia, BLANCO GÓMEZ, Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en el derecho sustantivo español...* pp. 27 y 28.

<sup>124</sup> ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* pp. 35 a 37.

<sup>125</sup> Sobre los orígenes en el derecho francés de la teoría de la unidad, véase a: VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité...* pp. 397 a 399. En España, han mostrado cierta propensión por la unidad de ambos regímenes: ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la*

Por último, y como tuvimos la ocasión de demostrar al tratar las diferencias de regímenes, cabe destacar que la pretendida disparidad insalvable entre ambos sistemas no es de tal entidad, principalmente porque en la práctica no resulta difícil constatar que existen muchas más similitudes que diferencias entre ambos regímenes, siendo a nuestro parecer la única cuestión insalvable y que, por ahora, provoca disímiles consecuencias jurídicas, la relativa al distinto plazo de prescripción que gobierna cada sistema<sup>126</sup> y respecto del cual, como ya lo apuntamos, somos partidarios de una necesaria unificación de los plazos de prescripción entre ambos regímenes.

## 2.2. TEORÍA DE LA OPCIÓN O CONCURSO DE ACCIONES.

Esta teoría, a diferencia de la anterior, toma como punto de partida la idea de que es posible que un mismo hecho dañoso suponga de forma simultánea, tanto el incumplimiento de una obligación contractual como la infracción del deber general de no causar daño a otro, resultando ambos regímenes jurídicos aplicables al supuesto en cuestión<sup>127</sup>.

Cabe precisar respecto de la citada teoría que, el que se plantee la posibilidad de aplicar indistintamente ambos regímenes de responsabilidad a un caso concreto, no significa que el actor pueda acumular ambas responsabilidades, ya que ello supondría un doble resarcimiento del daño

---

*concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios... pp. 35 a 37. Sobre la posibilidad de unificación de ambos regímenes vid. a: CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal... p. 135; REGLERO CAMPOS, Fernando. Conceptos generales y elementos de delimitación... p. 127; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana: Razones para una moderna unificación /en/ Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 603, 1991, pp. 443 a 489; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual... pp. 105 y 106; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea) /en/ Bueres Alberto y Kemelmajer Aída (Coord.). Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini: teoría general del derecho de daños. Responsabilidades especiales. Derecho privado y procesal: perspectiva y prospectiva. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 105 a 111.*

<sup>126</sup> Sobre las diferencias entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual nos remitimos a lo expuesto en el capítulo I, pp. 40 y ss.

<sup>127</sup> JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria...* pp. 45 y 46; en igual sentido, REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* pp.160 a 162.

sufrido. Lo que en puridad viene a plantear la tesis de la opción es que el demandante dispone de ambas acciones –contractual y extracontractual– para ejercitarlas teniendo que, necesariamente, elegir entre una u otra, de forma que una vez ejercitada una, la opción resulta vinculante para el actor, quien no podrá con posterioridad ni modificarla, pues ello supondría modificar la *causa petendi*, ni ejercitar la otra<sup>128</sup>, pues, respecto del sistema español, así lo establece expresamente el artículo 400<sup>129</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), precepto que debe ser interpretado en consonancia con lo que también prevé el artículo 281.2<sup>130</sup> del mismo cuerpo legal, a efectos de la exhaustividad y congruencia de las sentencias<sup>131</sup>. Ahora, si la demanda es rechazada, la víctima podrá en un nuevo proceso utilizar la vía que excluyó primitivamente, pues, según esta teoría, si se trata de pretensiones diferentes no cabe hablar de cosa juzgada<sup>132</sup>.

En este sentido consideramos que la aplicación de la teoría de la opción debe estar supeditada a un análisis de caso a caso, no justificando *a priori* su aplicación general a todos aquellos casos que presenten la característica de ser considerados como grises o dudosos. En consecuencia asumimos desde ya una postura favorable a esta doctrina, pero sólo circunscrita a aquellos casos que, junto con estar relacionados con la prestación de servicios –médico-sanitarios– que comprometen la integridad física de la persona, cumplen además el requisito de encontrarse dentro de la zona que hemos denominado gris, mixta, dudosa o fronteriza de responsabilidades.

---

<sup>128</sup> JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria...* p. 46.

<sup>129</sup> Artículo 400.1 LEC: “Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”.

<sup>130</sup> Artículo 281.2 LEC: “El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

<sup>131</sup> Así lo destaca DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras...* p. 81.

<sup>132</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 100.

Así las cosas, es menester precisar que la teoría de la opción se presenta de forma limitada, es decir, que no se trata de derogar el principio o regla de la primacía del contrato cuando en el curso de la ejecución de una convención se produce un daño, sino de permitir la opción sólo y exclusivamente en aquellas zonas grises, dudosas o fronterizas, en las que, como vimos, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual se debilita<sup>133</sup>.

A diferencia de la teoría de la no acumulación, la teoría de la opción, también denominada como de concurrencia de acciones o de *cumul*, no sólo ha sido aceptada por buena parte de la doctrina tanto española<sup>134</sup> y comparada<sup>135</sup>, sino que en una interesante porción de los derechos positivos vigentes es la teoría del *cumul* la que actualmente prevalece, así: en Alemania<sup>136</sup>; en Suiza;

---

<sup>133</sup> ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* p. 43; en igual sentido CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal...* p. 135, más reciente, aunque con importantes matices, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras...* p. 113.

<sup>134</sup> Como partidarios de esta tesis, en España podemos citar entre otros a REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* p. 160; ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* pp. 42 a 52; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español /en/* Revista de Derecho Privado, Tomo XLVI, 1962, pp. 833 y ss., y con ciertas matizaciones, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal...* pp. 135 y ss.

<sup>135</sup> Destacamos en doctrina alemana a: ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. 11ª revisión por Lehmann Heinrich*. Tomo II, vol. II, 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1950 (Traducción de la 35ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer), p. 619 y MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales...* pp. 169 y 170 (Traducción de ángel Martínez Sarrion); En Italia a: SCOGNAMIGLIO, *Novísimo Digesto Italiano, voz Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, vol. XV, UTET, Torino, 1968, p. 678 y ROSELLO, Carlo. *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale ed extracotrattuale...* p. 320.

<sup>136</sup> Como expone ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. 11ª revisión por Lehmann Heinrich...* p. 619. Desde la fundamental sentencia de 13 de octubre de 1916, se ha impuesto la opinión de que en principio se aplican conjuntamente la normas de los contratos y de los delitos, naciendo en consecuencia dos pretensiones concurrentes, porque el deber jurídico general cuyo quebrantamiento constituye el acto ilícito, no puede ser eliminado por la circunstancia de que un contrato fuera lo que primero haya dado la posibilidad de la intervención contraria a derecho en la esfera jurídica de los bienes, porque el contrato robustece el deber jurídico general, pero no lo suprime.

en Italia<sup>137</sup>; en Grecia; en Japón; entre otros<sup>138</sup>. En cuanto al *common law*<sup>139</sup>, se sitúa igualmente en el campo de los sistemas favorables a la opción, no es que esta posición sea afirmada oficialmente como un principio, pero prácticamente en Inglaterra como en Estados Unidos y en todos aquellos países que comparten el sistema jurídico de raíz anglosajona, la víctima tiene siempre la posibilidad de colocarse en el terreno que le sea más favorable<sup>140</sup>. También debe agregarse que incluso ordenamientos con amplia influencia del derecho francés, en este punto son por lo menos vacilantes, así la jurisprudencia belga<sup>141</sup> se inclina en efecto hoy en favor del derecho de opción, como también lo había realizado la Jurisprudencia de Quebec antes de la dictación de su nuevo código<sup>142</sup>.

En este sentido cabe destacar lo apuntado en el informe para la comisión Europea elaborado por ULRICH MAGNUS y HANS MICKLITZ, quienes analizando comparativamente la situación de varios países europeos<sup>143</sup>, señalan que sólo en Francia es donde todavía rige la regla del *non*

---

<sup>137</sup> En el Derecho italiano por su parte, expone ROSELLO, Carlo. *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale ed extracottrattuale...* p. 320, que a diferencia de la doctrina en la que persisten contrastes en orden a la admisibilidad del concurso de acciones, la jurisprudencia de los últimos veinticinco años se ha orientado unánimemente a admitir el concurso en todas las hipótesis en que un mismo hecho dañoso viola no sólo los derechos que nacen del contrato, sino también aquellos que al deudor perjudicado corresponden independientemente de la existencia de una relación obligatoria.

<sup>138</sup> Al respecto véase a: VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité...* pp. 613 y ss.

<sup>139</sup> En el Derecho inglés, destaca MARKESINIS, *Tort Law*, 4th ed., Oxford: Oxford University Press 1999, p. 17, que como hipótesis en las cuales existen concurrencia de contrato y *tort* que autorizan acudir a las reglas más generosas de éste último, son las relaciones entre profesionales y clientes (médicos, agentes de seguros, y otros por el estilo), lo cual fue establecido en el famoso caso Henderson v/s. Merrett Syndicates Ltd., que admite la posibilidad de que el demandante pueda fundar su pretensión como más le convenga, debido a la concurrencia de derechos y deberes en *tort* y en contrato y a la mayor amplitud de los deberes en *tort* porque derivan del Derecho general, frente al contrato que deriva de las partes, salvo que lo impida el propio contrato, es decir que el *tortius* remedio esté limitado o excluido.

<sup>140</sup> VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité...* pp. 613 y 614.

<sup>141</sup> Ídem, p. 614.

<sup>142</sup> Así el artículo 1458 del Código Civil de Quebec opta por negar absolutamente el derecho de opción.

*Art. 1458: "Every person has a duty to honour his contractual undertakings.*

*Where he fails in this duty, he is liable for any bodily, moral or material injury he causes to the other contracting party and is liable to reparation for the injury; neither he nor the other party may in such a case avoid the rules governing contractual liability by opting for rules that would be more favourable to them".*

<sup>143</sup> Como destacan los propios autores del informe reseñado, su trabajo comparativo se centra en la práctica de los tribunales de justicia, mas no en la normativa vigente de cada país analizado. MAGNUS-MICKLITZ. *Comparative analysis of national liability systems for*

*cumul* derivada de la estricta distinción entre contrato y *tort*, frente a la tendencia común en Europa de fusionar, a lo menos en casos de daños por servicios, la responsabilidad contractual y extracontractual<sup>144</sup>.

Por su parte en España, si bien la cuestión no es pacífica en doctrina, tampoco en los pronunciamientos del Supremo encontramos una clara tendencia, oscilando sus resoluciones entre la teoría de la opción y la del concurso de normas, sin embargo, como destaca ORTI VALLEJO, en España el criterio de la acumulación pareciera ser el que prevalece en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando afirma que en los supuestos de concurrencia de acciones que se producen en los casos en los que el daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no dañar a otro, el perjudicado tiene la facultad de optar entre una u otra acción<sup>145 146</sup>.

En el sentido expresado, y por tratarse de un caso de responsabilidad médico-sanitaria, cobra relevancia la sentencia del Supremo español de 7 de febrero de 1990, en donde el máximo tribunal hispano casa la sentencia de la Audiencia territorial de Barcelona por entender que el cirujano no había sido negligente en su actuación profesional, señalando al respecto que, *“en el supuesto de pretendida responsabilidad del médico concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual, ya que el médico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro (alterum non laedere), dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre, por modo general, inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las*

---

*remediating damage caused by defective consumer services*, abril 2004, Institut fur Europäisches Wirtschafts - und Verbraucherrecht.

<sup>144</sup> Sobre el particular véase a MAGNUS-MICKLITZ. *Comparative analysis of national liability systems for remediating damage caused by defective consumer services*, abril 2004, Institut fur Europäisches Wirtschafts - und Verbraucherrecht.

<sup>145</sup> ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* p. 43.

<sup>146</sup> En este sentido pueden citarse las siguientes SSTs: 30 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4815); de 1 febrero de 1994 (RJ 1994, 854); de 18 febrero de 1997 (RJ 1997, 1240); de 6 mayo de 1998 (RJ 1998, 2934); de 24 julio de 1998 (RJ 1998, 6141); de 28 diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161); de 8 abril de 1999 (RJ 1999, 2660); de 3 diciembre de 2001 (RJ 2001, 9856); de 23 diciembre de 2002 (RJ 2003, 914) y de 23 diciembre de 2004 (RJ 2005, 82).

*normas contractuales y las extracontractuales, con posibilidad de acogimiento, según las características y circunstancias de la relación jurídica a que afecte, de las ventajas que ambas normativas ofrecen...*"<sup>147</sup>.

### 2.3. TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS.

La tesis del concurso de normas, denominada por la jurisprudencia española como de la unidad de la culpa civil<sup>148</sup>, inicia su planteamiento con que no existen dos acciones indemnizatorias jurídicamente independientes, sino que una única pretensión, es decir, sólo hay una acción aunque existen fundamentos diversos<sup>149</sup>.

Tomando como base esta idea, los autores que defienden esta postura afirman que el actor debe limitarse a exponer en su demanda los hechos acaecidos que sirven de base a su pretensión resarcitoria y a solicitar la indemnización correspondiente, sin necesidad de entrar a calificar jurídicamente los hechos, pues en virtud del principio *iura novit curia* o *da mihi factum et dabo tibi ius* corresponde al órgano jurisdiccional realizar dicha calificación, de forma tal que será éste quien, finalmente, decida el conjunto

---

<sup>147</sup> STS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668), en igual sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid en SAP de Madrid de 24 octubre de 2008 (AC 2008, 2118).

<sup>148</sup> Son numerosos los autores que, desde diferentes perspectivas, han analizado el argumento de la unidad de la culpa civil. Vid. entre otros, LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* pp. 92 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 99 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad sanitaria /en/* Díaz Alabart Silvia y Asúa González Clara, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*. Madrid: Montecorvo, 2000, pp. 277 y ss. y ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* pp. 711 y ss.; SANTOS BRIZ, Jaime. *Unidad del concepto de la culpa civil /en/* Moreno, Juan Antonio (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 587 y ss.; GARCÍA GARNICA, María Carmen. *La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial /en/* Orti Vallejo, Antonio (Dir.). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pp. 204 y ss.; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva /en/* Orti Vallejo, Antonio (Dir.). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pp. 286 y ss.; REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* pp. 160 y ss.

<sup>149</sup> Así lo destacan: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 491 a 493 y BLANCO GÓMEZ Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso /en/* Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, nº 3, 2004, pp. 4 a 23.



normativo aplicable al caso concreto en virtud de los hechos alegados y probados por las partes<sup>150</sup>.

Así las cosas, se destaca como característica más definitoria de la teoría del concurso de normas la implicación procesal que tiene, puesto que al considerar que no se trata más que de una cuestión de fundamentación normativa, se traslada enteramente al juez la carga de acomodar el hecho dañoso en los preceptos reguladores de la responsabilidad que ha de proceder en Derecho<sup>151</sup>. En otras palabras, en base al principio *iura novit curia o da mihi factum et dabo tibi ius*, es al juez a quien corresponde calificar los hechos y darle el fundamento contractual o extracontractual que proceda, lo cual implica que si, hipotéticamente, el actor equivoca la fundamentación de su demanda y la ha apoyado en una responsabilidad que no es la adecuada el juez puede en la sentencia estimarla (o desestimarla) en base a la otra<sup>152</sup>.

Por otra parte, cabe destacar no sólo la faz sustantiva de esta teoría, sino que también sus connotaciones procesales, ya que el aceptar esta tesis presupone una manera de entender la acción e indirectamente el proceso civil lo cual implica relacionar a tres cuestiones de gran importancia dentro del mismo, nos referimos a la litispendencia, la cosa juzgada y el principio de congruencia. Debido a las limitaciones propias de esta investigación, no nos introduciremos sobre los argumentos que los procesalistas han desarrollado al respecto, limitándonos a enunciar que respecto de la teoría del concurso de normas el debate de la doctrina procesalista se ha centrado sobre la relación existente entre el principio de congruencia y el principio *iura novit curia o da mihi factum et dabo tibi ius*, cuestión que tiene como antagonistas a las teorías procesalistas de la sustanciación e individualización<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Así JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria...* p. 47. En igual sentido se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 102.

<sup>151</sup> ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* pp. 52 y 53.

<sup>152</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, mercantil y en el laboral...* p. 491; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* p. 1978.

<sup>153</sup> Un completo y reciente análisis de la concurrencia de normas del punto de vista procesal, lo encontramos en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras...*

Establecido lo anterior y comparando la teoría del concurso de normas con la de la absorción, cabe tener presente que ambas posiciones plantean la existencia de una sola acción, aunque dos regímenes diversos –contractual y extracontractual–, pudiendo aplicarse sólo uno de ellos. Así las cosas, puede considerarse que la diferencia sustancial entre ambas teorías radica en que, en la teoría de la absorción, si el demandante yerra en la fundamentación de la demanda y dado que ello determina la acción ejercitada, el juez habría de desestimarla, en cambio, aplicando la tesis del concurso de normas, como el fundamento no determina la acción, podría perfectamente el juez estimar la demanda fundando la sentencia en la norma de la otra responsabilidad no alegada (contractual o extracontractual)<sup>154</sup>.

En este sentido, los partidarios de la tesis del concurso de normas sostienen que dicha teoría serviría para justificar el hecho que el juez, en caso de error del actor en la fundamentación de su demanda, estime dicha acción indemnizatoria fundamentando su decisión en la normativa de la otra responsabilidad no alegada, evitando así el problema de la presentación de acciones no adecuadas<sup>155</sup>.

Al respecto, y como resalta DOMÍNGUEZ LUELMO, resulta curioso constatar en la jurisprudencia que, cuando se utiliza la acción correcta (contractual o extracontractual), nunca aparece ninguna referencia a la doctrina del concurso de normas o también llamada de la unidad de la culpa civil. Lo habitual es, en cambio, que se acuda a dicha teoría cuando el actor concreta de manera inadecuada su pretensión<sup>156</sup>.

---

pp. 69 a 113; también hace referencia a esta problemática ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* pp. 53 y 54. Por su parte la jurisprudencia también se ha referido a esta discusión procesal sobre la pugna entre estas teorías, así la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2010, (RJ 2010, 411), ofrece un completo resumen de distintos argumentos de cada posición.

<sup>154</sup> ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* p. 54.

<sup>155</sup> Así lo destaca CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, mercantil y en el laboral...* pp. 496.

<sup>156</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras...* p. 99.

Un ejemplo de esta manera de enfocar las cosas, entre otros muchos, lo deja en claro la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Mayo de 1998<sup>157</sup>, en este caso, donde se discutía la responsabilidad médico-sanitaria del demandado, la resolución recurrida había absuelto a la parte demandada por entender que la acción ejercitada era la de responsabilidad extracontractual, puesto que en la demanda se citaban como apoyo legal los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, por lo que tal acción se hallaba prescrita por haber transcurrido el plazo de un año que el artículo 1968 del citado Código señala para la prescripción de tal clase de acciones. Por otro lado, la resolución recurrida había entendido, a nuestro parecer de forma acertada, que el demandante había modificado su anterior criterio a partir de la comparecencia, así como en el acto de la vista de apelación, afirmando en consecuencia que tal cambio en la fundamentación –de extracontractual a contractual– no era procesalmente admisible por alterar la causa de pedir, originando, si se admitía, indefensión del demandado.

No obstante la –en nuestra opinión– correcta decisión de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo casa la sentencia considerando que la relación que une a los enfermos atendidos en clínicas y hospitales, tiene un componente contractual, concretamente de arrendamiento de servicios, a ello añade que: *“ha de tenerse en cuenta que la moderna jurisprudencia ha acuñado la doctrina de la unidad de la culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es*

---

<sup>157</sup> STS de 6 de Mayo de 1998 (RJ 1998, 2934). En este caso los actores reclamaron al INSALUD indemnización por los daños oftalmológicos (prácticamente la pérdida de la visión) provocados a su hijo nacido prematuramente, lo cuales según el requerimiento fueron producto de la estancia del menor en la incubadora durante el largo plazo de 56 días con una insuficiente vigilancia oftalmológica, lo cual derivó en que el menor recibiera abundantes dosis de oxígeno, lo cual constituye un factor de riesgo de la enfermedad que aqueja al menor (Fibroplasia Retrolental) y que ha causado la pérdida práctica de su visión.

*alterable por el principio contenido en el brocardo "da mihi factum, dabo tibi ius"*<sup>158</sup>.

A mayor abundamiento, consideramos pertinente traer a colación lo señalado por la primera sala del Tribunal Supremo español en sentencia de 30 de marzo del 2006, en la cual, de forma similar al anterior ejemplo, la actora fundamenta su pretensión en normas de la responsabilidad aquiliana, cuando el caso en concreto estaba dentro de la órbita contractual<sup>159</sup>. Aplicando una similar fundamentación a la anterior citada el Supremo español casa la sentencia de la Audiencia provincial, señalando que, *"es doctrina jurisprudencial consolidada la de que el juzgador pueda intercambiar dichas acciones de responsabilidad contractual y extracontractual sin necesidad de incurrir en incongruencia, así por todas, las sentencias de 18 de febrero de 1997 y 8 de abril de 1999, dicen: Conocidas son las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que, en muchas ocasiones -como ocurre en el presente caso- tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el "petitum" indemnizatorio. Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia, por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La causa petendi que con el petitum configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la*

---

<sup>158</sup> Sobre la citada sentencia véase el interesante comentario que al respecto realiza GÓMEZ CALLE, Ester. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 mayo 1998...* pp. 1177 y ss. Sobre los vaivenes de la jurisprudencia en este punto se refiere PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1977 y ss.

<sup>159</sup> Se trataba de la muerte de un operario por causas no determinadas (existiendo sendos indicios que pudo ser por las malas condiciones laborales en las que desempeñaba su trabajo) mientras cumplía su faena laboral.

*calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado en esta línea, conforme al concepto de unidad de culpa*<sup>160</sup>.

Precisando ahora los orígenes jurisprudenciales que esta tesis ha tenido en España, destaca YZQUIERDO TOLSADA, que en la segunda mitad de los años ochenta, fue cuajando una nueva teoría en relación con esa zona fronteriza existente entre la responsabilidad contractual y extracontractual, la cual ha tenido en el ámbito médico-sanitario un auténtico campo de pruebas, partiendo de la base que aunque entre el médico y el paciente exista un contrato, en muchas ocasiones se recurrirá al régimen de responsabilidad extracontractual para obtener el resarcimiento por los daños que el facultativo inflija a su paciente<sup>161</sup>. En este punto, resulta interesante subrayar que, si bien, la teoría del concurso de normas ha sido utilizada en diversos campos del Derecho de daños<sup>162</sup>, en los casos de responsabilidad médico-sanitaria es especialmente abundante<sup>163</sup>.

Por último cabe señalar que esta teoría tampoco ha estado exenta de críticas, así, para algunos, el concurso de normas no sería viable en ordenamientos que, como el español, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes, puesto que no debe olvidarse que es la demanda lo que identifica las pretensiones jurídicas y, de *lege lata*, no parece bueno para la seguridad jurídica que el demandante o el propio órgano jurisdiccional, puedan variar los fundamentos

---

<sup>160</sup> STS 30 de marzo del 2006 (RJ 2006, 5291).

<sup>161</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: Los dogmas creíbles y los increíbles de la Jurisprudencia* /en/ Derecho Sanitario, vol. 9, nº 1, enero-junio 2001, p. 35.

<sup>162</sup> Así, la STS de 1 febrero de 1994 (RJ 1994, 854), en un caso de sustracción de un vehículo del aparcamiento cubierto y vigilado de un Hotel en el que estaba hospedado el usuario; Igualmente la STS de 9 de octubre 2001(RJ 2001, 8731), en la que se solicitaba la realización de determinadas obras de relleno y construcción de los muros de la finca del actor.

<sup>163</sup> Entre otras muchas, pueden citarse las SSTS de: 18 de febrero 1997 (RJ 1997, 1240); de 6 de mayo 1998 (RJ 1998, 2934); de 9 junio de 1998 (RJ 1998, 3717); de 18 de junio 1998 (RJ 1998, 5290); de 28 de diciembre 1998 (RJ 1998, 10161); de 10 de noviembre 1999 (RJ 1999, 8057); de 11 de diciembre 2001(RJ 2002, 2711); de 12 de febrero 2000, (RJ 2000, 820).

de derecho en pleno curso procesal del pleito <sup>164</sup>. En este sentido además se afirma que en caso de que el juez, aceptando esta teoría, varíe arbitrariamente los fundamentos de Derecho durante el curso de la demanda, dicho órgano jurisdiccional incurre en incongruencia, por cambio en la *causa petendi*, puesto que estaría fundando su decisión en causas distintas de las invocadas <sup>165</sup>.

Analizadas someramente las teorías propuestas para hacer frente a la problemática de la concurrencia de responsabilidades, intentaremos justificar nuestra posición buscando aquellas razones atendibles para otorgar al paciente-demandante la posibilidad de optar entre ejercitar, según más le convenga, una acción de responsabilidad contractual o extracontractual en caso de sufrir un perjuicio en su integridad física como consecuencia de una negligente actuación médico-sanitaria.

#### 2.4. NUESTRA POSICIÓN.

Circunscribiendo nuestra postura a los supuestos de responsabilidad civil del médico, cabe destacar que si se analizan aquellas decisiones

---

<sup>164</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 103. Quien de forma mucho más severa señala: "Una cosa es que el principio de unidad de culpa civil implique que el concepto de culpa establecido en el artículo 1104 del código civil valga para definir también la culpa extracontractual y otra bien distinta que cada vez que nos situemos ante un supuesto de los pretendidamente borrosos, se pueda ejercitar una acción determinada, darle cumplido "etiquetaje", configurar la litis y, de repente, como quien no quiere la cosa, caer en la cuenta de que en realidad se desea ejercitar una acción distinta. Si, por ejemplo, el hijo extramatrimonial no reconocido quiere, como hijo único que es, heredar de su padre una finca que constituye el único elemento activo de la herencia, y desplazar con ello de la sucesión intestada a los colaterales del causante, lo que no vale es que el letrado ejercite una acción reivindicatoria o de petición de herencia y luego, en trámite de réplica, diga: "mi mandante, que lo único que desea es esa su finca, por ignorancia de la ley ha permanecido inactivo y no ha ejercitado la acción de filiación, pues ignorábamos ambos que la acción real no puede prosperar sin demostración del justo título de dominio, y éste difícilmente podía obtenerse sin un previo reconocimiento del parentesco". Desde luego que no vale, pero los jueces no parecen tener mucho inconveniente en reemplazar con un abuso manifiesto del principio "iura novit curia", ora la incompetencia de los letrados, ora las disfunciones del sistema legal".

<sup>165</sup> Así, PLAZA PENADÉS, Javier. *Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio de VIH y VHC /en/* Práctica Derecho de Daños, núm. 11, 2003, pp. 5 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 264; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal...* pp. 81 y ss.

jurisprudenciales<sup>166</sup> en donde se ha llegado a admitir el ejercicio indistinto de las responsabilidades contractual o extracontractual como fundamento de la acción resarcitoria que tiene la víctima de un perjuicio, no resulta difícil observar la tendencia de los tribunales superiores españoles a aplicar la comentada teoría de la opción cada vez que la víctima de un perjuicio reclama la lesión de bienes como la vida y la integridad física.

Ahora, si intentamos extraer un hilo conductor de aquella jurisprudencia referida a la responsabilidad médica en que se acoge con claridad el criterio de opción<sup>167</sup>, podemos llegar a la conclusión que consiste en admitir que el perjudicado, cuando el daño es personal, pueda fundar la acción indemnizatoria en cualquiera de los regímenes de responsabilidad, siempre y cuando el daño pueda ser encuadrado en ambas, cosa que ocurre, precisamente, cuando el daño se produce con ocasión del cumplimiento de un contrato de servicios médicos, pudiendo afirmarse que el tipo de daño contribuye como elemento que favorece la aplicación de ese criterio cuyo trasfondo no es otro que dar una mayor tutela de la víctimas *–favor victimae–*, al otorgarles la facultad de elegir el fundamento jurídico más ventajoso<sup>168</sup>. Manifestación adicional del interés protector de las víctimas del perjuicio en materia médica, viene a ser la flexibilidad que se aplica, en este ámbito, en materia de prueba tanto de la culpa, como del nexo causal, cuestiones que se analizarán en el siguiente capítulo<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Al respecto véase el amplio catálogo jurisprudencial citado por REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* pp. 162 a 165.

<sup>167</sup> Así la STS de 30 enero de 1993 (RJ 1993, 3551) que se refiere a responsabilidad médica en concreto expresa que: “*el principio “neminem laedere” y el deber de cumplir los contratos sin causar daños permite admitir la compatibilidad de los arts. 1104 y 1902 CC, dada la dificultad de distinguir la responsabilidad emanada de ambas fuentes de las obligaciones, aunque es evidente que la operación quirúrgica es el objeto de un contrato de arrendamiento de servicios*”. En igual sentido se pronuncian las SSTs de: 15 febrero de 1993 (RJ 1993, 771); 27 septiembre de 1994 (RJ 1994, 7307); 22 mayo de 1995 (RJ 1995, 4089); 18 febrero 1997 (RJ 1997, 1240); 28 junio de 1997 (RJ 1997, 5151); 31 diciembre de 1997 (RJ 1997, 9493); 6 mayo de 1998 (RJ 1998, 2934); 9 junio de 1998 (RJ 1998, 3717); 18 junio de 1998 (RJ 1998, 5290); 16 octubre de 1998 (RJ 1998, 7565); 8 mayo de 2003 (RJ 2003, 3890); 10 junio de 2004 (RJ 2004, 3605).

<sup>168</sup> Así, ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* p. 56.

<sup>169</sup> Los expedientes aliviadores de la prueba de la culpa son tratados en las pp. 225 y ss. y los mecanismos aliviadores de la prueba del nexo causal en las pp. 271 y ss.

Esta tendencia, de otorgar una mayor protección a las víctimas cuando el interés lesionado sea la vida o la integridad física, que, por lo demás, pareciera estar en concordancia con la moderna responsabilidad civil, como destacan MARKESINIS y DEAKIN, parece ser consecuencia de una fuerte influencia del Sistema Anglosajón. Así, en el *common law*, el *tort of negligence* no atribuye igual protección a los diferentes tipos de daños, por lo que para que surja responsabilidad ha de existir una previa situación de deber de cuidado de una persona a otra, de cuya infracción surgirá la responsabilidad y para ello el elemento más importante es el tipo de daño, de manera que cuando el daño es corporal o *physical damages*, el agente está sujeto *a priori* a un deber de cuidado, cosa que no ocurre con las pérdidas puramente económicas o *pure economic loss*<sup>170</sup>.

En esta dirección apunta también el *European Group on Tort Law*, que especialmente en el artículo 2:102<sup>171</sup> de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil<sup>172</sup> establece un catálogo no taxativo y jerarquizado de intereses protegidos con vistas a otorgarles una protección preferente, destacándose al respecto que en el nivel superior de esa jerarquía se coloca la

---

<sup>170</sup> MARKESINIS, Basil and DEAKIN, Simon. *Tort law...* pp. 83 y 84.

<sup>171</sup> Art. 2:102. Intereses protegidos: (1) El alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad.

(2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia.

(3) Se otorga una amplia protección a los derechos reales, incluidos los que se refieren a las cosas incorpóreas.

(4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho que el agente es consciente que causará un daño a la víctima a pesar que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de ésta.

(5) El alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos.

(6) Para establecer el alcance de la protección también deberán tenerse en cuenta los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos.

<sup>172</sup> Dichos principios, como destaca MARTÍN-CASALS no pretenden convertirse en normas que desplacen las que hoy se encuentran en los Derechos privados nacionales y, por lo tanto, no aspiran a tener carácter vinculante para los ciudadanos de la Unión, por el contrario lo que sí pretenderían es establecer un marco que facilite la discusión y el debate entre los privatistas de los distintos países europeos que les permita superar los límites que el carácter nacional del Derecho impone a su perspectiva y enfoque. Así, MARTÍN-CASALS, Miquel. *Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil* /en/ InDret 2/2005, Working Paper nº 284, pp. 3 y 4.



vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad, intereses que gozan de una protección mucho más amplia en comparación a otros. Una protección también intensa merecen los derechos reales, incluyendo los que se refieren a las cosas incorporales; en cambio, los llamados intereses puramente patrimoniales (*pure economic interests*) comportan una protección más limitada y matizada<sup>173</sup>.

Coincidimos con ORTI VALLEJO en que esa tendencia hacia una mayor tutela de los daños personales, podría fundarse el criterio de admitir que, en los casos en los que el daño se produce en el marco de un contrato de servicios o de otra relación jurídica (aunque no sea propiamente contractual) habida entre la víctima y el agente del daño, el perjudicado pueda optar entre la responsabilidad contractual y extracontractual y acomodar su reclamación en el campo que más favorezca a sus intereses<sup>174</sup>.

Para finalizar, consideramos que una vez enfrentados a la disyuntiva que plantea la concurrencia de responsabilidades y precisando que nuestra postura sólo será válida en caso de estar lidiando en alguno de los denominados supuestos fronterizos de responsabilidad médica, es decir cuando el daño es personal y se produce con ocasión del cumplimiento de un contrato de servicios médicos, la teoría de la opción es aquella que se encuentra, en nuestro entender, en una mejor posición al ofrecer copulativamente tanto protección a la víctima del perjuicio como seguridad jurídica para el

---

<sup>173</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *Una primera aproximación a los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil..."* p. 9. Sobre el particular, además véase a MARTÍN-CASALS, Miquel. *Principios europeos de la responsabilidad civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p. 66 y ss.

<sup>174</sup> ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios...* p. 58; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 727. Incluso cierta doctrina va más allá y plantea la perfecta compatibilidad entre la teoría del concurso de normas con la doctrina de la opción que defendemos, señalando que: "cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, y optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible". En este sentido destaca REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* p. 169.

demandado, características que respecto de las teorías de la absorción y del concurso de normas no se dan con la misma intensidad principalmente por:

A) De aceptar la teoría de la absorción de responsabilidades, se pondría a la víctima del daño en una situación desventajosa al impedirle optar por el régimen de responsabilidad que más pudiese beneficiarla, situación que por el contrario sí permite la teoría de la opción, sobre todo si pensamos en el breve e injusto plazo de prescripción establecido para ejercer la respectiva acción de responsabilidad extracontractual.

B) Al comparar la teoría que defendemos con a la comentada tesis del concurso de normas, cabe concluir que la teoría de la opción trae como consecuencia una importante disminución del grado de incertidumbre para la parte demandada, otorgando en consecuencia seguridad jurídica al impedir que el juez o el actor puedan modificar arbitrariamente la fundamentación jurídica de su demanda una vez iniciada la tramitación de ésta. El optar por la teoría de la opción implica una necesaria clarificación reglas del juego, lo cual disminuye notablemente para el demandado la indefensión que implicaría aceptar, en este caso, la teoría del concurso de normas. Más aún, ante la posibilidad de utilizar la acción incorrecta, resulta plenamente de apoyo a la teoría de la opción, el artículo 71.4 de la ley de enjuiciamiento civil española, el cual le permite al actor solicitar una concreta tutela jurídica como acción principal (sea contractual o extracontractual) y, subsidiariamente ante la eventualidad de que la misma sea rechazada, ejercitar la otra.

### III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA

Siguiendo con el hilo de nuestra investigación y con el afán de seguir desarrollando las distintas aristas que se entrecruzan cuando nos referimos a la responsabilidad civil del médico, resulta interesante preguntarnos por su naturaleza jurídica y cómo la decisión adoptada tiene importantes implicancias en la configuración de la responsabilidad del facultativo. En lo que sigue intentaremos dar algunas luces al respecto.

Teniendo presente que en buena parte de las relaciones que ligen a un facultativo con su paciente existirá un vínculo jurídico previo, resulta interesante determinar la naturaleza jurídica de las obligaciones que emanaran principalmente para el facultativo, debiendo destacar, en primer término, que dentro de la clásica categorización de las obligaciones –dar, hacer y no hacer–, las que adquiriría el galeno son principalmente de hacer, es decir, el médico se obliga a realizar una determinada actividad, conforme al estado actual de la ciencia médica y en razón de las circunstancias que concurran en el caso concreto. Sin embargo, excepcionalmente el facultativo contraerá algunas obligaciones de no hacer, como por ejemplo las derivadas de su deber de guardar el secreto (no divulgación)<sup>175</sup>, e incluso, en algunos casos, las obligaciones contraídas por ciertos facultativos podrían llegar a ser de dar<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 114.

<sup>176</sup> Al respecto, con abundante bibliografía y jurisprudencia, véase a DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *El “resultado” en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?* /en/ Llamas Pombo Eugenio (Coord.). *Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano ALONSO*, Tomo I, Madrid: La Ley, 2006, pp. 419 y ss., en especial pp. 441 a 445. Destaca el citado autor que, “*Trasladado esto al terreno de la actividad profesional del médico, me parece que el verdadero campo en el que podría aplicarse con rigor la calificación de arrendamiento de obra, con su ingrediente de resultado, es el de aquellas especialidades en las que lo que el facultativo compromete -siendo, pues, objeto del contratos (también) una cosa corporal. Es decir, un genuino resultado constituido por una “realidad física”. Pienso, por ejemplo, en la prestación comprometida por el radiólogo (entregar al paciente la “placa” de rayos X, o de resonancia magnética, o de ecografía) o en la del analista (entregar la hoja de resultados de los análisis practicados al paciente). En ambos casos, existiendo como existe una evidente prestación implícita de hacer, la que determina el cumplimiento de las obligaciones del profesional es la de dar, esto es, la de entrega del resultado físico. Por eso, por el objetivo incumplir, el facultativo no puede pretender la contraprestación si esa entrega no se ha producido*”.

Una vez precisado lo anterior, cabe preguntarnos ¿qué tipo de obligación de hacer es la que precisamente contraería el médico?

Para responder la interrogante planteada, como primera cosa, se debe recurrir a la célebre clasificación propuesta por DEMOGUE a principios del siglo pasado<sup>177</sup> y desarrollada luego por los hermanos MAZEAUD<sup>178</sup>, que distingue entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado<sup>179</sup>. Dicha distinción cobra especial relevancia cuando nos adentramos en la responsabilidad de los profesionales liberales por cuanto la doctrina mayoritaria plantea que, por regla general, la obligación que asumirían éstos, y en especial los médicos, es de medios<sup>180</sup>. Sin embargo, esta cuestión no ha sido para nada

---

<sup>177</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations*. París: Arthur Rousseau, 1923 - 1933, nº 1237.

<sup>178</sup> MAZEAUD, Henri; Léon et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* 113 a 119; MAZEAUD, Henri. *Essai de clasificación des obligations* /en/ Revue Trimestrielle de Droit Civil, vol. 35, París, 1936, pp.1 y ss.

<sup>179</sup> Como se ha destacado, jurisprudencialmente esta distinción aparece por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986, la que luego ha sido replicada por otras sentencias. Cabe destacar lo señalado por la sentencia citada en su considerando tercero el cual expone que: "la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la *recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado)*, sino una "*obligación de medios*", es decir, se obliga no a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revela un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos". STS de 26 de mayo de 1986 (Sentencia Número 319/1986).

<sup>180</sup> Véase en este sentido, entre otros, a los españoles: BELLO JANEIRO, Domingo. *La responsabilidad sanitaria* /en/ Bello Janeiro, Domingo (Coord.) Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil. Madrid: Reus, 2009, p. 240; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* pp. 495 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, 9ª Ed., Vol. II. Madrid: Tecnos, 2002., pp. 71 y 135; GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* pp. 36 y ss.; GARCÍA GARNICA, María Carmen. *La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial...* p. 215; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 73 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 736 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, Pedro et al. *Curso de Derecho civil (II). Obligaciones y contratos...* p. 76; PLAZA PENADÉS, Javier. *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria...* p. 62; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch, 1993, p. 97 y ss.; ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 11ª Ed., Barcelona: Bosch, 2002, (actualizada por Reglero Campos Fernando), p. 38; PUIG FERRIOL, Luis; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y GIL RODRÍGUEZ Jacinto. *Manual de derecho civil: Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Vol. II, 3ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 78, Nº 4; SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad Civil. Temas actuales...* pp. 196 y ss. A los franceses: JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile...* p. 51; PENNEAU, Jean. *Le médecin est tenu d'une obligation de moyens et non de résultat quelle que soit la nature de son intervention* /en/ Recueil Dalloz, sec. sommaires commentés, 1991, p. 180; LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la*

pacífica<sup>181</sup>, destacándose por algunos el fetichismo<sup>182</sup> o la irrelevancia práctica de tal distinción<sup>183</sup>.

En razón de las limitaciones propias de la presente investigación, no nos detendremos en el estudio específico de las obligaciones de medios y resultado, remitiéndonos a lo ya brillantemente tratado en general por la doctrina<sup>184</sup>. No obstante, y sólo para efectos de situarnos en la materia, nos limitamos a exponer lo que en términos generales JORDANO FRAGA ha formulado respecto del significado de la mentada distinción. Así, “en la obligación de resultado, el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado

---

*responsabilite et des contrats...* n° 4207, pp. 871 y ss.; SARGOS, Pierre. *Tout fait maladroit d'un chirurgien engage sa responsabilité* /en/ Recueil Dalloz, sec. Jurisprudence, 1997, p. 189. A los chilenos: BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 657; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica* /en/ De la Maza Gazmuri, Iñigo (Comp.), Cuadernos de análisis jurídico, colección derecho privado IV, Responsabilidad Médica. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, pp. 21 y ss.; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *Peculiaridades de la culpa del profesional liberal: consideraciones dogmáticas* /en/ Revista Anales Derecho UC. Temas de responsabilidad civil, n° 1, 2006, p. 36. A los argentinos: LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* pp. 115 y ss.; MOISSET DE ESPANES, Luis. *Curso de obligaciones*, 2ª Ed., Tomo I, Córdoba: Advocatus, 2001, p. 251; TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomo II, Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 347. A los colombianos: TAMAYO LOMBANA, Alberto. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, pp. 35 y ss. y JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial...* p. 333.

<sup>181</sup> Sobre las discusiones y desarrollo en profundidad de la problemática apuntada, véase los trabajos de: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch, 1993; JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987 y JORDANO FRAGA, Francisco. *Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)* /en/ Anuario de Derecho Civil, enero-marzo 1991, pp. 5 a 96.

<sup>182</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: Los dogmas creíbles y los increíbles de la Jurisprudencia...* pp. 37 y ss.

<sup>183</sup> Así, por todos: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 137 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*. Cizur Menor: Aranzadi, 1996, pp. 79 y ss.; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 91 y ss.

<sup>184</sup> Un desarrollo acabado sobre la distinción entre las obligaciones de medios y resultado lo encontramos en: JORDANO FRAGA, Francisco. *Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)* /en/ Anuario de Derecho Civil, enero-marzo 1991, pp. 5 a 96; LOBATO GÓMEZ, José Miguel. *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado* /en/ Anuario de Derecho Civil, 1992, pp. 924 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado...* y MENGONI, Luigi. *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* /en/ Rivista di Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Vol. I, 1954.

resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado (*opus*: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio) el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste. En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del *facere* se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente –diligencia que puede ser técnico-profesional o común–, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor –en lo debido por éste– el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente enderezada<sup>185</sup>.

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, si bien, como ya fue apuntado, la opinión mayoritaria tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacional y comparada, apunta a que la obligación del médico es de medios, en la práctica, ésta afirmación necesariamente habrá que matizarla. Al respecto, compartimos el planteamiento de LLAMAS POMBO, quien destaca primeramente que toda actividad médica *per se* conlleva una incertidumbre de la cual el facultativo no puede desprenderse por más que la ciencia avance, puesto que la propia complejidad del organismo humano y la inevitable influencia de agentes externos a la misma actividad médica hacen de esa incertidumbre un elemento consustancial a la medicina<sup>186</sup>. Concluye el citado autor apuntando que, a pesar de lo señalado, no se debe concebir una idea demasiado simplista de las obligaciones del médico como de medios. Los tratamientos ofrecidos por un famoso especialista difieren de los que ofrece un médico hospitalario o un médico de cabecera. Los recursos que disponen unos y otros no son los mismos, por esta razón, a su juicio, la doctrina nota que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado admite ulteriores subdivisiones y que a

---

<sup>185</sup> JORDANO FRAGA, Francisco. *Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*... p. 7.

<sup>186</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas*... p. 497, en igual sentido lo destaca, GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*... p. 73 y el francés LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*... n° 1897, pp. 509 y ss.

menudo en la actividad que despliega el médico se entrecruzan obligaciones de uno y otro tipo<sup>187</sup>.

#### 1.1 EL CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y RESULTADO.

Como se ha sostenido, la caracterización de una obligación como de medio o resultado afectará principalmente a las obligaciones de hacer<sup>188</sup> y supone determinar si el deudor se obliga al logro de un concreto resultado, o al desarrollo de una actividad o conducta diligente. Al respecto, nos parece de suyo importante circunscribir el ámbito de aplicación de la citada la distinción – obligaciones de medio o actividad y de resultado– exclusivamente al ámbito contractual. Ello porque dicha clasificación tiene como claro presupuesto la existencia de una obligación previa<sup>189</sup>, cosa que por definición no ocurre en el plano extracontractual, como erradamente<sup>190</sup>, y olvidando que la obligación

---

<sup>187</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 497.

<sup>188</sup> Como enseña DÍEZ-PICAZO, “La obligación de hacer consiste siempre en un determinado comportamiento, esto es, en un determinado despliegue de energía llevado a cabo por el deudor. El interés del acreedor, sin embargo, no estriba tanto en que el deudor despliegue esa energía o actividad, cuanto en poder lograr con ella una determinada finalidad, que, en ocasiones, se denomina logro o realización del interés primario del acreedor que subyace en la constitución de vínculos obligatorios”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 280.

<sup>189</sup> Como fue destacado a la relación entre el médico y paciente, la regla general es la contractualidad, siendo meramente excepcional la extracontractualidad en este tipo de relaciones, por lo que normalmente la exigencia de obligación de medios sólo será aplicable cuando la relación médico-paciente derive de la celebración de un contrato de asistencia entre facultativo y paciente.

<sup>190</sup> Postura que ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina. Así: ALONSO PÉREZ, María Teresa. *La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997)* /en/ Anuario de Derecho Civil, abril-junio 1998, pp. 887 a 915; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 736; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 93 y 94; LOBATO GÓMEZ, José Miguel. *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad médica*, /en/ Antonio Cabanillas et. al., Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis DÍEZ-PICAZO, Tomo II, Madrid: Civitas, 2003, pp. 2284; MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)* /en/ Revista La Ley (España), nº 5249 de 16 de febrero de 2001, p. 1641; LOBATO GÓMEZ, José Miguel. *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado* /en/ Anuario de Derecho Civil, 1992, pp. 924 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* pp. 80 y 81. Con interesantes argumentos se pronuncia al respecto el clásico italiano MENGONI, Luigi. *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* /in/ Rivista di Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Vol. I, 1954, pp. 313 a 315.

contractual del médico no puede confundirse con el deber general de no causar daño a otro derivado del principio *alterum non ledere*, lo ha manifestado en alguna ocasión el Tribunal Supremo<sup>191</sup>.

De este modo, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, donde naturalmente no hay relación jurídica preexistente entre acreedor y deudor, mal puede considerarse que se hayan frustrado las expectativas de aquél, y por ende que pueda ser calificada la obligación del segundo como obligación de medios o de resultado, estimándose más pertinente en esta eventualidad, valorar si ha habido o no negligencia del agente dañoso en el caso concreto<sup>192</sup>.

Lo dicho, como destaca ASÚA GONZÁLEZ, no significa que los parámetros para medir la diligencia de los profesionales sanitarios en el ámbito contractual y extracontractual hayan de ser distintos, sino que lo que en el plano contractual es incumplimiento de la obligación preexistente, cuyo contenido se integra por la diligencia (salvo que la obligación haya sido expresamente pactada como de resultado o se pueda concluir de su propia naturaleza), en el extracontractual es simplemente negligencia<sup>193</sup>.

## 1.2. MEDICINA CURATIVA Y MEDICINA VOLUNTARIA.

Como hemos apuntado en los apartados anteriores la responsabilidad civil del médico, de un tiempo a esta parte, se ha venido articulando a través de

---

<sup>191</sup> A modo ejemplar se puede citar lo dispuesto por el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de abril de 1999, donde expresamente señala que, "la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios, distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos como de cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios) no de resultado". Por su parte la STS de 8 septiembre 1998 (RJ 1998, 7548), expresa que, "la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia..." (lo destacado es nuestro). En igual sentido pueden consultarse las SSTS de: 23 marzo 2006 (RJ 2006, 1823); 26 junio 2006 (RJ 2006, 5554); 26 marzo 2004 (RJ 2004, 1668); 14 abril 1999 (RJ 1999, 2615) y 1 abril 1999 (RJ 1999, 2253).

<sup>192</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 40. En la misma línea se pronuncian las SSTS de: 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8690); 19 de febrero de 1998 (RJ 1998, 634); 13 de abril de 1999 (RJ 1999, 2583).

<sup>193</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 736.



una doble distinción, la cual no sólo presenta una utilidad teórica de sistematización, sino que también aporta parámetros claros respecto de qué ha de exigírsele a un médico en su actuar, cuestión que en nuestra investigación nos resulta de suma utilidad en la búsqueda de aquellos rasgos característicos de la responsabilidad del facultativo.

Así, de un lado estaría la medicina curativa, necesaria o asistencial, y de otro, la medicina voluntaria o satisfactiva. La distinción propuesta es clara, la primera actúa ante una determinada patología, mientras que la segunda es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica –puesto que se actúa sobre un cuerpo sano–, sino que más bien para el mejoramiento de su aspecto físico, o para lograr una transformación satisfactoria de su propio cuerpo<sup>194</sup>.

De esta forma, la existencia de una necesidad terapéutica, entendida como la exigencia de realizar determinadas prácticas para mantener la vida o buena salud del paciente<sup>195</sup>, se transforma, a nuestro entender, en el elemento fundamental para determinar en qué casos se podrá hablar de medicina curativa, y en cuáles de satisfactiva. Así, en los casos de medicina curativa, la necesidad terapéutica bonifica la actuación del médico pudiendo hacerlo irresponsable en supuestos en que sin haber obtenido los resultados esperados su actuación fue diligente conforme a la *lex artis ad hoc*<sup>196</sup>. Por su parte, en la medicina voluntaria o satisfactiva la falta de necesidad terapéutica repercute en un mayor nivel de responsabilidad al facultativo, el cual normalmente se verá reflejado en el incremento de los niveles de exigencia tanto en su actuar, como en la entrega de información al paciente.

---

<sup>194</sup> SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados...* p. 291.

<sup>195</sup> Usualmente se entiende a la necesidad terapéutica en forma negativa, resaltándose que se estará frente a ella cuando de no realizarse una práctica médica determinada la vida del paciente podría perderse, podría sufrir éste la pérdida de alguna función vital, o ver notoriamente agravado su estado de salud.

<sup>196</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparad...* p. 107.

Dicha distinción ha de resultar bastante útil toda vez que cuando hablamos de responsabilidad médica lo fundamental no es el tipo de acción (contractual o aquiliana) que se ejercite, sino la determinación de cuándo el médico puede ser considerado responsable, ya sea contractual o extracontractualmente.

### **1.2.1.- La denominada medicina curativa, necesaria o asistencial.**

Se ha conceptualizado a este tipo de medicina como, “aquellas intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se ha visto deteriorada por la concurrencia de una enfermedad”<sup>197</sup>. Al respecto no resulta difícil observar, como apunta GARCÍA GARNICA, que la calificación de medicina asistencial o curativa se predica de aquellos supuestos en los que, desencadenado un proceso patológico, se interviene para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, siendo el objetivo primordial de la asistencia atajar la interferencia de dicho proceso en la salud, tratando de conseguir el mejor resultado posible<sup>198</sup>.

Normalmente se ha identificado a la actividad médica con la medicina curativa, puesto que desde sus orígenes la principal función que han ejercido los médicos sobre sus pacientes ha sido la de tratar sus dolencias o enfermedades<sup>199</sup>, es por ello que tanto la jurisprudencia como la doctrina mantienen de forma prácticamente unívoca que, en el caso de la medicina asistencial, la obligación contractual asumida por el médico –en el respectivo contrato de asistencia sanitaria–, y más en general, por el profesional sanitario,

---

<sup>197</sup> MUNAR BERNAT, Pedro. *Daños causados por actos médicos* /en/ Llamas Pombo, Eugenio (Dir.) Estudios de jurisprudencia sobre daños. Madrid: La ley, 2006, pp. 453 y ss.

<sup>198</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 16.

<sup>199</sup> Contrario a lo señalado respecto de la medicina curativa, la noción de medicina satisfactoria o voluntaria, es mucho más reciente, siendo su configuración fruto del avance tecnológico que ha permitido a los facultativos especializarse en actividades que tienen por objeto mejorar el aspecto estético (cirugía estética, perfectiva o de embellecimiento) o para anular la capacidad reproductora (vasectomías y salpingectomías) de los sujetos beneficiarios de estas actuaciones médicas, consiguiendo en consecuencia, para sus pacientes, otro tipo de beneficios distintos de la curación de una enfermedad.

no es la de alcanzar un determinado resultado, sino que una obligación de medios<sup>200 201</sup>.

Complementando lo anterior, se ha destacado que la calificación de la obligación del facultativo como de medios o actividad en el ámbito de la medicina curativa, encontraría su razón de ser en el hecho de que la medicina por definición no es una ciencia exacta, al contrario, en el buen fin del acto

---

<sup>200</sup> Por todos, GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 36; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 73; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* p. 59; y GÓMEZ CALLE, Ester. *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario...* p. 169. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato de servicios médicos...* p. 60; GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis...* p. 22; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* pp. 29 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos /en/ Martínez-Calcerrada, Luis y De Lorenzo y Montero, Ricardo (Directores). Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario. Madrid. Colex. 2001, pp. 97 y ss.*

<sup>201</sup> Sobre el contenido que tendría específicamente esta obligación médica, la conocida sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 25 de abril de 1994, señala en su fundamento de derecho tercero lo siguiente: “...la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las SS 7 febrero y 26 junio 1989, 11 marzo 1991 y 23 marzo 1993, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo; B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que este pueda ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) En los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia”. STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073). En el mismo sentido, entre otras, las SSTS de 11 febrero de 1997 (RJ 1997, 940) y de 7 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3874). Sobre la citada jurisprudencia puede verse el interesante comentario de LLAMAS POMBO, Eugenio. *Comentario a la STS de 25 de abril de 1994 /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 36, 1994, pp. 1005 a 1020.*

médico normalmente incidirán una serie de factores, incluidos algunos de carácter aleatorio, como vendrían siendo el propio estado y evolución del enfermo, o complicaciones extrañas al acto del facultativo, las cuales van desde infecciones hospitalarias o defectos del sistema sanitario, hasta eventos imprevisibles e inevitables<sup>202</sup>.

Por tanto, cabe dejar en claro que, en los supuestos de medicina asistencial o curativa, el médico bajo ningún respecto podrá garantizar la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas apropiadas según el estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso —de las personas, del tiempo y del lugar—<sup>203</sup>.

En similar sentido, como expresa GALÁN CORTÉS, la finalidad última perseguida por la actuación del facultativo es la curación del paciente, no obstante, tal finalidad, por no poder ser garantizable, ha de quedar fuera de la obligación de éste, siendo en consecuencia el único objeto de la obligación del médico una actividad diligente y acomodada a la denominada *lex artis ad hoc* debido a que se trata de una obligación de actividad o medios a diferencia de lo

---

<sup>202</sup> Al respecto vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... pp. 58 y 59; GÓMEZ CALLE, Ester. *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario*... p. 169; GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*... p. 36; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*... p. 73. En igual sentido se ha pronunciado el alto tribunal español al dictaminar en la sentencia de 18 de diciembre de 2006, específicamente en su fundamento de derecho tercero, que “los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma”.

<sup>203</sup> A mayor abundamiento, resulta decidor lo establecido en el sentido propuesto, en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005 donde se destaca que: “Por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente(...) El sentido común proclama, y la experiencia confirma, que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el feliz resultado de una intervención quirúrgica (y, en general, de ningún acto médico). Y cuando decimos esto nos estamos refiriéndonos al caso de que el servicio haya funcionado mal, lo que, obviamente, entra dentro de lo previsible. Es que también puede ocurrir —y ocurre— que habiéndose respetado escrupulosamente las reglas de la *lex artis*, habiéndose actuado con arreglo a los protocolos establecidos, habiendo funcionado perfectamente el instrumental y demás medios materiales, y siendo diligente, eficaz y eficiente la actuación del equipo médico actuante, puede fracasar —total o parcialmente— el acto sanitario realizado (...) En definitiva: operar sobre el viviente humano, no es trabajar sobre la materia inerte...”. STS de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9332).

que ocurriría con la obligación de resultado, en la que no hay duda que el fin, como elemento de la naturaleza, está incluido dentro del contrato<sup>204</sup>.

En concordancia con lo anterior, el Supremo español, en sentencia de 26 de julio de 2006, ha destacado respecto de la obligación que asumiría el médico para con el paciente que, *“como tal obligación de medios, se cumple con la realización de la actividad prometida, aunque no venga acompañada de la curación del lesionado, con tal de que se ejecute con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1101 y 1104 del Código Civil. La actividad que debe el médico, a quien se reputan los necesarios conocimientos técnicos, es la de un experto profesional, que, como tal, queda obligado no ya a actuar con la diligencia de un buen padre de familia, sino a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, lex artis o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, que estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin”*<sup>205</sup>.

Otro rasgo característico de la medicina asistencial, lo constituye el status que adquiere el sujeto que se somete a alguna intervención de este tipo, así, quien recibe esta clase de servicios ha venido siendo considerado como paciente, ya que acudiría al galeno por una dolencia que le aqueja, sea de índole físico o psíquico, a diferencia de la nomenclatura cliente utilizada para los casos de medicina voluntaria o satisfactiva.

Ahora, una importante consecuencia práctica que implica analizar la responsabilidad profesional del médico distinguiendo si la actividad que realiza apunta a una finalidad terapéutica o no, es que dicha circunscripción, en pos de apreciar o no la concurrencia del presupuesto básico de la responsabilidad civil –el daño–, incidirá directamente en el régimen probatorio aplicable<sup>206</sup>. Así, en el

---

<sup>204</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 76 y 77.

<sup>205</sup> STS de 26 de julio de 2006. (Número Recurso 3442/1999).

<sup>206</sup> Así lo subrayan: DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... p. 61; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 739; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 425; ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad*

supuesto indicado, el demandante corre, además de tener que probar el daño y el nexo causal, con la carga de la prueba de la culpa o negligencia del demandado, ya que, en realidad la prueba del incumplimiento de esta clase de obligaciones se concreta en la prueba de la negligencia<sup>207</sup>.

Al respecto, cabe recalcar que la posición probatoria en la que se encontraría el acreedor de una obligación de medios –sede contractual– es sustancialmente idéntica a la que tendría la víctima del daño aquiliano –sede extracontractual–, puesto que en ambos casos, tanto el acreedor contractual como la víctima aquiliana, para configurar la responsabilidad del deudor o dañante respectivamente, tendrán la carga de acreditar: el daño, el nexo causal y la culpa o negligencia<sup>208 209</sup>.

---

civil... pp. 252 y ss. y con aprensiones, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 126 a 128. En contra de la relevancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado a efectos probatorios, véase a GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 78; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 94 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* pp. 79 y ss.; SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español /en/* Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto, 1984, pp. 673 y 674.

<sup>207</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 39; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* p. 50; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 739; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Buenos Aires, Hammurabi, 1993, p. 289; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 126. Destacando este último autor que, “en las obligaciones de actividad o de medios el problema no es de causalidad/no causalidad sino de culpabilidad/no culpabilidad: si convenimos en que el objeto de la obligación consiste en una actividad diligente, no importa que el paciente no sane o que el abogado pierda el pleito: habrá incumplimiento, y siempre imputable, cada vez que la actividad no haya sido diligente; y cuando el deudor haya observado la diligencia debida, no es que el deudor se libere de responsabilidad por ser inimputable el incumplimiento, es que, sencillamente, ha cumplido con su obligación”.

<sup>208</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 739; GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 40; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 87 y ss.; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 297; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* p. 56.

<sup>209</sup> Cabe destacar que a pesar que el régimen de la responsabilidad aquiliana consagrado en el ordenamiento español se asienta básicamente sobre la idea del reproche culpabilístico, la jurisprudencia española tradicionalmente ha recurrido a una serie de mecanismos con el objeto de aproximar el modelo esencialmente subjetivo español hacia planteamientos de corte más objetivistas, lo cual, en materia extracontractual, se traducían en la inversión de la carga de la prueba de la culpa. Sin embargo, la responsabilidad médica se ha logrado mantener al margen de la actitud descrita, salvo algunas excepciones, principalmente en casos de daño o resultado desproporcionado y medicina voluntaria o satisfactiva, como tendremos la ocasión

En relación al momento en el que ha de efectuarse la calificación de la obligación del médico, hay que destacar que es un ejercicio que deberá ser realizado por el sentenciador no antes de iniciado el juicio, sino que, como bien se ha apuntado, *a posteriori*<sup>210</sup>, materializándose en el tramo final del litigio, cuando la capacidad argumentativa o las pruebas aportadas por las partes hayan logrado convencer al juez de cuál era el verdadero contenido de la obligación reclamada<sup>211</sup>.

Otro aspecto de la medicina curativa o asistencial que merece ser destacado y que trataremos con mayor detención en el siguiente capítulo cuando nos refiramos al deber de información como estándar de diligencia<sup>212</sup>, apunta al nivel de exigencia de información sobre los riesgos de la intervención, cuestión. Así, tratándose de casos de medicina curativa el galeno estaría obligado a informar al paciente sólo respecto de los riesgos típicos que conlleva una determinada actuación médica, entendiéndose por tales a aquellos que usualmente son asociados al tratamiento o intervención médica que va a ser realizada<sup>213</sup>, en otras palabras, el facultativo deberá informar a su paciente sobre la probabilidad del resultado de su actuación, y de las secuelas, riesgos,

---

de analizar en el capítulo segundo cuando estudiemos los problemas probatorios que plantea la culpa en materia médica.

<sup>210</sup> Puesto que como bien ha destacado YZQUIERDO TOLSADA, sistema de responsabilidad... p. 128 y 129. *"no menos cierto es que, al inicio de un proceso, no sabemos con entera seguridad ante qué tipo de obligación nos encontramos. Ni siquiera en lo que "desde fuera" pudiera parecer una clarísima obligación de resultado queda acreditado nada definitivo con ese primer paso teórico que da el demandante con su material probatorio. Es que no hay propiamente ni primer ni segundo paso, sino que ambas partes aportarán sus pruebas, de tal forma que el demandante intentará hacer ver que la obligación era de resultado y el demandado dirá que lo era de actividad. Lo único que está claro al comienzo es que el interés final del acreedor no se obtuvo, pero todavía no sabemos (podremos, como mucho, sospecharlo) si la insatisfacción de ese interés final es al tiempo insatisfacción del interés primario. La utilidad práctica de la distinción está, propiamente, no en la posibilidad de "etiquetar" la obligación áb initio (cosa siempre difícil para una persona ajena a la esfera técnica a la que pertenecen las actividades médicas y en general, a la que pertenecen muchas de las actividades que deben enjuiciarse cuando el litigio ha de consistir precisamente en una evaluación de la corrección técnica de las mismas).*

<sup>211</sup> Así lo destaca YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 128 y 129; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: Los dogmas creíbles y los increíbles de la Jurisprudencia...* p. 38; en igual sentido, GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 84.

<sup>212</sup> Capítulo II pp. 144 y ss.

<sup>213</sup> Por todos: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 587 a 590; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* p. 216.

complicaciones o resultados adversos, sean de carácter permanente o temporal, que usualmente se producen en el tipo de intervenciones a realizar<sup>214</sup>.

Por último, nos parece útil concluir que respecto de la denominada medicina curativa, resultará prácticamente indiferente para la víctima de un perjuicio (salvo el conocido plazo de prescripción) el ejercicio de una acción de naturaleza contractual o aquiliana, puesto que lo fundamental a la hora de establecer la responsabilidad del galeno en las actividades médicas que se realizan con una finalidad terapéutica es determinar bajo qué supuestos se puede entender que la conducta del facultativo ha sido negligente, para lo cual, con absoluta independencia del régimen de responsabilidad aplicable, bastará con recurrir a la comparación de su actuar con aquellos parámetros de conducta que determina la denominada *lex artis ad hoc*.

### **1.2.2.- La denominada medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva.**

La medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva, es uno de los campos médicos que más se ha desarrollado en el último tiempo, pero también uno de los más polémicos. El impacto social que generan los errores médicos en personas sanas, no sólo se ha convertido en un problema para la imagen de este tipo de medicina<sup>215</sup>, sino que también ha propiciado una explosión de demandas en contra de facultativos que practican este tipo de actividades.

Como ya se ha destacado, el carácter esencial de este tipo de medicina es la ausencia de una patología previa por parte del interesado, quien acude al galeno no con la finalidad de tratar una enfermedad, sino que con el claro objetivo de obtener otro tipo de beneficios, los cuales apuntan a mejorar imperfecciones de corte estético y/o modificar su capacidad reproductora.

---

<sup>214</sup> SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados...* p. 304.

<sup>215</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 281.



Teniendo en consideración lo apuntado, resulta común la equiparación de medicina voluntaria sólo con la cirugía estética o con los llamados servicios de belleza, sin embargo, debemos considerar que este tipo de prestación médica no sólo abarca la citada modalidad, sino que también se refiere a ciertas actividades odontológicas como las de implantes y prótesis, las cuales junto con buscar una finalidad estética tienen por objeto satisfacer una necesidad práctica del paciente<sup>216</sup>. También han de incluirse dentro de la mentada clase aquellas intervenciones dirigidas a la transformación de una función biológica, como son las vasectomías y ligaduras de trompas<sup>217</sup>.

En concordancia con lo anterior y sin ánimo de ser exhaustivos, cabe enunciar algunos casos que, doctrinariamente han sido catalogados dentro de la medicina voluntaria o satisfactiva<sup>218</sup>, así:

- 1) Realizarse una operación de cirugía estética (lifting, peeling, aumento de busto, lipoaspiración, etc.).
- 2) Tratamiento para alargamiento de piernas;
- 3) Colocación de dispositivos anticonceptivos intrauterinos.
- 4) Esterilización mediante vasectomía o ligadura de trompas.
- 5) Realización de una circuncisión ritual<sup>219</sup>.
- 6) Tratamiento odontológico para rehabilitación de la boca o para conseguir la solución de un problema de prognatismo del maxilar superior<sup>220</sup>.

---

<sup>216</sup> Pensemos por ejemplo en el hecho de que un sujeto requiera de una dentadura postiza, en este caso no sólo se busca una finalidad estética, sino que también se busca satisfacer una necesidad o a lo menos puede resultar bastante útil para aquellos sujetos que carecen totalmente de dentadura.

<sup>217</sup> Sobre el particular vid. a: RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 283; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* pp. 86 y 87; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva...* p. 176.

<sup>218</sup> En la enumeración seguimos el planteamiento del argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* pp. 100 y 101.

<sup>219</sup> Así lo destacan entre otros: el francés PENNEAU, Jean. *Responsabilité civile d'un médecin ayant pratiqué une circoncision sur un enfant dont le gland s'est nécrosé à la suite de complications* /en/ Recueil Dalloz, sec. Sommaires commentés, 1993, p. 27 y el Argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 100. Sin embargo, hay que precisar que la circuncisión dejará de ser considerada un caso de medicina satisfactiva cuando ésta obedezca a un propósito curativo.

7) Implantes de piezas y prótesis dentales<sup>221</sup>.

8) Implante capilar y realización de implantes de colágeno o botox.

Otro factor que resulta interesante destacar dentro de la medicina satisfactiva, dice relación con la calificación del sujeto que acude a un determinado especialista con el objeto de someterse a una de las prestaciones anteriormente enumeradas. Al respecto, hay cierto acuerdo en denominarlo cliente y no paciente<sup>222</sup>, principalmente porque éste acude al galeno, no para tratarse una dolencia o enfermedad, sino que de forma absolutamente voluntaria busca con este tipo de intervención médica otro tipo de beneficios – estéticos, reproductivos, etc.–, siendo en este punto donde se presentarían importantes diferencias con la medicina curativa, puesto que la falta de necesidad en la intervención, característica de la medicina satisfactiva, hace que la actividad realizada dentro de este ámbito sea evaluada según estándares de conductas, pero sobre todo de información, mucho más elevados que respecto de los casos de medicina asistencial<sup>223</sup>.

Esta mayor rigurosidad, a nuestro juicio, encontraría explicación en que dentro del ámbito de la medicina voluntaria el riesgo de fraude a los consumidores y usuarios, sobre todo si tomamos en consideración que vivimos en una sociedad altamente mercantilizada, se torna cada vez más alto, e

---

<sup>220</sup> MUNAR BERNAT, Pedro. *Daños causados por actos médicos...* pp. 454 y 455.

<sup>221</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 283.

<sup>222</sup> Por todos, RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 283 y ss.; LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 102. Un concepto de paciente nos entrega este autor Argentino al destacar que paciente es: “quien sin sufrir minusvalía alguna busca un mejoramiento estético o similar y concurre a un médico para obtenerlo. No se trata de un enfermo ni de un paciente en sentido propio, sino de un cliente que concurre a un profesional en busca de un resultado determinado. De allí que en las prácticas de medicina curativa, satisfactoria o perfectiva, la regla sea que las del médico son obligaciones de resultado, justamente porque el resultado es lo que lleva al cliente a buscar el auxilio del profesional y por tanto éste integra el negocio jurídico de manera indisoluble”. En contra, criticando la división de nomenclatura que se hace entre paciente y cliente, sosteniendo que tanto en caso de medicina voluntaria como en casos de medicina curativa el sujeto de la prestación debería denominarse paciente se pronuncia, SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados...* p. 292, señalando que “la consideración de paciente la tiene aquel que, de forma voluntaria o no, acude al médico con la intención de paliar una cierta dolencia, ya sea física o psíquica. En ambos casos el acto médico está sujeto a la normativa propia de una relación de la que derivan derechos y obligaciones para todas las partes implicadas en la prestación de los servicios de salud”.

<sup>223</sup> Sobre el alcance del deber de información, vid. pp. 155 y ss.

incluso toma tintes de gravedad cuando mediante campañas publicitarias se envía al consumidor un mensaje o imágenes sobre los beneficios de tratamientos estéticos o reproductivos, sin consideración alguna de los riesgos que implican, logrando influenciar, mediante la distorsión u ocultación de información, en las decisiones que puedan adoptar los sujetos sobre un bien tanpreciado como lo es su integridad física y psíquica.

Respecto de la prueba de las obligaciones que se generarían dentro de esta categoría de actividades médicas, no hay reglas específicas al respecto, debiendo determinarse en cada caso según se establezca que la obligación asumida por el galeno sea de medios o resultado.

Siguiendo con la idea anterior, y como bien apunta RODRÍGUEZ MARÍN, si partimos reconociendo que el objeto de la obligación del médico que actúa dentro del ámbito de la medicina satisfactiva por regla general llega a ser de resultado, cabe destacar que en esta especial eventualidad la culpa del facultativo se presumirá, recayendo sobre éste la carga de acreditar el cumplimiento de su respectiva obligación y, que si no lo hizo, fue a causa de la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Como puede apreciarse, en estos casos no será preciso probar ninguna culpa puesto que ésta se presumirá para quien estaba obligado a lograr un resultado y no lo consigue, salvo que demuestre la imposibilidad de actuar adecuadamente<sup>224</sup>. En otras palabras, lo que importa aquí es el fin perseguido y no obtenido, con culpa o sin ella.

#### *1.2.2.1.- Las obligaciones del médico en el ámbito de la medicina voluntaria.*

Al analizar las obligaciones que contraería el facultativo cuando su actuar se circunscriba a este ámbito de la medicina, resulta pertinente destacar que es dentro de la denominada medicina voluntaria donde tiene pleno sentido el ejercicio de acciones de naturaleza contractual cuando el resultado esperado no se ha obtenido, lo cual trae como consecuencia la plena vigencia de la

---

<sup>224</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 298.

distinción entre obligaciones de medios y de resultado, a diferencia de lo apuntado respecto de la medicina curativa donde dicha distinción carecería de efectos prácticos.

Cabe destacar que dentro del ámbito de la medicina satisfactiva la discusión tendente a determinar tanto el tipo de contrato celebrado entre facultativo y cliente<sup>225</sup>, como la naturaleza de las obligaciones –de medios o resultado–<sup>226</sup> que adquiriría el médico, no ha sido para nada pacífica, perfilándose diversas soluciones al respecto. Así, hay quienes han defendido que las obligaciones adquiridas por el facultativo en el ejercicio de este tipo de medicina deben encuadrarse, en términos generales, dentro de las denominadas obligaciones de resultado, las que emanarían exclusivamente de un contrato de obra entre el médico y el cliente<sup>227 228</sup>.

---

<sup>225</sup> Sobre las distintos tipos de configuraciones contractuales que doctrinariamente se han propuesto para describir la relación jurídica habida entre médico y paciente, nos remitimos a lo ya pertinentemente expuesto por la doctrina, pudiendo consultarse al respecto los trabajos de: RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria*... pp. 135 y ss.; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños*... pp. 192 a 195; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*... pp. 115 a 142; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*... pp. 19 a 32; ALONSO PÉREZ, Mariano. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona: Bosch, 1997, pp. 14 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*... pp. 56 y ss.; GÓMEZ CALLE, Ester. *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario*... p. 1698.

<sup>226</sup> Una interesante referencia sobre la naturaleza jurídica del contrato que liga al médico con el paciente en casos de medicina voluntaria, lo encontramos en: BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva*... pp. 175 a 182.

<sup>227</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*... pp. 22 y 23; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... p. 61; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*... p. 128. Por su parte, pueden verse, entre otras varias, las sentencias del Tribunal Supremo: de 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 5758); de 28 de junio de 1997 (RJ 1997, 5151); de 2 de diciembre de 1997 (RJ 8964); de 19 de febrero de 1996 (RJ 1996, 634); y de 28 de junio de 1999 (RJ 1999, 403). Se plantea la excepción de supuestos de intervenciones que, además del carácter perfectivo tengan una finalidad curativa (por ejemplo, correcciones de deformidades físicas que afectan psíquica y funcionalmente a la persona del paciente), en cuyo caso el médico estará determinado solamente por una obligación de diligencia, no configurándose, en consecuencia, un contrato de obra, sino que un contrato de servicios. Así, entre otros lo destaca FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*... p. 62.

<sup>228</sup> Al respecto puede citarse lo dispuesto por la STS de 11 de diciembre de 2001, donde el alto tribunal expone que, “en la medicina llamada voluntaria, ... la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso”. STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2711).

Como ejemplo jurisprudencial de la anterior posición puede citarse lo dispuesto por la sentencia de 3 de octubre de 2000 donde se señala que, “es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención”<sup>229</sup>.

Por otro lado están los autores que, contrariando la postura anterior, plantean que en los supuestos de medicina voluntaria no cabe hablar de obligaciones de resultado, puesto que “no se garantiza la infalibilidad del resultado y habrá que atender en todo caso al cumplimiento por el cirujano de las normas de la *lex artis*. Por supuesto que si como consecuencia de una intervención estética se produce un perjuicio para la salud por mala preparación, error, impericia, etc., del cirujano, éste responderá en la forma y medida de su imprudencia como con carácter general cualquier otro cirujano o facultativo que practique intervenciones terapéuticas”<sup>230</sup>. Otro sector argumenta que la atención debe ponerse en la relación concreta de que se trate, centrándose los esfuerzos en determinar si existe o no contrato (que en supuestos de medicina satisfactiva suelen ser mucho más frecuentes que en casos de medicina curativa) y al contenido específico del mismo, lo cual

---

<sup>229</sup> STS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000, 7799). En igual sentido las SSTS de: 11 de febrero de 1997 (RJ 1997, 940), vasectomía; 28 de junio de 1997 (RJ 1997, 5151), lifting facial; 28 de junio de 1999 (RJ 1999, 4894), implante de prótesis dentarias; 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2711), cirugía maxilofacial; 22 de julio de 2003 (RJ 2003, 5391) cirugía estética correctora de senos; 12 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2146), ligadura de trompas y 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7218), vasectomía.

<sup>230</sup> Así, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado...* p. 74, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *El “resultado” en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?...* pp. 442 y 443.

permitirá calificar dicho contrato como de obra o no<sup>231</sup>. En la misma línea agregan algunos que en caso de no poder determinar la real intención de las partes contratantes, la obligación del médico no puede ser más que de medios, puesto que, “admitir lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a cargo de los médicos una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual”<sup>232</sup>.

Por otra parte se ha señalado que el acento no hay que ponerlo en la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, sino que se debe insistir en el deber de información, en este sentido destaca MARTÍNEZ-PEREDA que, “El acento debe ponerse en el deber de información que tiene que abarcar todos los riesgos posibles, incluso los que sólo se producen excepcionalmente. Sólo existe consentimiento si hay absoluta información. Pero, además, el médico debe valorar tales riesgos para poder encontrar una adecuada proporcionalidad entre ellos y el beneficio esperado, porque aunque exista un consentimiento del paciente debidamente informado, la conformidad del paciente con una intervención estética que no presenta una proporcionalidad

---

<sup>231</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* pp. 43 y ss.; SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados...* p. 298 y 299. En igual sentido se ha pronunciado alguna jurisprudencia, pudiendo citarse a modo ejemplar lo expresado por la STS de 23 de octubre de 2008, resolución que deja sentado que “*las doctrinas sobre medicina curativa - medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias, por lo que nada excluye que se pacte con un médico una obligación de resultado o que sin mediar compromiso alguno pueda responsabilizársele por una mala praxis en la actuación médica, pues una cosa es que la obligación no sea en si misma de resultado y otra que este no se obtenga por una actuación negligente del facultativo. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente*”. STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789).

<sup>232</sup> SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados...* p. 298. En la misma línea CRESPO MORA, María. La prestación debida por el personal médico-sanitario en el ámbito de la medicina voluntaria /en/ Revista de derecho patrimonial, nº 30, 2013, pp. 401.

de ventajas proporcionadas a los riesgos asumidos puede generar responsabilidad en el cirujano”<sup>233</sup>.

Por último, están aquellos que plantean que la configuración más acorde a las especiales características que presenta la medicina satisfactiva es aquella en donde el médico configura su actividad por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, pero muy cercano al contrato de obra, debiendo calificarse la obligación del médico como obligación de medios acentuada<sup>234</sup>. En este caso, si bien no se garantiza el resultado, por todo el componente aleatorio inherente a cualquier actuación médica, debe partirse de una cierta garantía en su actuación médica, siendo especialmente relevante, junto a la obtención del resultado pretendido, una información rigurosa y exhaustiva sobre todos los riesgos y posibles alternativas de la intervención, e incluso de la posible eventualidad de un mal resultado<sup>235</sup>.

En igual sentido, subrayan MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU que si se analiza la jurisprudencia que ha calificado la obligación del médico como de resultado<sup>236</sup>, habría que llevar a cabo dos matizaciones. La primera es que la

---

<sup>233</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La cirugía estética y su responsabilidad...* pp. 346 y ss.

<sup>234</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 85; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Comentario a la STS de 21 de octubre de 2005...* p. 502.

<sup>235</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* pp. 292 y 293; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 85 y ss.; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva...* p. 181 y 182. MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)...* pp. 1641 y 1642. En este sentido también se ha pronunciado también la jurisprudencia, así, puede citarse lo establecido por la sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de abril 1994, con ocasión de una operación de vasectomía fallida, tras la cual la esposa quedó embarazada. La Sala declaró en su oportunidad que, “a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico, a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como arrendamiento de servicios y no de obra, en razón que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica, insuficientes para la curación de determinadas enfermedades, y tiene en cuenta finalmente la circunstancia, de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra que obliga a la consecución de un resultado... De ahí que la obligación es todavía de medios, pero intensificada, haciendo recaer sobre el médico, no sólo la obligación de utilizar los medios idóneos a tal fin, sino también y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente” (el subrayado es nuestro). STS de 25 de abril 1994 (RJ 1994, 3073).

<sup>236</sup> STS de 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894). “Hay casos en que se trata de una obligación de resultado, en que el médico se obliga a producir un resultado, son los casos, entre otros, de

mayoría de las sentencias en las que se alude a la obligación del médico como de resultado lo hacen *obiter dicta*, para resolver después un supuesto distinto que califican como de medios. Y la segunda, se refiere a que cuando se analizan por el Tribunal Supremo supuestos de medicina no curativa, considera que estas obligaciones, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios – que impone al facultativo una obligación de medios–, se aproximan de manera notoria al arrendamiento de obra, sin que ello signifique un cambio en el régimen de responsabilidad. Llegándose a producir, a lo sumo, un incremento en el nivel de diligencia exigible, que se manifiesta no sólo en actuar conforme a la *lex artis ad hoc*, sino que también en una especial exigencia del deber de informar al cliente<sup>237</sup>.

Por nuestra parte, y a modo de conclusión, consideramos que para responder si la obligación que contrae el facultativo con su cliente en caso de medicina voluntaria, es de actividad o de resultado, es necesario centrarse en tres cuestiones previas: En primer lugar habrá que analizar si existe pacto expreso en un sentido o en otro. En segundo lugar, y en caso de ausencia de pacto expreso, se torna indispensable tener a la vista tanto la naturaleza como las especiales características de la prestación -según lo dispone expresamente el artículo 1258 del Código Civil español-, así como también la publicidad previa, cuestión que cada vez se torna más habitual en este tipo de prestaciones. Y en tercer lugar, resulta relevante considerar la información que se le suministre cliente a la hora de contratar, puesto que ésta delimitará la respectiva prestación<sup>238</sup>.

De esta forma, cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad las partes pacten expresamente que el facultativo se obligue a la consecución o no de un resultado determinado habrá de estarse a lo acordado libremente por las partes materializándose, por regla general en la medicina

---

*cirugía estética, vasectomía y odontología...*”. También las SSTs de 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711) y 5 febrero 2001 (RJ 2001, 541) profundizan en esta idea.

<sup>237</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)*... pp. 1641 y 1642.

<sup>238</sup> En igual sentido CRESPO MORA, María. *La prestación debida por el personal médico-sanitario en el ámbito de la medicina voluntaria*... pp. 401.



voluntaria, la obligación de este último en una clara obligación de resultado<sup>239</sup>. En otras palabras, en el evento en que el daño sufrido por la víctima a raíz de una intervención meramente satisfactiva se manifiesta en la no obtención del resultado acordado, por ejemplo en una esterilización fallida, en la no eliminación de una cicatriz que se pretendía eliminar, en la no corrección de un defecto físico, es claro que nos encontraremos frente a un incumplimiento contractual de una obligación de resultado asumida previamente por el médico. La responsabilidad es de naturaleza contractual y el daño deriva de la no consecución del resultado esperado, con independencia de la diligencia o negligencia empleada por el profesional.

Por otra parte, y aplicando criterios de realidad, podemos sostener que de la naturaleza y de las especiales características del contrato de asistencia sanitaria celebrado con ocasión de una intervención voluntaria, cabe concluir que dicho pacto necesariamente genera una obligación de resultado para el facultativo, otra solución no nos parece realista, puesto que si una mujer acuerda realizarse una liposucción, o un hombre solicita un injerto de cabello, el médico necesariamente ha de comprometerse a obtener el resultado pretendido a menos que expresamente se pacte lo contrario, ya que nadie se somete a una operación de tales características si no se le garantiza un resultado.

Respecto de la información que el médico pueda suministrar al cliente con relación a la intervención a efectuar (posibilidades de éxito, existencia de secuelas, etc.), cabe destacar que ésta tendrá la virtud de delimitar la respectiva prestación en el entendido que si de la información proporcionada se desprende que no se está garantizando este o aquél resultado, en dicho ámbito existirá una obligación de medios. Por lo tanto, la información entregada por el facultativo con ocasión de una intervención de medicina voluntaria permite

---

<sup>239</sup> En la misma línea se expresan: VAQUERO PINTO, María José. *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*. Granada: Comares, 2005, pp. 112 y 113; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* pp. 292 a 296; También JORDANO FRAGA, Francisco. *Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*... pp. 10 y ss.; GÓMEZ CALLE, Ester. *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario...* p. 1698.

deducir en qué medida el galeno se compromete a la obtención del resultado pretendido.

Dicho de otro modo, en una operación de aumento, o reducción, de mamas puede ocurrir que el médico advierta que cabe la posibilidad de que van a quedar cicatrices. En ese caso el profesional no está garantizando el resultado de que la operación no dejará cicatrices, pero si se está comprometiendo a obtener el resultado consistente en aumentar o reducir las mamas en función de lo pactado (15%, 20 %, etc.), existiendo en consecuencia una obligación de resultado respecto del aumento o disminución de mamas y una obligación de medios respecto de la existencia o no de cicatrices.

Cuestión distinta es que a pesar de la consecución del resultado (por ejemplo la esterilización ha sido exitosa, las mamas aumentadas han quedado perfectas, etc.) se produzca de igual forma un daño para el paciente, perjuicio que tendría más bien un carácter de colateral, como sería por ejemplo una complicación o secuela que puede manifestarse en una infección grave, lesión de un nervio u de otro órgano que, por lo general, será consecuencia de algún tipo de negligencia médica. En este caso, parece indiferente que se ejercite una acción de responsabilidad contractual o extracontractual, y es indiferente la diferenciación obligación de medios-resultado. Aquí habrá responsabilidad del facultativo sólo si el daño tiene su origen en la vulneración de la *lex artis*, pero no cuando el daño debe considerarse fortuito, o es una complicación usual o habitual en ese tipo de operación (riesgo típico) y de la que ha sido debidamente informado el paciente.

## CAPÍTULO SEGUNDO

Detalladas en el capítulo anterior aquellas cuestiones previas que surgen al intentar abordar la responsabilidad civil del facultativo, cabe precisar que en lo que sigue nuestra investigación se centrará el análisis de la responsabilidad del médico en la denominada medicina curativa, siendo lo fundamental en este ámbito determinar en qué casos el médico ha de incurrir en negligencia. A este respecto, cabe recalcar que cuando la actuación del médico se realiza al amparo de la denominada medicina curativa nos parece más apropiado entender que con absoluta independencia de si la acción ejercitada será contractual o extracontractual, lo fundamental es analizar cuándo puede entenderse que el comportamiento del galeno es culposo o negligente, para lo cual, con independencia del régimen de responsabilidad de que se trate, habrá de recurrirse a la comparación de su actuar con los parámetros de conducta que nos entrega la denominada *lex artis ad hoc*<sup>240</sup>.

Por otra parte, consideramos necesario dejar sentado que la responsabilidad civil médica no es una *rara avis* del firmamento jurídico, sino que más bien se perfila como una parte especial de la responsabilidad profesional a la que mientras no exista una normativa específica que la sistematice y regule, le serán íntegramente aplicables aquellos principios y preceptos que gobiernan los supuestos genéricos de la responsabilidad civil, bastando para su configuración, la concurrencia de los mismos elementos o presupuestos de esta última, que para buena parte de la doctrina son: acción u omisión; daño; relación de causalidad; y criterios de imputación<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> Al respecto cabe destacar que incluso el facultativo podrá incurrir en responsabilidad, siempre que logre acreditarse su negligencia, en caso que se logre la curación del paciente, así por ejemplo si el daño consiste en secuelas o lesiones consecuencias del tratamiento o intervención (v. gr. infección, parálisis, coma, etc.).

<sup>241</sup> Además de los requisitos mencionados, se ha planteado en la doctrina española un interesante debate entre aquellos ven en la antijuridicidad del daño otro requisito configurador de la responsabilidad civil y quienes la niegan. Sobre esta interesante discusión y los distintos argumentos planteados pueden verse: Por el lado de quienes defienden la antijuridicidad a PENA LÓPEZ, José María. Prólogo a *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, de BUSTO LAGO, José. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 13 y ss.; BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, 1998; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de*

En igual sentido, se ha sostenido que la responsabilidad civil derivada de actos médicos, si bien puede resultar particularmente compleja en algunos aspectos –como por ejemplo la prueba de la mala *praxis*–, no debe configurársela como una especie distinta de responsabilidad, ya que, debido a que carece de principios propios y excluyentes a las demás responsabilidades, no tendría justificación alguna un tratamiento diverso, siendo sólo admisible que se tengan en cuenta sus particularidades para aplicarle las herramientas que les sean más compatibles<sup>242</sup>.

De esta forma, no puede pensarse en una responsabilidad galénica en que, por ejemplo, no sea exigible la comprobación de una relación de causalidad adecuada entre el daño y la actuación del dañador, puesto que si bien la responsabilidad médica constituye una parte especial de la responsabilidad profesional, al igual que ésta se encuentra sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general<sup>243</sup>. En otras palabras, como sostiene el tratadista francés LE TOURNEAU, “*L'activité médicale présente une spécificité certaine du fait qu'elle s'exerce sur l'homme. Mais elle n'entraîne aucune incompatibilité de principe avec le Droit de la responsabilité civile, contrairement à ce que certains prétendent, et qui vont parfois même jusqu'à avancer que le juge est inapte à en connaître*”<sup>244</sup>.

Así las cosas, en el presente capítulo abordaremos principalmente el estudio de las condiciones necesarias para que pueda ser exigida la responsabilidad civil del galeno, teniendo presente que pese a que dichas condiciones –culpa, relación de causalidad y daño– tradicionalmente se han desarrollado casi exclusivamente al tratar la responsabilidad aquiliana<sup>245</sup>, en la

---

*responsabilidad civil...* p. 258. Y entre quienes rechazan este requisito de antijuridicidad destacan: PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1993 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 110 y ss.; VICENTE DOMINGO, Elena. *El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal /en/* Revista de Derecho Privado, Nº 10, 1994, p. 837.

<sup>242</sup> Así lo expresan los argentinos TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la responsabilidad civil...* p. 306.

<sup>243</sup> En igual sentido el autor Argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 15.

<sup>244</sup> LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats...* nº 4204, p. 870.

<sup>245</sup> Si bien las mencionadas condiciones tradicionalmente han sido desarrolladas desde el prisma de la responsabilidad extracontractual, ha sido porque al existir un contrato, en muchas

actualidad, como lo destaca autorizada doctrina<sup>246</sup>, dichos elementos son considerados comunes a toda responsabilidad civil<sup>247</sup>.

---

ocasiones se sustituye la discusión acerca del daño, la culpa y relación de causalidad, por la simple y pura constatación del incumplimiento de una de las obligaciones emanadas de éste – constatación que evidentemente resultará mucho más sencilla–, lo cual de ninguna manera quiere significar que tales elementos no deban estar presentes también en la base de la responsabilidad contractual. Así lo destaca, entre otros, LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 209.

<sup>246</sup> Así, por todos, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil...* p. 591; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños...* p. 200; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 209; SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 6ª Ed., Tomo I. Madrid: Montecorvo, 1991, p. 26 y el francés CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations*. Tomo IV. Paris: Presses Universitaires de France, 22ª edición, 2000, pp. 365 y ss.

<sup>247</sup> Como destaca CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil español, hay acuerdo en extraer los siguientes elementos para configurar la responsabilidad civil, a saber: a) la existencia de un resultado dañoso, afectante a quien reclama, ya sea de índole patrimonial, moral o de ambas clases a la vez; b) que pueda enjuiciarse la concurrencia de culpa o negligencia de la conducta generadora del daño, por haberse realizado sin el cuidado y la diligencia precisa para evitar un rebultado lesivo, previsible y evitable; c) que el resultado dañoso sea consecuencia de la conducta del demandado, de tal suerte que exista relación de causalidad entre el daño producido y dicha conducta. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños...* pp. 200 y 201.

# I. LA CULPA

## 1.- LA CULPA EN EL SISTEMA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Se ha destacado que principalmente dos son los criterios que determinan la imposición de la responsabilidad civil por cualquier acción, de esta forma: a) se podría derivar la responsabilidad civil por la culpa en que haya incurrido el autor del daño. En este caso nos encontraríamos ante un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa; y b) también se puede derivar la obligación de resarcimiento simplemente de la relación de causalidad habida entre el acto del agente y el daño producido, independiente de todo elemento de intencionalidad o falta de diligencia, denominándose a este sistema de atribución de responsabilidad como objetivo o de la teoría del riesgo jurídico<sup>248</sup>.

Como destaca DE ÁNGEL, sabido es que la culpa ha estado íntimamente unida a la responsabilidad civil, en la medida en que el deber de responder se vinculó a la circunstancia de que el acto dañoso pudiese ser reprochado a su autor. Y así, los regímenes legales de responsabilidad civil de herederos del *code* se basaron en la premisa que la obligación de responder por un daño se justifica cuando en la conducta del dañador ha habido culpa, entendida como negligencia o descuido en el obrar<sup>249</sup>, sentándose así el principio de que quien aspire a obtener la reparación de un daño deberá probar que el mismo ha sido originado por una actuación descuidada del sujeto agente<sup>250</sup>.

A lo anterior, cabe agregar que para que en una conducta pueda hablarse de culpa o negligencia será necesario que el sujeto sea

---

<sup>248</sup> Así lo destacan, por todos, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria...* p. 39; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad sanitaria...* p. 211; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)...* pp. 53 y ss.

<sup>249</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)...* p. 30. En igual sentido DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 351 y FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)...* p. 53.

<sup>250</sup> ROCA i TRIAS, Encarna. *Derecho de daños: Textos y materiales*, 5ª Ed., Valencia: Tiran lo Blanch, 2007, p. 23.

subjetivamente imputable, o lo que es lo mismo, que tenga voluntad libre y capacidad de entender y querer<sup>251</sup>. De esta forma, la imputabilidad por culpa necesariamente incluirá una capacidad por parte del sujeto de comprender, mirando hacia el futuro, lo injusto de su conducta y la posibilidad de actuar en consecuencia, es decir, de evitarla<sup>252</sup>.

Así las cosas, al hablar de culpa en el sistema del Código Civil español, puede predicarse que tanto en su vertiente de responsabilidad civil extracontractual como contractual, siguiendo la tendencia dominante en su época de dictación, descansan en la existencia de una conducta negligente previa por parte del agente dañoso. De esta forma, en la responsabilidad civil extracontractual hay que resaltar como precepto básico y general en este campo al artículo 1902 del Código Civil que exige expresamente para la generación de responsabilidad la existencia de culpa o negligencia por parte del agente<sup>253</sup>. Por su parte en el ámbito de la responsabilidad civil contractual el artículo 1101 del citado Código es claro al exigir el dolo, negligencia o morosidad como presupuesto previo de la responsabilidad<sup>254</sup>.

Sobre el concepto normativo de culpa en el ordenamiento civil español, cabe destacar lo prescrito en el artículo 1104 del Código Civil, precepto que a pesar de estar ubicado dentro de las normas que regulan la responsabilidad contractual<sup>255</sup>, se entiende de aplicación general para ambos tipos de responsabilidades<sup>256</sup>. De esta forma, según lo establece el primer inciso de la

---

<sup>251</sup> Vid. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 229 y ss.

<sup>252</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria...* p. 40.

<sup>253</sup> Sobre lo dispuesto en los artículos 1903 a 1909 del Código Civil español cabe destacar que si bien para su aplicación dan por supuesto una existencia de culpa, de alguna forma terminan presuponiéndola o invirtiendo la carga de la prueba en favor del perjudicado.

<sup>254</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 76.

<sup>255</sup> Derivada de la distinción entre los diversos regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, hay quienes señalan la incorrección que supone la aplicación analógica del artículo 1104 del Código Civil a supuestos de inexistencia de contrato. No obstante, y asumiendo dicha incorrección, consideramos que la aplicación del citado precepto es necesaria para configurar de buena forma la culpa en materia extracontractual.

<sup>256</sup> En este sentido DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* pp. 360 y 361; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil...* p. 608; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 225 y 226; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 215; PLAZA PENADÉS, Javier. *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria...* pp. 36 y 42; REGLERO CAMPOS,

citada norma, la culpa se define como “*la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”. A renglón seguido destaca el mentado artículo en su inciso segundo que, “*cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*”.

Como puede apreciarse de la redacción del referenciado 1104 del Código Civil español, para la determinación de la culpa dicho precepto ofrecería dos criterios<sup>257</sup>: a) uno concreto establecido en el inciso primero –la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar–; y b) uno abstracto sentado en el inciso segundo –la diligencia media, la del buen padre de familia–. A este respecto cabe destacar que, como bien lo aprecia LACRUZ, dichos criterios, que son por completo heterogéneos, resultan incompatibles en sus propios términos, puesto que cada uno por separado serviría para regular perfectamente la cuestión<sup>258</sup>.

---

Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p. 205, entre otros. Como opinión minoritaria, LOBATO GÓMEZ, José Miguel. *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad médica...* pp. 2288 y 2289, distingue entre el parámetro de diligencia contractual y el extracontractual, limitando el segundo al del buen padre de familia o, como mucho, a una diligencia profesional genérica.

<sup>257</sup> De una primera lectura podría concluirse erróneamente que uno sería el criterio de aplicación general, inciso primero (la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar), y el otro (cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia), se aplicaría de forma subsidiaria a aquel.

<sup>258</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín (et al.). *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II, Madrid: Dykinson, 2009, pp. 452 y 453. En igual sentido y desarrollando la idea anterior, YZQUIERDO TOLSADA destaca que, “*No utiliza el Código el criterio concreto de la diligencia quam in suis rebus (como en sus propias cosas), que obligaría a medir la diligencia del concreto deudor en relación a cómo él se comporta en sus propios asuntos (y que llevaría, por ejemplo, a exigir a un depositario de cuadros la diligencia extrema que él despliega con los cuadros que tiene en su vivienda, y en cambio a otro distinto bastaría con exigirle la misma poca prudencia que él tiene con los suyos cuando los guarda en el establo de su granja), y que excepcionalmente regía en Derecho justinianeo para las obligaciones derivadas de los contratos de depósito y de sociedad. Tampoco parece utilizar en su totalidad la clásica tripartición romana (con la que el proceso codificador no simpatizaba precisamente): culpa lata, culpa leve, y culpa levísima, como criterios abstractos de diligencia que, lejos de comparar al deudor con lo que es su conducta habitual, comparan su conducta, según los casos, con la que observarían, respectivamente, el más descuidado de los deudores (modelo romano para ciertos casos de depósito), el ciudadano medio o "bonus pater familias" (modelo que en Roma se tomaba para comprobar la diligencia desplegada por el obligado a la entrega de una cosa) o el más cuidadoso de los humanos (criterio medidor para los daños aquilianos o extracontractuales).*



Es por ello que en búsqueda de una interpretación más armónica y coherente, compartimos aquella visión que, para salvar la incompatibilidad apuntada, ha llegado a sostener que el modelo que el Código Civil español quiso adoptar en el artículo 1104 como criterio general fue el de la diligencia media del inciso segundo –*cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*–, pero precisado con las pautas del inciso primero. Así, el agente ha de comportarse adoptando los cuidados y esfuerzos típicos del ciudadano medio, del "*bonus paterfamilias*"<sup>259</sup>, del "*reasonable and prudent man*"<sup>260</sup>, pero concretados en función de las circunstancias específicas de las personas, del tiempo y del lugar.

Lo anterior no significa que el criterio del inciso segundo sea propiamente supletorio del otro, porque si fuese así, nunca se podría aplicar. Lo que sucede es que el modelo del buen padre de familia es modelo abstracto, una manera de denominar la diligencia universalmente prestable, un *standard* que necesita una adaptación o concreción técnica y ésta conocerá aprehendiendo la actuación concreta de un sujeto con sus respectivas circunstancias y particularidades<sup>261</sup>, en el caso que nos convoca la diligencia exigida será la del profesional médico cuyo parámetro de comparación lo encontraremos en la denominada *lex artis ad hoc*<sup>262</sup>.

---

*Nada quita, no obstante, para que las partes puedan adoptar para la vida de la concreta obligación cualquiera de estos criterios teóricos*". YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*... p. 226.

<sup>259</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*... p. 226

<sup>260</sup> FLEMING, John G. *The law of torts*, 7ª Ed. Sydney: Law Book Company, 1987, pp. 97 y ss.

<sup>261</sup> Así lo expresa YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*... p. 226, siguiendo a BADOSA COLL, Ferrán. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, pp. 274 y ss.

<sup>262</sup> De esta forma, como sigue apuntando YZQUIERDO TOLSADA, "*podremos decir que cuando el deudor ha asumido la obligación desde su condición de patrón de medida la diligencia del buen profesional (y así, tampoco será igual hablar de la diligencia que debe prestar un médico que hablar de la prestable por un traumatólogo especializado en menisco). Pero, atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar, no se exigirá la misma diligencia al piloto que atraviesa el Atlántico con unas condiciones meteorológicas óptimas que al que lo hace bajo los efectos del ciclón caribeño, ni al cirujano que opera en perfectas condiciones de asepsia en su quirófano que al que se ve obligado a intervenir en el cuerpo de un accidentado sobre la cuneta de una carretera*". YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*... p. 227.

Ya esbozadas, en términos generales, las principales ideas que giran en torno a la culpa como elemento de la responsabilidad civil y antes de entrar al estudio concreto de la culpa en la responsabilidad civil médica, nos parece pertinente, en las páginas que siguen, hacer una breve referencia a la ya conocida evolución que han sufrido los sistemas de responsabilidad civil extracontractual en el último tercio de siglo<sup>263</sup> y que, como destaca LLAMAS POMBO, consiste en conjugar el texto absolutamente culpabilista del Código Civil español, con el espíritu de las corrientes favorables a criterios objetivos de imputación<sup>264 265</sup>.

A este respecto cabe destacar que en materia médica dicha evolución no ha sido tan fecunda como en otras materias, manteniéndose hasta el momento el elemento subjetivo como principal criterio de imputación de responsabilidad. Es por ello que a nuestro entender resulta fundamental para resolver la problemática objeto de nuestro estudio –la cual apunta a establecer en qué casos el médico incurrirá en responsabilidad ante una actuación de medicina curativa–, determinar en qué casos el médico ha de incurrir en

---

<sup>263</sup> Sobre el particular véase a: REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* pp. 163 y ss. y la monográfica de CAVANILLAS MÚJICA, Santiago. *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1987. Otros autores la han tratado esta cuestión manera directa o tangencial, como por ejemplo, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* pp. 93 a 125 y JORDANO FRAGA, Francisco. *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico...* pp. 96 y ss.

<sup>264</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 300. En igual sentido pero con diversas denominaciones se expresan: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...* pp. 56 y 128 y ss. “tendencia de la jurisprudencia a orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales -basados en la doctrina de la culpa- por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos”; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, 2ª ed., vol. I, Madrid: Tecnos, 1973, pp. 27 y 28, 693 a 708, “deformación de la noción de culpa civil”; ROGEL VIDE, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil español*. Madrid: Civitas, 1976, pp. 92 a 110, “expedientes jurisprudenciales paliativos” del principio de responsabilidad por culpa”.

<sup>265</sup> Un resumen de la evolución apuntada lo encontramos en la exposición de motivos nº 259 del proyecto de Código civil de la República Argentina de 1998, el cual reza así: “La responsabilidad civil está emplazada en un área móvil. Los viejos odres del Código civil resultaron insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes, tanto que en la era Industrial, seguramente, la respuesta más singular resultó de la legislación laboral. Cuando se entró en los albores de la Era Tecnológica fueron repensadas ideas generalmente tenidas por válidas, y se procuró dar soluciones adecuadas a los nuevos requerimientos, muchas veces mediante una relectura de los antiguos textos legales. En Argentina, como en el Mundo, el concepto de responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (LAMBERT-FAIVRE); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (LÓPEZ OLACIREGUI), porque el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor (RIPERT)”.

negligencia, puesto que como lo hemos venido destacado, cuando nos encontremos frente a un caso de medicina curativa (presuponiendo que el médico asume contractualmente una obligación de medios), no hay gran diferencia a la hora de imputar responsabilidad al médico según que se acuda al régimen de responsabilidad contractual como extracontractual. Tanto en uno como en otro caso lo esencial es determinar si el médico ha actuado negligentemente y es esta cuestión la que intentaremos sistematizar en el presente apartado dedicado a la culpa.

## **2.- LA CULPA AQUILIANA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.**

Aunque el régimen de la responsabilidad civil –desde la perspectiva extracontractual– consagrado en el ordenamiento español se asienta básicamente sobre la culpa, la jurisprudencia, en una marcada tendencia que encontraría justificación en una mayor protección a la víctima del perjuicio, ha recurrido a una serie de mecanismos con el objeto de aproximar el modelo esencialmente culpabilista español, consagrado desde la dictación de su Código Civil, hacia planteamientos de corte más objetivistas, lo cual ha implicado un mayor rigor en la diligencia exigida según las circunstancias del caso, debiendo en muchos casos el agente, para evitar ser condenado a reparar el perjuicio, probar que actuó con suma prudencia para evitar el daño<sup>266</sup>.

En efecto, según la citada doctrina, para calificar como culposa una conducta, no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de la persona, tiempo y lugar, sino que también al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta, contemplándose en consecuencia no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su aspecto social<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 505. En igual sentido, entre otros, se pronuncian GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 55; REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* pp. 163 y ss.

<sup>267</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 216.

Centrándonos ahora en la responsabilidad civil del médico, mirada desde el prisma de la extracontractualidad, hay acuerdo<sup>268</sup> en que la misma ha logrado escapar al contexto y panorama descrito precedentemente, el cual apunta sostenidamente hacia la objetivización de la responsabilidad civil. En este sentido la jurisprudencia ha venido reiterando que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse tanto la responsabilidad objetiva como una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba<sup>269</sup>. Doctrina que se ha mantenido imperturbable, salvo algunas excepciones, principalmente en casos de daño o resultado desproporcionado y medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima<sup>270</sup>.

En este sentido y a título ilustrativo puede citarse lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2004, donde con abundantes referencias jurisprudenciales, afirma que, “*en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de*

---

<sup>268</sup> Por todos, Vid. SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados...* pp. 290 y 291; GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 55; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 110 y 111; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* pp. 108 y 226; MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)...* p. 216; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 303; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 227 y 228; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* pp. 15 y ss.

<sup>269</sup> La jurisprudencia manifiesta su rechazo absoluto a cualquier idea de responsabilidad objetiva en la responsabilidad civil médica, fundamentalmente, desde la STS 13 de julio de 1987 (RJ 1987, 5488), así como la de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2209). Asimismo, cabe citar la STS 8 de abril de 1996 (RJ 1996, 2882), en la que se rechaza expresamente la responsabilidad por riesgo en el ámbito de la responsabilidad civil médica, porque “*el médico no crea riesgos*”. En el mismo sentido, véase las SSTs: de 25 noviembre de 2010 (RJ 2011, 1313); de 29 octubre de 2010 (RJ 2010, 76177); 7 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3553); de 24 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7855); de 25 de junio de 2003 (RJ 2003, 4261); de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1593); de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9197); de 12 de febrero de 1988 (RJ 1988, 943). Un resumen de la doctrina del Tribunal Supremo lo encontramos en: DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* pp. 60 a 69; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* pp. 303 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* pp. 15 y ss.

<sup>270</sup> SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados...* pp. 290 y 291.

*responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen; estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico... que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio (sentencia de 7 de junio de 1988, RJ 1988, 4825) o más generalmente en una acción culposa (sentencia de 22 de junio de 1988)<sup>271</sup>.*

Como puede apreciarse esta mantención jurisprudencial de un criterio eminentemente subjetivo en el ámbito de la responsabilidad civil médica tiene como principal consecuencia la agravación de la posición de la parte demandante, ya que en principio, y con las importantes salvedades se serán apuntadas al analizar los problemas probatorios de la culpa en materia médica<sup>272</sup>, para generar responsabilidad en el dañante no le bastará al actor con probar la existencia de un daño y su vinculación causal con una determinada acción u omisión, sino que además deberá probar la concurrencia de culpa en el actuar del agente dañoso<sup>273</sup>.

No obstante lo apuntado, cabe destacar que varias serían las razones que justificarían la defensa del carácter eminentemente subjetivo de la responsabilidad civil médica. Así, en primer lugar se advierte que esta posición encontraría su razón de ser en el hecho de que al no ser la medicina una ciencia exacta, su buen cometido puede verse frustrado por la interferencia de toda una serie de factores aleatorios e inevitables, aun cuando alguno de ellos pueda ser previsible<sup>274</sup>.

También se argumenta, en pro de la no objetivización de la actividad médica, que dicha tendencia tendría como último objetivo evitar la denominada “*medicina defensiva*”, donde el actuar del médico está más orientado a evitar la

---

<sup>271</sup> STS de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5890).

<sup>272</sup> Pp. 225 y ss.

<sup>273</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 56; BELLO JANEIRO, Domingo. *La responsabilidad sanitaria...* p. 235.

<sup>274</sup> BELLO JANEIRO, Domingo. *La responsabilidad sanitaria...* p. 235; GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 56; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 361.

asunción de riesgos que puedan materializarse en daños, que a aplicar al paciente todos los medios y técnicas que conforme al estado de la ciencia puedan ayudar a éste a recuperar su salud<sup>275</sup>, con los evidentes perjuicios que ello traería para la sociedad en su conjunto.

## 2.1. LA LLAMADA CULPA MÉDICA.

Referenciada en los acápites anteriores aquella doctrina que, justificándose en una excesiva aplicación del principio *pro damnato*, tiende a la objetivización de buena parte de la responsabilidad civil, y establecida la excepción que, con justificadas razones, debe operar en la responsabilidad médica, cabe aludir a un tópico que podríamos circunscribir en el extremo opuesto del principio *favor victimae*. Nos referimos así, a la ya clásica corriente denominada por algunos como de la *responsabilidad eufemística*, que en simples términos buscaba a través del establecimiento de una especial culpa médica, establecer criterios mucho más rigurosos y de aplicación excluyentes a la hora de generar responsabilidad en el galeno.

Así las cosas, durante un tiempo la doctrina, principalmente francesa<sup>276</sup> e italiana<sup>277</sup>, entendió que la culpa profesional de los médicos, desde el punto de vista científico, era diferente de la culpa corriente en la cual podía incurrir cualquier persona al causar un daño, razón por la cual, y teniendo en consideración la triple clasificación de la culpa<sup>278</sup> –lata, leve y levísima–, el

---

<sup>275</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* pp. 56 y 57; BELLO JANEIRO, Domingo. *La responsabilidad sanitaria...* p. 235. En este sentido la Sentencia del máximo tribunal español de 7 de febrero de 1990 advierte que “*si se procediera a la exigencia de responsabilidad objetiva en el actuar médico, y concreta mente en las intervenciones quirúrgicas,... se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general, ante el temor, en casos delicados, de que el resultado favorable no llegara a obtenerse*”. STS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668).

<sup>276</sup> Vid. DEMOGUE, René. *Traité des obligations...* Tomo III, nº 264; JOSSERAND, Louis. *La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*. Paris: Dalloz, 1939, pp. 39 y ss.

<sup>277</sup> LEGA, Carlos. *La Libera Professione...* p. 13. Un efecto directo de la influencia de la teoría reseñada, puede palpase en el actual texto del artículo 2236 del Código civil Italiano, precepto que reza: “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”.

<sup>278</sup> Sobre esta triple clasificación de la culpa, como claramente lo destaca el tratadista chileno ALESSANDRI RODRÍGUEZ, “*en el Derecho Romano había dos especies de culpa, la culpa grave o lata que equivale al dolo, y la culpa leve que podía ser in abstractum o in concreto, según que para apreciar el grado de responsabilidad del deudor, se tomara en cuenta*”.

médico respondería sólo en el supuesto de culpa lata o grave<sup>279</sup>. Los argumentos de esta teoría se sustentaban en que la medicina por ser un arte o una ciencia inexacta debía dejar en libertad al facultativo para obrar con una acusada dosis de personalismo no susceptible de ser captada<sup>280</sup>, puesto que tratar al médico de una manera más exigente desde el punto de vista de la diligencia, traería como consecuencia negativa que dicho profesional se abstuviera de realizar intervenciones quirúrgicas o de recomendar tratamientos que tuvieran ciertos riesgos por temor a las represalias del paciente<sup>281</sup>. Del mismo modo, las reclamaciones de los enfermos dudosamente justificadas, generarían el desprestigio de la actividad profesional afectando por ello a la sociedad en su conjunto<sup>282</sup>.

Esta es la tesis que el tratadista argentino MOSSET ITURRASPE ha denominado como de la *responsabilidad eufemística*, pues en materia de errores de diagnóstico, prescripción médica, tratamientos clínicos, intervenciones quirúrgicas, entre otros, se buscaba sustraer del control judicial la conducta del galeno<sup>283</sup>. Así, dicha propuesta planteaba una clara separación entre la culpa médica y la culpa común o culpa material, argumentando que el médico sólo podía responder de la culpa material pero no de la culpa médica,

---

*el cuidado o diligencia que emplea en sus negocios un tipo ideal, un tipo imaginario o abstracto, que es el buen padre de familia, o que para apreciar ese grado de responsabilidad, se tomara en cuenta el cuidado que empleara la misma persona del deudor. En el primer caso, el deudor respondía de la culpa leve in abstractum; en el segundo caso, de la culpa leve in concreto. La culpa leve in abstractum, según esto, era la que no cometería el buen padre de familia; la culpa leve in concreto era, en cambio, aquella que no cometería el propio deudor en sus negocios personales. No conocieron los romanos la culpa levísima. Pero en la Edad Media los escolásticos y los jurisconsultos, amigos de distingos y sutilezas, creyeron encontrarla en una mala interpretación de los textos romanos, y crearon entonces la división tripartita de la culpa, en culpa lata o grave, leve y levísima; ¿para qué? Para hacer que el deudor respondiera de una distinta especie de culpa en cada una de las tres clases de contratos que pudieran presentarse desde el punto de vista de la utilidad que reportaran a las partes: contratos que reportan utilidad sólo al acreedor, contra-tos que reportan utilidad sólo al deudor y contratos que reportan utilidad a ambas partes. Y de esta manera se armonizaba perfectamente la teoría de la culpa con esta clasificación de los contratos, habiendo para cada especie de contrato una especie de culpa distinta".* ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Teoría de las Obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988, p. 88.

<sup>279</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 100.

<sup>280</sup> BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos...* p. 524.

<sup>281</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 100.

<sup>282</sup> Al respecto véase a: JORDANO FRAGA, Francisco. *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico...* p. 47; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* pp. 99 a 105; BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos...* pp. 51 y 52, en especial, pp. 524 a 542.

<sup>283</sup> MOSSET ITURRASPE Jorge. *Responsabilidad civil del médico...* pp. 23 a 29, asimismo, ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil...* pp. 237 y ss.

debiendo excluirse a los tribunales civiles del conocimiento y juzgamiento de dicha especie de culpa, ya que, ésta sólo podía ser valorada por los tribunales de ética formados por profesionales de la medicina. Planteándose, a modo excepcional, el análisis de la conducta profesional del médico por un tribunal civil sólo en casos de culpa grave –*faute lourde, négligence grave, impérite notoire ou grossieré*—<sup>284 285</sup>.

Concluyendo con la referencia a esta concepción que pretendía el establecimiento de una culpa médica distinta de la culpa general, a modo de reflexión y teniendo a la vista el notable proceso de evolución, tanto social como jurídico, que respecto de la responsabilidad del galeno ha tenido lugar en los últimos años, cabe destacar que no encontramos justificación alguna para que, desde el prisma culpabilísimo, un profesional de la medicina goce de un tratamiento privilegiado por el sólo hecho de su condición. De esta forma, el establecer *a priori* que el médico sólo responderá en casos de: falta notoria de pericia, grave negligencia, grosera inadvertencia, graves errores de diagnóstico y tratamiento, por nombrar algunos, a nuestro parecer, atentaría contra los elementales principios de justicia y seguridad jurídica, ya que al no existir una expresa consagración legal de una culpa médica en *stricto sensu*, no puede aceptarse que ella deba ser ni más ni menos grave que otras para configurarse. Debiendo tratarse, en consecuencia, como una culpa común, pero apreciada de acuerdo con las particularidades del ámbito donde se ha evidenciado<sup>286</sup>.

De esta forma, cabe sostener que en el derecho español no existen culpas especiales distintas a la señalada en el artículo 1104 de su Código Civil.

---

<sup>284</sup> BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos...* pp. 525 y ss.

<sup>285</sup> No obstante, cabe destacar que la aplicación de la anterior doctrina, que tuvo su auge a principios de siglo, ha sido reemplazada en la actualidad por aquella que predica la responsabilidad total del médico por las faltas que haya podido cometer en el ejercicio de su profesión. Al respecto véase por todos a: FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* pp. 102 y ss.; GONZÁLEZ MORÁN, L., La responsabilidad civil del médico: *aspectos tradicionales y modernos...* p. 59; ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil...* pp. 237 y ss.; PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* pp. 42 y ss.

<sup>286</sup> Con similares argumentos se pronuncia LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 16.



No hay una culpa médica, ni informática, así como tampoco la hay por la sola condición de ser abogado<sup>287</sup>. Todos estos rótulos implican modulaciones o adaptaciones a circunstancias concretas de la culpa general consagrada en el citado precepto del Código Civil español.

### 3.- EL PARÁMETRO DE LA *LEX ARTIS* COMO DETERMINANTE DEL COMPORTAMIENTO DILIGENTE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

Superadas las primogénitas teorías de la culpa que, a raíz de una fuerte influencia del Derecho Natural y del Derecho Canónico, la entendían como la consecuencia de una conducta moralmente reprochable<sup>288</sup>, en la actualidad es calificado como culposo o negligente aquel comportamiento que se separa de un parámetro de conducta predeterminado y que ocasiona un daño no querido o buscado por el agente<sup>289</sup>. En otras palabras, si bien la noción de culpa se

---

<sup>287</sup> En este orden de ideas se pronuncia LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 221, al señalar que: “No hay culpas especiales profesionales (del abogado, arquitecto, médico...), sino culpa ex art. 1.104, aplicable no de forma común (por ejemplo cuando paseamos, conducimos un vehículo, comemos, etc.), sino referida especialmente a la *lex artis profesional*. La culpa médica es una aplicación específica de la culpa general”. En igual sentido FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* pp. 97 y 98.

<sup>288</sup> Vid. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* pp. 353 y 354; y VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité...* pp. 20 a 28. Agrega el autor español que, “no se puede desconocer la influencia que ejercieron los canonistas y a través de ellos el pensamiento cristiano. La obligación de reparar o de resarcir es una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprobable. Se subraya insistentemente la idea de que es un cuasidelito, lo que conducirá a su vez al concepto de responsabilidad por hechos ilícitos. De todo ello no está ausente el concepto cristiano de pecado. Se paga porque se ha pecado. En ese sentido, G. VINEY subrayaba probablemente con razón que la disciplina de la responsabilidad civil estaba destinada a moralizar las conductas individuales más que a asegurar a las víctimas la reparación de los perjuicios”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* pp. 84 y 85.

<sup>289</sup> MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)...* pp. 219 y 220. Cabe destacar al respecto un amplio apoyo doctrinal a la referenciada interpretación objetiva del criterio de la culpa. Por todos y a modo ejemplar se pueden citar a: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil...* pp. 286 y 287; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 215 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 226 y 227; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual* /en/ De Ángel Yágüez, Ricardo e Yzquierdo Tolsada, Mariano (Coord.). *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Madrid: Dykinson, 2001, pp. 111 y ss. Así, en Italia, CORSARO, Luigi. *Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.). *Perfiles de responsabilidad civil del nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 164 y 165; en Francia, PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* p. 46; en Inglaterra, MARKESINIS, Basil and DEAKIN, Simon. *Tort law*, 4ª Ed., Oxford: Clarendon Press, 1999, pp. 155 a 163.

circunscribe en la idea de negligencia, ésta siempre requerirá la presencia de un elemento de comparación, debido a que cuando se le imputa a un sujeto una falta de precaución o cuidado, implícitamente se alude a un nivel de diligencia preestablecido<sup>290</sup>.

Recurriendo nuevamente a los criterios de medición de la culpa o negligencia que se consagran en el artículo 1104 del Código Civil español, nos parece correcto seguir aquella interpretación que establece que el parámetro general de conducta se encontraría en el inciso segundo del citado precepto<sup>291</sup>, lo cual nos lleva a ciertos modelos de comportamientos como el del *hombre medio*, *hombre razonable de prudencia normal* o, siguiendo el texto de la norma referenciada, el del *buen padre de familia*. Volviendo nuestra atención a las actividades profesionales y, especialmente, al ámbito de la responsabilidad médica, podemos considerar que dicho parámetro de diligencia apuntaría al del *buen profesional de la medicina*<sup>292</sup>.

Sentada la premisa anterior, cabe destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia, en clara aplicación del criterio que consagra el inciso primero del artículo 1104 –*la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*–, al referirse a las actividades médicas, han tendido a especializar el parámetro general de conducta del *buen profesional de la medicina*. Es así como respecto de las actividades sanitarias se alza la denominada *lex artis* como el parámetro que, por antonomasia, ha de servir para determinar el comportamiento diligente de los profesionales sanitarios<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 215.

<sup>291</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 225 a 227.

<sup>292</sup> En igual sentido: MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)...* p. 220; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 222.

<sup>293</sup> MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)...* pp. 220 y 221.

En este punto, nos parece interesante dejar anotado que si bien el criterio de la denominada *lex artis*<sup>294</sup>, en principio, operará respecto de cualquier actividad profesional, encuentra un fecundo campo de aplicación en las actividades científicas realizadas bajo el amparo de la medicina, puesto que el médico, como científico, es también un técnico que se proyecta al exterior a través de su paciente o cliente<sup>295</sup>.

Sobre los particulares significados que la doctrina ha dado a la *lex artis*<sup>296</sup>, nos interesa destacar particularmente dos, el primero de ellos que la entiende como aquel “criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”<sup>297</sup>, y el segundo, que conceptualiza a la ley del arte como “el conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y comprobado de realizar las actividades relativas a dicha profesión”<sup>298</sup>.

Como puede desprenderse de las anteriores acepciones, a la hora de fijar el modelo de conducta por el cual se han de regir las actuaciones de los profesionales sanitarios en el ejercicio de su actividad, necesariamente deberán tenerse en cuenta las capacidades y conocimientos típicos del grupo profesional al que pertenece el agente. Lo anterior viene a poner de relieve que no existe una única *lex artis* en el ámbito sanitario, sino que tantas como

---

<sup>294</sup> Entendida como la Ley del arte, ley artesanal o reglas de la técnica de actuación de la profesión de que se trate para observar si es o no correcta y se ajusta o no la actuación de un buen profesional. RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 309.

<sup>295</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 309.

<sup>296</sup> Sobre el concepto de la *lex artis*, por todos, véase a: GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria...* pp. 120 a 124; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1990)* /en/ Anuario de Derecho Civil, 1991, pp. 907 ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preparatorias* /en/ Derecho y Salud, nº 1, vol. 3, enero-junio 1995, pp. 54 y ss.

<sup>297</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 507.

<sup>298</sup> MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)...* p. 221.

diversas sub-especializaciones médicas existan, de esta forma, para determinar la diligencia o negligencia de un determinado facultativo será necesaria previamente la remisión de éste a un determinado grupo profesional<sup>299</sup>, destacando que cada grupo ha de regirse por su propia normativa y procedimientos de actuación, lo cual implica que cada profesional adecuará su comportamiento al parámetro de conducta específico de su grupo, no estando obligado a dominar técnicas o saberes ajenos a éste<sup>300</sup>.

En la misma línea, consideramos que tampoco se le podrá exigir responsabilidad al médico en aquellos supuestos en que, no existiendo unanimidad en la doctrina científica sobre un tratamiento concreto para tratar cierta patología, el facultativo opte por uno realizándolo con un proceder técnico correcto previa obtención del consentimiento informado del paciente<sup>301</sup>.

Ahora, en razón de los criterios apuntados en los párrafos precedentes que, por lo demás, vienen a resultar característicos de la llamada *lex artis*, es destacable la utilización, acuñada ya hace algunos años por la jurisprudencia española, de una denominación propia cuando se habla de la *lex artis* en la responsabilidad médica, nos referimos así a la denominada *lex artis ad hoc*<sup>302</sup>, la que en palabras del propio Tribunal Supremo español se sintetiza en el deber del facultativo de “*tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y la circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor, del acto*

---

<sup>299</sup> MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*... p. 221.

<sup>300</sup> Sobre este punto cabe destacar a quienes exigen una mayor responsabilidad según el mayor o menor grado de especialización del facultativo. En este sentido, entre otros, FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*... p. 393; GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel y MOLINOS COBO, Juan. *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*... p. 15 y ROMERO COLOMA, María Aurelia. *La medicina ante los derechos del paciente*... p. 145; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*... p. 262. Agrega este último que “*en cualquier caso, la especialización plantea en materia de responsabilidad no pocos problemas, en primer lugar porque dicha responsabilidad se agrava cuanto mayor sea el grado de especialización, ya que el elemento de comparación empleado para su determinación varía entre el médico general y el especialista de igual forma que variaba entre el buen padre de familia y el médico*”.

<sup>301</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*... p. 116.

<sup>302</sup> Unas interesantes reflexiones sobre la *lex artis ad hoc*, las encontramos en el trabajo de ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")*... pp. 33 y ss.

*médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo– o exógenos –la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida”<sup>303</sup>.*

Las notas características de la denominada *lex artis ad hoc* fueron puestas de relieve por el Tribunal Supremo español en la interesante sentencia de 11 de marzo de 1991, donde se deja en claro que: “1) Como tal “*lex*” implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la “*lex*” es un profesional de la medicina; 4) El objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuesto “*ad hoc*” : tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha “*lex artis*”: así como en toda profesión rige una “*lex artis*” que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa “*lex*”, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos...”<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup> STS 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5890). En dicha sentencia se aprecia la concurrencia de negligencia en el actuar del médico ginecólogo demandado, al emitir éste un diagnóstico erróneo sin haber realizado todas las pruebas medicamente recomendadas para llegar a un diagnóstico correcto del padecimiento que presentaba su paciente. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 2 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7405) y 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073).

<sup>304</sup> STS de 11 de Marzo de 1991 (RJ 1991, 2209), los hechos sobre los cuales falla la sentencia citada son los siguientes: La actora ingresó el 19-12-1984 en el codemandado Centro Sanitario V. del P. de San Sebastián siendo operada por el Médico-Ginecólogo, D. Ramón C. P., de histerectomía y anexectomía (extirpación de útero y los dos anexos uterinos), siendo afectado en el curso de la operación del uréter derecho, en el que se produjo una ligadura, por lo que en el postoperatorio inmediato se apreció una fístula vaginourinaria, que no se corrigió, la demandante tuvo que ser reintervenida nuevamente, a los 15 días, y en la misma Clínica, por el codemandado, Médico-Urólogo, D. Juan José E. C., que le practicó una ureteroneocistostomía derecha, siendo controlada radiográficamente con posterioridad, en marzo y mayo siguientes, demostrándose un deterioro progresivo del riñón derecho, por lo que

Teniendo presente lo expresado por la sentencia citada y siguiendo en este punto a ALONSO PÉREZ<sup>305</sup>, podemos destacar como características más relevantes de la denominada *lex artis ad hoc* las siguientes:

A) Dentro de las múltiples ramas de la medicina cabe distinguir a la llamada *ciencia médica*, la cual se configura como aquella que se dedica al estudio no sólo de las enfermedades o patologías en general, sino que también del *arte o técnica médica* que consiste en la directa aplicación al paciente de los conocimientos médicos adquiridos. De esta forma la *lex artis ad hoc* exigiría no sólo el conocimiento de la patología, sino que también una prudente aplicación de ese saber frente al paciente que padece de una determinada enfermedad. En este sentido, bien se ha apuntado que para la determinación del correcto ejercicio de la *lex artis ad hoc*, además del empleo de la correcta técnica, se deberán tener en cuenta aquellos factores extra-médicos con los cuales contaba el facultativo al momento de realizar la respectiva intervención.<sup>306</sup>

B) La *lex artis ad hoc* no obedece a criterios universales susceptibles de ser aplicados en todas partes. Por tanto, no serán las mismas reglas aplicables en un lugar o en otro, influyendo al respecto: la geografía, la cultura, los recursos técnicos y económicos con los que se cuente, entre otros. En esta línea se ha afirmado que, “en la medicina es una verdad apodíctica *cada acto, una Ley*, en la idea de que cada acto médico precisa para su adecuado ajuste de corrección –es decir, para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto en el

---

el 12 de junio siguiente, y con diagnóstico de anulación de dicho riñón, ingresó en la codemandada, el Centro Sanitario P. G., S. A. también de San Sebastián, en la que se comprobó una uretero-hidronefrosis derecha y posterior anulación funcional de aquel órgano, siendo de alta el 14 de julio siguiente. La demandante pasa por voluntad propia a la «F. P.», de Barcelona, en donde se le practica punción renal, pero aparece un neomato obstruido produciéndose la irrecuperabilidad funcional del riñón afectado según los análisis practicados, por lo cual se decide realizar en dicho Centro, por el Médico-Cirujano (codemandado) D. Humberto V. M. el 27 de agosto de 1985 una exéresis renal. Asumiendo las características de la *lex artis ad hoc* propuestas se pronuncian las SSTS de: 05 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 232); 15 febrero de 2006 (RJ 2006, 692); 4 febrero de 1998 (RJ 1999, 748); 15 octubre de 1996 (RJ 1996, 7112); 20 febrero de 1995 (RJ 1995, 886) y de 25 abril de 1994 (RJ 1994, 3073).

<sup>305</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")*... pp. 38 a 47.

<sup>306</sup> Ídem, p. 38.

paciente/sociedad—, la preexistencia de una *lex* que así lo juzgue<sup>307</sup>. Lo anterior quiere significar que en ciertas circunstancias el médico tendrá que tomar decisiones que pueden resultar discutibles, pero que deberán ser aceptadas siempre que sean prudentes<sup>308</sup>.

C) Pese a la correcta utilización tanto profesional como prudencial de la *lex artis ad hoc*, puede que la intervención médica no resultar eficaz, pues, como ya lo hemos subrayado, los médicos no cuentan con la facultad y mucho menos el poder de curar con absoluta exactitud y seguridad, por lo que, generalmente, no se les podrá exigir un determinado resultado, pero sí y con el mayor rigor posible, su diligencia, preparación y atención continuada de sus pacientes<sup>309</sup>. Al respecto, se ha venido afirmando que la *lex artis ad hoc* actúa en clave de obligaciones de medios obligando al facultativo a una serie de deberes profesionales que lo acompañan en el ejercicio de su actividad, y que constituyen deberes auxiliares básicos.

D) Jurisprudencialmente se ha entendido que la obligación de información es uno de los elementos esenciales de la *lex artis ad hoc*, y como tal forma parte de toda actuación asistencial<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> Así lo destaca MARTINEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *Relaciones entre la medicina y el derecho binomio interdisciplinar* /en/ ciclo de conferencias pronunciadas en la fundación ramón areces. Disponible en: [http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/Libros/1767925622\\_17112009122954.pdf](http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/Libros/1767925622_17112009122954.pdf), última visita 6 de octubre de 2011.

<sup>308</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")*... p. 39.

<sup>309</sup> Ídem, p. 40.

<sup>310</sup> Así lo sostiene expresamente la STS de 6 de julio de 2007 (RJ 2007, 3658), que respecto de un caso de diagnóstico prenatal, en que se condena al facultativo por no entregar debidamente la información a su paciente expresa que: "la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la "lex artis" y como tal forma parte de toda actuación asistencial, hallándose incluido dentro de la obligación de médicos asumida por el médico...Siendo éste uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo, que es lo que a la postre va a permitirle tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses tanto de presente como de futuro. Esta circunstancia no es irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, puesto que se le priva de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada... De esta omisión informativa trae causa la culpa y el daño causado patrimonio jurídico de los actores, pues se les ha privado del derecho a la información que les asiste, impidiéndoles decidir de una forma consiente y responsable sobre la oportunidad de someterse a unas pruebas posteriores de confirmación y de tomar en su vista la solución más favorable sus

E) Dentro de las conductas que en cumplimiento de la *lex artis ad hoc* le son exigibles al facultativo, no le será requerido a éste un comportamiento que, más allá del cumplimiento de sus obligaciones profesionales, le imponga actuaciones cuya finalidad trascienda al estricto cuidado de la salud y el bienestar del paciente, pudiendo negarse el facultativo a llevar a cabo ciertas actuaciones que únicamente tiendan a confortar a aquel anímica o espiritualmente<sup>311</sup>.

### 3.1. LOS DEBERES MÉDICOS COMO ESTÁNDAR DE CONDUCTA DILIGENTE.

Como primera aproximación a la problemática que trataremos cabe destacar la importancia práctica que, con especial énfasis en los juicios de responsabilidad sanitaria, tiene la determinación de los denominados deberes médicos. Lo anterior se debe, a nuestro entender, a que éstos vienen a integrar la denominada diligencia profesional, medida que sirve al juez en la

---

*intereses*". En igual sentido, consagran a la información como elemento esencial de la *lex artis*, las SSTs: de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789); de 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638); de 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 4256); de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059); de 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073).

<sup>311</sup> Sobre el comportamiento exigible al facultativo en aplicación de la *lex artis ad hoc*, interesantes resultan las consideraciones realizadas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 diciembre 2006, donde a raíz de una demanda por perjuicios morales contra una médico que en una visita domiciliaria a un enfermo terminal, no examinó al paciente, limitándose a recriminar a la familia por la petición de alta hospitalaria y a indicar que debían seguir adelante con la medicación pertinente; llamada en una ocasión posterior, se negó a la visita y prescribió sin ver al enfermo un tratamiento, ante los hechos descritos el alto Tribunal desestimando el recurso de casación interpuesto y rechazando la acción de responsabilidad en contra de la profesional de la salud demandada, deja sentado que: "esta incorporación de los deberes éticos, en forma de principios jurídicos, al deber asistencial de los facultativos no permite considerar que tengan per se autonomía para constituir deberes jurídicos exigibles aisladamente del deber profesional en que se integran. La obligación de respeto y de humanidad que proclaman las normas deontológicas no puede desconectarse de la actividad sanitaria y de su finalidad, que es la procura de la curación y sanación del enfermo, del restablecimiento, y aun del mantenimiento y preservación de su salud, y la evitación del dolor y de los padecimientos que son indeseables compañeros de la enfermedad; de manera que tales reglas de comportamiento se han de proyectar necesariamente sobre los deberes de actuación conforme a la *lex artis* para el logro de esos fines... En cambio, no le es exigible al médico un comportamiento que, más allá del cumplimiento de sus obligaciones profesionales, consideradas incluso desde la perspectiva de las modernas ramas de la medicina del dolor o paliativa, y sin que tenga una clara incidencia terapéutica, le imponga conductas cuya finalidad trascienda a la procura de la salud y el bienestar, aun psicológico, del paciente, y que tienden únicamente a confortarlo anímica o espiritualmente o a hacer más benigno el trance de la muerte desde un punto de vista estrictamente humanitario, solidario o espiritual; tales comportamientos no derivan de la *lex artis ad hoc* ni se enmarcan en la esfera de los deberes profesionales y de la responsabilidad de este carácter, sino que se sitúan de manera decidida en la esfera moral, en cuyo ámbito han de ser valorados" (el subrayado es nuestro). STS de 5 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 232).



determinación de cuándo un profesional de la salud ha actuado de forma negligente en aquellos casos en que el régimen aplicable sea el de responsabilidad subjetiva o por culpa.

Así las cosas, el estudio de los deberes que tendría el médico con su paciente tiene sentido en cuanto permite, mediante una comparación entre el actuar concreto de aquel y la conducta esperada, establecer en qué casos el facultativo, debido a que no actuó con la diligencia exigida, puede incurrir en responsabilidad.

Complementando lo anterior, compartimos con aquellos que defienden que las obligaciones y deberes inherentes a todo sujeto de derechos necesariamente han de potenciarse cuando se habla de deberes y obligaciones relacionadas con el ejercicio de una profesión y, más aún, si la profesión aludida es la médica. En este sentido se ha destacado que el fundamento de la especial rigurosidad con que se miraría a este tipo de profesión liberal, radicaría en que la actividad médica se encuentra tan fuertemente ligada a la vida y a la salud humana que cualquier déficit en la prestación de los servicios sanitarios puede causar, con alto grado de probabilidad, lesiones irreversibles en la persona o vida del paciente<sup>312</sup>. Incluso hay algunos que, dando un paso más allá, han llegado a sostener que “los profesionales no tienen libertad de ser idóneos o torpes, pues están constreñidos en virtud de su título de idoneidad a ser hábiles y prudentes; su torpeza o ignorancia es culpa”<sup>313</sup>.

En virtud de lo expuesto, resulta ineludible preguntarnos cuáles son concretamente estos deberes que con tanto celo debe cumplir el médico so

---

<sup>312</sup> En este orden de ideas se pronuncia, entre otros, el argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 41. Cita al respecto este autor una sentencia del máximo tribunal argentino la cual se pronuncia en los siguientes términos: “cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido pequeño o la negligencia leve adquiere una dimensión especial que le confiere una singular gravedad”.

<sup>313</sup> Así lo estiman los autores colombianos: VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil de las obligaciones*. Tomo III, 9ª Ed. Bogotá: Temis, 2004, p. 350. Por su parte el Argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 41, cita en esta línea una interesante Jurisprudencia del alto tribunal de justicia argentino, la cual señala: “cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido pequeño o la negligencia leve, adquiere una dimensión especial, que le confiere singular gravedad”.

pena de incurrir en responsabilidad. Antes de entrar a detallarlos, queremos dejar en claro que si bien este tipo de deberes usualmente son desarrollados desde una órbita preponderantemente contractual, consideramos que no existe obstáculo para que puedan ser exigidos en aquellos casos en que el facultativo pueda incurrir en responsabilidad aquiliana. Lo anterior se debe a que muchas de estas obligaciones, más que ser efectos de un contrato terminan siendo las consecuencias necesarias de asumir la profesión galénica<sup>314</sup>, integrando la pertinente *lex artis* médica o diligencia propia de la profesión, lo cual sin duda trasciende los contornos de cualquier contrato de asistencia sanitaria.

Resumiendo nuestro parecer, consideramos que el médico, en caso que se produzca alguno de los supuestos anotados en que la responsabilidad a exigírsele sea la aquiliana, no podrá bajo ningún respecto argumentar que por el hecho de no existir una relación contractual que lo ligue con el paciente<sup>315</sup>, no pueden exigírsele ciertos deberes de conducta propios de su profesión.

Como primera aproximación al tratamiento de los deberes que emanarían de la actividad médica, dada la referida complejidad de esta materia y con el ánimo de entregar alguna luz a la interrogante planteada, preciso resulta anotar que el facultativo no tiene a su cargo una sola obligación. Al contrario, el acto médico se desdobra en un nutrido número de actuaciones de muy variada índole, temperamento e, incluso, cronología, hasta el punto que en este tema no es posible circunscribir el análisis a la unicidad obligacional, sino que debe ser tratado desde un prisma multi-obligacional con arreglo a numerosos hilos, los cuales buscan procurar la preservación o el restablecimiento de la salud del paciente, tanto en lo físico, como en lo mental y espiritual, con la obvia limitación de actuar en perjuicio ajeno<sup>316</sup>, ya sea en

---

<sup>314</sup> En igual sentido, LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 507.

<sup>315</sup> En este sentido cabe distinguir las obligaciones propiamente contractuales, como por ejemplo aquellas en que el facultativo se compromete a la eliminación de 3 dioptrías en una miopía, de aquellas propias de la profesión de médico, las cuales están integradas por estos deberes genéricos de actuación, guías de conducta que trascienden al régimen jurídico aplicable al integrar la respectiva *lex artis* o diligencia propia de la profesión.

<sup>316</sup> Así el tratadista Colombiano JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial...* pp. 195 y 196. En este orden de ideas, cabe destacar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo con fecha 25

virtud de consideraciones éticas, morales o en razón del clásico principio *alterum non laedere*.

Con el fin de aportar una forma de sistematización de los deberes que emanarían de la profesión médica, tomaremos como base a una interesante corriente doctrinal de origen germánico que, teorizando sobre los deberes contractuales en general, propone distinguir entre el deber de prestación céntrico o primario, y los deberes secundarios o accesorios de conducta<sup>317</sup>. De esta forma, nos encontramos con que los deberes primarios que emanan de un contrato legalmente celebrado pueden ser de variada naturaleza, no limitándose a una sola clase y en su inmensa mayoría son aplicación directa del principio de la buena fe. Por su parte, los deberes secundarios o de conducta se proyectan a lo largo de las diferentes fases del negocio jurídico: la pre-negocial; la negocial; e incluso la post-negocial, pudiendo, en ocasiones, sobrevivir a la liquidación de una relación contractual<sup>318</sup>.

Ahora bien, en el terreno de la medicina la situación no es para nada divergente a la planteada con carácter general en las líneas anteriores<sup>319</sup>. De esta forma, el deber céntrico o primario del facultativo estriba por una parte en

---

de abril de 1994 (R.J. 1994, 3073), la cual establece un interesante catálogo de aquellos deberes más característicos relativos a la profesión médica, enunciándolos como sigue:

1.- La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico a los fines de que se trate a tenor de lo dispuesto en la *lex artis ad hoc*.

2.- La debida información al paciente.

3.- La prosecución del tratamiento al enfermo, una vez practicada la intervención quirúrgica correspondiente.

4.- Y, por último, en los casos en que pudiera presentarse cualquier dolencia con posterioridad, debe informar o aplicar al paciente los tratamientos adecuados para evitar que dichas complicaciones puedan resultar onerosas.

<sup>317</sup> Así lo plantea el clásico tratadista Alemán LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, (Traducción de Jaime Santos Briz), pp. 22 y 23.

<sup>318</sup> Sobre estos deberes secundarios pueden verse los trabajos de: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, mercantil y en el laboral. Madrid: Civitas, 2000, pp. 274 y ss. y LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones...* pp. 154 a 156.

<sup>319</sup> La distinción planteada entre deberes primarios y secundarios es asumida entre otros por los españoles: LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 269 y SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...* pp. 43 y 46. También por los franceses: MÉLENNEC, Louis. *Traite de Droit Medical: Le Contrat Medical*. París: Maloine S.A Editeur, 1982, p. 60, MÉMETEAU, Gérard. *La Responsabilité Civile Médicale en Droit Comparé Français et Québécois*. Montreal, 1990. p. 103 y el italiano CATTANEO, Giovanni. *Il Consenso del Paziente al Trattamento Medico-chirurgico* /in/ Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milán: Giuffrè, 1957, p. 960.

la asistencia médica propiamente tal, la que estaría comprendida por los deberes de actuación médica y de competencia profesional respectivamente, y por otra por aquellas actuaciones tendentes a la entrega de información y obtención del consentimiento informado<sup>320</sup>.

Por su parte, los deberes secundarios de conducta –aplicados a la actividad médica–, atañen principalmente a obligaciones anexas que, al igual que aquellos deberes céntricos o primarios, integrarían la denominada *lex artis* o diligencia propia de la profesión médica, constituyendo en su conjunto el modelo con el que deberá ser comparado el actuar del facultativo a efectos de establecer su culpa o negligencia. Dentro de estos deberes secundarios de conducta pueden destacarse: el deber de guardar secreto médico; el deber de reducir los riesgos a que somete al paciente; el deber de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente; el deber progresivo de continuar con el tratamiento iniciado; el deber de diligenciar y conservar la historia clínica, entre otros<sup>321</sup>.

Ya planteada nuestra hoja de ruta, en las líneas que siguen desarrollaremos aquellos deberes que, a nuestro entender, resultan de mayor relevancia práctica en el ejercicio de la profesión médica. En cumplimiento de nuestro cometido, distinguiremos primeramente aquellos deberes céntricos o primarios para concluir este apartado con una referencia a aquellos deberes secundarios o de conducta que también tendría el galeno en el ejercicio de su profesión, aclarando desde ya que la categorización que propondremos no pretende más que ser meramente enunciativa.

---

<sup>320</sup> Sobre estos deberes, puede apreciarse una interesante evolución en el derecho español, la cual ha sido propiciada principalmente por Ley 41/2002, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, normativa que consagra a la información y al consentimiento informado como derechos básicos y fundamentales de todo paciente, calificación que implicaría, a nuestro entender, elevar dichos deberes a la categoría de deberes primarios que tendría el facultativo con su paciente.

<sup>321</sup> Por su parte el argentino BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos...* p. 124 y el colombiano JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial...* p. 202.

## A) Deberes Céntricos o Primarios.

### 1.- *El deber de asistencia médica.*

Se entiende por asistencia médica a la obligación que tiene el médico, desde que jura como tal, de realizar todas aquellas prácticas que, según la *lex artis ad hoc*, se consideren adecuadas para diagnosticar alguna dolencia del paciente, tratarlo en caso de que padezca de alguna patología, o para mantener su vida en caso de que ésta se hallase en peligro<sup>322</sup>.

En este sentido podemos citar lo señalado por el Tribunal Supremo en sentencia de 06 de julio de 1990, donde estableció que, *“a la luz de la doctrina jurídica, de los principios más coherentes de la deontología médica y del sentido común humanitario, se puede deducir la existencia de un deber fundamental de asistencia médica a un paciente en grave estado, en cuanto derivado de una urgencia vital, de cuya omisión o negativa puede surgir una responsabilidad ya de tipo penal, ya de tipo civil pues comporta una violación de una obligación legal que puede configurar la omisión del deber de socorro tipificada como delito; tal deber de asistencia médica que ampara la seguridad personal ante situaciones extremas y que exige la solidaridad humana, como exponente de sentimientos que rigen la convivencia social, y la repulsa del ente social de toda conducta omisiva o de rechazo de asistencia médica hospitalaria, cuando se cuenta con tales servicios médicos, revelan las convicciones y creencias de la comunidad y su expresa voluntad de elevar ese deber-derecho a la categoría de norma jurídica (...) cuyo respeto obliga a entender que su conculcación produce, al menos, un daño moral a aquellos*

---

<sup>322</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato de servicios médicos...* pp. 201 y 202; ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil...* p. 167; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...* p. 106; LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 60; JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial...* p. 211.

*que se ven privados de tal derecho, con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen*<sup>323</sup>.

Como puede apreciarse, si bien este deber de asistencia médica es la consecuencia natural y primaria del contrato que normalmente se celebra entre médico y paciente, de igual forma dicho deber estará presente en aquellos casos en que los servicios médicos sean requeridos sin mediar contrato alguno, como ocurriría en caso que el paciente ingresa inconsciente y de urgencia a una centro asistencial o cuando el galeno deba suministrar auxilio a algún sujeto accidentado en la vía pública, no pudiendo negarse el facultativo a prestar asistencia médica según los cánones de la *lex artis ad hoc*, so pretexto de que contractualmente no se encuentra obligado con el paciente cuya atención requiere<sup>324</sup>.

Teniendo presente que en materia sanitaria puede establecerse como regla general la contractualidad de la relación médico-paciente, no pretendemos afirmar que el médico estará obligado bajo toda circunstancia a atender a cualquier paciente que requiera de sus servicios. Lo que sí queremos poner en relieve es que, si bien el galeno posee, como cualquier otro profesional liberal, plena libertad para contratar con quien estime conveniente<sup>325</sup>, en algunas circunstancias esta libertad contractual se verá limitada en razón de la protección del superior derecho a la vida o a la integridad psíquica y física de los sujetos que requieran de atención sanitaria. La afirmación anterior trae la ineludible consecuencia que en algunos casos el médico no podrá negarse a asistir a un enfermo, siempre y cuando esté en peligro la salud o vida de éste lo que usualmente sucederá en caso de atenciones de urgencias.

---

<sup>323</sup> STS de 06 de julio de 1990. En igual sentido lo destaca FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *Estado actual de la casuística de la responsabilidad sanitaria, a la luz de los Consejos Consultivos, del Consejo de Estado y de la Jurisprudencia...* pp. 261 y 262.

<sup>324</sup> Así lo consagra expresamente el artículo 6 nº1 del nuevo código de deontología médica española, vigente desde julio de 2011, precepto que expresa: *"Todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, debe prestar ayuda de urgencia al enfermo o al accidentado"*.

<sup>325</sup> Lo cual puede traducirse en que en circunstancias normales, donde no medie urgencia de atención, el médico perfectamente puede negarse a atender a algún paciente determinado sin que ello constituya responsabilidad ulterior para aquel. En igual sentido, LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 495.

Centrándonos ahora en la eventual negativa por parte del médico de prestar atención profesional, puede recalcarse que la simple negación de asistencia no engendrará automáticamente la responsabilidad civil del médico<sup>326</sup>, por lo que habrá que examinar la real necesidad de atención en cada caso y los medios con los que contaba el facultativo en concreto, puesto que no es lo mismo atender a un paciente desmayado en una clínica, que atenderlo en la calle. En este sentido, no podría, por ejemplo, exigírsele a un médico que atiende a quien no es su paciente en la calle que el diagnóstico que realice sea exacto, pero sí cabe requerirle que no sea torpe; tampoco podría reclamársele a este galeno el que no haya tomado todas las medidas necesarias para sanar al enfermo, sino que lo que se espera de él es que las medidas que tome sean diligentes y tendentes a aminorar, en la medida de lo posible, los daños en la salud del paciente o a aumentar sus posibilidades de supervivencia, según sea el caso<sup>327</sup>.

Por último cabe destacar que respecto del médico reticente, éste será responsable si las circunstancias demuestran que el paciente ha sufrido un daño, una agravación de sus dolencias o la muerte a raíz de la falta de intervención médica. En este punto se torna indispensable, como dentro de toda la responsabilidad, para que se genere responsabilidad civil del médico la necesaria existencia de una relación de causalidad adecuada entre su negación de asistencia y el resultado dañoso producido al paciente<sup>328</sup>.

---

<sup>326</sup> En caso de que el médico se negara a brindar asistencia por carecer de los medios necesarios para el tratamiento adecuado del paciente, consideramos que el galeno no contraería responsabilidad alguna, convirtiéndose esta falta de medios en causal de justificación de su accionar.

<sup>327</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 65.

<sup>328</sup> No obstante, en muchos casos la prueba de la existencia de una relación de causalidad entre dicho acto u omisión médica y el resultado dañoso resulta compleja, puesto que como resalta PARRA LUCÁN, "según la doctrina y nuestra jurisprudencia, para que el acto omisivo pueda merecer, desde el punto de vista jurídico el concepto de "causa" del daño se requiere, de una parte, la prueba de que se hubiera evitado el daño de haberse realizado la acción omitida y, de otra, que para evitar el resultado hubiese un deber jurídico de actuar." PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Comentario de sentencia de 19 de junio de 1990 /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 24, 1990, p. 867. Como ejemplo de lo anterior puede citarse la SAP de Ourense de 6 de abril de 1999 (AC 1999, 741).*

## 1.1.- Deber de actuación médica. El Acto Médico.

Siguiendo con la configuración del deber de asistencia médica nos parece pertinente complementar lo ya señalado con el análisis de otro deber médico que se encuentra íntimamente vinculado con éste, le da forma y establece sus contornos. Nos referimos al denominado deber de actuación médica el que, a nuestro parecer, viene a integrar al ya comentado deber de asistencia médica. A efectos de establecer los contornos de este deber de actuación médica nos referiremos al denominado acto médico, advirtiendo que nuestro análisis siempre se desarrolla desde la perspectiva del profesional liberal de la salud dentro del ámbito de la medicina curativa.

Resulta innegable que para hablar de responsabilidad civil se exija como requisito la ocurrencia de un acto humano de consecuencias dañosas, o la ausencia de una conducta debida que irroque un perjuicio a otro sujeto. En otras palabras, como bien lo ha destacado DÍEZ-PICAZO, “el punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil es un comportamiento, un acto humano al que de alguna manera se pueda considerar como causa de daño. Esta acción humana puede consistir en una acción positiva *–facere–* o en una acción negativa, omisión o abstención *–non facere–* (...) En materia de responsabilidad contractual, la cuestión se presenta con bastante sencillez. Preexiste una obligación entre las partes y el comportamiento dañoso es el comportamiento de un deudor que contraviene su obligación y que viola al mismo tiempo el derecho del acreedor. Puede ser una completa falta de ejecución de aquello que es debido, la ejecución de una prestación defectuosa o la infracción de un especial deber de conducta. En todo caso el hecho generador de la responsabilidad civil contractual es siempre un acto ilícito, en la medida en que consiste en una contravención del ordenamiento jurídico al darse una violación del derecho del acreedor que protege y una falta o inadecuado cumplimiento de la propia obligación que sanciona. En cambio, en materia de responsabilidad extracontractual, nuestro Código Civil, siguiendo



fielmente al francés, no exige este requisito, sino que en la acción y omisión dañosa intervenga cualquier género de culpa o negligencia”<sup>329</sup>.

En cuanto a la responsabilidad civil del médico, para su correcta configuración se precisa que el daño, base de la pretensión de responsabilidad civil, sea consecuencia de una acción u omisión circunscrita al ámbito médico-sanitario. Por ello, como advierte LLAMAS POMBO, aunque normalmente se habla de responsabilidad del médico, para saber si estamos en presencia de la misma no debe acudir a la cualidad de médico del agente –que puede ser responsable por múltiples circunstancias ajenas a su profesión–, sino que más bien a la actividad con motivo de la cual se origina esa responsabilidad, es decir, la actividad médico-sanitaria<sup>330</sup>.

Así, y teniendo presente que en la actualidad son los centros médicos y hospitales los que concentran casi monopolícamente la demanda de servicios sanitarios, consideramos que a efectos de estudiar este deber que integra la asistencia médica deben distinguirse dos conceptos: por una parte el denominado acto médico –que será al que nos referiremos brevemente en este apartado–; y por otra, la actuación (organización) del centro médico u hospital como origen mismo del servicio<sup>331</sup> –problemática que excede el ámbito de nuestra investigación–.

Respecto del acto médico, éste se ha conceptualizado como “toda actuación directa o indirecta sobre un cuerpo humano por un médico en el ejercicio de su propia profesión, entendiéndose como médico aquel que, estando

---

<sup>329</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil...* pp. 598 y 599; en igual sentido se pronuncian, entre otros, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños...* p. 201; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 210; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* pp. 71 y 72. Agrega este último autor que “el señalar, como primero de los requisitos de la responsabilidad civil a la acción u omisión humana no es una casualidad ya que para que exista daño sancionable se necesita primeramente una acción humana que será la causa directa del daño producido ya que una causa natural no es suficiente para comprometer la responsabilidad civil”.

<sup>330</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 211.

<sup>331</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria...* p. 34; GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria...* p. 48.

en posesión del título académico de licenciado en medicina y cirugía y, en su caso, de especialista, además de estar colegiado, ejerce la profesión de forma privada o por cuenta ajena”<sup>332</sup>. De esta forma, de la citada definición pueden extraerse dos características que configurarían el acto médico: a) Que esté ligado al ejercicio de la profesión médica; b) Que esté directamente vinculado a la actividad –sea de medicina curativa o satisfactiva– que se desarrolla en el cuerpo del paciente<sup>333</sup>.

Ahora, sobre los distintos tipos de actos que debe o ha de desarrollar el médico en el ejercicio de su profesión, se ha propuesto una clasificación que los diferencia según la finalidad que éstos tendrían<sup>334</sup>, distinguiéndose así entre: a) Actos de prevención, que serían aquellos orientados a la adopción de todas aquellas precauciones que sean necesarias para evitar el surgimiento de una enfermedad o patología en el organismo de un individuo; b) Actos de diagnóstico, que vendrían a ser aquellos cuyo objeto consiste en determinar la naturaleza de una enfermedad sobrevenida al paciente mediante la examinación de sus signos<sup>335</sup>; c) Actos de prescripción, respecto de los cuales

---

<sup>332</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis...* p. 17. Por otra parte, se ha destacado que el comité de Expertos en problemas legales del Consejo de Europa consideró como actos médicos a “*toda clase de tratamiento, intervención o examen con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad*”. Sobre el particular véase a CARRASCO GÓMEZ, Juan José. *Responsabilidad médica y psiquiatría*, 2ª Ed., Madrid: Colex, 1998, p. 58.

<sup>333</sup> En igual sentido, aunque circunscribiendo el acto médico sólo a la actividad estrictamente curativa, se pronuncian: GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria...* pp. 48 y 49; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria...* p. 35.

<sup>334</sup> Al respecto vid. GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis...* pp. 18 y ss.; MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *El médico en el derecho civil...* pp. 74 y ss.

<sup>335</sup> Cabe ubicar al diagnóstico como una pieza fundamental en la posterior evaluación jurídica de la responsabilidad, puesto que un error en el diagnóstico produce inevitablemente una actuación también errónea que normalmente terminará desvirtuando la verdadera responsabilidad civil del facultativo. Al respecto véase a GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis...* p. 19 y a MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *La responsabilidad Civil...* pp. 272 y ss. Por su parte el Tribunal supremo en más de alguna ocasión ha dejado sentado que: “*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, y por tanto son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos*”. Así la TS de 16 de febrero de 1995 (RJ 1995, 844) y en términos similares la STS de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4089).

puede citarse lo dispuesto en el artículo 23.1 del código de deontología médica al señalar que, “*el médico debe disponer de libertad de prescripción, respetando la evidencia científica y las indicaciones autorizadas, que le permita actuar con independencia y garantía de calidad*”<sup>336</sup>; d) El tratamiento, que sería aquel que consiste en la ejecución de la acción idónea para el logro del acto médico en su conjunto, pudiendo correr a cargo de propio paciente, en casos simples –tomarse un determinado fármaco cada cierto lapso de tiempo–, o requerir la actuación de otros profesionales de la medicina sean médicos o auxiliares –tratamientos kinesiológicos, psicológicos, etc. –<sup>337</sup>; e) La rehabilitación, que es la acción dirigida a la habilitación de un órgano a su antiguo y natural estado<sup>338</sup>.

En cuanto a la omisión, como lo ha subrayado LLAMAS POMBO, el médico puede incurrir tanto en omisiones relacionadas con la actividad que se despliega<sup>339</sup> como en omisiones simples<sup>340</sup>. De esta forma, pueden darse omisiones producidas en el desarrollo de una actividad médica determinada (no

---

<sup>336</sup> La disposición citada puede ser complementada por lo establecido en el artículo 23.6 de la citada normativa deontológica, el cual que expresa que “*La prescripción es el corolario del acto médico, por lo que el médico se responsabilizará de la receta...*”

<sup>337</sup> Cabe destacar que el tratamiento como acto médico, estará dirigido por la prescripción, la cual, a su vez, es determinada en razón de la patología detectada en respectivo el diagnóstico, constituyéndose estos tres actos en una cadena consecucional y condicionada.

<sup>338</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis...* pp. 18 a 20. Otra clasificación de los actos médicos que nos parece interesante traer a colación dice relación con la situación clínica del paciente, así se ha planteado distinguir entre: a) actos médicos asistenciales o de necesidad, que vendrían siendo aquellos que el facultativo realiza a raíz de la solicitud del paciente que acude por una dolencia u otro tipo de trastorno patológico; b) actos médicos de satisfacción, donde el médico responde a la solicitud no ya de un paciente, sino que de un cliente, el cual no sufre dolencia ni requiere de intervenciones que de no realizarse peligraría su salud, sino que busca una mejora estética o de su capacidad de reproducción.

<sup>339</sup> Como ejemplo de este tipo de omisiones, destaca en términos generales el español DE ÁNGEL, siguiendo a WEILL, Alex. *Droit civil. Les obligations*. París: Dalloz, 1971, pp. 639 a 641, que “*el conductor de un automóvil incurre en omisión jurídicamente reprochable si no enciende las luces de su vehículo, conduciendo de noche. Su omisión se produce en el desarrollo de la actividad de conducir. Otro tanto se podría decir de la empresa constructora que no suministra a sus trabajadores los adecuados elementos de protección*”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...* p. 257.

<sup>340</sup> Las cuales vendrían a ser aquellas que consisten en abstenerse de actuar en casos en que el presunto responsable no se encuentra en el ejercicio de una actividad propia, como por ejemplo sería el no socorrer a un desconocido herido que se encuentre en la calle, destacándose que estas últimas son las que generan mayores dificultades al momento de la determinación de responsabilidad. Así, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil...* p. 257. Agrega el citado tratadista que “*En relación con estas hipótesis, creemos incuestionable que debe responder quien se abstiene de actuar, con intención de dañar, y quien, aún sin este propósito, omite un deber impuesto por la ley*”.

tomar ciertas medidas de seguridad, no realizar algunas pruebas decisivas para la emisión del diagnóstico, etc.), y también caben omisiones derivadas de la propia condición de médico, como eludir el socorro o auxilio a un accidentado<sup>341</sup>.

En este orden de ideas, resulta pertinente traer a colación aquella doctrina que viene aceptando que en los casos de omisión lo que realmente se produce es la infracción de un deber de actuación previsto para evitar la ocurrencia de determinados tipos de daños<sup>342</sup>. De este modo, en los casos de conducta omisiva, lo que según esta corriente debe hacerse es un ejercicio de reconstrucción causal hipotética inverso, es decir, preguntarse qué hubiera ocurrido de haber el presunto responsable desplegado la conducta debida, concluyéndose que deberá imputársele el daño al responsable si, fruto de la citada reconstrucción causal, el resultado dañoso no se hubiese producido<sup>343</sup>.

Por último, resulta pertinente apuntar que en aquellos casos en que el galeno omite prestar auxilio a un accidentado, respecto del cual no tiene un vínculo contractual alguno, dicha actitud por parte del galeno implicará una trasgresión del deber de asistencia médica, de acuerdo con el cual el facultativo está obligado a asistir a un paciente *in extremis* y a no abandonarlo hasta que cese el riesgo para su salud o sea posible delegar la atención en otro profesional o servicio competente<sup>344</sup>. De este modo, la actitud omisiva por parte del médico en relación con la situación planteada, siempre y cuando, a raíz de esta omisión se derive un daño para el paciente, originará una responsabilidad

---

<sup>341</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 211.

<sup>342</sup> Así, REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* pp. 760 y ss.; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 395 y SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad profesional del médico...* 176.

<sup>343</sup> BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *La causa del daño en la jurisprudencia reciente...* p. 357; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado...* p. 418. En igual sentido el penalista MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General...* p. 330.

<sup>344</sup> En este sentido lo subrayan, entre otros, el argentino, BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos...* p. 265; el francés PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* pp. 57 y 58; el italiano CATTANEO Giovanni. *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in Collana della Rivista Responsabilità Civile e Previdenza /in/ *La responsabilità medica*, Milano: Giuffrè, 1982, pp. 22 y 23.

de tipo extracontractual para aquel. Asimismo, cuando medie un contrato de asistencia sanitaria y el profesional omite prestar asistencia al paciente incumpliendo los deberes generados por el pacto, se derivará responsabilidad contractual para el infractor, verificándose no una omisión de la asistencia debida, sino que una falta de prestación de la debida asistencia<sup>345</sup>.

## 1.2.- El deber de competencia profesional.

Junto al deber de actuación médica y como parte integrante del ya comentado deber de asistencia médica encontramos al deber de competencia profesional del facultativo<sup>346</sup>, puesto que no sólo ha de exigírsele al galeno que actúe dentro del ámbito de sus funciones, sino que su actuación sea competente en razón de los conocimientos propios de su especialidad. Así, el deber de competencia profesional, a nuestro entender, abarcaría tres aspectos: en primer lugar, haría referencia a la exigencia de conocimientos básicos por parte del facultativo en razón de su especialidad<sup>347</sup>; en segundo, implicaría el deber de actualización de dichos conocimientos; y en tercer lugar, incluiría la obligación de ejercer la actividad médica según estos conocimientos.

Como bien destaca LLAMAS POMBO, si competencia es la disposición o suficiencia para el ejercicio de la medicina, por incompetencia debe entenderse la falta de idoneidad para dicho ejercicio. Según este autor, la citada cualidad no ha de referirse exclusivamente al nivel de conocimientos, sino que también habrán de tenerse en cuenta otros factores que puedan influir sobre ese grado de idoneidad, así, entre las modalidades de incompetencia cabe incluir la incapacidad física, la incapacidad emocional, la ignorancia y la

---

<sup>345</sup> BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos...* p. 266.

<sup>346</sup> Cabe subrayar que en el numeral 2 del artículo 7 del código de deontología médica español actualmente vigente se señala que: “*El médico, principal agente de la preservación de la salud, debe velar por la calidad y la eficiencia de su práctica, principal instrumento para la promoción, defensa y restablecimiento de la salud*”.

<sup>347</sup> Como bien precisó HIPÓCRATES, “*todo médico tiene no sólo la obligación de conservar los conocimientos médicos que el estudio le ha proporcionado, sino también la de completar y aumentar estos conocimientos, de acuerdo con los progresos de la ciencia médica*”. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 255.

falta o mal estado de los medios técnicos necesarios y habituales en el ejercicio de la actividad médica<sup>348</sup>.

Sobre el primer aspecto que abarcaría el deber de competencia profesional, es decir, conocer la ciencia médica en general y en particular la especialidad que caracteriza la realización del acto galénico, podemos precisar que dicho aspecto constituye un *mínimum* que se le ha de exigir al que, de forma diligente y responsable, se anuncia como un profesional de la salud<sup>349</sup>. En otras palabras si se parte de la exigencia de estar en posesión de un título académico, reconocido por el Estado, para poder ejercer la medicina, implícitamente se está presuponiendo la existencia de un cierto nivel de conocimientos que dicho título comporta<sup>350</sup> o debe comportar<sup>351</sup>. Nivel que deberá ser exigido y diferenciado según se trate de un médico generalista o especialista.

En cuanto a la actualización de los conocimientos (segundo aspecto que configuraría este deber de competencia profesional), como su denominación lo indica, dice relación con la renovación que el médico debe procurar obtener, en orden a satisfacer en mejores condiciones las necesidades del paciente, teniendo en consideración que la medicina es una de las disciplinas que más evolucionan, tanto en nuevas técnicas, como medicamentos y procedimientos<sup>352 353</sup>. Es claro que al respecto no se le pueden pedir al galeno

---

<sup>348</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 513.

<sup>349</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 256.

<sup>350</sup> Así lo ha declarado en alguna ocasión el Tribunal Supremo al expresar que, "el otorgamiento de un título profesional, de acuerdo con la normativa docente y académica, crea, sin duda, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiéndose por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión...". STS (sala penal) de 26 junio 1980 (Sentencia Número 820/1980).

<sup>351</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 514; En igual sentido el colombiano JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial...* pp. 266 y 267.

<sup>352</sup> JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial...* p. 268. Por su parte el numeral 3 del artículo 7 del código de deontología médica español actualmente vigente expresa: 3.- *La formación médica continuada es un deber ético, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional.*

<sup>353</sup> Sobre este punto destaca LLAMAS POMBO una interesante, sentencia alemana del BGH de 16 mayo 1972, que condena a un médico que curó una infección con un viejo

imposibles, debiendo primar en este aspecto, como punto de comparación, el nivel de conocimientos científicos difundidos en un determinado país, así como la prescripción de medicamentos y tratamiento que se corresponda con el medio y la época<sup>354</sup>.

Respecto del tercer elemento que anunciamos como integrante del deber de competencia profesional, cabe destacar la exigencia que pesa sobre el galeno de acomodar su actuar a los conocimientos y procedimientos médicos vigentes al tiempo de su actuación. Cuestión que se encuentra íntimamente ligada con el desarrollo de la *lex artis*, apartado al que nos remitimos, sin perjuicio que en las líneas que siguen apuntaremos algunas cuestiones que respecto de la *lex artis* nos parecen relevantes.

Así las cosas, como primera aproximación a esta obligación que pesaría sobre el galeno, cabe conceptualizar a la *lex artis* como, “una regla directiva genérica de carácter técnico en su aplicación y de carácter ético en su fundamento y ejecución, que modula y condiciona toda actuación médica”<sup>355</sup>. A este respecto, se sostiene que no cabe la aplicación de la *lex artis* a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, puesto que, como bien se señala, una condición de la *lex artis* es que cualquier médico actúe de similar forma en las mismas condiciones, con la obvia salvedad de la libertad profesional<sup>356</sup>.

No obstante lo señalado, cabe hacer una matización al respecto, puesto que si bien, la *lex artis* señala aquellas reglas de índole técnico para cada tipo de actuación médica semejante, estas reglas o procedimientos clínicos deberán adecuarse al caso concreto por la sencilla razón de que nunca hay dos pacientes iguales. Así, como el factor reaccional de cada sujeto es distinto, el contenido de la *lex artis* no puede ser completamente estático, debiendo

---

medicamento una vez descubierta la penicilina. Véase al respecto a LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 514.

<sup>354</sup> En igual sentido, FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* pp. 256 y 257.

<sup>355</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")...* p 33.

<sup>356</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*. Madrid: Edisofer, 2002, p. 24.

distinguir una parte variable y un núcleo predefinido<sup>357</sup>. De esta forma, en la actuación del facultativo se considerará admisible un cierto margen de libertad con respecto al clásico procedimiento, siendo ésta la forma más efectiva que tiene la medicina de avanzar científicamente.

Por último, hay que dejar apuntado que esta exigencia que se hace al facultativo de respetar la *lex artis* en su práctica médica, implica, como sostiene PENNEAU, que el galeno deba desatender los deseos del paciente cuando estos sean contrarios a ella, so pena de incurrir en culpa cuando descuidando las reglas del arte satisface una preocupación de su paciente que implique una actuación contraria a la *lex artis*<sup>358</sup>.

### 1.3.- El error de diagnóstico.

Como un claro ejemplo de infracción al deber de asistencia médica que, como tuvimos la oportunidad de comprobar, se encontraría integrado por los deberes de actuación médica y de competencia profesional, emerge el denominado error de diagnóstico, especie de error profesional al que le dedicaremos las páginas que siguen.

Si se tiene presente que para la determinación de la responsabilidad civil médica basada en un error de diagnóstico más que el error lo que importa es la causa humana del error, cabe destacar que se aventura una tarea nada fácil para el juzgador, puesto que para determinar si el médico realizó todas las exploraciones y valoraciones necesarias previas a la emisión de su diagnóstico, aquel no sólo deberá evaluar la actuación de éste desde un punto de vista científico, sino que también valorará aquellas circunstancias personales que hayan podido modificar sustancialmente la conducta del galeno, ya que no es lo mismo el diagnóstico realizado por un médico rural limitado por condicionamientos técnicos, que el realizado por un médico especialista

---

<sup>357</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis...* p. 25.

<sup>358</sup> PENNEAU, Jean. *Comment une faute le médecin qui néglige les règles de l'art pour satisfaire le souci esthétique de son patient /en/* Recueil Dalloz, secc. Sommaires commentés, 1995, p. 98.



enmarcado en el cuadro médico de unos servicios hospitalarios bien dotados<sup>359</sup>.

Así las cosas, cabe sentar como principio respecto de esta clase de error que no todo diagnóstico equivocado provocará inexcusablemente la responsabilidad del facultativo, ya que el acierto médico a toda eventualidad no es jurídicamente exigible, ni tampoco es siempre sancionable el error científico<sup>360 361</sup>. Por tanto, sólo incurrirá en responsabilidad aquel médico que, por manifiesta negligencia, por ignorancia inexcusable, o por no emplear oportunamente los medios técnicos que ayudan a evitar los errores de apreciación, hace un diagnóstico errado del padecimiento de su paciente<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*... p. 85; LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado*... p. 293.

<sup>360</sup> RUTE TEIXEIRA, PEDRO. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coímbra: Coímbra editora, 2008, pp. 134.

<sup>361</sup> A este respecto resulta interesante traer a colación lo señalado por el Supremo español (sala penal) en sentencia de 06 de junio de 2006 (RJ 2007, 782), al desestimar el recurso de casación interpuesto, señalando que: "Según reiterada jurisprudencia, relativa a la imprudencia médica: a) no cabe incriminar como delito el simple error científico o diagnóstico equivocado, salvo cuando cualitativa o cuantitativamente resulte de extrema gravedad; b) tampoco, el carecer el facultativo de una pericia extraordinaria o de cualificada especialización; y, c) siempre, es preciso analizar puntualmente las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate..." (el subrayado es nuestro). Los hechos sobre los que versa la sentencia son los siguientes: A raíz de la lesión sufrida por una menor de edad en la espalda, proveniente de una puñalada propinada por un sujeto indeterminado, ésta es trasladada al hospital Mutua de Terrassa para ser atendida de la lesión, la menor ingresó consciente, con sus constantes vitales conservadas. La paciente fue asignada al Dr. Juan Ramón, especialista en cirugía y aparato digestivo, quien efectuó una exhaustiva exploración física de la menor. El examen de la herida con una cánula detectó una profundidad de solo 5 cms., al estar ubicada en una zona lumbar con superposición de planos. Tras ello, ordenó que permaneciera ingresada en el "box" de urgencias y se le practicaran de forma inmediata un TAC (tomografía axial computerizada) abdominal, una analítica de sangre, toma de tensión arterial, y control periódico por personal sanitario auxiliar. Tras comprobar que la herida ya no sangraba externamente, colocó un drenaje y decidió adoptar un tratamiento conservador no quirúrgico hasta que tuviera los resultados de tales pruebas. "la negligencia médica imputada al Dr. Juan Ramón se basaba en dos criterios esenciales: no haber sabido interpretar correctamente el TAC, con la pérdida de sangre que del mismo se deducía y que, a la postre, determinó la muerte de Ángeles, y el hecho de que debía haberse apreciado, asimismo, la existencia de dicha hemorragia dada la poca reacción que a la enferma le produjeron las distintas transfusiones de sangre a que fue sometida". Como sostiene la demandante "si se hubiera tenido conocimiento de la lesión real de Ángeles, lo normal hubiera sido intervenir quirúrgicamente de forma inmediata (lesión de hígado y riñón).

<sup>362</sup> En igual sentido: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*... pp. 178 y 179; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*... pp. 675 y ss.; CORBELLÀ DUCH, Josep. *Manual de derecho sanitario*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 175; GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*... p. 63; SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad Civil. Temas actuales*... pp. 186 y ss.; GONZÁLEZ MORAN, Luis. *La responsabilidad civil del*

En la misma dirección el Tribunal Supremo español ha señalado que: *“Atribuido al médico demandado un error de diagnóstico, éste viene constituido por el conjunto de actos médicos que tienen por finalidad constatar la naturaleza y transcendencia de la enfermedad que sufre el enfermo; de ahí que se considere ésta la primera actuación del médico siendo también lo más importante pues el tratamiento ulterior dependerá del diagnóstico previo. Para la exigencia de responsabilidad por un diagnóstico erróneo o equivocado, ha de partirse de sí el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitir el diagnóstico; realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles”*<sup>363</sup>.

A modo ejemplar Resulta interesante traer a colación lo señalado por el Supremo español en sentencia de 8 de noviembre de 2007, donde la cuestión litigiosa se centra en la determinación de si correspondía atribuir o no al médico demandado responsabilidad civil por la esterilización de la demandante, todo ello, como consecuencia de la falta de atención del demandado y su tardanza en prestar a la paciente el tratamiento médico adecuado, derivado de un error de diagnóstico a juicio del tribunal inexcusable y que deriva en definitiva en la condena del médico demandado, pues al apreciar que el útero de la misma estaba necrosado, decidió efectuar la intervención de histerectomía, pero si en vez de atenderla y operarla a las 2 horas de la madrugada del 2 de septiembre

---

*médico*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 98; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *Responsabilidad civil derivada de asistencia médica...* p. 1066.

<sup>363</sup> Vid. STS de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5890), en dicha sentencia se reclama indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los actores como consecuencia del error de diagnóstico que se imputa al demandado. Cabe calificar la conducta profesional del ginecólogo demandado como negligente, al no haber realizado todas las pruebas médicamente recomendadas para llegar a un diagnóstico correcto del padecimiento que presentaba su paciente. Ante la falta de traída a los autos por el demandado de la historia clínica de la enferma, para lo que fue requerido en fase probatoria, no puede tenerse por acreditada la realización por el propio demandado de ecografías al reconocer a aquélla. En primera instancia se hace lugar parcialmente a la demanda. La audiencia provincial de Logroño revoca y el Supremo estima el recurso de casación, anulando la sentencia de la audiencia provincial y confirmando la de primera instancia donde se condena al facultativo a indemnizar a los actores la suma de €137.631.

de 1991, lo hubiera hecho tras el primer aviso, a las 8 horas de la mañana del día anterior, la zona necrosada no existiría, ni sería necesario extirpar el útero.

De esta forma, y en consonancia con lo dispuesto por el tribunal de instancia, señala el alto tribunal en su considerando séptimo que: *“la atención meramente telefónica que el demandado dedicó a la llamada de la demandante se vincula directamente con su error de diagnóstico calificando de gastroenteritis lo que era un desprendimiento prematuro de placenta normoinserta (DPPNI), pues si no se hubiera actuado con tanta ligereza, si visto personalmente a su paciente y le hubiera prestado toda la atención que su estado requería, su cualificada preparación profesional y el empleo de todos los medios técnicos que tenía a su disposición le habrían permitido detectar cual era la verdadera patología de su paciente y aplicarle los remedios de su ciencia médica. Pero como no lo hizo así, y, como no le prestó la atención debida, erró el diagnóstico y dió lugar a que transcurrieran 18 horas durante las cuales se agravó considerablemente la situación, hasta el punto que de urgencia tuvo que realizarle, en palabras del propio demandado una laparatomía media para extraer feto muerto ligeramente macerado por desprendimiento de placenta. Observándose que el útero está totalmente necrosado. Es cierto que el médico de cabecera no fue capaz de reconocer la verdadera gravedad del estado de la actora cuando la visitó a las doce de la mañana del día 1 de septiembre de 1991, pero no es menos cierto que los mayores conocimientos en obstetricia que posee el demandado, que es especialista en esa rama de la medicina, y la aplicación de los medios y técnicas más depuradas le habrían permitido diagnosticar ese proceso patológico que cursó de manera atípica, y aplicar los medios adecuados para resolverlo”<sup>364</sup>.*

En esta misma línea se ha subrayado que “para que el error de diagnóstico dé lugar a responsabilidad, ha de haber un quebranto de la *lex artis ad hoc*, en el sentido de que ese error sea fruto de un actuar no sólo inexcusable en la generalidad de los casos similares; sino también en el caso

---

<sup>364</sup> STS de 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8254).

concreto y particular conforme a las circunstancias que lo hayan caracterizado...”<sup>365</sup>.

Sentados, a nuestro entender, los lineamientos básicos sobre el error de diagnóstico, cabe centrar ahora la atención en aquellos supuestos relacionados con el acto de diagnóstico que eventualmente pueden implicar responsabilidad para el médico<sup>366</sup>, así:

a) *Error de diagnóstico propiamente tal*, consiste el yerro de no identificar de forma correcta la dolencia que aqueja al paciente. Al respecto, pueden distinguirse dos supuestos según se trate de un error excusable o inexcusable por parte del médico.

Sobre el error de diagnóstico inexcusable por parte del facultativo, no cabe duda que una simple equivocación en la calificación del padecimiento del no generará la pertinente responsabilidad en el galeno si no logra acreditarse que dicha equivocación deriva de una actuación negligente de su parte. En este punto resulta muy gráfica la aseveración realizada por el autor brasileño RIZZARDO, quien señala que “no tiene el médico prohibido errar. Ni siempre su error acarrea su responsabilidad. Pero no puede errar por culpa, esto es, por comodidad, por ligereza, por falta de estudio, por carencia de exámenes, por falta de preparación técnica, entre otros múltiples factores”<sup>367</sup>.

Ahora, si se trata de un diagnóstico equivocado debido a un error excusable o justificado, cabe precisar que dicho diagnóstico no implicará responsabilidad del facultativo. Esto ocurrirá cuando, por ejemplo, se trate de enfermedades que en una fase inicial presenten sintomatologías similares o

---

<sup>365</sup> CASAS PLANES María Dolores. *Daños médicos causados por error de diagnóstico* /en/ Llamas Pombo, Eugenio (Dir.) Estudio de jurisprudencia sobre daños, Madrid: La ley, 2006, p. 125.

<sup>366</sup> Seguimos en este punto la sistematización propuesta por el argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* pp. 288 y ss.

<sup>367</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil...* p. 327.

compatibles que puedan hacer confundir al galeno, aun cuando éste emplee toda la diligencia debida<sup>368</sup>.

A este respecto, ha señalado el Tribunal Supremo que “*no cabe apreciar la culpa en el facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia, y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación*”<sup>369</sup>. En la misma línea se pronuncia la sentencia de 18 de diciembre de 2006 donde con ocasión de un diagnóstico posterior de un síndrome compartimental en el brazo izquierdo del demandante, el alto Tribunal subraya que “*no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior, dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen*”<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> CORBELLÀ DUCH, Josep. *Manual de derecho sanitario...* pp. 172 y 173; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 178 y 179; LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 288.

<sup>369</sup> SSTS de: 6 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8763), los hechos motivo del pronunciamiento del alto tribunal son los siguientes: Sobre las 23.15 del día 17 de abril de 1990, don Carlos Alberto, pareja de la demandante, acudió al servicio de urgencias del Hospital de Bellvitge «Prínceps d'Espanya» con síntomas consistentes en dolor en la parte superior del abdomen de varias horas de evolución y vómitos. En dicho Hospital fue atendido por la Doctora Carla, que se ocupaba de las funciones de facultativa clasificadora –encargada de dirigir a los pacientes a la Sección correspondiente del propio servicio–, la cual al atribuir aquellos síntomas a la úlcera duodenal que, según le fue indicado, el paciente sufría desde hacía tiempo y, por considerar como no urgente su atención, y además, no hallarse afiliado a la Seguridad Social, lo derivó a un Hospital Clínico encargado de los enfermos en tal situación –úlcera duodenal-. Como don Carlos Alberto estaba asociado a una mutua privada, acudió acto seguido al servicio de urgencias del «Centro Médico Delfos», donde llegó sobre las 23,42 horas, y fue atendido por el Doctor Rodrigo, quien procedió a reconocerle. En el curso del reconocimiento y, al cabo de aproximadamente 5 minutos desde su llegada al Centro, de forma repentina le sobrevino un fuerte dolor al paciente en el pecho irradiado al brazo izquierdo, sufriendo una parada cardíaca con fibrilación ventricular; de inmediato se le realizaron las pertinentes maniobras de resucitación cardiopulmonar durante una hora sin resultado, y se certificó el fallecimiento a la 1 hora del día 18 de abril de 1990. Don Carlos Alberto, de 36 años de edad, sin factores de riesgo coronario conocidos, tenía antecedentes de úlcera duodenal, circunstancia que él mismo comunicó a los facultativos que le atendieron en los dos servicios de urgencia señalados. En la misma línea se pronuncian las SSTS de: 10 de diciembre 1996 (RJ 1996, 8967) y 8 de abril de 1996 (RJ 1996, 2988).

<sup>370</sup> STS de 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9172).

b) *Diagnóstico apresurado*, vendría a ser aquel practicado a la ligera o con exceso de confianza por parte del médico que emite su diagnóstico sin descartar aquellas dolencias del paciente que se presentaban como probables. Existirá en este caso responsabilidad del facultativo cuando éste no solicite los respectivos exámenes para descartar las hipótesis probables, realizando en cambio un diagnóstico a la ligera y sin averiguar la real incidencia de los síntomas presentados por el paciente<sup>371</sup>.

Por su parte, como lo destaca el tratadista galo LE TOURNEAU, en el Derecho francés el error de diagnóstico por sí mismo no configura culpa, lo que sí configura una actuación médica culposa es la omisión de la realización de aquellos exámenes médicos relacionados con una dolencia específica conforme a los conocimientos manejados por la ciencia médica en un período determinado<sup>372</sup>.

En la misma línea cabe citar lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2004, donde conociendo de la demanda interpuesta contra un ginecólogo por los familiares de una paciente de 34 años que no fue diagnosticada a tiempo de un adenocarcinoma de mama derecha y que falleció a los dos años de ser adecuadamente diagnosticada en otro centro sanitario, deja sentado el alto Tribunal en su fundamento de derecho segundo que: *“Para la exigencia de responsabilidad por un diagnóstico erróneo o equivocado, ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitir el diagnóstico; realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles... Por*

---

<sup>371</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* pp. 292 y 293.

<sup>372</sup> LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*, nº 421, pp. 142 y 143. En este sentido la Corte de apelaciones de Toulouse, en sentencia de 04 de septiembre de 2000, resolvió que la ausencia de controles radiográficos o ecográficos, durante nueve días, periodo en que la condición del paciente empeoraba pese al tratamiento aplicado, debe ser entendida como culpable (Recueil Dalloz, Tomo 2001, secc. Informations rapidéz, p. 179).

*tanto, en el caso, una conducta adecuada a la lex artis ad hoc exigía la realización de todas las pruebas necesarias para emitir un diagnóstico que hubiese descartado sin duda la existencia de un carcinoma o, detectado éste, lo hubiera sido en un estadio precoz que hubiera permitido un tratamiento que llevase a la curación de la enferma o a un período mayor de supervivencia. En conclusión, ha de calificarse la conducta del demandado de negligente y determinante de que no se dispensase a la enferma un tratamiento de su dolencia en un estadio más precoz de su evolución de aquel en que lo fue*<sup>373</sup>.

c) *Diagnóstico tardío*, consiste en demorar injustificadamente el correcto dictamen del padecer del paciente, sin que existan causas justificadas para esa tardanza<sup>374</sup>. En este supuesto el galeno, sea por: desidia, temor a errar, exceso de confianza, subestimación de la dolencia del paciente, o por ignorancia, demora injustificadamente el diagnóstico del paciente, llevándolo a perder posibilidades de curación, provocándole daños físicos o incluso la muerte por no adoptar a tiempo el tratamiento adecuado.

Ahora bien, cuando a pesar de una diligente actuación por parte del facultativo la tardanza en el diagnóstico es producida por la falta de colaboración del propio paciente, tal retraso no debiese generar, en principio, responsabilidad del médico<sup>375</sup>. En este sentido, el artículo 2.5 de la Ley 41/2002, establece que *“Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria”*.

Sobre este punto, resulta interesante subrayar lo dispuesto por el Supremo español en la sentencia de 15 de diciembre de 2004, la cual se pronuncia sobre la demanda interpuesta por los padres de una joven afectada de neurofibromatosis, quien había consultado con la médico demandada por

---

<sup>373</sup> STS de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5890); en igual sentido, reproduciendo buena parte del razonamiento citado, la STS de 24 noviembre de 2005 (RJ 2006, 111).

<sup>374</sup> CASAS PLANES María Dolores. *Daños médicos causados por error de diagnóstico...* p. 114.

<sup>375</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 188.

presentar dolor en la musculatura abdominal y cadera izquierda, pautándole analgésicos y remitiéndola a los tres meses de la primera consulta, tras varias visitas, al neurólogo para estudio, quien la derivó al centro hospitalario de referencia donde tras la práctica de un TAC, la intervinieron de un tumor retroperitoneal, falleciendo a los cinco meses de la operación. Los actores sostuvieron en su demanda que la doctora demandada debió remitir a la enferma de modo inmediato a un médico especialista o centro hospitalario adecuado, por cuanto la enfermedad ya estaba diagnosticada desde hacía seis años<sup>376</sup>. El Tribunal Supremo desestima la existencia de un retraso culposo en el proceder de la médico demandada, declarando que: *“el alegato no se completó con la correspondiente prueba de que a la doctora L. se le hubiera aportado en algún momento dato clínico alguno de dicho padecimiento o se le hubiera comunicado de alguna manera; es decir, que tratándose de una enfermedad diagnosticada en centro médico distinto a aquel en que trabajaba la doctora, se privó a ésta de un dato tan importante para que pudiera decidir el alcance de la enfermedad, pues se le ocultó... El diagnóstico para ser lo más acertado posible exige aportar al médico los datos clínicos que se conozcan y de la forma más completa posible, pues con ello se pueden evitar demoras y procurar alcanzar una calificación más exacta del padecimiento a fin de adoptar medidas para atajarlo o procurar remediarlo, tratándose de una información que debe suministrar el enfermo o sus familiares o allegados cuando le es conocida, y no se le puede exigir a los profesionales de la medicina dotes de imaginación o de adivinos ya que entonces la posibilidad de errores, por creencias o suposiciones, pueden presentarse mayores y aquí se trataba de un médico de cabecera y de una enfermedad muy poco común”*<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> Mayores referencias en GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 188 y 189.

<sup>377</sup> STS de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8212), en igual sentido se pronuncia la SAP de Barcelona de 29 de septiembre de 2004 (AC 2004, 317). Los hechos que motivan el pronunciamiento del alto tribunal español son los siguientes: La hija de los actores fue diagnosticada en 1986 padecer la enfermedad congénita, conocida científicamente como de Von Recklinhausen (neurofibromatosis) y dicha enfermedad presenta tumores generalmente malignos, que afectan al sistema nervioso, piel, huesos y otros órganos. Los tumores tienen potencial de degeneración entre 2,8 y 13% y cuando la degeneración alcanza malignidad consolidada sus consecuencias suelen ser letales, por lo que el único tratamiento es la intervención quirúrgica. Por primera vez acude a la consulta de la demandada el 21 de abril de 1992, ya que padecía dolor en la musculatura abdominal y cadera izquierda, la que, tras su exploración, detecta, a la palpación, dolor y le recetó analgésicos. En los meses de junio y julio de 1992 visita por tres veces a la referida doctora, y ésta solicitó analítica que revela leucocitos



## 2.- Deberes médicos relativos a la información.

Las relaciones del médico u hospital con el paciente están regidas por el principio de que no se puede realizar una intervención quirúrgica o aplicar un tratamiento riesgoso o doloroso sin el consentimiento instruido y libre del interesado, salvo que la autorización no pueda ser obtenida razonablemente y, en el caso de la denominada medicina curativa, además la operación o tratamiento se imponga como una necesidad médica o en razón de un peligro inmediato<sup>378</sup>.

En definitiva, los deberes de información están orientados precisamente a satisfacer el principio de autodeterminación del paciente. Rigen por igual si la relación del paciente con el médico se plantea en el terreno contractual, donde se trata de un deber precontractual de información del experto con el lego, o si la relación no está regida por contrato, en cuyo caso se trata de un deber general de cuidado con el paciente<sup>379</sup>. Como se ha destacado, los deberes de información del médico se justifican como el medio más eficaz para compensar el desequilibrio entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del inexperto<sup>380</sup>.

---

13100 y aumento de la velocidad de sedimentación (39%) por lo que, al comprobar la existencia de fibroadenomas en la espalda, la remitió al neurólogo para el estudio de la enfermedad de Von Recklinghausen. El doctor Carlos Antonio en agosto de 1992, a la primera exploración no apreció ninguna masa dura en el abdomen de la paciente, y solicitó una ecografía que reveló la existencia de una masa sólida de 9 cm. por delante del riñón izquierdo, bien delimitada y «al parecer, con áreas de necrosis». La doctora Pedro Enrique, tras un cambio de impresiones con Don Carlos Antonio, remitió el 13 de agosto de 1992 la enferma al Hospital de Aránzazu donde se le practicó TAC que indicaba un posible neurofibroma degenerable, por lo que fue intervenida quirúrgicamente el 18 de agosto de 1992, extirpándosele un tumor retroperitoneal, que fue calificado de tumor neurogénico, y remitiendo la paciente a los servicios de oncología. Sin otros datos asistenciales la enferma falleció en su domicilio el 15 de enero de 1993 por parada cardio-respiratoria.

<sup>378</sup> En este sentido el chileno, BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 682.

<sup>379</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* pp. 509 y 510; BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 683; Sobre la evolución de estos deberes de información, véase al tratadista francés CHABAS, François. *Cien años de responsabilidad civil en Francia*. Paris: Van Dieren, 2004. (Traducción y anotaciones de Mauricio Tapia), p. 35.

<sup>380</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 683; EPSTEIN, Richard. *Torts*. New York: Aspen, 1999, p. 146.

Así las cosas y al referirnos en general a los deberes relativos a la información que tendría el médico, podemos decir que dichos deberes tienen por finalidad establecer una regulación que impone límites y requisitos en el manejo que el facultativo hace de la información que obtiene de su paciente. En este sentido es dable precisar que el médico no es, de ninguna manera, dueño de la información que le es proporcionada a raíz de su actividad profesional, no pudiendo hacer con ella lo que le plazca, sino que está obligado a utilizar dicho conocimiento de manera adecuada y orientado al estricto cumplimiento de una finalidad terapéutica<sup>381</sup>. En otras palabras, el médico ya no puede actuar, como se entendió en el pasado, como un déspota benevolente respecto del paciente<sup>382</sup>.

En este orden de cosas, los deberes relativos a la información que pesan sobre el facultativo, pueden ser divididos principalmente en dos:

a) El facultativo no puede negarle al paciente el conocimiento sobre su estado de salud y sobre las posibles consecuencias de la terapia escogida y sus efectos secundarios (relación riesgos- beneficios), o sobre la existencia de otras alternativas de terapia menos invasivas, o con un mayor –o menor– grado de riesgo para el paciente. *Deber de informar al paciente.*

b) Una vez cumplido el deber anterior, el galeno debe requerir el consentimiento de su paciente para la práctica que le hubiese sugerido. *Deber de requerir el consentimiento informado.*

## 2.1.- El deber de informar al paciente.

Cabe destacar la gran importancia, y de ahí la regulación y protección, que hoy día tiene la entrega de información por parte del facultativo al paciente, puesto que resulta indudable que el desconocimiento de las circunstancias que rodean su enfermedad, de las posibilidades de éxito del tratamiento o

---

<sup>381</sup> En este sentido el tratadista argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 43.

<sup>382</sup> EPSTEIN, Richard. *Torts...* p. 143.

intervención a la que va a someterse, así como de los riesgos que éstos entrañan, coartan la posibilidad de que el paciente pueda autodeterminarse y elegir libremente si desea o no una intromisión en su propio cuerpo<sup>383</sup>.

Hay que tener presente que este deber que recae sobre la actividad del médico ha sido establecido como tal en décadas recientes, puesto que como explica GUERRERO ZAPLANA, “la tradición médica ha tenido carácter esencialmente paternalista (todo por el paciente, pero sin el paciente) y sobre la base de ese tono paternalista resultaba que la relación entre el médico y el paciente era de carácter esencialmente vertical; hoy día, sin embargo, la relación trata de adoptar una forma esencialmente horizontal que respeta las circunstancias éticas y morales de cada persona que acude a los servicios sanitarios y ello exige poner en práctica las técnicas de información”<sup>384</sup>.

Sobre la regulación de los deberes de información y obtención del consentimiento informado que trataremos en las páginas siguientes, merece ser destacada la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Se ha destacado que con la entrada en vigencia de la ley 41/2002, el sistema español intenta seguir el modelo de algunas Comunidades Autónomas que ya han aprobado leyes en materia de autonomía privada y derechos de información del paciente<sup>385</sup>. Así, se cita como una de las primeras normativas al

---

<sup>383</sup> En similar sentido, LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 510; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 213; ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil...* pp. 68 y ss.

<sup>384</sup> GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria...* p. 222.

<sup>385</sup> SEUBA TORREBLANCA, Joan y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia. *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre* /en/ Indret, 2003. Disponible en: <http://www.indret.com>, p. 3. Destacan los citados autores, que las siguientes Comunidades Autónomas españolas han aprobado leyes especiales en la materia: *Galicia* (Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes), *Extremadura* (Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura), *Madrid* (Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid), *Aragón* (Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón), *La Rioja* (Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud), *Navarra* (Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la

respecto, cuyo texto ha influido significativamente en la redacción de la citada ley española, la dictada en la comunidad de Cataluña el 29 de diciembre de 2000, sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente y a la documentación clínica<sup>386</sup>.

Por último, como estructura general de la ley 41/2002 puede ser destacado que ésta se encuentra dividida en seis capítulos, contiene unos principios generales y se estructura en torno a la distinción de dos temas: el ejercicio de la autonomía privada del paciente; y los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica. Respecto al primero, se regula la posibilidad que tiene el paciente de aceptar un tratamiento o rechazarlo, bien sea mientras goce de plena capacidad para hacerlo, bien sea de forma anticipada, mediante el documento de instrucciones previas para cuando no pueda hacerlo por él mismo. Respecto a la documentación clínica, la citada norma regula el contenido mínimo, acceso y usos de la historia clínica, así como la obligación de conservarla, entre otros extremos<sup>387</sup>.

Avanzando en nuestro estudio no cabe duda de la importancia que la entrega de información al paciente tiene a efectos del establecimiento de la responsabilidad del médico, puesto que la inobservancia a este deber implica necesariamente una conducta negligente por parte del facultativo, debido a su alejamiento del estándar de conducta exigido para estos casos, lo cual con toda probabilidad y siempre y cuando exista un perjuicio<sup>388</sup> para la víctima ha de generar responsabilidad para éste. Sin embargo, cuando nos preguntamos por los contornos del deber de información la respuesta no es simple y comienzan a aparecer una serie de interrogantes. Por lo tanto, y a efectos de establecer cuáles son los contornos de este deber, en las páginas siguientes

---

información y a la documentación clínica), *Cantabria* (Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación sanitaria de Cantabria), *País Vasco* (Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad), *Comunidad Valenciana* (Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana) e *Islas Baleares* (Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de les Illes Balears).

<sup>386</sup> SEUBA TORREBLANCA, Joan y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia. *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre...* p. 3.

<sup>387</sup> Ídem, p. 4.

<sup>388</sup> Sobre la configuración del daño en la responsabilidad médico-sanitaria véase pp. 325 y ss.

abordaremos aquellas problemáticas que con mayor frecuencia se presentan y que pueden sistematizarse en las siguientes interrogantes: quién debe ser informado; cuándo se considera que la información proporcionada ha sido suficiente; quién debe entregar la información; a quién corresponde la prueba de la entrega de la información.

### 2.1.1. - ¿Quién debe recibir la información?

Naturalmente, el destinatario de la información es el paciente, y se presume que dicha persona es capaz y que en uso de su autonomía de la voluntad otorgará su consentimiento directamente<sup>389</sup>. En este sentido el artículo 5.1 de la Ley 41/2002 indica como titular del derecho a la información al paciente, prescribiendo que: *“El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”*.

Sin embargo, pueden surgir problemas cuando el paciente no tiene capacidad para recibir la información, ya sea por postración a causa de su enfermedad, o porque padece un trastorno o enfermedad psíquica, porque el paciente es menor de edad, o porque este último se encuentra en estado de inconciencia<sup>390</sup>. La situación descrita también es regulada por la normativa española, la cual expresamente en los números 2 y 3<sup>391</sup> del citado artículo 5 disponen: nº 2, *“El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”*; nº 3, *“Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en*

---

<sup>389</sup> En similar sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La impropia llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 236.

<sup>390</sup> Ídem, p. 236.

<sup>391</sup> En similar sentido se expresa el artículo 13, nº 1 y nº 3 del nuevo código de deontología médica promulgado por el consejo general de colegios oficiales de médicos en julio de 2011.

conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”<sup>392</sup>.

Por último, en caso de que el receptor de la información deba ser un paciente menor de edad, el artículo 9.3 letra c) de la Ley 41/2002 establece, asimismo, una suerte de mayoría de edad sanitaria<sup>393</sup>, disponiendo que “...cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”<sup>394</sup>.

#### 2.1.2. - Momento en que debe informarse al paciente<sup>395</sup>.

Resulta claro que la única información eficaz es aquella que se proporciona antes de la intervención o el tratamiento de que se trate, siempre y cuando sea proporcionada con una antelación suficiente y en condiciones que permitan la adecuada reflexión por parte del paciente<sup>396</sup>.

---

<sup>392</sup> En la misma línea, el artículo 4 de la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación biomédica, dispone que las personas incapacitadas, a las que se prestará información en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades, participarán, en la medida de lo posible y según su capacidad, en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

<sup>393</sup> Así lo destaca entre otros, GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 503 y 504.

<sup>394</sup> Al respecto, el artículo 14 del nuevo código de Deontología médica dispone:

*Artículo 14*

1.- *El mayor de 16 años se considera capacitado para tomar decisiones sobre actuaciones asistenciales ordinarias.*

2.- *La opinión del menor de 16 años será más o menos determinante según su edad y grado de madurez; esta valoración supone para el médico una responsabilidad ética.*

3.- *En los casos de actuaciones con grave riesgo para la salud del menor de 16 años, el médico tiene obligación de informar siempre a los padres y obtener su consentimiento. Entre 16 y 18 años los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta.*

4.- *Cuando los representantes legales tomen una decisión que, a criterio del médico, sea contraria a los intereses del representado, el médico solicitará la intervención judicial.*

<sup>395</sup> En concordancia con lo señalado al comenzar el presente capítulo, cabe destacar que esta problemática se estudia a fin de poder comprobar cuándo puede entenderse que hay una infracción (en este caso del deber de informar), que permita imputar responsabilidad al galeno.

<sup>396</sup> En este sentido y por todos, véase a: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 533; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva* /en/ Llamas Pombo Eugenio (Coord.). Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano ALONSO, Tomo I, Madrid: La Ley, 2006, pp. 188 a 190; El chileno DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Consentimiento informado, una visión panorámica...* p. 102; Refiriéndose al derecho alemán, destaca SHAW, Josephine, *Informed*

Se considera esencial que el paciente pueda valorar la información sin hallarse presionado por tener que decidir sin demora o inmediatamente. Entre la recepción de la información y el momento en que debe dar a conocer su decisión, el paciente debe tener la oportunidad real de ponderar los pros y los contras, o de disponer de tiempo, por ejemplo, para recabar la opinión de familiares, allegados o de personas de su confianza<sup>397</sup>.

Sobre el requisito que analizamos, el artículo 8.1 de la ley 41/2002 dispone que *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”*.

Es criticado por parte de la doctrina el poco desarrollo dado en la ley 41/2002 a la exigencia del tiempo de reflexión que debiese tomarse el paciente antes de decidir si se somete a una determinada intervención, puesto que, como se ha destacado, facilitar la información sin tiempo para prestar el consentimiento es tanto como privar al paciente de la misma<sup>398</sup>.

En este orden de ideas, resulta destacable lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley 1/2003 de 28 de enero de la Generalitat Valenciana, que regula los Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, normativa que señala expresamente que, *“La información se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente. Y en todo caso, al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades*

---

*Consent: A German Lesson...* p. 878, que no tiene demasiado sentido suministrar información al paciente que se encuentra bajo los efectos de la anestesia. En el mismo orden de ideas, destaca GÓMEZ RIVERO, María Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 68 y 69, que el consentimiento debe prestarse en un momento temporal que garantice la madurez de la decisión, teniéndose presente que, en la medida de lo posible, el mismo habrá de obtenerse antes de que se presente el estado de sufrimiento que pueda alterar la capacidad de decisión del enfermo.

<sup>397</sup> RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003 /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 149.*

<sup>398</sup> GUERRERO ZAPLANA, José. *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*. Valladolid: Lex Nova, 2004. p. 96.

*urgentes. En ningún caso se facilitará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico” (el subrayado es nuestro). En similar sentido también resulta gráfico lo dispuesto por el artículo 28.3 de la Ley 3/2005 de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el cual expresa que: “Se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente, y en todo caso, al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes o que no requieran hospitalización. En ningún caso se le proporcionará cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico. En estos casos la información se facilitará a su representante legal o a personas vinculadas al paciente”.*

Sobre la problemática que comentamos, también se ha pronunciado la jurisprudencia española, destacándose al respecto lo resuelto por la sentencia de la Audiencia provincial de Baleares el 13 de febrero de 2001, donde niega validez al documento de consentimiento firmado por el paciente justo antes de entrar en el quirófano para corregir su miopía, perdiendo tras la intervención parte de su agudeza visual. Señalan los sentenciadores al respecto que, *“la información completa debe proporcionarse antes de que la voluntad se haya determinado en favor de la opción quirúrgica correctora, y ello no se consigue con el solo hecho de hacer firmar un escrito minutos antes de la operación y en circunstancias en las que, por razones sociológicas y personales, no se puede esperar del firmante una respuesta meditada y un consentimiento libremente expuesto”*<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> SAP de Islas Baleares de 13 de febrero de 2001 (AC 2001, 2250). Al respecto cabe destacar que en la sentencia citada el tribunal declara la responsabilidad del médico tratante por culpa *in operando* y respecto de la clínica con la cual el demandante contrató el servicio de corrección laser de miopía, el tribunal estimo que debía responder por culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Por último la AP condena a los demandados a practicar cuantas intervenciones sean necesarias para, en la medida que la ciencia médica lo permita, mejorar la actual agudeza visual del actor o correr con los gastos que ello origine, desestimando en consecuencia las demás consecuencias cuya reparación se solicita en la demanda (indemnización por presbicia, astigmatismo, cefaleas, síndrome ansioso-depresivo, aumento de la tensión arterial, gastos



En similar sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 5 de septiembre de 2006, la cual resuelve la demanda formulada por una paciente intervenida por laparoscopia de un by-pass gástrico para tratar su obesidad mórbida y que presentó, como secuela de la cirugía, una insuficiencia renal crónica que la obliga a seguir hemodiálisis renal de por vida. Destaca el alto Tribunal la existencia de dos documentos de consentimiento informado (uno para la cirugía de la obesidad y otro para el abordaje por laparoscopia), firmados el mismo día de la intervención, esto es, *“cuando la intervención estaba ya decidida, sin que conste que se transmitiera a la paciente información completa de la intervención quirúrgica antes de esa fecha, así como de las consecuencias de posibles riesgos, secuelas y alternativas (...), y todo ello con la antelación suficiente para que la paciente pudiera sopesar tranquilamente, a la vista de la información que se le ofrecía, si decidía afrontar todos los riesgos que la intervención conllevaba”*. Al no hacerlo así y por no tratarse de una urgencia quirúrgica (se trataba de cirugía programada), la Audiencia provincial considera que se privó a la paciente de la posibilidad de poder desistir de la intervención, al impedirle a ésta conocer todos los efectos que podían derivarse de la citada intervención quirúrgica<sup>400</sup>.

Por otro lado, cabe resaltar que la obligación de informar no se agota necesariamente una vez que se ha recabado el consentimiento del paciente al determinado acto médico, sino que dicha información deberá estar presente durante todo el curso del tratamiento, extendiéndose incluso a las

---

extraordinarios no satisfechos y perjuicios morales ocasionados), al entender los sentenciadores que, no sólo no pudieron ser acreditados estos perjuicios, sino que además, no fue acreditada la relación de causa a efecto entre las situaciones descritas y la actuación de las personas o entidades a las que se buscaba la responsabilidad.

<sup>400</sup> SAP de León de 5 de septiembre de 2006 (JUR 2009, 194465). En relación a la problemática citada es interesante la declaración efectuada, por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en resolución de 25 de febrero de 2004, la cual es realizada con ocasión de la reclamación efectuada por los familiares de un paciente que falleció a los dos días de practicada una colangiopancreatografía retrógrada con fines diagnósticos, sentenciado el alto tribunal que, *“no hay duda, que el respeto de los derechos del paciente (reconocidos ahora con más detalle por la Ley 41/2002, que no estaba vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos) no puede permitir que se considere suficiente una información que se pudiera haber producido en el interior de la Sala de Endoscopias y ello pues una información prestada en tales condiciones habría supuesto una clara infracción de los derechos del paciente, al presuponer la realización de la información sin atender a las exigibles condiciones de estabilidad y seriedad en la prestación del consentimiento, al haberse informado de forma claramente contraria a los principios básicos sobre la cuestión que se recogen, fundamentalmente, en los arts. 4.2 y art. 10 de la referida ley”*.

consecuencias postoperatorias y a los cuidados posteriores al acto médico que deban adoptarse<sup>401</sup>. Así, en palabras de GALÁN CORTÉS, la información correcta no sólo concierne a la fase previa de la celebración del contrato médico, sino que también a la fase de ejecución del tratamiento acordado, por cuanto permite al paciente consentir sobre la adopción de las medidas de precaución más idóneas para la salvaguarda de su salud e integridad física<sup>402</sup>.

Otra problemática relacionada con el momento en que debe prestarse la información, dice relación con determinar si existe obligación de volver a informar a pacientes que ya están informados, sea porque conocen los pormenores de la intervención y sus riesgos por la consulta de folletos o libros, por su propia formación o actividad profesional, o por haberse sometido con anterioridad a tratamientos o intervenciones equivalentes. En este punto coincidimos con aquellos que plantean la regla que un paciente ya informado no tiene por qué serlo nuevamente, salvo que se trate de una intervención completamente nueva no prevista, ya que no nos parece tener sentido que pueda condenarse al facultativo por no reiterar algo ya conocido y que al momento de consentir la intervención o el tratamiento debe darse como asumido por el paciente<sup>403</sup>. En este caso la complejidad radicará en la prueba de que el paciente disponía y conocía la información no suministrada por el facultativo, cuestión que le corresponderá acreditar a éste para justificar su actuación.

En igual sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Noviembre de 1998, donde absolvió al médico demandado a quien se imputaba no haber advertido de la posibilidad de que se produjera cierta

---

<sup>401</sup> Así lo subrayan, entre otros: GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 115; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 179; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 319; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 533, destaca al respecto este último autor una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Valencia, de 28 de noviembre de 2003 (recurso 1566/2000), donde se declara que, “*la información es un proceso continuado que comprende desde el inicio hasta el final del tratamiento para que el paciente conozca su proceso en profundidad y le permita organizar y adecuar su conducta*”.

<sup>402</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 533.

<sup>403</sup> RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003*, pp. 150 y 151; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 537.

complicación infrecuente durante una operación de implantación de prótesis de cadera. La sentencia tuvo en consideración el testimonio de dos facultativos del mismo equipo que testificaron que aquél sí había informado a la paciente, declarando el tribunal en consecuencia que *“la paciente ya había sido sometida con anterioridad a una operación de implantación de prótesis de cadera, lo que hace suponer que estaba impuesta en este tipo de intervenciones”*<sup>404</sup>.

En efecto, la falta de reiteración de una información que ya posee el paciente y que le permite ponderar el alcance de los riesgos y las ventajas de la intervención, no debería tener los mismos efectos que la falta de una información relevante que el paciente ignora. Ahora bien, en aquellos casos en los que se presume que el paciente dispone de una información adecuada – por su propia formación<sup>405</sup> o por haberse sometido con anterioridad a intervenciones equivalentes–, el médico tiene la carga de comprobar que el paciente dispone de esa información razonable, de tal forma que si así no fuere la complementa en la medida en que resulte necesario. Como puede observarse, la obligación médica de información se transforma, de cierto modo, en un deber de comprobación de la información que posee el paciente a fin de

---

<sup>404</sup> STS de 10 de Noviembre de 1998 (RJ 1998, 8819).

<sup>405</sup> Resulta interesante citar lo resuelto por el Supremo español en sentencia de 10 de febrero de 2004, donde se rechaza la reclamación de la demandante, confirmando la sentencia recurrida, que había sido intervenida para corregir su miopía estable. La intervención practicada a la actora para la corrección de su miopía, así como el tratamiento postoperatorio, fueron técnicamente correctos, y el resultado defectuoso se debió a una deficiente cicatrización corneal derivada, según dictamen médico, de *“una complicación siempre posible y clínicamente inevitable, no correlacionable con defecto de praxis quirúrgica, sino con las características inherentes del método quirúrgico y la idiosincrasia del ojo tratado”*, en este caso la actora demanda a los médicos tratantes por falta de información. En relación a la prueba de la información, el máximo Tribunal español destaca lo resuelto por la sentencia de instancia en los siguientes términos: *“La sentencia recurrida entiende que hay datos suficientes para presumir al menos que la Sra. V. se hallaba perfectamente informada acerca de los riesgos del tratamiento al que, sin duda, voluntaria y conscientemente se sometió. Argumenta esta convicción en que, “aun prescindiendo de que consta en la historia clínica aportada a los autos, en anotación practicada en fecha 14-10-92 (folio 117 vuelto), que se informó a la aquí demandante de los riesgos de la intervención quirúrgica, prestando su consentimiento, fundamentalmente porque no se trata de una persona profana en medicina, sino de una enfermera en activo, ya que desarrollaba su trabajo como tal en el Hospital de Manresa, y, precisamente, del Servicio de Oftalmología de dicho Centro, tras ser convenientemente examinada (historia clínica unida al folio 19), se le remitió al aquí demandado como especialista en el tipo de intervenciones de que se trata”*. STS de 10 de Febrero de 2004 (RJ 2004, 456).

determinar si ésta es completa y adecuada, siendo asumidos por el profesional los errores sobre los posibles déficits de información<sup>406</sup>.

### 2.1.3. - Alcance del deber de información

No hay duda de que en la actualidad el deber del facultativo de entregar información a su paciente con miras a que éste lo autorice a efectuar intromisiones en su integridad física ha dejado de ser un mero formalismo, puesto que, como ha destacado acertadamente la jurisprudencia española, a través de la información suministrada por el médico dicho paciente puede escoger con amplia libertad alguna de las opciones que la ciencia médica le ofrece, e incluso optar por no someterse a tratamiento alguno<sup>407</sup>.

Si bien prácticamente resulta indiscutible que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier intervención en el ámbito de su salud, la mayor cantidad de información relevante sobre la misma,<sup>408</sup> sobre lo que actualmente persisten vacilaciones es respecto del alcance y entidad de dicha información que ha de proporcionársele a los pacientes.

Así, como primera aproximación al alcance de este deber de información, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la ley 41/2002, puede concluirse la exigencia de una información adecuada, que se refiera a lo menos a la finalidad y naturaleza de cada intervención, a sus riesgos y consecuencias. En otras palabras, la exigencia de información deberá apuntar tanto al diagnóstico como al pronóstico, a las alternativas del tratamiento, a sus posibles complicaciones, e incluso, a los medios con los que se cuenta para realizar la respectiva intervención médica (esto es, si son adecuados o no para su correcta realización).

---

<sup>406</sup> Así, RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 151; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 537; KATZENMEIER, Christian. *Artzhaftung...* pp. 333 y ss.

<sup>407</sup> En este sentido, vid. SSTS de: 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3); 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6571); 17 de octubre de 2001 (RJ 2001, 33580); 2 de julio de 2002 (RJ 2002, 5514) y 23 de julio de 2003 (RJ 2003, 80469).

<sup>408</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 753.

Sin embargo, uno de los primeros problemas que se plantean en torno al alcance que debe tener la información proporcionada al paciente, alude a la dificultad de que éste, desde su ignorancia técnico-científica, pueda comprender cabalmente las explicaciones del médico. Al respecto se ha expresado que no se trata de que el enfermo deba soportar un verdadero curso de medicina, sino que más bien, se trata de conseguir de forma racional el objetivo que se pretende con la imposición de tal deber al médico, es decir, que el paciente comprenda ciertamente cuáles serán las consecuencias prácticas de su manifestación de voluntad<sup>409</sup>. Directamente relacionado con lo anterior, cabe destacar lo dispuesto por el artículo 4.2 de la citada ley 41/2002, precepto que impone al facultativo la carga de comunicar al paciente la información de forma comprensible y adecuada a sus necesidades.

Pero lo anterior no quiere decir que la obligación que pesa sobre el facultativo se encuentre cumplida con la mera entrega de información al paciente. Entendiendo a la entrega de información como un presupuesto esencial para que el paciente pueda manifestar su consentimiento “informado” sobre una determinada intervención, lo más frecuente será que sea el médico quien disponga de mejor acceso a la información que requiere el paciente para tomar una decisión valiosa sobre si someterse o no a un tratamiento determinado, es por ello que consideramos que este deber del médico no se agota con la simple transmisión de datos, sino que precisa además, una cierta toma de posición respecto de la información entregada.

Lo que nos interesa dejar en claro sobre este tópico, es que el deber de información que pesa sobre el facultativo, de ninguna manera ha de limitarse sólo a exponer al paciente las alternativas frente a su enfermedad, sino que además, en casos como el mencionado anteriormente, debe tomar una posición respecto de ellas, aconsejando o desaconsejando la respectiva

---

<sup>409</sup> Como destaca FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 215, “se trata de trasladar a idioma vulgar y a términos comprensibles los datos médicos que permitan al enfermo saber su estado actual, el tratamiento a seguir y los riesgos y consecuencias del futuro tratamiento o intervenciones”; en igual sentido, LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 510 y SKEGG, P.D.G. *Law, Ethics and Medicine*. Oxford: Clarendon Press, 1984, pp. 88 y ss.

intervención<sup>410</sup>. De esta manera, los profesionales de la salud no sólo tienen un deber de informar, entendido éste como una transmisión de datos objetivos, sino que además, y según lo requieran las circunstancias, el citado deber, implicaría un deber adicional de aconsejar; esto es, de orientar a la otra parte en su decisión<sup>411</sup>.

Al respecto, se ha resaltado que cargar al paciente sólo con información equivale a abandonarlo. El médico debe explicar las ventajas e inconvenientes de una y otra posibilidad diagnóstica y terapéutica, pero manifestando su opinión sobre las razones por las que se inclinaría hacia una u otra de ellas, lo contrario supone abandonar al paciente en su desconocimiento, el flujo de información ha desembocado en el enfermo, pero carece de su finalidad, la cual apunta a que éste pueda decidir, disponiendo sobre su propio cuerpo, pero con conocimiento sobre su decisión<sup>412</sup>.

Sentado el principio anterior, resulta necesaria otra precisión, la cual se refiere a que debe quedar perfectamente claro que asesorar no equivale bajo

---

<sup>410</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation i information dans les contrats. Essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992, p. 385, Como destaca la citada autora francesa, el deber de consejo necesariamente ha de incorporar un elemento subjetivo (la opinión) a la información objetiva que se suministra. En la misma línea cabe citar lo establecido en el Ordenamiento Jurídico Alemán, donde existe una institución denominada "*privilegio terapéutico*" y, al menos en este sistema, funciona no solamente inmunizando al médico que no informe ciertos riesgos, sino que, además, sanciona al facultativo que suministra información irreflexivamente o en términos demasiado crudos al paciente, desincentivándolo a someterse a una actuación médica recomendable. Así lo destaca SHAW, Josephine, *Informed Consent: A German Lesson...* pp. 877 y ss., quien hace alusión a un caso donde un médico y su paciente conversaron sobre la posibilidad de un tratamiento de diagnóstico de cáncer de próstata (el test *prostate specific antigen*), el facultativo informó a su paciente acerca del riesgo sustancial de efectos colaterales que suponía el test, de la elevada posibilidad de que arrojara falsos positivos y la baja probabilidad de riesgo vital derivado de un cáncer de próstata. Con esta información el paciente decidió no someterse al test. Lo próximo que supo el médico de su paciente fue que había muerto de cáncer a la próstata y se enteró a través de una demanda de *malpractice* dirigida contra él por no haberle recomendado someterse al test. El médico perdió el caso.

<sup>411</sup> Sobre el particular vid. GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales*. Madrid: La Ley, 1994, p. 120; FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation i information dans les contrats. Essai d'une théorie...* p. 385; GHESTIN, Jacques. *La formation du contrat* /en/ Jacques Ghestin, (Dir.) *Traite de Droit Civil*. 3ª Ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 577; FERREIRA SINDE MONTEIRO, Jorge, *Responsabilidade por conselhos, recomendações au informações*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 14.

<sup>412</sup> OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo. *Calidad de la información sanitaria como requisito para el consentimiento informado* /en/ *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, vol. 5, Fasc. 1, 2000, p. 61. En similar sentido, GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales...* p. 120; FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation i information dans les contrats. Essai d'une théorie...* p. 385.

ningún respecto a convencer. Como lo hemos destacado, el médico al entregar la información tendría aparejado este deber de asesorar al paciente, pero dicho asesoramiento sólo ha de consistir en hacerle saber a éste, de forma concreta y clara, cuál es su opinión sobre la mejor alternativa que dispone de acuerdo a su situación y posibilidades particulares. Pero bajo ninguna circunstancia el facultativo está obligado a convencer a su paciente de tomar inexorablemente un tratamiento determinado.

En esta línea pareciera que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1999, donde se discutió el caso de una paciente a quien una intervención quirúrgica por escoliosis le produjo una lesión medular y paraplejia. En el fundamento de derecho tercero de la Sentencia, el Supremo español advierte que, en el caso en cuestión, la actuación de los médicos “*viene forzada por la voluntad de la paciente y en contra de las recomendaciones médicas*”, ya que, contra las recomendaciones médicas, la enferma insistió en la intervención, firmando la aceptación correspondiente. El máximo Tribunal español no dio lugar a la solicitud de indemnización de la actora, señalando que ella había prestado válidamente su consentimiento para la respectiva intervención, y declaró que se había cortado la cadena causal, toda vez que se le habían informado los respectivos riesgos de la intervención quirúrgica y, aún así, contrariando la recomendación de los médicos, ella la había aceptado<sup>413</sup>.

En otro orden de ideas, resulta pertinente destacar que el nivel de información exigida al galeno no siempre será el mismo, debiendo matizarse ésta en razón de la actividad médica de que se trate, así la exigencia de información necesaria –entendida desde una perspectiva cuantitativa– será distinta según la finalidad perseguida por ésta. La idea de una diferenciación en el nivel de exigencia de información ha sido desarrollada principalmente en el Derecho alemán cuya doctrina distingue<sup>414</sup>, por una parte, a la información

---

<sup>413</sup> STS de 11 de Mayo de 1999 (RJ 1999, 4802)

<sup>414</sup> LAUFS, Adolf y UHLENBRUCK, Wilhelm. *Handbuch des Arztrecht*. München: Beck, 1999, pp. 460 y ss.; DEUTSCH, Erwin. *Medizinrecht*. Berlin: Springer, 1999, pp. 84 y ss. La distinción también ha sido acogida en la doctrina española por MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Comentario a la STS de 29 de Mayo de 2003* /en/ Bercovitz Rodríguez-

relativa a la autodeterminación del paciente –*Selbstbestimmungsaufklärung*–, es decir, aquella dirigida a obtener su consentimiento para la intervención y, por otra, a la denominada información terapéutica o de seguridad –*therapeutische Aufklärung o Sicherheitsaufklärung*–, la cual incluiría aquellas medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, dentro de las que se incluirían informaciones sobre la medicación a tomar, las pruebas ulteriores que convenga realizar y medidas de prevención adicionales<sup>415</sup>.

Para graficar de mejor forma este cuadro, cabe agregar que a efectos de determinar el nivel de rigor con que se exigirá la información en cada caso, resulta fundamental tener a la vista la, relativamente reciente, clasificación que distingue entre medicina voluntaria –o satisfactiva– y medicina curativa –o asistencial–, puesto que los niveles de exigencias tanto en la información relativa a la autodeterminación del paciente como en la información terapéutica diferirán en razón del tipo de medicina de que se hable. De esta forma, y sin perjuicio de lo que diremos más adelante, cabe precisar, a modo de resumen, la existencia de una arraigada doctrina jurisprudencial en torno a establecer mayores exigencias de información cuando se trata de casos de medicina satisfactiva o voluntaria que respecto de casos de medicina curativa.

Como se ha sostenido, la diferencia entre la información relativa a la autodeterminación del paciente y la denominada información terapéutica o de seguridad –la cual desarrollaremos con cierta detención en las páginas que siguen–, no sólo tiene trascendencia a efectos de determinar el nivel de información exigible<sup>416</sup>, sino que también cabe apreciar su incidencia en la

---

Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 57 y 58; RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* pp. 141 a 146; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...* pp. 43 a 44 y 85 a 86. Distingue esta última autora entre información como requisito previo para la validez del consentimiento y de información terapéutica. En el derecho angloamericano, la apuntan, entre otros, FLEMING, John. *The Law of Torts*, 9ª Ed., Sidney: Law Book Company, 1998, pp. 122 y 123.

<sup>415</sup> Así lo destacan, entre otros, los alemanes: LAUFS, Adolf y UHLENBRUCK, Wilhelm. *Handbuch des Arztrecht...* pp. 460 y ss. y DEUTSCH, Erwin. *Medizinrecht...* pp. 84 y ss.

<sup>416</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Comentario a la STS de 29 de Mayo de 2003...* p. 58; LAUFS, Adolf y UHLENBRUCK, Wilhelm. *Handbuch des Arztrecht...* p. 460.



distinta configuración del perjuicio que a raíz de esta omisión ha de sufrir el paciente. De esta forma, al omitirse la información relativa a la autodeterminación podría hablarse que el paciente sufre una lesión del derecho a su autodeterminación y al infringirse la información de seguridad el daño se materializaría en el fracaso de la intervención de que se trate.

#### 2.1.3.1. - Información relativa a la autodeterminación del paciente.

La información relativa a la autodeterminación del paciente puede conceptualizarse como aquella que el médico debe proporcionar al paciente sobre la intervención, para que éste pueda, en ejercicio de su autonomía, decidir si se somete a la misma o no. Cabe destacar que este tipo de información le debe permitir al paciente ponderar los pros y los contras de la respectiva intervención, debiendo abarcar tres grandes ámbitos, a saber: a) información sobre el diagnóstico; b) información sobre el curso del proceso; c) información sobre los riesgos de la intervención<sup>417</sup>.

a) *Información sobre el diagnóstico.* Este tipo de información se refiere al derecho que tiene el paciente de ser informado sobre su estado de salud y, en particular, acerca de si se encuentra enfermo y, en caso de ser afirmativo lo anterior, conocer cuál es la enfermedad que padece. Tratándose de tratamientos o intervenciones de medicina satisfactiva –cirugía estética, vasectomía, implantes dentales–, por tratarse en principio de una persona sana, esta información sobre el diagnóstico del cliente, en realidad debe reconducirse a la información general sobre el estado de salud o las condiciones físicas y psíquicas de la persona, habida cuenta de su edad, y con el fin de valorar la oportunidad de si someterse o no a ese tipo de técnicas<sup>418</sup>.

b) *Información sobre el curso del proceso.* Se refiere al tipo de intervención o tratamiento, a cómo se llevará a cabo, a si existen tratamientos

---

<sup>417</sup> RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 142.

<sup>418</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. Comentario a la STS de 29 de Mayo de 2003... p. 142. Sobre este punto puede consultarse el estudio del alemán WUSSOW, Robert-Joachim. *Umfang and Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht*. Disponible en: <http://www.anwalt24.de/beitraege-news/fachartikel/umfang-und-grenzen-der-aerztlichen-aufklaerungspflicht>, última visita 10 de octubre de 2011.

alternativos y a la probabilidad de no obtención del resultado esperado. Se incluiría también dentro de esta especie de información, el derecho del paciente a ser informado acerca de cuál es el pronóstico con tratamiento y sin él.

Respecto la información que debe entregar el facultativo al paciente sobre el curso del proceso, se han planteado algunas diferencias sobre el énfasis que debiera darse a la información relativa a la probabilidad de no obtención del resultado esperado, estableciéndose para algunos, sobre la información de las posibilidades de fracaso de la intervención, una mayor exigencia cuando el tratamiento a realizar esté dentro del ámbito de la medicina satisfactiva. Así, cuando se trate de algún supuesto de medicina voluntaria y en especial respecto a la cirugía estética, hay quienes destacan la aplicación de una mayor rigurosidad en la entrega de información al paciente, rigurosidad que se traduce en la obligación por parte del médico de informar al paciente-cliente en forma específica de la probabilidad de no obtención del resultado esperado<sup>419</sup>.

Esta postura encontraría justificación en el hecho que típicamente este paciente-cliente, a raíz de una clara desinformación, la cual se ve acentuada por la publicidad y la forma en que estos servicios se ofrecen en el mercado, se expondría más de lo habitual a los riesgos inherentes a este tipo de intervenciones. De esta forma, el mayor rigor en la obligación de informar constituiría un contrapunto inevitable de la licitud de esa actividad y un elemento con el que contrarrestar los efectos de una información por lo común sesgada y que podría transmitir a las personas usuarias de estas técnicas que se trata de algo muy sencillo y sin riesgo alguno<sup>420</sup>.

---

<sup>419</sup> Siguen esta línea, entre otros, los españoles GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 596 y 597; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La cirugía estética y su responsabilidad*. Granada: Comares, 1997, p. 347 y los italianos: PRINCIGALLI, Anna María. *La responsabilità del medico*. Napoli: Editore Jovene, 1983; SGOBBO, Riccardo. *Materiali per lo studio della responsabilità medica /en/ Diritto e Giurisprudenza*, 1987.

<sup>420</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 596 y 597; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...* p. 151; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La cirugía estética y su responsabilidad...* p. 347.

Compartimos el planteamiento anterior en el entendido que la entidad de la información sobre las probabilidades de éxito de una intervención puede variar considerablemente según nos encontremos frente a una u otra hipótesis. Así, frente a una intervención dentro del ámbito de la medicina satisfactiva – pensemos por ejemplo en un tratamiento de infertilidad– el conocimiento por parte del paciente del porcentaje de éxito de un tratamiento determinado resulta fundamental, puesto que lo que se pretende obtener en este tipo de prestaciones médicas es sin duda un resultado concreto y no otra cosa. En este ámbito cabe destacar la importancia de la información sobre las posibilidades de consecución o no del resultado pretendido, puesto que ésta viene a delimitar el contenido de la prestación a la que se obliga el médico.

Si pensamos en un caso de medicina curativa el contenido de la información será distinto al caso enunciado anteriormente, puesto que en estos casos lo determinante es el equilibrio entre el riesgo/beneficio del tratamiento y no tanto sobre la certeza o mayor probabilidad de obtención de la curación, en otras palabras, a menor riesgo menor importancia tiene la mayor o menor probabilidad de curación.

c) *La información sobre los riesgos de la intervención.* Se refiere ésta, a la necesaria advertencia de las complicaciones, las secuelas y los efectos adversos, de carácter temporal o permanente, que se pueden producir con ocasión de la intervención del tratamiento, aunque estos se ejecuten de un modo técnicamente irreprochable.

En relación a cuál debe ser el contenido básico de la información que el médico debe entregar al paciente sobre los riesgos de la intervención, teniendo en cuenta principalmente lo prescrito por el artículo 10.1 de la ley 41/2002, letras b y c<sup>421</sup>, cabe plantearse la interrogante sobre si el médico está obligado

---

<sup>421</sup> *Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.*

*1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:*

*a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.*

*b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.*

a informar sólo de los riesgos típicos o si además debe informar de los riesgos atípicos<sup>422</sup>. Entendiendo por riesgos típicos, aquellos que usualmente son asociados al tratamiento o intervención médica que va a ser realizada al paciente, y por riesgos atípicos, aquellos que pueden ser considerados excepcionales debido a la existencia de una baja probabilidad de ocurrencia<sup>423</sup>.

Para responder de mejor forma a la interrogante planteada, es necesario recurrir nuevamente a la distinción entre la medicina curativa o terapéutica y la medicina voluntaria o satisfactiva. Así, en casos de medicina curativa, la jurisprudencia deja expresamente fuera de la obligación de informar que pesa sobre el galeno a los denominados riesgos atípicos por considerarlos de muy

---

c) *Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.*

d) *Las contraindicaciones.*

<sup>422</sup> Sobre el particular interesante resulta aludir a la solución adoptada en el *common law*, así, como lo destaca JONES, en los países del área del *Common Law* se manejan unos criterios en función del punto de vista que se toma como referencia. Por un lado, está el criterio del médico, según el cual habrá que atender a la práctica médica habitual o *lex artis* para ver si la falta de información es negligente o no. Existiendo negligencia en la falta de información, sólo cuando se deja de informar sobre algún riesgo que un médico razonable hubiese revelado, sirviendo como parámetro la frecuencia estadística del riesgo. Por otro, se encuentra el criterio del paciente razonable (*reasonable patient standard*), el cual supone tener en cuenta no lo que hacen la mayoría de médicos competentes, sino lo que querría conocer un paciente razonable. Aquí el médico debe informar sobre los riesgos sustanciales (*material risks*), que son aquellos que tienen capacidad para influir en el resultado de la decisión sobre la aceptación o rechazo de un determinado acto médico, y que una persona razonable desearía conocer antes de tomar una decisión razonada respecto de la intervención propuesta. Dicho criterio introduce, como elemento a tener en cuenta, la gravedad de la lesión. Por último se manejaría un tercer criterio, generalmente rechazado por excesivamente subjetivo, el cual supone tener en cuenta sólo la opinión del propio paciente: si el propio paciente (no un paciente objetivamente razonable) hubiese rechazado el acto de haber sido informado de los riesgos, el médico debe responder de la materialización de ese riesgo. Si bien es cierto que existen algunos casos particulares que se apartan del parámetro del paciente objetivo, no hay que olvidar que ese paciente razonable debe colocarse en la posición del paciente concreto, con sus circunstancias particulares de tal manera que lo que puede no ser relevante para un paciente razonable (pérdida de la falangeta del dedo menique de la mano izquierda) resulta de conocimiento indispensable en algunos casos (pianista de reconocido prestigio). JONES, Michael. *Medical negligence*. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, pp. 253 y ss.,

<sup>423</sup> Así lo destacan entre otros: GARCÍA RUBIO, María Paz. *Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica* /en/ Llamas Pombo Eugenio (Coord.). Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano ALONSO, Tomo I, Madrid: La Ley, 2006, p. 807; ABEL LLUCH, Xavier. *El derecho de información sanitaria* /en/ Revista jurídica La Ley, nº 5.698 de 16 de enero de 2003, pp. 2 y 3; MARTÍN BERNAL, José Manuel. *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*. Madrid: La ley, 1998, pp. 352 y 362; ROMEO MALANDA, Sergio. *Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes* (Parte I) /en/ Revista Jurídica La Ley, nº 5703 del 23 de enero de 2003 y MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 258 y 259.

escasa ocurrencia<sup>424</sup>. En este sentido, entre otras, se pronuncia expresamente el Tribunal Supremo en la conocida sentencia de 28 de diciembre de 1998, donde, a efectos de exonerar de responsabilidad al facultativo demandado, señala en su fundamento de derecho quinto que, *“la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que pueden producirse con mayor frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia”*<sup>425</sup>.

Siguiendo la interpretación anunciada, cabe destacar la sentencia de 17 de abril de 2007, donde el máximo Tribunal español conoce de la demanda interpuesta por una paciente afectada de una intensa escoliosis de la cual fue tratada logrando una mejoría en el grado de su enfermedad, pero presentando como consecuencia del tratamiento una disartria, trastorno cuyo riesgo de padecimiento no fue informado a la paciente. En definitiva, la respectiva Sala del Supremo español confirma las sentencias absolutorias de instancia considerando que, *“el riesgo de disartria como consecuencia del tratamiento de rehabilitación aplicado no puede calificarse como típico ni frecuente en este tipo de tratamientos, por lo que no podía considerarse como exigible una información detallada acerca de su posible concurrencia”*<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> Por parte de la doctrina, así lo han destacado entre otros: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 587 a 589; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica...* p. 216; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Procreación artificial y responsabilidad civil. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II congreso mundial vasco). Madrid: Trivium, 1988, pp. 252 y 257. En contra puede destacarse la posición de GARCÍA RUBIO, María Paz. *Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica...* pp. 807 a 809.

<sup>425</sup> STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10164). Los hechos objeto del juicio son básicamente los siguientes: Al actor, quien padecía de prostatismo, se le diagnostica un adenoma de próstata, a fin de tratarse dicho padecimiento el demandante se sometió a una intervención quirúrgica en el Hospital Príncipe de España de Hospitalet de Llobregat la cual consistió en una adenomectomía retropúbica que se realizó mediante la técnica transvesical. Meses después de la intervención quirúrgica el demandante comenzó a sentir síntomas de impotencia así como una elevada incontinencia urinaria lo que lo llevo en diversas ocasiones a acudir a diversos centros sanitarios públicos y privados.

<sup>426</sup> En igual sentido se pronuncia la STS de 30 de abril de 2007 (RJ 2007, 2397), la cual simplifica la tramitación informativa en el supuesto de la medicina asistencial, al declarar en su fundamento de derecho quinto que *“en el campo de la medicina curativa, no cabe exigir una*

Respecto de la información de los riesgos en la medicina voluntaria o satisfactoria<sup>427</sup>, con un particular énfasis en las cirugías estéticas,<sup>428</sup> se ha sentado la correcta doctrina de exigir al facultativo un mayor nivel de información de los riesgos asociados al tratamiento o intervención a practicar, requiriendo que se informe al paciente-cliente tanto de los riesgos típicos como de los atípicos. Sobre el particular se ha señalado que, tratándose de la cirugía estética “la información debe abarcar todos los riesgos previsibles, incluso aquellos que sólo se verifican excepcionalmente”<sup>429</sup>. Es conocido, como destaca RIBOT IGUALADA, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la de los tribunales de los países como Francia e Italia<sup>430</sup>, no sólo

---

*información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse*”. Idéntico criterio también ha sido sostenido por la jurisprudencia francesa. Así, la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 18 de diciembre de 2002 declaró la inexistencia de responsabilidad en el urólogo que no informó a su paciente del riesgo de ablación de un riñón tras la exéresis de un cálculo uretral, por cuanto tal complicación resultaba imprevisible y excepcional. En la misma línea se pronuncia, la sentencia del máximo Tribunal francés de 7 de diciembre de 2004, con ocasión de la demanda interpuesta por un paciente que presentó una necrosis cutánea de la cara interna de la pierna y del músculo subyacente tras la práctica de una esclerosis de varices, absolviendo en definitiva al cirujano demandado que no había informado de este riesgo, no obstante la técnica quirúrgica fue adecuada, calificándolo de excepcional e imprevisible. Un extenso desarrollo de las sentencias referenciadas lo encontramos en GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 587 a 589.

<sup>427</sup> Sobre el deber de información en la medicina satisfactoria vid. el trabajo de BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactoria...* pp. 175 y ss.

<sup>428</sup> Al respecto véase a NAVARRO MICHEL, Mónica. *Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005 /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 538.*

<sup>429</sup> Así, siguiendo a cierta jurisprudencia francesa, LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 400; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La cirugía estética y su responsabilidad...* p. 346; RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 144; y GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 597.

<sup>430</sup> El criterio sustentado por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 17 de febrero de 1998, donde apunta que, la información de intervenciones de cirugía estética, cuya omisión determina la responsabilidad del médico, debería incluir la explicación completa de las complicaciones de todo tipo, incluso las menos graves, así como la de las molestias y los padecimientos que podría producir la intervención. Debiendo informar en concreto “*tous les inconvénients pouvant en résulter*”, entre los cuales deberían figurar las secuelas y cicatrices, las posibles dificultades de una cicatrización defectuosa y la necesidad de tratamientos complementarios como el drenaje linfático. El único límite práctico que ve el alto Tribunal francés, versaría en que el médico estaría obligado a informar sólo de los riesgos conocidos según el estado de la ciencia en el momento en que se lleva a cabo el acto médico. Así lo destacan entre otros, la autora francesa WELSCH, Sylvie. *Responsabilité du médecin: risques et réalités judiciaires*. Paris: Litec, 2000, pp. 66 y ss. En España siguen esta idea: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La cirugía estética y su responsabilidad...* p. 346; RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 145 y GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 597, quien además trae a colación un interesante ejemplo jurisprudencial de la Corte de Casación Civil italiana, donde en la sentencia de 8 de junio de 1985, dicho tribunal condena al médico que practicó una intervención de

exige al médico que informe de los riesgos que puedan calificarse de “frecuentes”, sino también de los que, aun siendo excepcionales, remotos o poco probables, pueden producir un perjuicio grave y que el paciente tiene derecho a conocer para tomar una decisión verdaderamente autónoma<sup>431</sup>.

Dentro de los ejemplos jurisprudenciales que siguen el lineamiento apuntado, cabe destacar, entre otros, la Sentencia del Supremo español de 22 de julio de 2003, donde es demandado el cirujano que efectuó mal una operación de extracción e implantación de prótesis mamarias, señalando el alto Tribunal que la obligación de información del cirujano estaría integrada “*por los eventuales riesgos previsibles e incluso infrecuentes, para poder ser valorados por el paciente y con base a tal conocimiento prestar su consentimiento o conformidad o desistir de la operación, lo que resulta más relevante para los supuestos de medicina voluntaria en los que la libertad de opción es evidentemente superior a cuando se trata de medicina necesaria o curativa*”<sup>432</sup>.

Otra resolución del Tribunal Supremo que se pronuncia en este sentido es la Sentencia de 22 de junio de 2004, la cual, con ocasión de la práctica a la demandante de una intervención quirúrgica reductora de mamas efectuada con la doble finalidad de aliviar sus dolores de espalda y alcanzar un buen resultado estético, declara en su fundamento de derecho cuarto lo siguiente: “...*la falta de documento alguno acreditativo de que el demandado-recurrido informara a la actora-recurrente de ese 0,44% de posibilidades de necrosis...*”

---

cirugía estética a una bailarina y actriz profesional, tras lo cual quedó con cicatrices evidentes y asimetría de ambos senos, comprometiendo por ello gravemente su actividad profesional, pues en su actuación incluía habitualmente números eróticos. Dicha sentencia toma en cuenta para condenar al cirujano, a pesar de que la técnica y diligencia seguida fue la correcta, el incumplimiento de éste de la obligación de informar con todo detalle a la cliente sobre los riesgos estéticos que acarrearía tal operación. Cita también este autor español una sentencia de la Corte de Apelación de París del 9 de abril de 1999, la cual destaca, con ocasión de la colocación a una paciente de una prótesis mamaria, el fortalecimiento del deber de información cuando se trata de intervenciones propias de la cirugía estética. Esta misma Corte, en la sentencia dictada con fecha 2 de abril de 1999 con motivo de la reclamación interpuesta tras la realización de un lifting en la cara interna de los muslos de una paciente, señaló la necesidad de que el cirujano estético informara a su cliente de todas las circunstancias que puedan derivarse de su actuación.

<sup>431</sup> RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 144; RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario de la sentencia de 2 de julio de 2002 /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Vol. 60, 2002, pp.1170 y ss.* En igual sentido el francés, LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats...* n° 1912, p. 514.

<sup>432</sup> STS de 22 de julio de 2003 (RJ 2003, 5391).

*difícilmente permite aceptar la pura y simple conjetura, más que presunción, del tribunal sentenciador sobre la suficiencia de la información facilitada a la paciente. En realidad, si se lee con atención el razonamiento que dicho tribunal dedica a este punto, transcrito en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación, es fácil advertir una contradicción insalvable: como el porcentaje de posibilidades de la necrosis era muy bajo, la falta de información sobre ese riesgo sería intrascendente, conclusión inaceptable... El razonamiento correcto, en suma, es precisamente el contrario, porque si la intervención quirúrgica no era estrictamente necesaria, el deber del cirujano de informar a la paciente de todas las complicaciones posibles, lejos de perder importancia, cobraba una especial intensidad<sup>433</sup>.*

En similares términos se pronuncia la sentencia de 21 de octubre de 2005 la que conoce de la reclamación de la actora por un tratamiento dermoabrasador realizado con láser quirúrgico el cual tenía por finalidad corregir unas pequeñas cicatrices. Fundamenta su petición la demandante en que tras la práctica del mentado tratamiento le aparecieron unos queloides que incluso empeoraron su aspecto estético previo, no siéndole informados tales riesgos. Por su parte el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia señala que, “...*en la medicina satisfactiva o voluntaria el deber de información por parte del médico se acrecienta, por cuanto si este deber se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre su salud, con más razón resulta exigible cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención, habida cuenta la falta de premura de la misma... el deber de información en la medicina satisfactiva –en el caso, cirugía estética–, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención, también denominada en nuestra doctrina información como requisito previo para la validez del consentimiento, que es la que aquí interesa (otra cosa es la denominada*

---

<sup>433</sup> STS de 22 de junio de 2004 (RJ 2004, 3958).



*información terapéutica o de seguridad, que comprende las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y que también debe abarcar la de preparación para la intervención), como información objetiva, veraz, completa y asequible, no sólo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible —no debe confundirse previsible con frecuente— no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del resultado estético como ocurre con el queloide. La información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”<sup>434</sup>.*

Para terminar con esta referencia jurisprudencial, cabe agregar lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de octubre de 2006, la que conoce de la reclamación de la demandante en contra del Centro Español de Dermatología Capilar por una serie de lesiones dermatológicas crónicas a raíz de una implantación capilar artificial, considera aquí el alto Tribunal Español que una intervención de este tipo obliga a exigir un mayor rigor en cuando a la información que el facultativo debe proporcionar a su paciente, señalando en su fundamento de derecho cuarto que, *“Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005 ( RJ 2005, 8547),*

---

<sup>434</sup> STS de 21 de octubre de 2005. (RJ 2004, 8547).

*obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención, y esta información no fue proporcionada debidamente. Pero es que, además, los hechos de la sentencia refieren la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria «capaz de inducir a error al consumidor o usuario artículo 8 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de especialistas en cabello cuando ciertamente los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales». Y ello supone no solo un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética, y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad<sup>435</sup>.*

Como se ha sostenido, esta mayor exigencia tendría sentido ya que la libertad de opción del paciente-cliente es evidentemente superior para rechazar la intervención médica a la que se tiene en los casos de medicina curativa o asistencial<sup>436</sup>. Además, otro factor que hace conveniente que el deber de información médica en el ámbito de la medicina satisfactiva sea más riguroso en este punto, es la posibilidad que existe de que el personal médico sanitario, en determinados casos, no informe de la existencia de riesgos excepcionales

---

<sup>435</sup> STS de 04 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6428).

<sup>436</sup> SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados* /en/ Herrador Guardia, Mariano José (Coord.), Derecho de Daños. Madrid: Sepin, 2011, p. 302.

para evitar que los pacientes-clientes no presten su consentimiento para someterse a la intervención<sup>437</sup>. Sobre este tópico, no debe olvidarse que en los casos de medicina voluntaria, por definición, no existe la necesidad de realizar la intervención médica para mejorar la salud de la persona, sino que ésta se produce de manera voluntaria ya sea para mejorar el aspecto físico (cirugía estética y determinadas intervenciones odontológicas), o para conseguir la transformación de una actividad biológica (operaciones de esterilización), motivo por el cual el paciente-cliente necesariamente tiene que estar informado de todos y cada uno de los riesgos y/o secuelas que puedan derivar de la intervención médica. Sólo en estos casos podremos afirmar que el paciente-cliente ha recibido una información adecuada y que éste ha tenido la oportunidad de valorar los eventuales riesgos y ejercitar su derecho de autodeterminación sobre su persona y salud, prestando o denegando libremente su consentimiento a la intervención médica de que se trate<sup>438</sup>.

### 2.1.3.2. - Información terapéutica o de seguridad.

La información terapéutica o de seguridad se caracteriza por formar parte de los deberes de prestación del médico en la adecuada ejecución del tratamiento o la intervención. Junto a la aplicación de las técnicas y medios propios de su arte, el profesional está obligado a suministrar al paciente las recomendaciones e instrucciones que la técnica requiera para garantizar el buen fin de la intervención y para que se produzca, en la medida de lo posible, el resultado esperado de curación o mejoría<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> En este sentido, cabe destacar lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de octubre de 2006 con ocasión de un tratamiento de implante capilar artificial, donde señala expresamente que en los supuestos de medicina satisfactiva es necesario mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información que respecto de la medicina asistencial, “*porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención*”. STS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6428). En la misma línea se pronuncian, entre otras, las SSTS de: 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547) y 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 3871).

<sup>438</sup> PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan. *La responsabilidad Civil Médico-Sanitaria en el derecho español: Significados y alcance del consentimiento informado /en/* De la Maza Gazmuri, Iñigo (Comp.), Cuadernos de análisis jurídico, colección derecho privado IV, Responsabilidad Médica. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, p. 163.

<sup>439</sup> RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 145; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 636. Al respecto el Supremo español ha declarado que, “*la información terapéutica o de seguridad comprende las medidas a*

Teóricamente se ha afirmado que este tipo de información no es presupuesto del consentimiento informado del paciente, puesto que no se dirige a obtener su consentimiento ante una intromisión en su integridad física o psíquica. En otras palabras, la ausencia de esta información antes de la intervención no ha de repercutir sobre la decisión de aquél de someterse o no a un tratamiento o intervención, salvo que por su especial incomodidad, peligrosidad o duración, debiera haberse advertido al paciente de estos efectos antes que éste tomase la decisión de iniciar el tratamiento o de someterse a una intervención<sup>440</sup>.

Por tanto, omitir la entrega de información terapéutica o de seguridad, supondrá para el facultativo incurrir en negligencia en la ejecución del tratamiento, la cual se traduce en exponer al paciente a que con sus propios actos u omisiones impida una previsible curación o mejoría, o de que no adopte las medidas adicionales para asegurar el resultado esperado<sup>441</sup>, negligencia que conjugada con la materialización del daño hará exigible la responsabilidad del facultativo.

A pesar de lo que a simple vista pudiera parecer, esta información terapéutica no se aplica exclusivamente en el ámbito de la medicina satisfactiva, al contrario, su omisión determinará la culpa del facultativo no sólo en supuestos de medicina voluntaria, sino que también en casos de medicina asistencial, siempre que el estándar técnico requiera que el médico advirtiera al paciente que éste debía adoptar determinadas acciones tendentes a lograr su

---

*adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y (...) también debe abarcar la de preparación para la intervención*". STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547).

<sup>440</sup> En este sentido y por todos, el alemán DEUTSCH, Erwin. *Medizinrecht...* pp. 87 y ss. y los españoles: RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 145; y GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 636 y 637.

<sup>441</sup> Así lo destacan los alemanes, LAUFS, Adolf y UHLENBRUCK, Wilhelm. *Handbuch des Arztrecht...* § 62, p. 461 y KATZENMEIER, Christian. *Arzthaftung...* p. 327; en igual sentido los españoles: RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 146; MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Comentario a la STS de 29 de Mayo de 2003...* p. 59; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...* pp. 146 y 147.

recuperación o mejoría y no lo hizo o lo hizo mal, impidiendo o dificultando por ello su curación<sup>442</sup>.

Por último, cabe destacar que el alcance de la obligación de información terapéutica puede llegar a ser muy variado, pudiendo recaer en: a) Sobre medidas estrictamente terapéuticas, las cuales sólo suponen una de las fases en el tratamiento aplicado al paciente, como por ejemplo serían las de información sobre medicación a tomar tras la intervención<sup>443</sup>, información sobre la necesidad de someterse a rehabilitación, información sobre la introducción de cambios en la dieta o en ciertos hábitos como el fumar; b) Respecto de medidas de autoprotección para asegurar el buen fin de la intervención y evitar correr riesgos adicionales, dentro de las que a modo ejemplar podemos mencionar, recomendaciones tales como no realizar ciertos ejercicios físicos tras la operación, evitar conducir tras ser dado de alta en operaciones con anestesia local, evitar mantener relaciones sexuales, etc.<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> Así lo destaca, RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 146.

<sup>443</sup> Específicamente sobre la prescripción de un tratamiento farmacológico que, sin haberse practicado por parte del facultativo los controles y analíticas precisas, implicó para el paciente una incapacidad física que le hace precisar de ayuda para casi todos los actos de la vida diaria, el máximo tribunal español, conociendo del recurso de casación interpuesto por el demandado y la aseguradora, Allianz Ras, declaró a efectos del deber de entrega de información que recae sobre el facultativo que: *“El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces al caso a tratar, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente. El médico es por tanto el encargado de señalar el tratamiento terapéutico individualizado en función de la respuesta del paciente y de prescribir el uso o consumo de un medicamento y su control, proporcionando una adecuada información sobre su utilización, al margen de la que pueda contener el prospecto. La Ley del Medicamento, en su art. 19, hace referencia a la ficha técnica, no dirigida al usuario, sino al médico y farmacéutico. (lo subrayado es nuestro). Si bien en este caso la condena sobre el facultativo de debe principalmente a que durante el curso curativo de la paciente no fue lo diligente que debía esperar a la vista de la evolución y de los síntomas de esta, nos parece destacable lo señalado por el Tribunal Supremo respecto de la necesidad de la información también respecto de los medicamentos recetados. STS de 8 de febrero de 2006 (RJ 2006, 544).*

<sup>444</sup> RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 146.

#### 2.1.4.- Forma de la información.

Sobre la forma en que se debe proporcionar la información al paciente, conviene preguntarse si ésta ha de entregarse verbalmente o por escrito. Al respecto, el artículo 4.1 de la ley 41/2002, aunque sin gran exhaustividad, se refiere a la cuestión disponiendo que: la información, “*como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*”. Cabe destacar que el citado precepto, viene a modificar lo que disponía en este aspecto el ya derogado artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 1986, el cual establecía el derecho de todo paciente a que se le diera información verbal y escrita sobre su proceso.

Por lo tanto, teniendo a la vista lo preceptuado por la normativa vigente, queda claro que por regla general la información se proporcionará verbalmente, debiendo, además, el facultativo dejar constancia de ello en la historia clínica del paciente<sup>445</sup>. Que la actual normativa no imponga como requisito la escrituración como formalidad de la entrega de información, no quiere decir que la prohíba, por lo que en la práctica la información que conste por escrito ostentará un valor *ad probationem* en el sentido de que facilitará la prueba de que existió tal información<sup>446</sup>.

Uno de los principales problemas que se ha suscitado respecto de la forma en que se pone la información a disposición de los pacientes, es la práctica, cada vez más habitual en el ámbito sanitario, de suministrársela a través de formularios o protocolos informativos genéricos. Dicha práctica ha

---

<sup>445</sup> Señala al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 2003 que, “*aunque se permita su práctica en forma verbal, al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002*”. STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916).

<sup>446</sup> Son de esta idea: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 539 y 540; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *Responsabilidad civil derivada de asistencia médica /en/* Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II. Barcelona: Bosch, 2008, p. 1089; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva...* p. 196. En este sentido ha señalado la jurisprudencia que “*el hecho de que no quedara constancia escrita de la información no quiere decir que la misma no se haya facilitado siempre que por otros medios se acredite la realidad de aquella*”. Al respecto véase las SSTS de: 27 de Mayo de 2004 (RJ 2004, 3548); 29 de septiembre (RJ 2005, 8891) y 17 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7636).

sido criticada por parte de la doctrina y también por cierta jurisprudencia<sup>447</sup>, principalmente porque los formularios genéricos de información no tendrían otra función que proteger al facultativo frente a posibles reclamaciones, sin preocuparse de la auténtica información del paciente, desvirtuando así la verdadera finalidad de este importante deber<sup>448</sup>.

No obstante el rechazo de los formularios genéricos como método de entrega de información al paciente, resulta destacable el beneficio que la entrega de un folleto informativo, siempre y cuando sea específico, personalizado y complementario de la información verbal, puede producir en el paciente<sup>449</sup>. Es por ello que somos partidarios de la utilización de folletos informativos pero sólo como un necesario complemento de la información verbal, subrayándose en éstos aquellos datos que al facultativo le interesen que el paciente tenga en cuenta al momento de tomar una decisión<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup> Así las SSTs de: 27 de abril 2001 (RJ 2001, 6891); 29 de mayo 2003 (RJ 2003, 3916) y 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396), entre otras. Al respecto resulta clarificadora la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de mayo de 2005, la cual declara la responsabilidad del oftalmólogo por falta de información, en un caso de cirugía refractiva, cuyo postoperatorio condujo a una severa hipermetropía y astigmatismo en la demandante que finalmente la obligaron a un trasplante de córnea. En relación a la información, destaca la sentencia en su fundamento de derecho segundo, que la *"ineficacia del consentimiento, prestado mediante la suscripción por el paciente de los documentos referidos, cuya exposición más bien parca y lacónica, y de sentido eminentemente abstracto e inconcreto, en modo alguno revelan que se le hiciera saber la existencia de técnicas alternativas a la que se le iba a aplicar, ni de los riesgos y efectos secundarios de esta cirugía, entre los que se encontraban los problemas de cicatrización excesiva o defectuosa"*. SAP de Madrid de 16 de Mayo de 2005 (AC 2005, 1089).

<sup>448</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*...pp. 547 y 548.

<sup>449</sup> Así lo destaca GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*... p. 546, quien hace referencia a un estudio en donde el médico que, como complemento de la información verbal respecto de los riesgos de la intervención entregaba al paciente un folleto explicativo con las ventajas e inconvenientes de la misma, logra conseguir que éste recuerde de mejor forma los riesgos que aquel paciente que no se le entrega soporte documental alguno. Según el Dr. MAKDESSIAN del Centro West-Med de Cirugía Cosmética Facial, autor del trabajo, los pacientes que se someten a cirugía estética recuerdan menos de la mitad de las explicaciones que su médico les facilita verbalmente. Dicho estudio lo efectuaron sobre 120 pacientes (de 41 años de edad media) que acudieron a su centro para la práctica de rinoplastia o láser para rejuvenecimiento. A la mitad de ellos se les informó verbalmente y al resto se les entregó, además, un folleto explicativo que hacía hincapié en los riesgos del procedimiento. Dos semanas más tarde, se contactó con todos ellos por teléfono para comentar qué riesgos recordaban. De los 120 participantes 48 se operaron. Los investigadores detectaron que la tasa general de memoria de riesgos es del 40% (dos riesgos de un total de cinco en cada tipo de intervención). Hubo un aumento de 1,5 a 2,5 en la tasa de recuerdo en los pacientes que recibieron el folleto.

<sup>450</sup> Al respecto destaca GUERRERO ZAPLANA, José. *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*... pp. 101 y 102, que, *"en la redacción de formularios, que siempre serán precisos para la constancia documental del consentimiento, hay que adoptar determinadas precauciones para que lleguen a cumplir la finalidad para la que están"*

### 2.1.5.- Limitaciones al deber de información.

Si bien hemos destacado la vigencia y plena exigibilidad del deber de información que pesa sobre el facultativo, cabe resaltar que en algunas justificadas situaciones esta entrega de información podrá ser limitada en exclusivo beneficio del paciente, lo cual acontecerá cuando, por razones objetivas, el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar la salud de éste de manera grave<sup>451</sup>.

Como destaca el tratadista francés JOURDAIN, la obligación de información se impone en interés del paciente; si aparece claro que la información puede dañarlo, teniendo en consideración los efectos psicológicos desastrosos de un diagnóstico o de un pronóstico grave, el mismo interés del paciente debe concurrir a dispensar al médico, debiendo por ello este último

---

*destinados. Será necesario que se utilicen frases cortas con abundantes puntos y aparte, palabras sencillas, evitando en la medida de lo posible los tecnicismos, y sustituir éstos por su descripción con palabras comunes. Si es posible, conviene utilizar dibujos o gráficos, utilizando una estructura de texto que resulte a la vez atractiva y clarificadora; se deben emplear varios tipos de letra para destacar lo que tiene una importancia esencial y una importancia secundaria; se debe favorecer el empleo de símbolos, sombreados, cajas de texto, negritas, subrayado y todos los métodos posibles que permitan hacer la lectura del texto lo más agradable posible. Debería tratar de omitirse, pues su uso resulta muy controvertido, el empleo de porcentajes numéricos así como de datos estadísticos, y ello pues, por un lado, la relevancia estadística no se relaciona necesariamente con la relevancia clínica y además, los datos pueden resultar muy dispares según la fuente de que procedan y según el lugar de obtención de los mismos (literatura científica, laboratorios, hospital". etc.). El formulario debe reunir, junto al texto previsto, la posibilidad de que se añadan algunas frases o palabras que permitan personalizar la concreta información que se da a cada paciente".*

<sup>451</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 498; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 510, destaca este autor la dificultad que entraña tanto para el médico como la incomodidad para el paciente en caso de comunicar un pronóstico grave destacando que, "lo comprometido que puede llegar a ser el comunicar al enfermo un pronóstico grave: en primer lugar para el médico, que se ve inmerso en una situación desagradable; pero también para el paciente puede resultar un tanto cruel en determinados casos el conocimiento de su estado de gravedad. Y no sólo cruel, sino que puede entrañar el riesgo de traumatizar al enfermo con una revelación inoportuna y susceptible de agravar el mal presente, e incluso de inquietarle inútilmente con el peligro de que rechace una intervención indispensable para su sanación. Evidentemente, en estos últimos casos, y de acuerdo con la moderación a que hacíamos referencia anteriormente, el deber de información encuentra un límite, y así se ha manifestado abiertamente la doctrina y jurisprudencia francesa. Mientras en los países anglosajones los médicos manifiestan con toda normalidad al paciente la gravedad de su enfermedad, en los países latinos parece que se tiende a velar o casi no comunicar esas enfermedades graves para la salud. Cabe señalar que se trata de una cuestión eminentemente deontológica si el médico debe o no revelar al paciente tal circunstancia".



apreciar en conciencia si las razones terapéuticas legitiman o no la limitación de la información médica<sup>452</sup>.

De esta forma, el problema respecto de la limitación del deber de información puede plantearse cuando el paciente enfermo, por motivo de su situación física o psíquica, o de la gravedad de su enfermedad, puede difícilmente recibir un diagnóstico que le pueda afectar de forma negativa en el curso de su recuperación<sup>453</sup>. Al respecto se ha defendido que el médico debiese omitir informar directamente al paciente cuando se trate de un diagnóstico grave, debiendo, en estos casos, preferir informar y requerir el consentimiento a un familiar de éste<sup>454</sup>. En relación a lo anterior, resulta interesante subrayar que el artículo 5.4 de la ley 41/2002, señala que, *“El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia*

---

<sup>452</sup> JOURDAIN, Patrice. *Limitation thérapeutique de l'information médicale en matière de diagnostic* /en/ Recueil Dalloz, sec. Sommaires commentés, 2001. pp. 470 y 471. Al respecto cita el autor Galo un caso de la Corte de Casación francesa de 23 de mayo de 2000, donde se trataba de un enfermo afectado de una psicosis maniacodepresiva, cuya evolución debería evaluarse en varios años. Teniendo en cuenta la alternancia de las fases melancólica y de excitación de esta enfermedad, el interés del paciente justificaba, a juicio del Tribunal, la limitación de la información sobre el diagnóstico de su proceso, la cual debía efectuarse con suma prudencia.

<sup>453</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 245. Al respecto resultan decidoras las palabras del Gran Médico español Gregorio Marañón y Posadillo quien con su particular elocuencia expresa: *“Algunas noches, al terminar mi trabajo, he pensado lo que hubiera pasado si a todos los enfermos que habían desfilado por la clínica les hubiera dicho rigurosamente la verdad. No se necesitaría más para componer la pieza más espeluznante del Gran Guiñol. El médico, pues –digámoslo heroicamente–, debe mentir. Y no sólo por caridad, sino por servicio a la Salud. ¡Cuántas veces una inexactitud, deliberadamente imbuida en la mente del enfermo, le beneficia más que todas las drogas de la farmacopea! (...). ¿Cómo va el médico, entonces, a no mentir? Pecado lleno de disculpas magníficas es, por lo tanto, este de mentir al enfermo que lo necesita. Y, en ocasiones, el pecado se convierte en obligación”*. MARAÑÓN Y POSADILLO, Gregorio. *Vocación y Ética y otros ensayos*, 6.1 ed., Madrid: Colección Austral, 1976, pp. 71 y ss.

<sup>454</sup> Así GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* pp. 109 y 110.

*clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.*<sup>455</sup>.

En consonancia con lo expuesto, pueden establecerse ciertas pautas para determinar en qué casos específicos debiese operar esta limitación al deber de información, así:

- a) Para que opere esta limitación, la actividad sanitaria en cuestión deberá circunscribirse a una práctica de medicina curativa, en la que por definición, y en contraposición de la medicina satisfactiva, existirá una necesidad terapéutica o de curación<sup>456</sup>. No pudiendo existir limitaciones al deber de información respecto de supuestos de medicina voluntaria, principalmente porque en estos casos las intervenciones son planeadas con antelación y se persiguen fines distintos –mejoras del aspecto físico, de la capacidad reproductora, entre otros– de la curación o tratamiento de una enfermedad.
- b) Las limitaciones al deber de información son por su propia naturaleza de carácter excepcional y sólo se justifican cuando éstas persigan evitar trastornos emocionales al paciente<sup>457</sup> que pudieran derivar en la agravación de su estado de salud. En este sentido, apunta LLAMAS POMBO, que el estado del enfermo puede aconsejar que se le oculten algunos extremos de su afección o incluso que se le reste importancia a su gravedad, en aras de su posible curación y teniendo presente los efectos psicológicos que implicaría el revelarle la verdad crudamente.

---

<sup>455</sup> Al respecto cabe precisar que el artículo 11.5 del anterior Código de deontología médica, se establecía expresamente que, “*En beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave. Aunque esta actitud debe considerarse excepcional con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro*”. No obstante, en el nuevo Código de Deontología Médica, vigente en España desde julio de 2011, no encontramos referencia alguna al precepto referenciado.

<sup>456</sup> PALOMARES BAYO, Magdalena y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier. *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital: análisis de la legislación europea, nacional y autonómica: estudio de su evolución jurisprudencial*. Granada: Comares, 2002, p.79; en igual sentido, GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 499.

<sup>457</sup> PALOMARES BAYO, Magdalena y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier. *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital: análisis de la legislación europea, nacional y autonómica: estudio de su evolución jurisprudencial...* p. 79.

Así las cosas, tal simulación sería legítima siempre y cuando se respeten los criterios mínimos para poder hablar de un consentimiento libre de vicios a la hora de intervenir al paciente o aplicarle un determinado tratamiento. Al enfermo debe proporcionársele la verdad siempre y cuando pueda serle útil, y si el médico estima que una franqueza absoluta sería nefasta para la recuperación de aquél, puede callar si su conciencia profesional se lo impone, sin incurrir a nuestro entender en responsabilidad alguna, no obstante que deberá informar plenamente a los familiares del paciente<sup>458</sup>.

Otra circunstancia que justificaría la limitación en la entrega de información por parte del facultativo al paciente, la encontramos, aunque el precepto no se refiere al deber de información expresamente, en el artículo 9.2 letra b) de la ley 41/2002. En virtud del citado texto hay acuerdo en que cuando exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo, se exonere al médico –privilegiando el derecho a la vida e integridad física y psíquica del paciente por sobre el deber de información– de la carga de prestar previamente la información al paciente e incluso de requerir, previo a la realización de la actividad médica, su consentimiento<sup>459</sup>. Como bien ha expuesto CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, el deber de información sólo puede obviarse cuando la urgencia de intervención del facultativo sea tal que no permita perder unos minutos en esta información previa para salvar una vida<sup>460</sup>. No obstante hay que destacar que si bien la situación de urgencia exime al facultativo de la obligación previa de informar al paciente, dicha exigencia deberá ser cumplimentada en una etapa posterior al acto médico<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 512.

<sup>459</sup> MÉNDEZ SERRANO, María del Mar. *Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2007 /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 919; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)... p. 282.*

<sup>460</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños...* p. 197.

<sup>461</sup> En igual sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)... p. 282.*

Un último caso de limitación al deber de información del médico lo encontramos en la novedosa inclusión que hace la ley 41/2002, de la facultad de renuncia por parte del paciente a recibir información. Dicha facultad se encuentra establecida en el artículo 4.1<sup>462</sup> y con mayor detalle en el artículo 9.1 de la citada ley<sup>463</sup>, señalando este último precepto que, *“la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”*. Como lo destaca el referenciado artículo, para ser válida la renuncia a la información, ésta deberá manifestarse en forma clara documental e inequívoca, y no meramente presunta, debiendo quedar constancia de la misma en su historia clínica. Además, no eximirá de la necesidad de contar con el consentimiento del paciente para practicarle la intervención médica de cuyos riesgos y alternativas no desea ser informado<sup>464</sup>.

No obstante lo señalado, hay que dejar patente que la facultad en cuestión no se trata de un derecho absoluto<sup>465</sup>, puesto que como lo destaca el propio artículo transcrito, dicha renuncia estará limitada por interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso<sup>466</sup>. En este sentido, consideramos acertada la precisión

---

<sup>462</sup> El artículo 4.1 de la ley 41/2002 también pone en relieve esta cuestión al señalar que, *“los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada...”*.

<sup>463</sup> En el mismo sentido el artículo 15.2 del vigente Código de Ética y Deontología Médica de 2011 y el antiguo artículo 10.1 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999.

<sup>464</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 108.

<sup>465</sup> En este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... p. 230.

<sup>466</sup> Resulta interesante subrayar estos límites impuestos por el legislador a la renuncia del paciente, puesto que como observa GALÁN CORTÉS, *“el legislador establece una suerte de estado de necesidad ante un posible conflicto entre el deseo del paciente de no conocer su enfermedad y el derecho de terceros que potencialmente pudieren verse perjudicados en su salud por dicha actitud, resultando especialmente relevante este conflicto en casos de enfermedades infectocontagiosas (VIH...) y en supuestos de diagnósticos genéticos (en los que el conocimiento de su resultado por los familiares pudiere resultar esencial con el fin de prevenir o dilatar en su aparición una futura enfermedad”*. GALÁN CORTÉS, Julio César.

que hace el legislador español en este sentido, puesto que ante las exigencias de protección de la salud pública, cuando el paciente padezca una enfermedad que precise la adopción de ciertas precauciones para evitar su transmisión a terceros –los casos más comunes serán cuando el paciente padezca de enfermedades de transmisión como SIDA o Hepatitis C–, debe ser el bien común y no la pretensión individual la que prevalezca.

## 2.2.- El deber de requerir el consentimiento del paciente.

Como prevención cabe subrayar que el deber en comento no puede calificarse en puridad como un deber de información por cuanto lo que se exige al facultativo, en términos muy generales, es, a diferencia del deber estudiado en el apartado anterior, que obtenga una concreta autorización por parte del paciente para una intervención determinada. Sin embargo, esta autorización necesariamente va conectada con la entrega de una información previa que le permita al autorizante emitir un real consentimiento informado exento de vicios que, en consecuencia, faculte al médico de turno a realizar a la intervención solicitada. Es esta íntima conexión la que a nuestro entender motiva el tratamiento de los deberes de información y de obtención del consentimiento por parte del paciente en un apartado común, como deberes relativos a la información, siendo en la práctica de difícil disociación y, como quedará de manifiesto, cuya infracción produce consecuencias similares desde el punto de vista jurídico.

Como destaca GARCÍA GARNICA, uno de los aspectos en los que más ha evolucionado la relación médico-paciente, ha sido en el relativo al papel de la voluntad de este último<sup>467</sup>. Si bien desde sus inicios y hasta no hace muchas décadas atrás, a raíz de una marcada concepción paternalista que regía este tipo de relaciones, era el facultativo quien tenía la potestad absoluta de adoptar las decisiones que estimara oportunas en materia médica, siendo el paciente

---

*Responsabilidad civil médica*, 2ª Ed., Cizur Menor: Civitas, 2007, p. 356. En similares términos SÁNCHEZ-CARO, Javier. *Consentimiento informado y salud /en/* Guerrero Zaplana, José (Dir.) *Salud pública y Derecho administrativo. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 181 a 183.

<sup>467</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 97.

un mero sujeto pasivo de la asistencia sanitaria, en la actualidad, en cambio, se ha consolidado la salvaguarda de la autonomía de la voluntad del paciente, fundamentalmente a partir de la toma de conciencia de que la decisión de someterse o no a un determinado acto médico supone en última instancia un acto de ejercicio de un derecho fundamental<sup>468</sup>. Es así como se ha consolidado la evolución de la concepción del paciente, pasando de ser un sujeto pasivo de la relación médica, a ser considerado como titular de derechos<sup>469</sup>.

Definir de manera íntegra el significado del consentimiento informado no resulta nada fácil, dada la variedad de perfiles que éste evoca en razón de la notable evolución que la relación médico-paciente ha experimentado en las últimas décadas. Es por ello que a efecto de la sistemática de nuestro estudio nos interesa sacar en limpio a lo menos una idea, la cual apunta a que la integridad personal del paciente sólo podrá ser “invadida” si éste ha dado un consentimiento previo. De este modo, aparece como justificación de la exigencia del consentimiento informado, la tutela de la autodeterminación de los pacientes.

Antes de adentrarnos en la compleja madeja que constituye del consentimiento informado, resulta interesante destacar brevemente una de las cuestiones que ya se ha ocupado de aclarar la doctrina<sup>470</sup>, la cual versa sobre la diferencia existente entre el consentimiento que presta el paciente

---

<sup>468</sup> Así, la STS 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3) en un caso donde el facultativo no le informa al paciente de los riesgos que podrían derivarse de una operación quirúrgica, afirma, justificando que la carga de la prueba al respecto corresponde al profesional o a la entidad de la que depende, que el propio consentimiento informado “*constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*”.

<sup>469</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 97.

<sup>470</sup> Al respecto, pueden consultarse los trabajos de: GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *En la convergencia de dos humanismos: Medicina y derecho /en/ Anuario de Derecho Civil*, 1977, pp. 283 y ss.; ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil...* p. 54 y ss.; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* pp. 156 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* pp. 298 y 299; GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p.15.

autorizando una intromisión en su propio cuerpo y el denominado consentimiento contractual, que por ejemplo prestaría tanto el paciente como el médico al celebrar el contrato de asistencia sanitaria. Así, el consentimiento informado o, como lo denominan algunos<sup>471</sup>, consentimiento-legitimación se establece como un derecho inalienable en que por exigencia legal y jurisprudencial el paciente dispone de su propio cuerpo condicionando la licitud de una actividad médica determinada. Por su parte, el consentimiento contractual es por esencia voluntario y encuentra su regulación en las normas que cada ordenamiento dedica a la formación del contrato, en el caso español lo encontramos regulado en el artículo 1262 del Código Civil<sup>472</sup>.

Una vez realizadas las prevenciones del caso, cabe centrarnos en la normativa española que regula el consentimiento informado. Al respecto puede subrayarse que, de una primera lectura, resaltan una serie referencias en varias disposiciones de la ley 41/2002, por lo que con razón hay quien ha afirmado que el consentimiento informado se constituye en uno de los pilares sobre el cual gira toda la normativa<sup>473</sup>. Así, el artículo 2.2 del citado cuerpo legal, bajo el epígrafe de principios básicos, pone de relieve la exigencia del previo consentimiento de pacientes y usuarios antes de la realización de cualquier actividad médica, el cual necesariamente deberá obtenerse después de haber recibido una información adecuada. Por su parte, el artículo 3 entrega una conceptualización de consentimiento informado, resaltando que éste consiste en *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*. También puede destacarse lo dispuesto en el artículo 8.1 de la referenciada Ley española, precepto que, señalando el ámbito de aplicación de esta exigencia, expresa: *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que,*

---

<sup>471</sup> En este sentido LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 156 y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* p. 298.

<sup>472</sup> STS de 2 de Julio de 2002 (RJ 2002, 5514).

<sup>473</sup> Por todos, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* p. 297.

recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Y por último encontramos una referencia a la figura que nos convoca en el artículo 15.2 letra i), el cual consigna al referenciado consentimiento dentro del contenido mínimo de la historia clínica de cada paciente.

Avanzando hacia la esencia de la institución que estudiamos, no cabe duda de la estrecha relación que existe entre información y consentimiento<sup>474</sup>, prueba de ello es el acuñamiento de la terminología “*consentimiento informado*”<sup>475</sup> para referirse específicamente a la aquiescencia que da el paciente al facultativo para que éste realice determinadas actividades médicas en su cuerpo. Consecuencia de lo anterior, según lo dispone el artículo 2.6 de la ley 41/2002, es la consagración en el derecho positivo de la doctrina jurisprudencial<sup>476</sup> conforme a la cual el facultativo no podrá amparar su actuar en el correcto ejercicio de la *lex artis*, si infringe los pertinentes deberes de informar al paciente y recabar su consentimiento informado<sup>477</sup>.

En este punto nos parece necesario subrayar que la mera infracción de alguno de los deberes que integran la denominada *lex artis ad hoc* no resulta suficiente para accionar el engranaje de la responsabilidad civil, en otras palabras, la verificación de la infracción de alguno de los deberes que conforman el estándar de conducta del médico sólo nos lleva a concluir la

---

<sup>474</sup> Un estudio histórico comparado lo encontramos en: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ José Manuel. *Algunos efectos producidos por la implantación del consentimiento informado en España* /en/ Diario La Ley, nº 6524, de 12 de julio de 2006, pp.1 y ss.

<sup>475</sup> Destacando que terminológicamente no es la denominación más adecuada, la doctrina especializada ha propuesto otras denominaciones como: consentimiento del paciente previamente informado, asentimiento del paciente, autorización al tratamiento o consentimiento sanitario. Sobre el particular vid. a FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *Estado actual de la casuística de la responsabilidad sanitaria, a la luz de los Consejos Consultivos, del Consejo de Estado y de la Jurisprudencia...* p. 277.

<sup>476</sup> Como manifestación de la enunciada tesis jurisprudencial que subraya que el deber de recabar el consentimiento informado se encuentra integrado en la *lex artis*, pueden traerse a colación, entre otras, las SSTs de: 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396); de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059), de 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638); de 21 de enero de 2009 (RJ 2009, 1481) y de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4323), señalando además, estas últimas, que no es suficiente el consentimiento prestado sobre documentos impresos en los que no aparece particularizada ni la situación médica del enfermo, ni el tratamiento a realizar, ni los riesgos o posibles complicaciones del mismo.

<sup>477</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 102; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 483.



existencia de culpa, faltando en consecuencia la acreditación el elemento daño y de la relación de causalidad entre dicha infracción y el perjuicio para que se pueda accionar de responsabilidad civil en contra del facultativo. Analizaremos estos elementos de la responsabilidad civil médica más adelante<sup>478</sup>.

Superada la clásica concepción paternalista de la relación médico-paciente y sumada a la toma de conciencia que el consentimiento de este último entraña el ejercicio de sus derechos de la personalidad, el consentimiento informado no sólo se ha erigido en pieza básica del futuro trato entre galeno y paciente, sino que también se ha transformado en uno de los elementos básicos a la hora de determinar la existencia y extensión de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario<sup>479</sup>, configurándose en la actualidad como un elemento fundamental de los denominados deberes propios de la profesión sanitaria, cuya infracción, no hay duda, que implicará la calificación de culposo el actuar del agente dañoso.

Así, desde una perspectiva jurídica, puede afirmarse que el consentimiento informado desempeña, una doble función: En primer lugar, viene a legitimar la interferencia que el facultativo hace a la integridad personal del paciente; y en segundo lugar, traslada el riesgo de la intervención correctamente ejecutada del médico al paciente<sup>480</sup>.

Centrándonos en la primera de las funciones que jurídicamente desempeñaría el consentimiento informado, cabe destacar particularmente el efecto legitimador que le otorga el consentimiento informado a la actuación del médico en el cuerpo del paciente, puesto que como bien destaca SÁNCHEZ GONZÁLEZ, el consentimiento informado viene a convertir en lícitos ciertos

---

<sup>478</sup> Sobre la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil médica véase las pp. 251 y ss. y respecto del daño como presupuesto de la responsabilidad civil del facultativo pueden consultarse las pp. 325 y ss. del presente trabajo.

<sup>479</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 15.

<sup>480</sup> A este respecto cabe precisar que la transferencia del riesgo estará condicionada al cabal cumplimiento del deber de información, lo cual implica que en caso que el médico incumpla con este deber, el riesgo de la intervención necesariamente deberá ser asignado a éste. Así, DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Consentimiento informado, una visión panorámica...* p. 96.

comportamientos del facultativo que de otra manera serían penalmente perseguibles<sup>481</sup>. En virtud de lo anterior es que en no pocas oportunidades se ha resaltado el carácter de especificidad que debe tener dicho consentimiento, por lo que su otorgamiento necesariamente ha de limitarse para una operación o actividad médica determinada, no resultando válido aquel consentimiento genérico que incluya todas las intervenciones y prácticas que dependiendo del estado de salud del paciente puedan tornarse necesarias<sup>482</sup>.

Por último, teniendo en consideración lo expresado sobre el efecto legitimador que produciría el consentimiento del paciente en la actividad médica, cabe realizar dos precisiones al respecto, en primer lugar, el consentimiento del paciente aun cuando haya sido válidamente otorgado, no tendrá eficacia legitimadora de cualquier tratamiento, excluyéndose por ende, aquellas prestaciones médicas ilícitas<sup>483</sup>, inmorales o contrarias a derecho. En segundo lugar, este consentimiento informado tampoco liberará al facultativo de las consecuencias que pudiera acarrearle una conducta imprudente o negligente, eximiéndolo sólo de la responsabilidad en caso de concurrencia de uno de los riesgos previamente informados al paciente –puesto que al ser debidamente informado y consentir en la actuación médica, es el paciente quien asume los riesgos y no el médico–, siempre y cuando su materialización se produzca a pesar de la buena práctica del médico.

#### 2.2.1.- Capacidad y legitimación para emitir el consentimiento.

Al tener el consentimiento informado el carácter de derecho personalísimo, habrá de ser el propio paciente o usuario de los servicios sanitarios quien deba consentir la intervención médica, pues él es quien mejor conoce sus propias necesidades, prioridades, planes y objetivos. Lo anterior se aplicará siempre y cuando su capacidad de juicio y discernimiento se lo permita

---

<sup>481</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La impropia llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos...* p. 65.

<sup>482</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 355.

<sup>483</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La impropia llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos...* p. 295.

y no se encuentre ante un supuesto de urgencia o de riesgo para la salud pública<sup>484</sup>.

Como se adelantó en las líneas precedentes, hay que destacar que sólo excepcionalmente y en casos de imposibilidad del propio paciente serán sus familiares, o representantes legales en su caso –supuestos de incapacidad legal, minoría de edad e incapacidad mental o emocional–, quienes estén legitimados para dar su conformidad o negar la autorización de una determinada intervención propuesta por el médico<sup>485</sup>.

Al respecto cabe realizar un alcance en relación a la medicina voluntaria, donde en principio pareciera difícil ubicar el consentimiento en una persona distinta del cliente afectado<sup>486</sup> dada sus singulares características que implican una falta de necesidad terapéutica. Sin embargo, al tener presente las distintas modalidades de medicina satisfactiva se pueden encontrar casos de menores de edad que pudieran ser representados para someterse a intervenciones<sup>487</sup>.

Sobre el consentimiento de los menores, es destacable que la Ley 41/2002 en su artículo 9.3 c), primera parte, establece que cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención se requerirá el consentimiento de sus representantes legales, debiéndose además escuchar la opinión del paciente cuando éste tenga los doce años cumplidos<sup>488</sup>. Por otro lado, el citado artículo 9.3 c), en su

---

<sup>484</sup> Así lo destacan los españoles: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 496 y 497, quien además resalta que “*contrariar la expresa voluntad del paciente implicaría desnaturalizar el fin mismo de la medicina, al realizar un tratamiento en clara oposición con la firme voluntad, libremente expresada por el mismo, de acuerdo con sus convicciones personales y su plan de vida*”; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos...* p. 85 y SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad Civil. Temas actuales.* Madrid: Montecorvo, 2001, p. 206; En igual sentido los franceses: LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats...* n° 996, p. 312.

<sup>485</sup> Así, LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 375.

<sup>486</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* pp. 317 y 318.

<sup>487</sup> Por ejemplo: algunas odontológicas embellecedoras, embellecedoras oculares, entre otras.

<sup>488</sup> En este sentido también se pronuncia el artículo 6.2 del convenio de Oviedo, el cual expresa que “*cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La opinión del*

segunda parte, consagra la posibilidad de que los menores de edad no incapaces ni incapacitados con más de dieciséis años presten personalmente el consentimiento informado, sin la autorización de sus representantes legales.

Asimismo, cabe destacar que la Ley 41/2002 dispone que en caso de actuaciones de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres del menor (mayor de dieciséis años) podrán ser informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente<sup>489</sup>.

Como lo destaca cierta doctrina, la normativa citada, unida a lo dispuesto con carácter general por el artículo 162 del Código Civil respecto a los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad<sup>490</sup>, vendría a suponer que a partir de los dieciséis años el menor podrá emitir por sí mismo el consentimiento informado<sup>491</sup>, pudiendo ser suplida su voluntad por sus representantes legales

---

*menor será tomada en con-sideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez*'.

<sup>489</sup> También lo destaca GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 116.

<sup>490</sup> Sobre el particular puede consultarse la obra de GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a actos médicos y a intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*. Cizur Menor: Aranzadi, 2004.

<sup>491</sup> Al respecto, se ha planteado la problemática respecto del menor maduro que rehúsa someterse a una intervención necesaria para proteger su salud o vida –v gr. el rechazo por parte de un testigo de Jehová a someterse a una transfusión sanguínea–. Así, hay quienes defienden que ante un conflicto entre el poder de autodisposición del menor sobre su cuerpo y la vida, debe ser este último el que, por ser sustrato de todos los demás, ha de prevalecer, quedando el médico, al amparo del artículo 158.4 del Código Civil, facultado para requerir la intervención de los poderes públicos. En este sentido, ROMEO CASABONA, Carlos María. *¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)* /en/ Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 2, 1998, y no tan explícitamente GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 508 y 509. Por otro lado, están quienes sostienen que si el menor tiene suficiente capacidad para decidir por sí mismo, tanto sus padres como el médico que lo trate deben respetar su decisión, porque cuando el hijo tiene suficiente entendimiento y madurez para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad los titulares de la patria potestad no estarían facultados para intervenir en ese ámbito. En esta línea SANTOS MORÓN, María José. *Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio* /en/ Revista Jurídica La Ley, Año XXIII, nº 5675 de 12 de diciembre de 2002. Por nuestra parte, consideramos que al ir en contra de las decisiones del menor maduro, existiría una manifiesta violación de la autonomía del paciente lo cual atentaría contra toda la construcción que, en materia de consentimiento informado, tiene a la autodeterminación como principio básico de toda la regulación vigente. Sobre el particular, puede consultarse la interesante sentencia de 18 de julio de 2002 (RTC 2002, 154), dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional español en caso de un menor, de 13 años, testigo de Jehová, a quien se intenta trasfudir sangre contra su voluntad y contra la opinión de los padres. El Tribunal Supremo condenó a los padres por homicidio imprudente al no convencer a su hijo para que aceptara la transfusión y ser, en este

o el propio facultativo sólo en los casos de: urgencia; cuando la no intervención suponga un riesgo a la salud pública; cuando el menor esté incapacitado judicialmente; cuando el menor se encuentre incapacitado para ser informado y consentir personalmente<sup>492</sup>.

Ahora, teniendo presente la primera parte del artículo 9.3 letra c), cabe concluir que cuando el menor tenga menos de 16 años, a efectos de determinar si éste puede dar su consentimiento o no, el médico tratante deberá valorar si este menor tiene capacidad natural, en caso de ser afirmativo lo anterior, según una interpretación a *contrario sensu* de lo establecido en la primera parte del citado artículo 9.3 c) de la ley 41/2002<sup>493</sup>, puede concluirse que a pesar de su corta edad será el propio menor quien deberá prestar su consentimiento para una determinada intervención.

A los efectos que ahora nos ocupan, importante resulta apreciar, como lo hace GARCÍA GARNICA, la problemática que implica el hecho de que, por mandato legal, caiga exclusivamente sobre el facultativo la responsabilidad de apreciar correctamente la legitimación y capacidad para emitir el consentimiento, ya sea del paciente (menor de edad o incapacitado), ya sea la de sus representantes legales. Lo anterior ha permitido sostener la posibilidad de que el médico incurra en responsabilidad por lesión a la autonomía del paciente en caso de practicar una intervención: a) Sin contar con el consentimiento del paciente, cuando éste sea un menor con más de dieciséis años o un paciente incapacitado, pero con capacidad natural suficiente para consentir personalmente; b) Sin oír la opinión de un menor con más de doce años, aun cuando haya contado con el consentimiento de sus representantes legales; c) En caso de haber apreciado erróneamente la edad o la capacidad

---

extremo, garantes del mismo, por lo que debieron adoptar una conducta que hubiera permitido la transfusión de sangre. El Tribunal Constitucional, sin embargo, admitió el amparo constitucional al entender que estaban ejerciendo su derecho fundamental a la libertad religiosa y, en consecuencia, no les era exigible otra conducta.

<sup>492</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* pp. 116 y 117;

<sup>493</sup> Precepto que establece expresamente que: "Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos... c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención."

natural del menor o incapacitado, practicando una intervención consentida por un paciente sin capacidad suficiente para emitir válidamente su voluntad<sup>494</sup>.

### 2.2.2.- Forma del consentimiento.

Antes de entrar de lleno al tratamiento del presente apartado, nos parece relevante referirnos al grado de libertad que debe tener el paciente para prestar dicha aceptación.

Así, puesto que como todo consentimiento a un acto médico implica necesariamente una aceptación de riesgos<sup>495</sup>, resulta importante destacar que el presupuesto básico para que el paciente pueda emitir libremente su voluntad es que haya sido previamente informado de forma clara, precisa y completa<sup>496</sup>. En este sentido puede citarse lo establecido por la corte de casación italiana, quien declara que un consentimiento inmune de vicios no puede formarse sino después de haber tenido el paciente plena conciencia de la intervención médica, de su alcance, extensión y riesgos, del resultado que espera conseguirse con ella y de las posibles consecuencias negativas. Sólo entonces el paciente podrá conscientemente decidir si someterse a la intervención u omitirla efectuando un balance entre las ventajas y riesgos del respectivo acto médico a realizar<sup>497</sup>.

Así las cosas, cabe sostener que la manifestación del consentimiento no será libre: a) Cuando existan presiones al paciente de índole médico, técnico o administrativo; b) Cuando haya falta de información adecuada o comprensible; c) Cuando el consentimiento sea expresado en un documento en blanco; d) Cuando éste se dé bajo amenaza de dar el alta al paciente internado; e) Cuando existiendo alternativas éstas no hayan sido informadas al paciente; f)

---

<sup>494</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* p. 118.

<sup>495</sup> LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats...* nº 991, p. 311.

<sup>496</sup> También lo destaca entre otros, PLAZA PENADÉS, Javier. *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 70.

<sup>497</sup> Corte de casación italiana, sección III, Sentencia Número 10014 del 25 de noviembre de 1994 "Sforza con Milesi Olgiati", citada en *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, Padua: CEDAM, 1995, p. 937.

Cuando el paciente haya sido obligado a decidir con apuro innecesario o en un estado emocional de gran perturbación<sup>498</sup>.

Ahora, sobre la forma en que ha de expresarse el mentado consentimiento informado, hay que destacar que la exigencia básica en este punto es que se “exteriorice”<sup>499</sup>. Sobre el particular resulta interesante destacar que en el Derecho español la pauta sobre la forma en que ha de manifestarse el consentimiento es establecida expresamente en el artículo 8.2 de la ley 41/2002, precepto que señala que el consentimiento será verbal por regla general<sup>500</sup>, aplicándose por ende a cualquier intervención en el ámbito de la salud. Otro precepto que adquiere relevancia al tratar este tema es el artículo 15.2 letra i) de la citada normativa, el cual exige que cuando se trate de procedimientos de hospitalización el consentimiento informado deba constar en la respectiva historia clínica del paciente<sup>501</sup>.

No obstante lo apuntado, cabe apreciar que en el citado artículo 8.2 de la ley 41/2002 una vez que se sienta la regla general de oralidad, a renglón seguido se establece que el consentimiento “*se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*”. Lo anterior trae como consecuencia que en la práctica el consentimiento oral se lleve a cabo en muy pocos supuestos, no sólo por la amplitud de casos excepcionales que abarca el citado artículo, sino que también por las repercusiones negativas que para médicos<sup>502</sup> y clientes supone el consentimiento verbal, sobre todo si se tiene en cuenta las

---

<sup>498</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 563.

<sup>499</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos...* p. 253.

<sup>500</sup> SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados...* p. 303.

<sup>501</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* p. 300.

<sup>502</sup> Al respecto puede destacarse la asentada doctrina jurisprudencial que otorga el *onus probandi* del consentimiento informado al médico, por tener éste una mejor aptitud para la prueba, volvemos sobre dicho tópico en las pp. 198 y ss.

dificultades probatorias que vendrían aparejadas con esta forma de prestar dicho consentimiento<sup>503</sup>.

### 2.2.2.1. - Los protocolos y el consentimiento informado.

Como lo destacamos al analizar la forma en que ha de entregarse la información al paciente, cada vez resulta más frecuente la utilización de formularios pre-impresos o protocolos pre-establecidos para dejar constancia tanto de la entrega de información al paciente como del consentimiento de éste. Dichos documentos, a juicio de algunos, no tendrían una finalidad facilitadora para el paciente, sino que únicamente buscarían la protección del médico frente a posibles reclamaciones<sup>504</sup>. De esta forma, en muchas especialidades médicas, entre las que figuran con carácter especial aquellas que podrían encuadrarse dentro de la denominada “medicina voluntaria o satisfactiva”, se han ido elaborando formularios o protocolos en los que recoger el consentimiento, los cuales se encuentran adaptados a cuantas peculiaridades pudieran derivarse de tales especialidades<sup>505</sup>.

La pregunta que surge al respecto es si una planilla redactada de modo genérico, con términos ambiguos, rellena con cuatro o cinco conceptos y coronada con el nombre y firma del paciente, es válida como expresión de voluntad de este último<sup>506</sup>.

---

<sup>503</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 320; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* p. 301.

<sup>504</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 547 y 548; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 321.

<sup>505</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 321. Sobre el particular, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de mayo de 2003, con ocasión del juicio por una ligadura de trompas fallida, censura la firma por la paciente de un documento genérico de consentimiento para la realización de una “*cirugía laparoscópica ginecológica*”, pues éste no cumple los requisitos del consentimiento escrito, ya que se trata de un documento “*válido tanto para la ligadura de trompas como para otro tipo de intervenciones que no tienen nada que ver con ella, como por ejemplo, la extirpación de un quiste en el ovario*”. SAP de Zaragoza de 12 de mayo de 2003 (JUR 2003, 151749).

<sup>506</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 371. Niega también validez a un documento inapropiado de consentimiento informado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, con ocasión de la demanda interpuesta por la hija de una paciente que tras ser intervenida sufrió una perforación intestinal que le generó una peritonitis generalizada, falleciendo posteriormente. Destacó, el alto tribunal español en su fundamento de derecho quinto, “*que un*



La respuesta a lo anterior será un rotundo no, por cuanto un formulario genérico de información no puede resultar válido bajo ningún respecto, al no reunir los requisitos mínimos exigibles para que el paciente pueda decidir, con suficiente conocimiento, si se somete o no a la intervención que el médico le propone<sup>507</sup>. En otras palabras, el consentimiento informado que se presta a través de estos formularios tipo o genéricos, es inválido no en cuanto al consentimiento en sí mismo, sino que es inválido porque no se entrega adecuadamente la información al paciente y es esta vulneración del deber de información la que trae como consecuencia la invalidación del consentimiento prestado a través de un formulario.

Al respecto, resulta clarificadora la STS de 15 de noviembre de 2006 donde se trataba de una intervención quirúrgica para solucionar la litiasis pielouretal del paciente, que, en definitiva, derivó en su fallecimiento. En la demanda no se cuestiona la falta de diligencia en la intervención, sino la inobservancia del deber de información. Los demandados habían acompañado al proceso los formularios que se habían entregado al paciente como prueba de la obtención de su consentimiento. Frente a ellos, el Tribunal Supremo considera, en el Fundamento de derecho segundo de la sentencia, que: *“...en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una*

---

*impreso de consentimiento informado en el que se habla de riesgos generales como infección o hemorragia, lesión nerviosa, hematomas, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonías, pero que deja en blanco la casilla correspondiente a los riesgos personalizados respecto de la necesidad de utilizar otra técnica o procedimiento, no es específico para la intervención y, por tanto, el consentimiento dado por la paciente resulta incompleto, al desconocer los riesgos concretos de la operación quirúrgica a la que fue sometida la paciente”.* STS de 20 de Junio de 2006 (RJ 2006, 5152).

<sup>507</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 548.

*participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención*<sup>508</sup>.

Niega también validez a un documento inapropiado de consentimiento informado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, con ocasión de la demanda interpuesta por la hija de una paciente que tras ser intervenida sufrió una perforación intestinal que le generó una peritonitis generalizada, falleciendo posteriormente. Destacó, el alto tribunal español en su fundamento de derecho quinto, *“que un impreso de consentimiento informado en el que se habla de riesgos generales como infección o hemorragia, lesión nerviosa, hematomas, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonías, pero que deja en blanco la casilla correspondiente a los riesgos personalizados respecto de la necesidad de utilizar otra técnica o procedimiento, no es específico para la intervención y, por tanto, el consentimiento dado por la paciente resulta incompleto, al desconocer los riesgos concretos de la operación quirúrgica a la que fue sometida la paciente*<sup>509</sup>.

En consecuencia, para que dichos formularios puedan ser considerados como justificantes del consentimiento prestado por el paciente, deben contener además de los datos identificativos del paciente –o cliente en su caso–, del médico y del centro, la conformidad expresada libremente por el paciente para la realización de un procedimiento que afecta a su persona y que puede comportar unos riesgos importantes, notorios y previsibles, procedimiento que también deberá quedar incorporado y explicado en el documento, consignándose la mayor cantidad de datos que permitan demostrar que el paciente ha quedado debidamente informado, indicando expresamente el nombre y descripción del procedimiento, objetivos, beneficios previsibles, alternativas, consecuencias previsibles, riesgos frecuentes y poco frecuentes, así como los riesgos personalizados de acuerdo con la situación concreta de ese paciente –o cliente–<sup>510</sup>.

---

<sup>508</sup> STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059).

<sup>509</sup> STS de 20 de Junio de 2006 (RJ 2006, 5152).

<sup>510</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 321.

En virtud de las razones expuestas es consideramos, a modo de conclusión, que los protocolos, para ser aptos, deberán servir de apoyo al médico en su labor de información, lo cual implica que necesariamente han de elaborarse pensando en el paciente, al ser éste su destinatario real, y no en la posible defensa del médico, ya que esto desvirtuaría al propio consentimiento informado, deteriorando e incluso anulando la relación médico paciente. A lo mencionado puede añadirse que, en estricto rigor, el consentimiento no se obtiene mediante la firma de un formulario, sino que el consentimiento informado, tal y como ha sido apuntado en los apartados anteriores, es un proceso complejo que implica transferencia, recepción y asimilación de información y no la simple firma de un documento<sup>511</sup>.

### 2.2.3.- Momento y estado en que debe prestar su consentimiento el paciente.

Hay acuerdo en que el principio básico que rige en esta materia es que la autonomía del paciente sólo se verá respetada si se obtiene su consentimiento previamente a la intervención o al tratamiento médico de que se trate<sup>512</sup>. En esta dirección también apunta el ordenamiento español, al establecer en el artículo 2.2 de la Ley 41/2002 que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”*, luego agrega el artículo 8.1 del mismo texto legal que *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”*.

Otra exigencia que configura el consentimiento informado es que éste debe ser actual, situación que implica resaltar su carácter eminentemente temporal y revocable<sup>513</sup>. En este sentido cabe destacar la facultad otorgada por el artículo 8.5 de la ley 41/2002 al paciente, por la cual éste *“puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”*,

---

<sup>511</sup> RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 322.

<sup>512</sup> RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003...* p. 149; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva...* p. 319; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 533; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños...* p. 199.

<sup>513</sup> BILLANCETTI, Mauro. *La responsabilidad penale e civile del medico...* p. 352.

entendiéndose que la exigencia de escrituración del precepto citado sólo es a efectos probatorios, por lo que tendría plena validez la revocación verbal<sup>514</sup>. También se ha destacado que si el consentimiento es prestado después de la práctica asistencial, éste será ineficaz como tal, sin perjuicio de que pueda servir de ratificación del acto médico ya realizado<sup>515</sup>.

Una exigencia a nuestro juicio indispensable para configurar de buena forma el consentimiento informado, es que éste ha de subsistir a lo largo de todo el tratamiento, de tal forma que se vaya modulando a lo largo de todo el proceso. No se trata, por consiguiente, de un acto de tracto único que se congela en un instante o momento determinado, sino que puede plantearse en diferentes momentos a lo largo del proceso asistencial<sup>516</sup>. Así, si surgen modificaciones en el curso del tratamiento, el paciente deberá otorgar un nuevo consentimiento, debiendo el facultativo entregar una nueva información y esperar además un tiempo prudente para la toma de decisión del paciente.

Respecto del estado en el que debe encontrarse el paciente al momento de otorgar el consentimiento, resulta obvio señalar que para que el consentimiento del paciente sea considerado como válido, éste deberá estar lúcido y consciente, de ahí que se considera que el paciente debe prestar el consentimiento antes de cualquier práctica médica, puesto que en ese momento se encuentra en estado de relativa claridad mental para comprender el alcance del acto que se realizará<sup>517</sup>. En esta misma línea ha sido resuelto por la jurisprudencia que, *“la premedicación anestésica suele atenuar la capacidad de comprensión y decisión, no siendo por ello momento adecuado para recabar el consentimiento informado cuando el paciente se encuentre bajo los efectos de medicamentos”*<sup>518</sup>.

---

<sup>514</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... p. 309; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva*... p. 320.

<sup>515</sup> Así lo destaca el argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado*... p. 363.

<sup>516</sup> En similar sentido se expresa RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva*... p. 319.

<sup>517</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado*... p. 364.

<sup>518</sup> SAP de Ourense de 8 de noviembre de 1997 (AC 1997, 2311).

Siguiendo con el planteamiento anterior, cabe subrayar la reiterada crítica que ha recibido la normativa española al no regular de forma expresa – como sí lo han hecho algunas comunidades autónomas–, el periodo mínimo de reflexión del paciente que debe mediar entre la entrega de información y la manifestación del consentimiento<sup>519</sup>. Al respecto la jurisprudencia se ha encargado de ir configurando la cuestión, recurriendo, para tal cometido, a argumentos negativos, es decir, señalando cuando no debe prestarse el consentimiento<sup>520</sup>.

Por su parte, en la jurisprudencia alemana se hace una interesante división al respecto, distinguiéndose entre intervenciones fáciles casi sin riesgos asociados –intervenciones diagnósticas o de cirugía ambulatoria–, y operaciones difíciles o que pueden ser problemáticas<sup>521</sup>. En el primer tipo de casos, se acepta que la información pueda ser proporcionada el mismo día de la intervención, siempre que se garantice la existencia de una libertad real para la toma de la decisión –ambiente relajado y sin presiones para prestar el consentimiento–, en caso que el paciente esté hospitalizado, debe informársele al menos el día anterior a la intervención, destacándose que en ningún caso se considera adecuada la información que se proporciona mientras se conduce al paciente al quirófano o cuando está recostado en la mesa de operaciones. Respecto a las intervenciones graves se opta por un criterio mucho más riguroso, exigiéndose que la información se proporcione antes de fijar fecha para la operación, lo cual puede producir un desfase temporal bastante grande

---

<sup>519</sup> Al respecto nos remitimos a lo señalado cuando tratamos el momento en que debía ser entregada la información al paciente, específicamente pp. 194 y ss.

<sup>520</sup> En este sentido pueden citarse la Sentencia de 13 de febrero de 2001 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares que dejó sin efecto el Consentimiento Informado prestado por la paciente al entender que crece de validez por haber sido firmado, prácticamente, a las puertas del quirófano, porque *“la información debe darse con la antelación necesaria para que la voluntad se determine libremente (...) la información completa debe proporcionarse antes de que la voluntad se haya determinado a favor de la operación quirúrgica correctora, y ello se consigue con el solo hecho de hacer firmar un escrito minutos antes de la operación y en circunstancias en las que, por razones sociológicas y personales, no se puede esperar del firmante una respuesta meditada y un consentimiento libremente expuesto”*. SAP de Islas Baleares de 13 de febrero de 2001 (AC 2001, 2250).

<sup>521</sup> WUSSOW, Robert-Joachim. *Umfang and Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht*. Disponible en: <http://www.anwalt24.de/beitraege-news/fachartikel/umfang-und-grenzen-der-aerztlichen-aufklaerungspflicht>, última visita 10 de octubre de 2011.

entre el momento de recibir la información y el instante de someterse en efecto a la intervención o al tratamiento<sup>522</sup>.

#### 2.2.4.- Excepciones a la obligación de requerir el consentimiento.

Sentado el carácter esencial y legitimador que tiene el consentimiento debidamente prestado respecto de cualquier actividad médica, resulta pertinente dejar apuntado que el legislador español ha contemplado algunos casos excepcionales en donde se permite al facultativo, sin que ello implique responsabilidad para él, llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, prescindiendo del consentimiento de éste<sup>523</sup>. Dichas situaciones se encuentran reguladas en el artículo 9.2 de la ley 41/2002, donde el precepto anunciado distingue dos supuestos:

a) *Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.* En este punto se engloban aquellos supuestos en los que la no intervención supone un grave riesgo para la salud pública, primando los intereses colectivos por sobre los individuales –Por ejemplo, enfermedades infectocontagiosas y pandemias–, pudiendo adoptarse en estos casos medidas preventivas (vacunaciones obligatorias, prohibición de acceso a determinados lugares) o tratamientos obligatorios, los cuales pueden conllevar el internamiento temporal, en cuarentena o permanente. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas<sup>524</sup>.

---

<sup>522</sup> LAUFS, Adolf y UHLENBRUCK, Wilhelm. *Handbuch des Arztrecht...* p. 487.

<sup>523</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...*, p. 281; ROMERO COLOMA, María Aurelia. *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Montecorvo, 2002, pp. 73 y ss.

<sup>524</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. *El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial* /en/ Diario La Ley, Nº 7358, 2010; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* p. 281; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 502 y 503.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente y no sea posible obtener el consentimiento del interesado<sup>525</sup>. La excepción en este caso se justifica netamente por razones de urgencia, de forma tal que en este caso se facultaría al médico de no sólo prescindir del consentimiento, sino que también de la obligación de informar<sup>526</sup>.

### 2.3.- La prueba de los deberes médicos relativos a la información.

Por regla general el obligado a suministrar tanto la información al paciente como a requerir el consentimiento informado de éste será el médico encargado de efectuarle la técnica diagnóstica o terapéutica concreta, encontrándose dicho facultativo en mejores condiciones que cualquier otro para aportar las pruebas pertinentes<sup>527</sup>, puesto que al ser quien efectuará la respectiva intervención dispondrá de un interesante caudal informativo, no sólo relativo a su especialidad y a las actuaciones efectuadas, sino que también a la información proporcionada por el propio paciente en citas previas<sup>528</sup>.

Sin embargo, la afirmación anterior, no impide que la entrega de información y la obtención del consentimiento pueda serle exigida, además, a

---

<sup>525</sup> Se destaca que esta letra b) del artículo 9.2 de la ley 41/2002, tiene sus antecedentes legislativos en el ya derogado artículo 10.6.c) de la ley General de Sanidad, a cuyo tenor no se precisa el consentimiento del usuario “cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”; Y en el artículo 8 del Convenio de Oviedo, conforme al cual, cuando debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada. Así, GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 502 y 503.

<sup>526</sup> Respecto de las limitaciones al deber de información, nos remitimos a lo señalado en las pp.175 y ss.

<sup>527</sup> En este punto resultan gráficas las palabras de la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de noviembre de 2007, donde señala abiertamente que, “se exige que sea el médico quien pruebe que proporciona al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado pues se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales”. STS de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8428). Así también se declara en las SSTS de: 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073); 31 de julio de 1996 (Sentencia Número 695/1996); 16 octubre de 1998 (RJ 1998, 7565); 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8126); 29 de mayo (RJ 2003, 3916) y 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6065); 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7218); 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 5554); 29 de junio (RJ 2007, 3871) y 19 de julio de 2007 (RJ 2007, 4692); 29 de julio (RJ 2008, 4638) y 23 de octubre del 2008 (RJ 2008, 5789), entre otras.

<sup>528</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 527. Por su parte la STS de 21 de diciembre de 2006 critica que la información haya sido entregada al paciente por el personal de la clínica en la que iba a ser intervenido éste y no por el propio facultativo.

todo facultativo interviniente en el tratamiento, quien, a nuestro entender, será responsable únicamente de entregar la información concerniente a su campo de actuación y posibilidades<sup>529</sup>.

Es así como el cumplimiento de estos deberes relativos a la información en ningún caso deberá achacársele sólo al médico de cabecera. Debiendo cumplirse por todo facultativo que sea responsable de realizar un estudio o tratamiento en concreto, o que intervenga en aspectos centrales del mismo, o que realice prácticas de cierto riesgo para el paciente, pues nadie mejor que él conocerá, al menos a priori, los riesgos, complicaciones y alternativas de la respectiva intervención a realizar<sup>530</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe apreciar algunos problemas que se han suscitado a raíz de la normativa vigente, destacándose al respecto la deficiente redacción del artículo 4.3 de la ley 41/2002, la cual señala que, *“El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”*.

El transcrito precepto ha sido objeto de fuertes críticas, destacándose aquellas que apuntan al erróneo empleo de la expresión “médico responsable”, por considerarla inadecuada e inapropiada, por cuanto todo médico que atiende al paciente será responsable de sus actos, con independencia de que sea el encargado de coordinar, en su caso, la atención del paciente. Por otra

---

<sup>529</sup> Como bien apunta BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva...* p. 185. En la práctica, normalmente coincidirán en una misma persona la figura del médico que tiene el deber de suministrar la información al paciente y el facultativo que lo atiende. Por otra parte, la información no tiene que ser suministrada necesariamente por el médico que practique la intervención. En este sentido cabe destacar lo dispuesto en la sentencia número 270/2005 de la Sección 4.3 de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2005, la cual se pronuncia con ocasión de la demanda interpuesta por una esterilización fallida (la reclamante quedó embarazada a los tres meses de practicada la intervención laparoscópica), declarando el citado Tribunal sobre este aspecto que, *“no es un motivo para invalidar el consentimiento informado dado por el paciente, ni constituye un requisito sine qua non para anular su autorización, el hecho de que la información no sea facilitada por el propio médico que practique la operación, pues es válida y suficiente la realizada por otro facultativo en el ámbito del servicio sanitario correspondiente”*.

<sup>530</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 528 y 531.



parte, también en tono de crítica, se consideran excesivas las obligaciones que, en virtud del artículo 4.3 de la ley 41/2002, se hacen recaer sobre el citado “médico responsable”, teniendo presente que éste, de acuerdo con el artículo 3 de la citada ley, es quien tiene a su cargo la coordinación de la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, actuando además de nexo e interlocutor principal en todo lo referente a la atención e información durante el proceso asistencial, no siendo, por razones de su especialidad u otras, aquel médico que tratará al paciente en todas las fases o momentos de su proceso<sup>531</sup>.

Ahora, sobre a quién le ha de corresponder la carga de la prueba de haber cumplido con la obligación de informar y, en su caso, de haber obtenido el consentimiento del paciente, la doctrina<sup>532</sup> y jurisprudencia<sup>533</sup> española se muestran de acuerdo en otorgar dicha carga al facultativo o al centro de salud, puesto que una interpretación contraria supondría dejar al paciente en una manifiesta situación de indefensión, ya que se le entregaría la carga de probar un hecho negativo (la no entrega de información y/o que no consintió en la intervención), con todas las dificultades probatorias que ello implica<sup>534</sup>.

---

<sup>531</sup> Así lo destacan, entre otros: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 528 y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Historia y documentación clínica*, Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 23 de octubre de 2003.

<sup>532</sup> Al respecto vid. MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Comentario a la STS de 29 de Mayo de 2003...* p. 62; BELLO JANEIRO, Domingo. *Comentario a la STS de 8 de noviembre de 2007 /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 911; BELLO JANEIRO, Domingo. Comentario a la STS de 23 de octubre de 2008 /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 1091; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 553. Sobre Propuestas doctrinales para aliviar la posición procesal del demandante en los juicios sobre responsabilidad civil de los médicos, Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 69 y ss.*

<sup>533</sup> Sobre el particular véanse las SSTS de: 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073); 31 de julio de 1996 (Sentencia Número 695/1996); 16 octubre de 1998 (RJ 1998, 7565); 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8126); 29 de mayo (RJ 2003, 3916) y 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6065); 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7218); 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 5554); 29 de junio (RJ 2007, 3871) y 19 de julio de 2007 (RJ 2007, 4692); 29 de julio (RJ 2008, 4638) y 23 de octubre del 2008 (RJ 2008, 5789).

<sup>534</sup> Por todos, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica...* p. 225. Por otra parte, resulta interesante destacar lo señalado por el Alto tribunal español en sentencia de 13 de abril de 1999 (RJ 1999, 2583), donde expresa que “La inexistencia de información es un hecho negativo, cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de imponerle una prueba que puede calificarse

En este punto resultan gráficas las palabras de la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de noviembre de 2007, donde señala abiertamente que: *“se exige que sea el médico quien pruebe que proporciona al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado pues se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales”*<sup>535</sup>.

Como justificación de la solución anterior, son habituales los fundamentos que apuntan a la mayor disponibilidad probatoria que, en este aspecto, tendría el facultativo o centro sanitario, por sobre el paciente, para acceder a los distintos medios de prueba<sup>536</sup>. Otro fundamento para otorgar la carga probatoria al médico, lo encontraríamos en la prohibición constitucional, sentada en el artículo 24 de la Constitución Española, de adoptar reglas de distribución de la carga de la prueba que impliquen un obstáculo irrazonable al ejercicio de derechos<sup>537</sup>. Como complemento de lo anterior, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en cuya virtud se establece que el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

Independiente de la fundamentación que pueda utilizarse para justificar que, respecto de los comentados deberes médicos, la carga de la prueba recae sobre el médico y/o centro de salud, hay que tener presente que dicha distribución probatoria no exonera al demandante de la necesidad de alegar el respectivo incumplimiento ya sea de la obligación médica de información o de la de obtener el consentimiento, de modo que la sentencia que condene al médico por falta o deficiencia en la entrega de información o en obtención del

---

*de perversa, contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, prohibida en el artículo 24.1 de la Constitución española”.*

<sup>535</sup> STS de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8428).

<sup>536</sup> En esta dirección se pronuncian, entre otras las SSTS de: 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3); 27 de abril de 2001 (RJ 2001, 6891); 8 de Noviembre de 2007 (RJ 2007, 8254); SAP de Barcelona de 03 de febrero de 2003 (JUR 2003, 140939).

<sup>537</sup> Sobre el particular véase a MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Comentario a la STS de 29 de Mayo de 2003...* p. 62.

consentimiento informado sin que el demandante lo hubiese alegado, necesariamente incurrirá en incongruencia<sup>538</sup>.

A mayor abundamiento, resulta gráfico lo expresado por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de septiembre de 2003, oportunidad donde se resalta que la carga de probar la entrega de la información y el subsecuente consentimiento por parte del paciente, no puede recaer en otro más que en el facultativo o centro médico, expresando el alto Tribunal Hispano que, *“Las dudas o incertidumbres que haya generado la insuficiencia de prueba del consentimiento no pueden perjudicar a la parte que no tiene la carga de la prueba, sino justamente a la contraria, no otra que el demandado. Como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2001, desde la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1998, esta Sala mantiene que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al centro hospitalario. En el mismo sentido, la de 28 de diciembre de 1998, hace recaer la carga sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. Igualmente, la sentencia de 19 de abril de 1999, repite tal criterio y, por último, la de 7 de marzo de 2000, lo imputa al Servicio Nacional de la Salud. Todo facultativo —dice la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995— de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato, circunstancias éstas que se encuentran recogidas en el art. 10.6.c) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, al establecer el derecho que asiste a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto (...) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o*

---

<sup>538</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Comentario a la STS de 29 de Mayo de 2003...* p. 62; RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario de la sentencia de 2 de julio de 2002...* p. 1170.

*existir peligro de fallecimiento, elementos estos últimos que no concurrieron en el caso concreto de autos*<sup>539</sup>.

Como habrá podido apreciarse en el Ordenamiento Jurídico español, y en específico en la ley 41/2002, la normativa vigente no hace referencia alguna a la problemática planteada a diferencia como sí es regulada, por ejemplo, en el Derecho francés, específicamente en el artículo L. 1111-2 de la citada ley francesa 2002-303<sup>540</sup>, precepto que expresamente entrega la carga probatoria al facultativo o centro sanitario, quien deberá demostrar que facilitó al interesado la información en las condiciones requeridas por la normativa, pudiendo acreditarse tal extremo por cualquier medio de prueba<sup>541</sup>.

Siguiendo con la alusión, en este punto, al sistema francés, cabe destacar que la normativa francesa es producto de una tendencia jurisprudencial iniciada por la *Cour de Cassation* partir de la sentencia de 25 de febrero de 1997. Como destaca el tratadista Galo PENNEAU, a partir de un fallo del 29 de mayo de 1959, la Corte de Casación francesa expresó que era al paciente a quien le correspondía probar la ausencia de información. Esta regla criticable y de demostración extremadamente difícil fue sostenida por el alto Tribunal francés hasta la dictación de la referenciada sentencia de 25 de febrero de 1997, la cual viene a invertir la carga de la prueba en materia de información sanitaria, expresando que *“aquel que estaba sujeto a una obligación contractual de información debe aportar la prueba de la ejecución de la misma”*. Para llegar a la citada solución la *Cour de Cassation* aplicó al caso concreto el artículo 1315 del *Code*<sup>542</sup>, precepto que expresa que aquel que pretenda liberarse de una obligación debe justificar el hecho que ha producido la extinción de su obligación<sup>543</sup>.

---

<sup>539</sup> STS de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6065).

<sup>540</sup> Article L1111-2: *“...En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen...”*.

<sup>541</sup> SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles. *Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario...* p. 3; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 553.

<sup>542</sup> Article 1315: *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.*

<sup>543</sup> PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* pp. 79 y 80.

Volviendo a la realidad española sobre la prueba de la obligación de informar, puede afirmarse que respecto a los medios de prueba todos ellos son admitidos aunque en la práctica se le otorga cierta relevancia a la ficha clínica, toda vez que ahí suele consignarse el hecho de haberse suministrado la información verbalmente. Por otra parte, mención especial merecen las presunciones en aquellos casos en los que la información haya sido transmitida verbalmente.

Finalmente, conviene advertir que, no obstante el hecho de que sea el profesional quien deba acreditar que la información se suministró adecuadamente, como nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad civil, es el paciente quien debe probar la existencia de un daño y la respectiva relación de causalidad entre ese daño y el incumplimiento del deber de informar del profesional sanitario<sup>544</sup>.

#### 2.4.- Consecuencias del incumplimiento de los deberes relativos a la información.

Circunscribiendo la problemática que será abordada en las páginas que siguen nos centraremos en la determinación de las consecuencias de la falta de información y/o de consentimiento informado cuando, a pesar de una correcta actuación técnica del facultativo, los riesgos no informados o no consentidos se materializan provocando un perjuicio no asumido por el paciente.

No hay duda que la entrega de una información correcta y suficiente por parte del facultativo al paciente es condición indispensable para la validez del consentimiento de éste. En este sentido, se ha afirmado que en aquellos casos en que la actividad médica haya sido realizada sin contar con la información adecuada al paciente, implicará un consentimiento viciado al tratamiento

---

<sup>544</sup> Así el chileno, DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Consentimiento informado, una visión panorámica...* p. 108.

propuesto por el galeno<sup>545</sup>. Al respecto, subraya SÁNCHEZ GONZÁLEZ que, desde el momento en que el paciente es debidamente informado de los posibles resultados no deseados, mediante la prestación de su consentimiento, éste asume los respectivos riesgos exonerando, en consecuencia, al facultativo de aquellos riesgos típicos o previsibles que no hayan podido ser evitados actuando diligentemente, salvo, claro está, que la materialización del riesgo sea consecuencia de un actuar negligente del facultativo. *A contrario sensu*, de no mediar esa información, o ser inexacta la que el paciente recibe, el consentimiento de este último carecerá de la virtualidad de traspasar la responsabilidad por riesgos del médico al paciente<sup>546</sup>.

Por lo tanto, hay quienes sostienen que la falta de acreditación de la entrega de información y/o de la obtención del consentimiento informado por parte del médico constituye una actuación u omisión culposa que lleva a sostener que es el propio profesional quien asumió por sí solo los riesgos inherentes a la intervención en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información adecuada, debiendo por ello responder por todo el daño sufrido por el paciente<sup>547</sup>.

En la misma línea la jurisprudencia española ha declarado que si no llega a advertirse al paciente de los riesgos y alternativas, se trataría de un consentimiento desinformado, sin valor alguno, debiendo asumir el facultativo

---

<sup>545</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 509; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos...* p. 75. En la misma línea cabe destacar al italiano BILANCETTI, Mauro. *La responsabilità del chirurgo estetico* /en/ Giurisprudenza italiana, Vol. IV, 1997, pp. 354 y ss.

<sup>546</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos...* p. 109.

<sup>547</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 489. En esta línea, las SSTs de: 31 de julio de 1996 (Sentencia Número 695/1996) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8126). En contra de esta idea se manifiesta GUERRERO ZAPLANA, José. *El consentimiento informado: Su valoración en la jurisprudencia...* p. 212; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación* /en/ Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Acero, 1990, p. 1588. Destacando este último que, “es esencialmente asunto del paciente el decidir si quiere o no someterse a un tratamiento curativo que, aún correctamente llevado a cabo, tiene un componente ineliminable de riesgo. Si falta el necesario consentimiento y, por tanto, también la aceptación de riesgo, el peligro del tratamiento curativo, que en tales circunstancias el médico introduce sin autorización en la esfera del paciente, no puede ponerse a cargo de éste”.

el riesgo de la intervención en lugar del paciente. Al respecto puede citarse lo dispuesto por el Supremo español en sentencia de 26 de septiembre de 2000 con ocasión de una demanda interpuesta en contra de un otorrinolaringólogo quien le practicó al demandante una operación de estapedectomía en el oído izquierdo y a consecuencia de lo cual perdió por completo la audición del mismo. El fundamento de la acción se basa en que el recurrente no recibió del demandado información adecuada y suficiente respecto al pronóstico, riesgos y alternativas de la operación practicada en centro privado y que justificaba el diagnóstico de padecer hipoacusia de carácter progresivo, no se trataba de operación urgente, aunque sí conveniente. Conociendo del recurso de casación interpuesto por el demandante de autos el alto tribunal señala: “...*En el caso de autos se ha producido consentimiento desinformado a cargo del paciente, al habersele privado de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y consecuencias de la operación practicada. El derecho a la información del enfermo se conculcó, por no haberse demostrado que el médico hubiera advertido personal y directamente al enfermo los riesgos y alternativas de la operación practicada, al ser éste el efectivo destinatario y era quien debía de recibirla. Con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de la intervención, en lugar del paciente... ya que se trata de omisiones culposas por las que se debe responder, derivadas de la necesidad de que la información ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible...*”<sup>548</sup>.

Sobre este punto nos interesa dejar sentado que, la problemática de las consecuencias de la falta de información y/o consentimiento informado, más que un problema de distribución de riesgos es una cuestión que debe ser resuelta desde el análisis de la relación de causalidad<sup>549</sup>, puesto que como bien lo destaca DE ÁNGEL, “el punto de partida, es el de que al médico que incurre en culpa en el deber de información le es objetivamente imputable el daño experimentado por el paciente”<sup>550</sup>.

---

<sup>548</sup> STS de: 26 septiembre de 2000 (RJ 2000, 8126), en igual sentido las SSTS de: 27 de abril de 2001 (RJ 2001, 6891) y 29 de Mayo de 2003 (RJ 2003, 3916), 21 diciembre de 2005 (RJ 2005, 10149); 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396) y 15 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8110).

<sup>549</sup> Al respecto vid. pp. 253 y ss.

<sup>550</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*. Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación

Por tanto, para dar respuesta a la problemática apuntada desde el análisis del nexo causal cabe realizar dos ejercicios previos, el primero implica determinar si desde la perspectiva de la causalidad material el resultado dañoso es consecuencia de la actuación quirúrgica del médico o de ausencia de información o consentimiento. La conclusión a la que llegamos es que si la actuación del médico no se hubiese realizado el riesgo no se habría materializado, siendo dicha actuación la que materialmente es causa del resultado dañoso. Una vez establecida la causalidad material es necesario preguntarse si el resultado dañoso le será o no objetivamente imputable al facultativo que infringió alguno de estos deberes de información, para lo cual resulta útil recurrir a los denominados criterios de imputación, siendo útiles al respecto criterios como el del consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, el del ámbito de protección de la norma y el denominado criterio de la causalidad adecuada o adecuación<sup>551</sup>.

Establecido que en caso de infracción de alguno de los deberes relativos a la información -entrega de información y obtención del consentimiento informado- le serán imputables al facultativo infractor los resultados dañosos que impliquen la materialización de los riesgos no informados o no consentidos, resulta indispensable hacer algunas prevenciones desde la perspectiva del perjuicio y su respectiva reparación, permitiéndonos adelantar que nos parece contrario a todo parámetro de justicia pensar en que pueda condenarse al facultativo a indemnizar al paciente de todo el perjuicio sufrido cuando su actuación técnica fue correcta, siendo su única infracción la falta de información o la no obtención del consentimiento informado.

Teniendo presente lo anterior y en búsqueda de criterios que puedan morigerar el *quantum* indemnizatorio del perjuicio que implica el riesgo materializado, coincidimos con aquellos que ven en la teoría de la pérdida de

---

Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2006/Yaguez.pdf>, última visita 25 de enero de 2014.

<sup>551</sup> Volveremos sobre los criterios de imputación al analizar la imputación objetiva y su aplicación en el ámbito sanitario, pp 252 y ss.



oportunidad<sup>552</sup> una herramienta útil en la modulación de la cuantía indemnizatoria del daño final, por cuanto no resulta justo que el facultativo sea condenado a indemnizar al paciente dañado en la misma cantidad económica que si su culpa hubiere consistido en una impericia técnica al practicar una intervención, cuando en realidad su único error consistió en no haberle advertido al paciente de los riesgos típicos posteriormente materializados en la intervención quirúrgica que, valga la redundancia, fue correctamente realizada<sup>553</sup>. Por tanto, la teoría de la pérdida de oportunidad encontraría su utilidad al momento de la determinación del *quantum* indemnizatorio, debiendo indemnizarse sólo un porcentaje del daño total producido en función de la probabilidad de que se produjera el riesgo materializado. Volveremos sobre este punto al tratar la teoría de la pérdida de oportunidad<sup>554</sup>.

Una última cuestión que abordaremos, y sin perjuicio que lo trataremos al analizar el daño como elemento de la responsabilidad civil médica<sup>555</sup>, dice relación con que si la sola inobservancia de los denominados deberes relativos a la información –deber de informar y de recabar el consentimiento– implica o no la existencia de un perjuicio con carácter de autónomo para el paciente. La respuesta a dicha problemática no es indiferente y nos presenta interesantes consecuencias prácticas, puesto que si entendemos que la infracción a los citados deberes de información implica sólo la infracción a la *lex artis* médica, dicho incumplimiento no implicará para el facultativo de forma automática una consecuencia indemnizatoria, ya que resulta indispensable para que ello ocurra la existencia de un perjuicio producto de la materialización de un riesgo del que el paciente no fue informado o de una actuación no consentida por éste, puesto que en materia de responsabilidad civil puede hablarse de responsabilidad sin culpa, pero bajo ningún respecto sin daño<sup>556</sup>.

---

<sup>552</sup> Véase. pp 317 y ss.

<sup>553</sup> En igual sentido: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 470 y 473; en igual sentido DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*. Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2006/Yaguez.pdf>, última visita 25 de enero de 2014.

<sup>554</sup> Vid. pp. 317 y ss.

<sup>555</sup> Véase pp. 386 y ss.

<sup>556</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Comentario a la STS de 21 de octubre de 2005 /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de*

Por otro lado, nos parece más justo entender que la información y el consentimiento informado son manifestaciones de la libertad de decisión del paciente, llamado también derecho a la autodeterminación. Al asumir esta postura el panorama descrito en el párrafo anterior cambia radicalmente bastando la omisión de alguno de estos dos deberes para que se configure la lesión al derecho de autodeterminación del paciente y por ende el paciente se encuentre en posición de ejercer la respectiva acción de responsabilidad contra el facultativo negligente, configurándose un perjuicio autónomo, de naturaleza extrapatrimonial, siendo completamente independiente de la materialización o no de los riesgos no informados o de cualquier otro tipo de perjuicio que pueda tener su origen en una actividad médica deficiente, Lo cual nos permite distinguir dos partidas indemnizatorias autónomas (la lesión al derecho de autodeterminación y la materialización de los riesgos en caso que esta se produzca).

Si bien no compartimos completamente el planteamiento del Tribunal Supremo plasmado en la sentencia de 4 de abril de 2000 cabe destacarla porque constituye un reconocimiento a la autonomía del perjuicio que constituiría la lesión del derecho a la autodeterminación. En dicha resolución se analizó un supuesto en el que un menor sufrió una paraplejia como consecuencia de una intervención quirúrgica, en la que no consta fueran informados sus padres de los riesgos de la intervención, produciéndose por tanto un consentimiento viciado, al respecto destaca el supremo que: *“No cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a*

---

Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 507; SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados...* p. 305. Así también lo resalta el argentino LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 339 y 340. Por su parte el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de septiembre de 2001, la cual se pronuncia con ocasión de la reclamación interpuesta por un supuesto diagnóstico tardío de la rotura del tendón de Aquiles del demandante, ha señalado que *“la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido)”*. STS de 27 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7130).

*sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud... Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información... con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención"<sup>557</sup>.*

En el mismo sentido cabe destacar la sentencia del Supremo español de fecha 13 de mayo de 2011, donde la actora reclama una indemnización, contra el médico tratante y la compañía aseguradora, de 180.000 euros por una negligencia médica en la realización de intervención quirúrgica no autorizada en el menisco izquierdo. Reclama la demandante que no existió consentimiento previo respecto de la intervención quirúrgica practicada por el facultativo demandando por cuanto el consentimiento prestado fue expresamente para una intervención quirúrgica completamente diferente a la efectivamente practicada. La intervención que se propuso, para lo que la paciente solicitó y obtuvo autorización de su compañía aseguradora, fue para la intervención de una concreta patología consistente en comprobar un menisco dañado mediante artroscopia ("menisectomía artroscópica"), y no para seccionar y extraer la plica mediales o interna y liberar el alerón o retináculo rotuliano externo, que es la que se llevó finalmente a cabo una vez comprobado que la operación programada era innecesaria por no estar afectado el menisco, produciéndose un cambio de cirugía en quirófano sin el consentimiento previo de la paciente que lo había dado para una intervención clínica distinta. Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancias rechazan la reclamación argumentando

---

<sup>557</sup> STS de 4 de Abril de 2000, RJ (2000, 3258), el subrayado es nuestro.

que la prueba practicada no permite concluir la acreditación de nexo causal entre las lesiones y secuelas sufridas por la paciente recurrente y la intervención quirúrgica practicada por el profesional facultativo demandado. Se concluye en ambas instancias que no consta que la paciente consintiera la práctica quirúrgica consistente en la extracción de la plica medial, distinta de la que había prestado su autorización. Deducido el respectivo recurso de casación, el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la audiencia provincial de Madrid, condenando en su reemplazo, no obstante de quedar sentado que la demandante no sufrió daño corporal alguno, a los demandados a indemnizar a la actora la suma de €30.000, destacando que, “*Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía. La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad*”<sup>558</sup>.

A modo de conclusión podemos establecer lo siguiente:

- a) La sola lesión del derecho a la autodeterminación que se verifica con la omisión de alguno de los deberes relativos a la información –entrega de información y obtención del consentimiento informado–, por si sola ha de generar un perjuicio de carácter extrapatrimonial para el paciente el cual

---

<sup>558</sup> STS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279), el subrayado es nuestro.

debe ser indemnizado con independencia de la materialización o no del riesgo no informado o no consentido.

- b) En la eventualidad que el riesgo no informado o no consentido por el paciente se materialice, el facultativo no podrá ser condenado a la indemnización íntegra del perjuicio, sino que aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad –a la que nos referimos con posterioridad- el quantum deberá ser morigerado, indemnizándose un porcentaje del daño total producido en función de la probabilidad de que se materializará el riesgo no informado.

## **B) Deberes Secundarios de conducta.**

Como coadyuvantes del compromiso primario asumido por el galeno corren diversos deberes secundarios de conducta que no por su denominación de secundaria deben ser relativizados, al contrario, cabe destacar su relevancia funcional y orgánica. Muchos de ellos, según tendremos la ocasión de puntualizar, son la conclusión de una normativa –legal o deontológica– al respecto, y otros constituyen una derivación o ramificación del deber general de asistencia médica ya referenciado.

En lo que sigue, analizaremos estos los siguientes deberes de conducta: a) el deber de confidencialidad o secreto profesional; b) el deber de continuar con el tratamiento clínico una vez iniciado; c) el deber de llevar en debida forma la historia clínica.

### *1.- El secreto profesional.*

Los deberes del médico relacionados con la información pueden compararse, como señala MORENO HERNÁNDEZ, a una moneda; en el anverso nos mostraría el deber de información que tiene el médico para con su paciente, mientras que en la contracara se encontraría el secreto profesional<sup>559</sup>.

---

<sup>559</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *El deber de secreto del profesional* /en/ Romeo Casabona, Carlos María (Coord.), Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los

Sobre el deber en comento, hay acuerdo de tildarlo como una exigencia fundamental, puesto que como ha destacado la francesa MAYAUD, el secreto profesional tiene una gran dimensión social que normalmente coloca al obligado a resguardo de la persecución criminal, porque él representa la confianza indispensable para ciertas relaciones. Lo anterior significaría para el orden social que la discreción y el silencio están asegurados puesto que tales revelaciones se inscriben en una particular relación de confianza. Es en este sentido que los médicos, abogados y sacerdotes fueron los primeros en ser reconocidos como depositarios de tales secretos, no para que sus funciones se beneficiaran con una legitimidad superior a otras, sino porque ellas representan mecanismos útiles para la misma sociedad<sup>560</sup>.

De esta forma, el secreto médico viene a configurar un elemento esencial de la relación médico-paciente, puesto que sin él, la confianza del paciente hacia el galeno no existiría o se vería menoscabada<sup>561</sup>.

En el ordenamiento jurídico español se destaca la inclusión de este deber en el actual artículo 7.1 de la Ley 41/2002<sup>562</sup>, deber que a juicio de la doctrina, encontraría un doble fundamento, por un lado, en el derecho a la intimidad del paciente, y por otro, en la relación de confianza con el profesional sanitario. Configurándose en un sentido negativo, en la obligación de no

---

profesionales, XXII Coloquio de derecho europeo, Canarias: Universidad de La Laguna, 1993, p. 157. En igual sentido el francés LE TOURNEAU, Philippe. *Responsabilité civile professionnelle*. Paris : Dalloz, 2005, nº 320, pp. 153 a 155.

<sup>560</sup> MAYAUD, Yves. *La condamnation de l'évêque de bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César /en/ Recueil Dalloz, secc. Chroniques, 2001, p. 345.*

<sup>561</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 89.

<sup>562</sup> Deber que no solo encuentra su fundamento en la norma transcrita, sino que también lo encontraría en otros preceptos como: El artículo 18 de la Constitución Española, en cuyo apartado 1 se dispone que "*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*". Por su parte, en el 4 se establece que "*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*". A la norma constitucional hay que agregarle lo establecido en el artículo 7.4 de la Ley Orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, de 5 de mayo de 1982, disposición que otorga la consideración de intromisión ilegítima a "*la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*". Por su parte el código penal español también hace una referencia a la institución comentada, así el artículo 199.2 castiga al "*profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona*". La tipicidad de este comportamiento se contempla también, por ejemplo, en Alemania (§ 203 StGB) y Francia (artículo 378 Code penal).

divulgar a terceros datos relativos al estado de su paciente o las confidencias que éste le hiciera con ocasión de la consulta o en el transcurso de algún tratamiento<sup>563</sup>. En este punto se ha de entender que el secreto médico se refiere no sólo a los datos comunicados por el paciente al facultativo, sino que ha de alcanzar también a los descubiertos por el médico, a los relativos al tratamiento empleado y al diagnóstico final. En definitiva, abarca todos los hechos que llegan al conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión<sup>564</sup>

<sup>565</sup>.

Sobre el particular, interesante resulta la sentencia de la sala penal del Tribunal Supremo Español, de fecha 4 de abril de 2001, pronunciamiento en donde, además de la sanción penal por el delito de revelación de secretos se impone a la acusada a la obligación de indemnizar civilmente a la demandante la suma de 12.000 euros. Los hechos que dan lugar el pronunciamiento del alto tribunal español son los siguientes: La acusada, médico residente en el Hospital dependiente de la Diputación provincial de Valencia, fue requerida para prestar sus servicios profesionales de asistencia neurológica a una persona a la que reconoció por proceder ambas de una pequeña localidad. Al examinar su historial clínico advirtió, como antecedente quirúrgico, la existencia

---

<sup>563</sup> Así lo destacan, entre otros, los españoles: MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*... p. 270; ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*... p. 185; GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel y MOLINOS COBO, Juan. *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*. Granada: Comares, 1995, p. 130; ROMERO COLOMA, María Aurelia. *La medicina ante los derechos del paciente*... p. 25.

<sup>564</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato de servicios médicos*... p. 217; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*... p. 201. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños*... p. 200.

<sup>565</sup> Para graficar de mejor forma la problemática, nos parece interesante traer a colación un manifiesto caso de violación del secreto médico ocurrido en Francia en la década del 90, denominado *affaire Gubler*. Los hechos ocurrieron del siguiente modo: el 8 de enero de 1996 murió el Presidente de la República Francesa, François Mitterrand. En los días siguientes, concretamente el 17 de enero, se difundía en las librerías el libro titulado "El gran secreto", escrito por el doctor Claude Gubler, médico personal del Presidente, con la ayuda de un periodista. La difusión de esta obra había sido precedida de artículos de prensa que revelaban la enfermedad del Jefe del Estado y la publicación inminente de la obra del doctor Gubler. El día de su aparición en las librerías, se vendieron cuarenta mil ejemplares del libro. Ante estos hechos, los herederos de François Mitterrand, considerando que esta publicación constituía, por una parte, la violación del secreto profesional al cual estaba obligado el doctor Gubler, y por otra parte, un atentado contra la vida privada del ex Presidente de la República, iniciaron una acción judicial y tuvieron éxito, tanto en primera instancia, como en el Tribunal de Apelación, logrando la prohibición de venta del libro. Al respecto véase el interesante comentario del francés MASSIS, Thierry. *Violation de la vie privée d'un président de la république décédé et de sa famille par la révélation post mortem de son état de santé par son propre médecin* /en/ Recueil Dalloz, secc. Sommaires commentés, 1998, pp. 85 y ss.

de dos interrupciones legales de embarazo, circunstancia que la profesional acusada manifestó a su madre la que a la primera ocasión, en el pueblo, indicó a la hermana de la gestante el hecho, ya conocido por ésta, del estado de gravidez actual y la precedente existencia de dos anteriores interrupciones legales. Fundamenta su decisión el Supremo de la siguiente forma: *“La acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario – según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana... La divulgación del hecho, en cuanto perteneciente a la intimidad, lesiona su derecho fundamental precisamente por quien está específicamente obligado a guardar secreto...”*<sup>566</sup>

Por último, cabe apreciar que, si bien a primera vista pareciera que el secreto profesional se erige con carácter de absoluto, en realidad este deber admite diversos límites, los cuales apuntan principalmente a la concurrencia de circunstancias especiales. Así, entre otros motivos que limitarían este deber de secreto se encontrarían la protección de terceros o de la comunidad, el interés de la justicia o el avance de la ciencia, circunstancias que podrían justificar la revelación de los secretos conocidos por el profesional sanitario<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup> STS (sala de lo penal) de 04 de Abril de 2001 (RJ 2001, 2016).

<sup>567</sup> MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*... p. 270. Sobre las limitaciones al deber de secreto médico, vid. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*... pp. 202 a 209; JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*... pp. 258 a 263.



## 2.- *El deber de continuar con el tratamiento una vez iniciado.*

El principio general que rige en este punto es que el médico, una vez iniciado el tratamiento respectivo, deberá asistir a su paciente con todos sus cuidados mientras éste continúe, no dejándole en ningún momento abandonado. Lo que a primera vista puede resultar una obviedad, en la práctica presenta una serie de dificultades que hacen necesarias algunas puntualizaciones al respecto.

De esta forma, para determinar con mayor exactitud los contornos del deber que ha de recaer sobre el galeno, resulta útil diferenciar si la intervención de éste, producto de una urgencia, es necesaria y obligada, o deriva de un contrato de asistencia médica celebrado con anterioridad entre el paciente y el médico o entre el paciente y la clínica u Hospital en que el galeno trabaja.

En la primera hipótesis descrita, consideramos que el facultativo no tendría necesidad de continuar con el tratamiento más allá de donde sea necesario para la vida y la salud del paciente ingresado de urgencia. No obstante, la determinación de este límite debe ser casuística y concreta, ya que, en ciertas ocasiones, dicha intervención consistirá en una simple cura de urgencia y otras veces puede derivar en una operación más compleja. Incluso hay quienes plantean que, en caso que el galeno realice una intervención compleja, pudiera ser necesario para que el paciente no tuviera complicaciones que se continué el tratamiento por el mismo facultativo que le intervino en una primera etapa<sup>568</sup>.

Por otro lado, también podría suceder que una vez efectuadas las primeras intervenciones urgentes el paciente deseara que el tratamiento posterior sea asumido por el mismo médico, en cuyo supuesto (caso de que el facultativo manifiesta su voluntad en la misma dirección), la relación se convertiría en contractual. Lo que realmente comprometería la responsabilidad

---

<sup>568</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 267 y 268; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 515.

del médico, incluso penalmente, y sería una falta a sus deberes profesionales de asistencia, es el abandono del enfermo, más aún cuando éste le haya sido impuesto al médico por circunstancias de urgencia y necesidad<sup>569</sup>.

Ahora, si la intervención del médico se produce como consecuencia de un contrato de asistencia sanitaria, la relación contractual habida entre médico y paciente podrá siempre poner fin al contrato/relación contractual a instancia de cualquiera de las partes, pero considerando las posibles repercusiones sobre la salud del paciente la resolución del pacto a instancias del médico ha de requerir condiciones más fuertes que las exigidas para la resolución por parte del paciente. De esta forma el facultativo podría poner término a su compromiso: a) debido a un incumplimiento por parte del paciente de sus deberes; b) fundado en desconfianza por parte del paciente hacia su tratamiento; c) producto de otros motivos graves<sup>570</sup>. Pero siempre deberá tener en cuenta que no debe dejar abandonado al paciente<sup>571</sup>.

Esta exigencia de no dejar abandonado al paciente implicará para el galeno una serie de preocupaciones que apuntan a minimizar los riesgos de fracaso del tratamiento ya iniciado. Por tanto, en tal circunstancia –caso en que el facultativo decida resolver el contrato de asistencia médica o en el evento en que deba ausentarse por un tiempo–, además de notificarle su determinación al paciente con la debida antelación, deberá procurar y aconsejarle a éste las mejores alternativas de reemplazo, sirviendo para ello de nexo entre el paciente y el nuevo médico tratante e informando a este último sobre todos los aspectos pertinentes asegurándose que tratamiento pueda proseguir sin dificultad. En otras palabras, lo que le será exigible al médico es no deshacerse del tratamiento hasta que un nuevo colega se haya encargado del mismo, a no

---

<sup>569</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 268.

<sup>570</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 268.

<sup>571</sup> Así lo indica expresamente el artículo 11 del Código de Deontología Médica española al expresar que, “*El médico sólo podrá suspender la asistencia a sus pacientes si llegara al convencimiento de que no existe la necesaria confianza hacia él. Lo comunicará al paciente o a sus representantes legales con la debida antelación, y facilitará que otro médico se haga cargo del proceso asistencial, transmitiéndole la información necesaria para preservar la continuidad del tratamiento*”.

ser que fuera el propio paciente el que decida interrumpirlo o por culpa de éste no se busque ningún otro facultativo<sup>572</sup>.

### 3.- *El deber de llevar en debida forma la historia clínica.*

La creciente importancia que la historia clínica ha adquirido en el último tiempo se debe, entre otros factores, a la cada vez más frecuente intervención de múltiples profesionales de la salud en la atención de un paciente<sup>573</sup>, lo cual ha obligado a que el estado de salud de este último, así como la terapia realizada, queden documentadas para evitar terapias incompatibles, efectos adversos y suministros de medicamentos a los que el paciente pueda ser alérgico. Como bien se ha destacado, el carácter completo y permanente de la historia clínica de un paciente es en la medicina moderna una condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa<sup>574</sup>. En este sentido, resulta indudable que la historia clínica es un instrumento destinado a garantizar la adecuada asistencia al paciente, como se encargan de ponerlo en relieve expresamente el artículo 17.1 de la ley 41/2002<sup>575</sup> e indirectamente los artículos 3 y 15.2 de la citada norma<sup>576</sup>. Es así como se ha ido configurando este deber que, como muchos otros, partió como una exigencia deontológica hasta convertirse en un auténtico derecho del paciente reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico.

Dentro de la configuración que de este derecho realiza la actual normativa española, cabe destacar entre otros preceptos de la mentada ley 41/2002, al artículo 15.1 que expresamente señala que, “... *todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte*

---

<sup>572</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* p. 268.

<sup>573</sup> MARTÍNEZ AGUADO, Luis. *Aspectos éticos de la historia clínica /en/* FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel (Coord.) *La historia clínica*. Granada: Comares, 2002, p.77.

<sup>574</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica /en/* La Ley (argentina), año XI, nº 60, 1996, p. 808.

<sup>575</sup> Artículo 17.1: “*Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial*” (el subrayado es nuestro).

<sup>576</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... p. 506.

técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada”. Complementando lo anterior, el artículo 15.3 recoge el deber de cada profesional sanitario de completar debidamente la historia clínica de cada paciente en los aspectos relacionados con la asistencia directa a éste. Por su parte el artículo 17, atribuirá la responsabilidad por la conservación y custodia de la documentación clínica, dependiendo de los casos, a la dirección del centro sanitario –números 1 y 4–, o bien a los profesionales que ejerzan de manera individual su actividad – números 5–. Finalmente, y relacionado con el deber de secreto profesional, en los artículos 2, 16 y 18 de la ley 41/2002, se establece en términos generales el derecho del paciente a la confidencialidad de los datos que consten en la historia clínica<sup>577</sup>.

Antes de seguir con el análisis de este deber médico, resulta pertinente determinar en qué consiste la historia clínica. Al respecto puede destacarse que doctrinariamente se ha entendido a ésta como un “relato patográfico o biografía patológica de la persona, esto es, la transcripción de la relación médico-paciente”<sup>578</sup>. También se la ha definido como “un instrumento que

---

<sup>577</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... pp. 506 y 507.

<sup>578</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*... p. 218. Por otra parte, también se ha planteado una definición de índole más descriptivo, que contendría de manera adecuada, todos los elementos necesarios de la historia clínica, destacándose que ésta consiste en:

- 1) un conjunto de información;
  - 2) relativa a cada paciente;
  - 3) que contiene componentes heterogéneos desde el punto de vista jurídico, como son:
    - 3.1) los relativos a la organización y la gestión administrativa y económica del centro;
    - 3.2) el título jurídico en virtud del cual se accede a la prestación;
    - 3.3) los datos identificadores del paciente;
    - 3.4) otros datos directa o indirectamente relativos a su enfermedad aportados por el paciente:
      - 3.5) los datos deducidos prima facie por el propio médico aun sin conocimiento de aquél;
      - 3.6) los resultados de las exploraciones directas o a través de instrumentos o sustancias, en la medida que comporten un juicio o deducción derivados de los conocimientos profesionales del médico analista o explorante, frecuentemente distinto del médico tratante;
      - 3.7) la emisión de un juicio diagnóstico y pronóstico;
      - 3.8) la prescripción del tratamiento correspondiente;
      - 3.9) la evolución de éste;
      - 3.10) las anotaciones subjetivas del médico en relación con las reacciones y actitudes del paciente, que son de especial importancia en algunos casos como el tratamiento psiquiátrico.
- Al respecto véase los trabajos de: GRACIETA ROYO, Luis Pedro e IBARRA GARCÍA, Nuria. *La*

emana de un establecimiento asistencial y/o de un médico, realizado en un espacio de tiempo, que se inicia con la primera consulta y concluye con el alta del paciente, en la cual se anotan todos los datos relevantes de la salud del paciente, como así también el diagnóstico, la terapia y el desarrollo de la enfermedad, integrada por distintos elementos como ser la manifestación del propio paciente, estudios clínicos y aspectos experimentales, y respecto del cual, el establecimiento asistencial y/o médico tiene la obligación de conservar, custodiar y de expedir las copias que el paciente o sus familiares le soliciten”<sup>579</sup>.

Por su parte, en la regulación que hace la ley 41/2002 al respecto, extrañamente nos encontramos con dos preceptos que entregan definiciones diversas de historia clínica, así, por una parte, el artículo 3 de la mentada norma la conceptualiza como “*el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial*”, y por otra, el artículo 14.1, con un tenor más bien descriptivo, entiende que aquella, “*comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro*”<sup>580</sup>.

Como fue destacado en los párrafos anteriores, la historia clínica se erige como un instrumento destinado a garantizar la adecuada asistencia del paciente, pero esta no sería su única función, debiendo apuntarse otra que a nuestro juicio podría llegar a ser incluso más importante que la descrita, nos

---

*confidencialidad de la historia clínica: una aportación desde el contrato de seguro /en/ Revista La Ley (España), nº 3, 2000, p. 1723 y ROMEO CASABONA, Carlos María y CASTELLANO ARROYO, María. La intimidad del paciente desde una perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica /en/ Revista Derecho y salud, nº 1, 1993.*

<sup>579</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 69. En similar sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario /en/ Revista La ley, nº 1647, 1987, pp. 1011 y ss.*

<sup>580</sup> Sobre la historia del establecimiento de estos preceptos, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* pp. 491 a 497.

referimos al importante rol que cumpliría la historia clínica en materia probatoria.

En este sentido, se ha destacado que la historia clínica es un elemento útil para juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, pues su valor probatorio se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos conforme a estándares, cooperando para establecer la relación de causalidad entre ellos y los eventuales daños que pueda sufrir el paciente<sup>581</sup>. En otras palabras, la historia clínica se constituye en todos los procesos seguidos por responsabilidad médica como una prueba esencial al constituir un dato de extraordinaria importancia en el ámbito sanitario, ya que en ella han de quedar reflejadas, todas o, al menos, las más importantes incidencias en el tratamiento, seguimiento y control del enfermo<sup>582</sup>.

---

<sup>581</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado...* p. 74.

<sup>582</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 129. En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 2004 condenó a la Administración sanitaria a indemnizar a la demandante por la ceguera provocada a un menor prematuro por una asistencia sanitaria defectuosa. El factor desencadenante que originó la ceguera fue el uso inadecuado y sin el correspondiente control por parte de un pediatra del tratamiento con oxígeno a este niño prematuro. El alto Tribunal se basa en la historia clínica para fundamentar la ausencia de tal control oftalmológico, señalando al respecto, en su fundamento de derecho cuarto, que: *"Del informe del Médico Forense resulta que el hecho de que el niño debiera ser tratado con oxígeno (dado su carácter prematuro) debió ocasionar un mayor control oftalmológico, debiendo realizarse exámenes periódicos de los ojos, tal como se indica al folio 8 del Informe. De la Historia clínica resulta que el primer examen oftalmológico se le realizó a los 3 meses y 6 días y en el Informe de alta de fecha 1 de julio de 1986 no se realizó indicación alguna respecto de esta patología, haciéndose constar que se habían realizado exámenes oftalmológicos repetidos, sin que éstos aparezcan realizados en la Historia clínica"*. STS de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 2717). Por su parte en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002, se subraya la importancia del historial clínico del paciente con ocasión de un recurso de casación promovido por la viuda e hijas de quien, sometido a una intervención quirúrgica para extirpación de un tumor cerebral que luego se revelaría maligno, falleció al día siguiente como consecuencia de una complicación quirúrgica. Señala la sentencia en su fundamento jurídico segundo, que: *"En este supuesto el Doctor Juan no parece que haya mostrado esa atención al paciente pues según afirman los Doctores F. y R. y consta en el documento correspondiente no efectuó anotaciones en la hoja de curso clínico en ese día ni el siguiente para que sirviera de referencia a sus compañeros que habían de atender al paciente, sin que sea de recibo la explicación que ofrece a esta omisión en el sentido que determinados hechos que ocurrieron a la hora de la visita le impidieron efectuar esta anotación, ni pueden compartirse sus manifestaciones en las que se escuda en la organización hospitalaria para justificar la indebida asistencia al paciente en el día posterior a la intervención quirúrgica, ya que esta circunstancia habría de llevarle a dejar por escrito todas las incidencias surgidas y las pautas de tratamiento adecuado y en todo caso, no le eximían de su responsabilidad de vigilar al enfermo en los momentos posteriores de la operación al tratarse de un caso grave y haber surgido complicaciones durante la misma"*. STS de 11 de abril de 2002 (RJ 2002, 3288).

En consecuencia, como claramente lo ha destacado GALÁN CORTÉS, “la historia clínica ostenta una enorme importancia a la hora de juzgar la responsabilidad profesional del médico, ya que, entre otros extremos, puede dar la clave de la relación de causalidad entre el actuar del facultativo y el daño sufrido por el paciente en el curso de la terapia instaurada”<sup>583</sup>.

Una cuestión que cada vez se plantea con mayor frecuencia sobre la historia clínica, apunta a la determinación de quién será en la práctica el encargado de su archivo y conservación. Así las cosas, y teniendo a la vista la normativa vigente, cabe sentar que la respuesta a la problemática enunciada puede ser extraída previo análisis de lo dispuesto por los artículos 14 –número 2– y 17 –números 1, 4 y 5– de la ley 41/2002, pudiendo distinguirse al respecto 2 situaciones diversas. Así, por regla general, se entrega la responsabilidad a cada centro de salud de archivar, gestionar y conservar las historias clínicas de sus pacientes, teniendo plena libertad sobre el soporte en el que pueden recogerse (v. gr. soporte papel, audio visual, informático o de otro tipo en el que consten). No obstante, en aquellos casos en que los profesionales sanitarios desarrollen su actividad de manera individual, serán los propios facultativos los responsables de la gestión y custodia de la documentación asistencial que generen<sup>584</sup>.

Para ir concluyendo con la referencia a la historia clínica, nos parece interesante dejar planteada la interrogante que gira en torno a quién ha de detentar su propiedad<sup>585</sup>, problemática en donde se han planteado diversos

---

<sup>583</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 137.

<sup>584</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... p. 497.

<sup>585</sup> Un estudio detallado sobre la problemática apuntada lo encontramos en: DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... pp. 497 a 510; SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELIAN, Fernando. *Derechos del médico en la relación clínica*, Madrid: Comares, 2006, pp. 24 a 26; ALMAGRO NOSETTE, José. *Reflexiones acerca del arcano de las anotaciones subjetivas /en/ Diario Médico, Sección de Normativa, 21 de marzo de 2003, pp. 10 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario...* pp. 1015 y ss.; GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás y MARZO MARTÍNEZ, Blanca. *La propiedad de la Historia clínica /en/ Revista La ley, nº 5, 1996, pp. 1629 y ss.; DE LORENZO SÁNCHEZ, Antonio. De quién son propiedad las historias clínicas /en/ Deontología derecho y medicina, Colegio oficial de médicos de Madrid, 1977, p 497 y ss., entre otros.*

argumentos, pudiendo concentrarse éstos principalmente en tres grupos. Un primer grupo estaría conformado por aquellos que consideran a la historia clínica como propiedad del paciente, fundamentando su posición en lo preceptuado por el artículo 15.2 de la ley 41/2002 en lo relativo a que su confección se realizaría en estricto beneficio del paciente y lo señalado por el derogado artículo 5.6 del anexo primero del real decreto 63/1995 de ordenación de prestaciones sanitarias, donde se aludía al derecho del paciente a la comunicación o entrega de un ejemplar de su historia clínica<sup>586</sup>. Por otro lado, estarían los que la consideran propiedad del facultativo, basándose para ello fundamentalmente en argumentos en torno a la propiedad intelectual de la misma, al considerar que la realización de la historia clínica supone un proceso de creación intelectual del médico que culmina con el diagnóstico y tratamiento del paciente<sup>587</sup>. Por último encontramos un tercer grupo que defenderían una posición mixta, considerando que no debe prevalecer al respecto una opinión unívoca, sino que más bien deben considerarse todos los intereses que confluyen en la materia, en este sentido destacan que el titular de la historia clínica sería el centro sanitario, siendo el paciente titular de la intimidad en ella reflejada y el médico sería dueño de su aportación intelectual y administrador del interés de terceros ahí registrados<sup>588</sup>.

A pesar que la ley 41/2002 no se pronuncia expresamente respecto de quién ha de detentar la propiedad de la historia clínica, compartimos el planteamiento de quienes ven en el artículo 18 en relación con los artículos 14, 15, 16 y 17 del precepto citado, que el legislador español sobre este punto habría optado por una solución ecléctica, o más bien que, omitiendo referirse al tema, ha optado por resolver concretamente los problemas prácticos que se

---

<sup>586</sup> Por todos, AULLÓ CHAVES, Manuel y PELAYO PARDOS, Santiago. *La historia clínica /en/* De Lorenzo y Montero, Ricardo (Coord.) Responsabilidad legal del profesional sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid: Edicomplet, 2000, pp. 10 y ss.

<sup>587</sup> DE LORENZO SÁNCHEZ, Antonio. *De quién son propiedad las historias clínicas...* pp. 497 y ss.

<sup>588</sup> Así, entre otros, ROMEO CASABONA, Carlos María y CASTELLANO ARROYO, María. *La intimidad del paciente desde una perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica...* pp. 14 y ss.; DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*. Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 170 y ss.



plantean en torno a ella<sup>589</sup>. Así, conforme al artículo 18.1 de la citada ley 41/2002, “*el paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella*”. Destacándose en el mencionado apartado que, “*el derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas*”.

#### **4.- LA PRUEBA DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.**

Como fue señalado en su oportunidad, desde principios de la segunda mitad del siglo pasado se inició en el ordenamiento español un proceso de transformación jurisprudencial de la responsabilidad civil que dirigió sus pasos hacia la objetivación de la responsabilidad por culpa. Sin embargo, dicha evolución excepcionalmente no ha tenido los mismos efectos respecto de la llamada responsabilidad médico-sanitaria, siendo doctrina consolidada que en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere le inversión de la carga de la prueba<sup>590</sup>.

Lo anterior, cabe precisar, tiene sentido sólo cuando hablamos de la denominada medicina curativa, puesto que, como ya fue apuntado, en la medicina voluntaria o satisfactiva la obligación que contrae el facultativo es de resultado, derivando el daño de la no consecución del resultado esperado, con independencia de la diligencia o negligencia empleada por el profesional. Por tanto, la problemática que trataremos en las páginas que siguientes ha de

---

<sup>589</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*... p. 506.

<sup>590</sup> Vid. LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*... p. 145.

circunscribirse a los casos de medicina terapéutica o curativa, ámbito donde tiene importantes consecuencias de orden práctico.

Al apartar, teórica y jurisprudencialmente, la responsabilidad civil médica de la tendencia objetivadora que pareciera marcar el actual derecho de daños, la conclusión a la que se arriba es que en materia de prueba el *onus probandi* indefectiblemente ha de recaer en el perjudicado-demandante, es decir, en el paciente o sus herederos<sup>591</sup>. En otras palabras, al no ser admitida una inversión de la carga de la prueba ni, mucho menos, una posible presunción de culpabilidad del médico, necesariamente deberán aplicarse las normas generales que rigen en materia probatoria –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, las cuales entregan al actor la carga de probar el daño, la relación de causalidad y la infracción de la *lex artis ad hoc*<sup>592</sup>.

Ante la evidente ventaja probatoria que respecto del paciente gozaría el médico, quien, además de los conocimientos especializados, posee toda la información relativa a la enfermedad y su tratamiento<sup>593</sup>, bien apunta LLAMAS POMBO que, “no se puede negar que una rígida aplicación de los clásicos principios de culpa, causalidad y carga de la prueba, puede llegar a frustrar la finalidad reparadora de la responsabilidad civil, cuando de actividades técnicas y profesionales se trata. En efecto, la desigualdad entre la víctima demandante y el profesional demandado es patente en relación con las posibilidades de acceso al conocimiento que una y otro tienen acerca del desarrollo de los hechos y de la valoración técnica o científica de los mismos. Cuestión que

---

<sup>591</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica...* p. 25; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* pp. 60 a 69; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 145 y ss.; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* pp. 303 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* pp. 15 y ss.

<sup>592</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")...* p. 48; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* p. 499.

<sup>593</sup> Profesional que, no debe olvidarse, se encuentra en posición de controlar la información relevante respecto: del estado inicial del paciente; de los exámenes que le fueron realizados; del diagnóstico que llevó a tomar decisiones pretendidamente negligentes; de los detalles del tratamiento intentado o de la operación practicada; y en definitiva, de las causas, más menos, precisas de la muerte o del daño corporal sufrido por la víctima.

abiertamente iría contra el comentado principio *pro damnato*, pues la demostración de la culpa y la causalidad con arreglo a los esquemas tradicionales puede llegar a convertirse en una verdadera *probatio diabólica*<sup>594</sup>.

Así las cosas, y teniendo a la vista la dificultad que implica fundamentar en términos de justicia material el sostenimiento férreo de la responsabilidad médica por culpa con prueba a cargo de la víctima<sup>595</sup>, ha sido la propia jurisprudencia la que se ha ocupado de suavizar un esquema probatorio que, como fue destacado, pone las cosas muy difíciles a todo paciente damnificado que pretenda demandar una responsabilidad por daños<sup>596</sup>. De este modo se configura la tendencia jurisprudencial que recurriendo a distintos instrumentos, que en su mayor parte ya habían tenido eco en la doctrina y Derecho comparado<sup>597</sup>, y con el objeto de aliviar la pesada carga probatoria del paciente perjudicado, termina por no exigir a éste una prueba acabada o completa de la culpa, sino que deduce ésta a partir de determinados hechos que permiten llegar a presumirla.

Reseñado el panorama jurídico vigente, y teniendo presente la exclusión a lo menos teórica de la inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil médica, cabe destacar que en la práctica, como consecuencia de una serie de expedientes probatorios a los que nos referiremos en los apartados que siguen, el resultado alcanzado es prácticamente similar a lo ocurrido en buena parte de los casos de

---

<sup>594</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas...* pp. 499 y 500.

<sup>595</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 306; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 228.

<sup>596</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 228.

<sup>597</sup> Al respecto véase a: LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 266 y ss.; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* pp. 308 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* pp. 69 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* pp. 173 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal...* pp. 306 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1990)...* pp. 910 y ss.

responsabilidad extracontractual donde se declara expresamente la alteración del *onus probandi*.

De esta manera, en las páginas que siguen, centraremos nuestra investigación en aquellos expedientes originados en distintos ordenamientos que tienen por objeto dulcificar la posición probatoria del paciente respecto de culpa del facultativo en el ámbito de la responsabilidad civil médica, siendo buena parte de ellos (*res ipsa loquitur*, *prima facie*, *causalité virtuelle* y *la doctrina del daño desproporcionado*) modalidades –según sea el ordenamiento de origen– del mismo mecanismo que apunta a dar por sentada la culpa del agente cuando se trata de un resultado que, según el curso normal de los acontecimientos, no se habría producido de no mediar negligencia.

#### 4.1. LA PRUEBA POR PRIMERA IMPRESIÓN (PRIMA FACIE O ANSCHEINSBEWIS).

Uno de los instrumentos probatorios que se ha puesto al alcance del Juez para facilitar a la víctima del perjuicio la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médica, y que tuvo su origen en Alemania<sup>598</sup>, es la denominada prueba por primera impresión (prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis*). Dicha doctrina alude a ciertos casos en que la actuación del profesional sanitario es tan manifiestamente imprudente que para la determinación de la responsabilidad de éste no se requiere de un dictamen pericial<sup>599</sup>. Se basa en la idea de que en ciertos casos una situación de hecho corresponde, conforme a las máximas de la experiencia, a un curso causal típico y determinado por lo que basta para dar por probada la culpa del dañante

---

<sup>598</sup> Hay acuerdo en la doctrina en que el origen de esta teoría se encuentra en el ordenamiento alemán (*Anscheinsbeweis*), así: LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 275 y 276; REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* p. 183; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 426; SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 6ª Ed., Tomo II. Madrid: Montecorvo, 1991. pp. 950 y ss. e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal...* pp. 310 a 313. Por otro lado, sobre esta doctrina en la literatura española puede verse el claro análisis de CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1990)...* pp. 907 y ss.

<sup>599</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica...* p. 28.

que el juez “pueda contar con hechos que según los principios de la experiencia general hagan muy verosímil la culpa”<sup>600</sup>.

Dentro de los orígenes de esta doctrina, cabe citar la resolución del Tribunal Constitucional Alemán de 25 de julio de 1979 que, conociendo la demanda de un paciente que, a raíz de una intervención para extirparle un tumor benigno en el cuello, sufre una serie de daños irreversibles, y atendiendo al principio constitucional de “igualdad de armas en el proceso”, el alto tribunal alemán, aprobando expresamente el desarrollo de las facilitaciones de prueba y matizando el principio general de distribución probatoria, exige que en cada caso en concreto se determinen cuidadosamente las normas decisivas sobre la carga de la prueba para ponderar hasta dónde se le puede exigir al demandante la aportación de las mismas. Considera así, la citada Corte que sólo a través de este mecanismo, en procesos particularmente sensibles como puedan ser los de responsabilidad civil médica, en donde existe una manifiesta asimetría en la información de las partes, el derecho constitucional a un proceso justo y la igualdad de armas pueden ser satisfechos<sup>601</sup>.

Haciendo referencia a esta doctrina, apunta YZQUIERDO TOLSADA que con la prueba *prima facie* no se trata de que “el Juez pueda sustituir un hecho probado por una mera verosimilitud, sino que se le permite deducir a través de un dato probado (el resultado sobrevenido) otro que se investiga y que, no el caso concreto, sino la experiencia de la vida se ha encargado ya de probar para la generalidad de los sucesos similares”<sup>602</sup>. Con ello se intenta facilitar a la víctima-demandante la carga de la prueba sin que ello perjudique o agrave la posición del médico-demandado. En ningún caso debe interpretarse esta teoría como una auténtica inversión de la carga de la prueba, puesto que no se obliga al autor del daño a probar la ausencia de culpa, sino sencillamente a demostrar la seria posibilidad de un desarrollo diferente del que cabría

---

<sup>600</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. 11ª edición por Lehmann Heinrich...* p. 637; ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")...* pp. 48 y 49.

<sup>601</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 277; LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 423.

<sup>602</sup> Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal...* p. 309.

esperar según las máximas de experiencia<sup>603</sup>, entendiendo a estas últimas como máximas de la experiencia médica, en otras palabras, debe demostrarse que en el caso concreto las cosas no sucedieron de una manera normal.

Respecto del campo de acción de esta doctrina, destaca LLAMAS POMBO que la prueba *prima facie* encuentra aplicación fecunda en materia de responsabilidad de los profesionales de la salud, particularmente respecto de aquellos casos en que es posible probar que el daño sufrido por el paciente es consecuencia típica de un error médico, agrega el citado autor que “*a menudo los errores o conductas médicas negligentes saltan fácilmente a la luz y son muy reprobadas, por sus consecuencias muchas veces irreparables... El usuario de los servicios médicos se indigna ante fallos médicos ostensibles, por lo que a menudo esas evidencias ostensibles facilitan considerablemente la prueba*”<sup>604</sup>, como lo sería, por ejemplo, si después de una intervención quirúrgica son extraídos de la herida del paciente restos de apósito o algún instrumental quirúrgico, debiendo, por la sola constatación de ese hecho, entenderse acreditada la negligencia del facultativo encargado de dicha operación.

Por otro lado cabe destacar que la solución al ejemplo propuesto no será tan sencilla cuando se trate de hipótesis en que el daño puede provenir de varias causas<sup>605</sup>, puesto que como lo destaca LUNA YERGA, “si entran en consideración diversos motivos para un mismo daño pero el médico sólo sería responsable por uno de ellos, no puede ser aplicada la prueba *prima facie*,

---

<sup>603</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 427; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 279; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal...* p. 309 y 310. En contra, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* pp. 186 y ss.

<sup>604</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 427.

<sup>605</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica...* p. 29; SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal...* p. 953.

pues no es posible decantarse por el motivo en el que se presume la culpa del médico y excluir el resto por los cuales el médico no sería responsable”<sup>606</sup>.

Por último, puede destacarse que la prueba *prima facie* puede resultar de utilidad tanto para probar la culpa como la relación de causalidad. Es por ello que aunque se trate de un mismo instrumento, en el sistema alemán se distingue entre prueba *prima facie* de la culpa (*Anscheinsbeweis der Fahrlässigkeit*) y prueba *prima facie* de la causalidad (*Anscheinsbeweis der Kausalität*)<sup>607</sup>.

#### 4.2. LAS COSAS HABLAN POR SÍ MISMAS (*RES IPSA LOQUITUR*).

La jurisprudencia de los países del *common law*<sup>608</sup> tampoco ha permanecido ajena a la tendencia de desarrollar alivios probatorios para el paciente-demandante en supuestos de responsabilidad médico-sanitaria. En efecto, el principio latino *res ipsa loquitur*<sup>609</sup> que traducido literalmente significa

---

<sup>606</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 280.

<sup>607</sup> Al respecto vid.: LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* pp. 311 y 312; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 275.

<sup>608</sup> Como lo destaca NAVARRO MICHEL, Mónica. *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario /en/ Anuario de Derecho Civil, vol. 56, nº 3, 2003, pp. 1198 y ss. Este principio fue aplicado en la jurisprudencia de EEUU, por primera vez, en 1863 por el juez Pollock en el caso Byrne versus Boadle (el actor había sido golpeado en la cabeza por un barril de harina que había caído por la ventana de un almacén. El Tribunal invocó esta teoría y sostuvo que en ausencia de negligencia no hubiera caído un barril de harina por una ventana). Sin embargo, la formulación clásica de esta regla del Common Law proviene de una sentencia dictada dos años más tarde (en 1865) en el asunto Scoul v. Londm & Si (Mherine Docks Co.), curiosamente en un supuesto muy similar (al demandante, que caminaba por la calle junto a un almacén, le caen varios sacos de azúcar inexplicablemente sobre su cabeza): El Tribunal estableció que “cuando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandado o sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos si quienes están encargados de controlar la situación actúan con diligencia, a falta de una explicación por parte del demandado, constituye prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia. En igual sentido, LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 268 y 269.*

<sup>609</sup> Se destaca que la expresión *res ipsa loquitur* fue utilizada por primera vez por Cicerón como argumento probatorio, hasta en tres ocasiones en el Discurso *Pro Milone*. A lo largo de su defensa de Milón, Cicerón intentó demostrar que si Milón mató a Clodio fue en legítima defensa, pues las circunstancias, a su juicio, eran elocuentes (Milón iba con ropa que entorpecía la lucha, en carruaje, acompañado de su esposa..., mientras que Clodio iba sólo, a caballo y se había desviado de su trayecto para pasar por dicho lugar, sabiendo que Milón iba a transitar por él para asistir a un festejo. Estos datos revelaban, según Cicerón, la falta de intención de Milón de cometer un asesinato. Los ingleses, últimos guardianes del latín y del Imperio, se apropiaron de numerosas regulae de la cultura romana y las aplicaron (a menudo

la cosa habla por sí misma (*the thing speaks for itself*)<sup>610</sup>, viene a establecer una presunción de culpa en aquellas acciones que derivan de la negligencia del agente dañoso<sup>611</sup>. En otras palabras, como señala DÍEZ-PICAZO, la regla *res ipsa loquitur*, no es un método de valoración de la negligencia, sino una regla de prueba o, si se prefiere, una regla de utilización de presunciones. En este sentido, la negligencia del autor del daño se deduce del mero hecho de haber ocurrido el accidente y de las circunstancias del mismo, cuando ello conduce razonablemente a creer que sin la negligencia del agente el suceso dañoso no habría ocurrido, teniendo presente que las cosas con las que se causó el perjuicio eran manejadas y estaban bajo el control del demandado<sup>612</sup>.

Como se ha destacado, la aplicación del referido principio tiene especial incidencia en aquellos casos en que el actuar médico ha sido tan incorrecto que cualquiera puede darse cuenta que hubo una actuación negligente de su parte, como ocurriría, por ejemplo, en el evento de la extracción equivocada de

---

alteradas, como en este caso) según sus criterios jurídicos. Tal ha sucedido con la pemia *res ipsa loquitur*, que para Cicerón, sólo podía escribirse: *res loquitur ipsa*. Sobre el particular véase a NAVARRO MICHEL, Mónica. *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario...* pp. 1197 y ss.; ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")...* p. 49; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* pp. 308 y ss.

<sup>610</sup> Aunque el origen y la aplicación del principio *res ipsa loquitur* es muy antiguo, en las últimas décadas se ha producido una abundantísima bibliografía sobre el tema especialmente a propósito de la responsabilidad médica, dentro de la que, a modo ejemplar, podemos referenciar en España a: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 241 y ss.; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 266 y ss.; NAVARRO MICHEL, Mónica. *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario...* p. 1198; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* pp. 308 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* pp. 173 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado...* pp. 166 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal...* p. 307; RICO PÉREZ, Francisco. *La responsabilidad civil del farmacéutico*. Madrid: Trivium, 1984, pp. 72 y ss.; PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Daños por productos y protección del consumidor*. Barcelona: Bosch, 1990, pp. 378 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1990)...* pp. 907 y ss., entre otros.

<sup>611</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 267. en el mismo sentido DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* pp. 173 y ss.; y LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* pp. 308 y ss. Destaca al respecto este último autor que el referenciado principio, "no es sino una presunción en virtud de la cual se permite deducir a partir de un hecho probado y evidente la existencia de culpa en el agente".

<sup>612</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual...* pp. 109 y 110.



un miembro, o cuando el daño se produce por instrumentos no esterilizados previamente<sup>613</sup>.

Sobre los requisitos que deben concurrir para aplicar el principio *res ipsa loquitur*, resulta interesante recurrir a lo establecido en el caso Mahon v/s Osborne, donde se resolvió una reclamación interpuesta por los familiares de un paciente al que durante una intervención quirúrgica le fue dejada una esponja en la zona operada, la cual no fue detectada sino hasta dos meses después cuando una infección, producto de la esponja extraviada, le provocó la muerte a dicho paciente<sup>614</sup>. En este sentido, hay acuerdo en la exigencia de tres requisitos para la aplicación de la mentada regla: a) Un evento dañoso que normalmente no se produce sin la negligencia del demandado y que, por tanto, es muy probable que la negligencia de éste lo haya causado; b) El control exclusivo por parte del demandado del medio material o personal causante de daño; y 3) Que la propia víctima no haya contribuido a causar el daño<sup>615</sup>.

Ahora, refiriéndonos a los efectos de la aplicación del citado principio, cabe mencionar que su aplicación es útil para deducir la negligencia del agente dañoso a partir de unos determinados hechos probados. Por este motivo y como ocurre con el resto de presunciones judiciales, destaca LUNA YERGA que el demandante sólo estará liberado de la prueba en tanto que la contraparte no refute la presunción de culpa, siendo posible desvirtuar esta presunción de culpa si se demuestra que se adoptaron las medidas de cuidado apropiado o, lo que es lo mismo, que se actuó con toda la diligencia exigible conforme a los estándares de la *lex artis ad hoc*, o bien que existe una

---

<sup>613</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica...* p. 33; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal...* p. 307.

<sup>614</sup> Mahon v/s Osborne [1939] “The court must be satisfied that control over the relevant situation, environment or events rested solely with the defendant, and furthermore, that in ordinary experience of mankind such an event does not happen unless the person in control has failed to exercise due care”.

<sup>615</sup> Así y por todos: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 243; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 310; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 269 y 270; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal...* p. 308; MOBILIA, Marcia y Clifford, Elias. *The Law of Medical Liability*. St. Paul (Minn.): West Publishing, 1995, pp. 55 y 56.

explicación alternativa según la cual los daños sufridos por el paciente pudieron haber sido causados aun cuando el demandado hubiera sido plenamente diligente<sup>616</sup>.

Por último, resulta pertinente subrayar que la mera producción de un daño como consecuencia de la realización de un tratamiento médico no es necesariamente una prueba de la falta de cuidado razonable, puesto que, como ya se ha puesto de manifiesto, la medicina no es una ciencia exacta y existen una serie de riesgos inherentes a los tratamientos que escapan a la experiencia común de la vida. Por este motivo, como regla general, la máxima *res ipsa loquitur* no resultará aplicable cuando el perjuicio alegado por el actor sea del tipo de los reconocidos como riesgo inherente al tratamiento, debido a que hay una alta probabilidad que estos accidentes ocurran sin negligencia. Sin embargo, si el riesgo es conocido pero normalmente no tiene lugar en ausencia de negligencia, este principio sí resultará de aplicación<sup>617</sup>.

#### 4.3. LA DOCTRINA DE LA CULPA VIRTUAL (*FAUTE VIRTUELLE*).

Otro de los instrumentos probatorios por el cual el Juez puede facilitar a la víctima la prueba de la culpa en un proceso de responsabilidad civil médico-sanitaria es la denominada doctrina de la culpa virtual (*faute virtuelle*), desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina francesa. Como bien se ha destacado, esta herramienta guarda gran similitud con las anteriores *prima facie* y *res ipsa loquitur*<sup>618</sup>.

En efecto, como bien subraya DE ÁNGEL, con la aplicación de la citada doctrina lo que se pretende es que a raíz de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias pueda afirmarse que el médico no ha

---

<sup>616</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 272; JACKSON, Rupert and POWELL John. *On Professional Negligence*, 4ª Ed., London: Sweet & Maxwell, 2000, pp. 647 a 649.

<sup>617</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 272.

<sup>618</sup> Ídem, p. 283 y 284; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 312; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica...* p. 29.

actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente<sup>619</sup>. En otras palabras, con la teoría de la *faute virtuelle* se busca aliviar la pesada carga probatoria que pesa sobre el paciente, no siendo necesaria una prueba acabada o completa de culpa del actuar del médico, sino que ésta se deduce de determinados hechos que permiten presumirla según las reglas del criterio humano que no son otras que las de la lógica<sup>620</sup>. De esta forma, dicha técnica deductiva le permitirá al juzgador concluir que hubo negligencia en el médico cuando la experiencia común revele que en el curso ordinario de las cosas ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una gran incompetencia o falta de cuidado del agente<sup>621</sup>.

Originalmente esta doctrina, apunta LUNA YERGA, es planteada en materia de responsabilidad derivada de accidentes de circulación, aplicándose por primera vez en la sentencia de la *Cour de Cassation* de 5 de mayo de 1942<sup>622</sup>, para luego extenderse hasta abarcar la responsabilidad médica y de los profesionales en general, donde se utiliza principalmente en aquellos casos en que, por una parte, la prueba de la culpa es una carga muy difícil de sobrellevar para la víctima del perjuicio y, por otra, existe un cúmulo de hechos que permiten presumirla<sup>623</sup>.

En el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, dentro de las primeras resoluciones que aplican la doctrina de la culpa virtual, pueden citarse principalmente dos: a) La sentencia de la *Cour de Cassation* del 31 de mayo de 1960, donde se condena a un médico que había seccionado parcialmente el nervio facial de un recién nacido durante una cesárea. Dicho pronunciamiento

---

<sup>619</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 71

<sup>620</sup> PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* p. 133; LE TOURNEAU, Philippe et CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 1996, p. 497.

<sup>621</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* pp. 71 y 72.

<sup>622</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 285; también la Chilena, DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica...* p. 29.

<sup>623</sup> PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* p. 78; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica...* p. 29; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 285.

se funda en la falta de calificación obstétrica del facultativo, pero sobre todo en la extrema inusualidad del accidente, sin ningún ejemplo en la literatura médica de aquel entonces, cuando no obstante la intervención quirúrgica había sido correctamente prescrita y practicada según las reglas clásicas<sup>624</sup>; y b) La sentencia de la *Cour de Cassation* de 28 de junio de 1960, en este caso un paciente sufrió radiodermatitis a consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X cuyas puertas protectoras no se hallaban debidamente cerradas, de acuerdo con la hipótesis más plausible según los expertos, porque debido a las vibraciones del aparato el cierre se había aflojado. Así, se llegó a la conclusión de que el resultado sólo pudo haber ocurrido de haber mediado culpa de la radióloga, bien porque no apretó suficientemente el cierre o bien porque no tuvo suficientemente en cuenta las vibraciones del aparato<sup>625</sup>.

Al hablar del funcionamiento de la doctrina de la *faute virtuelle*, es decir la deducción de la culpa a partir de un resultado anormal, la doctrina mayoritaria entiende que nos coloca de ante una presunción judicial<sup>626</sup>, pero con un razonamiento *a contrario*. En efecto, en atención a las circunstancias, mediante la doctrina de la culpa virtual se establece, no que el demandado ha actuado con culpa, sino que éste no ha podido no cometerla<sup>627</sup>.

Siguiendo la argumentación anterior, se ha sostenido que, a través de este razonamiento *a contrario*, el Juez debe alcanzar una certeza subjetiva de la existencia de la culpa, pues de otro modo esta teoría no resultaría de aplicación, debiendo acudir al principio general de distribución de la carga de la prueba en caso que la culpa médica no hubiera podido ser acreditada por otros medios<sup>628</sup>.

---

<sup>624</sup> PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* p. 80.

<sup>625</sup> PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* p. 78.

<sup>626</sup> Así y por todos: LE TOURNEAU, Philippe et CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats...* p. 497; PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* p. 133; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 312; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 285; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* p. 200.

<sup>627</sup> PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* p. 80; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 286.

<sup>628</sup> Así lo destacan entre otros: LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 286; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ,

#### 4.4. LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO<sup>629</sup>.

Siguiendo la con la tendencia general instaurada en buena parte de los sistemas jurídicos de Europa y que apunta a la utilización de mecanismos facilitadores de la prueba de la víctima de perjuicios en el ámbito sanitario, en el Sistema español y particularmente en la sala primera de su Tribunal Supremo se ha acuñado la doctrina del *daño desproporcionado* como un mecanismo de presunción desfavorable para el demandado en casos de responsabilidad civil médica<sup>630</sup>. Lo que plantea esta doctrina es que si en el curso de un tratamiento médico se produce un daño en la persona del paciente que no guarda proporción con las enfermedades o lesión que le llevó a acudir al facultativo, dicho resultado desproporcionado tiene la virtualidad de dar por acreditado el nexo causal entre la actuación del médico y el daño producido, es decir, que este daño desproporcionado se causó por la acción u omisión del médico<sup>631</sup>.

Así las cosas, entendiendo en una primera aproximación al daño desproporcionado como aquel no previsto ni explicable en la esfera de una actuación profesional médica, cabe apuntar que en la práctica jurídica dicha doctrina viene a operar en el sentido que invocado el daño desproporcionado por el demandante se puede crear una presunción de la que el juez pueda deducir, según se requiera, la relación de causalidad o la culpa del demandado, exigiéndose a este último una explicación coherente acerca del porqué de la

---

Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* pp. 200 y 201; PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* p. 80.

<sup>629</sup> Sobre esta teoría y su aplicación en el Derecho español, con abundantes citas jurisprudenciales, Vid: VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado* /en/ Gallardo Castillo, María Jesús (Dir.), *La responsabilidad Jurídico-Sanitaria*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 133 a 163; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* pp. 741 y ss.; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 239 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado* /en/ Reglero Campos, Fernando y Herrador Guardia Mariano (Coord.), *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros. Ponencias VII Congreso Nacional, Úbeda – noviembre 2007*. Madrid: Sepin, 2007, pp. 446 y ss.; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 186 y ss.

<sup>630</sup> VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* pp. 138 y 139.

<sup>631</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica* /en/ *Actualidad Civil*, nº 1, 2001, pp. 1 a 7; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 243 y 244.

importante discrepancia entre el riesgo inicial que implicaba la actuación médica y la consecuencia producida<sup>632</sup>. De este modo, la existencia de un daño desproporcionado puede incidir tanto en la atribución causal como en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* de la relación de causalidad<sup>633</sup> y la presunción de culpa<sup>634</sup>.

Como el primer reconocimiento de esta doctrina, suele citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996, en la cual se resuelve sobre un caso en que la paciente sufrió una fuerte hemorragia dos horas después de dar a luz con aparente normalidad, sangrado que sólo pudo ser detenido mediante una histerectomía subtotal, provocándole a ésta una anoxia cerebral sobrevenida por la gran cantidad de sangre perdida. Sobre el particular el máximo Tribunal español declaró que, *“asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la lex artis ad hoc, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”*<sup>635</sup>.

Como advierte LUNA YERGA, el razonamiento que se halla presente en la doctrina del daño desproporcionado no es una creación original, sino que más bien resulta de una adaptación de la teoría francesa de la *faute virtuelle*, consistiendo en un argumento a contrario, según el cual no podría haberse dado un resultado tan desproporcionado de no haber mediado culpa o

---

<sup>632</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 307. En igual sentido se pronuncia la STS de 30 abril 2007 (RJ 2007, 2397).

<sup>633</sup> Cuestión que será tratada al analizar los problemas probatorios del nexo causal en la responsabilidad médico-sanitaria, pp. 271 y ss.

<sup>634</sup> VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* p. 139. En la misma dirección apuntan las SSTS de: 8 de julio de 2009 (RJ 2009, 4459); 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789); 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3273).

<sup>635</sup> STS de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8938).

negligencia<sup>636</sup>. En este sentido, cabe destacar que el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 9 de diciembre de 1998<sup>637</sup> viene a identificar expresamente la doctrina de los daños desproporcionados con las ya estudiadas reglas: *res ipsa loquitur* del *common law*; la regla *prima facie* o *Anscheinsbeweis* alemana; y la doctrina francesa de la *faute virtuelle*<sup>638</sup>. Así, y a modo ejemplar, en la sentencia de 29 de junio de 1999 el Supremo español expresamente afirma que, “*debe aplicarse la doctrina del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor que corresponde a la regla "res ipsa loquitur" que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del "anscheinsbeweis" de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la "faute virtuelle", lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente*<sup>639</sup>.

Por otro lado, como bien se ha apuntado, en esta línea de estudio hay puntos todavía oscuros y problemáticos<sup>640</sup>. En efecto, como advierte con razón la doctrina, en primer lugar no queda claro qué debe entenderse por desproporción del daño, es decir, si equivale a un daño muy grave, importante

---

<sup>636</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 187 y 188; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 241.

<sup>637</sup> Al respecto véase la STS de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9427), la cual se pronuncia sobre un caso en que a raíz de una infección postoperatoria se produjo a la muerte del paciente.

<sup>638</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 187 y 188; CORBELLA DUCH, Josep. *Manual de derecho sanitario...* p. 174; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 239 y 240.

<sup>639</sup> STS de 29 de junio de 1999 (RJ 1999, 4895). En similares términos se pronuncia la sentencia de 15 septiembre 2003 (RJ 2003, 6418), donde como consecuencia de la extirpación de un quiste en la base del cuello, se produjo en un paciente la lesión parcial del nervio espinal. Demandados el facultativo, el Servicio de Salud y la compañía aseguradora resultaron absueltos en las dos instancias. El Tribunal Supremo estimó el recurso refiriéndose a las sentencias de la Sala que declaran que “*ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor y que añaden que corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del anscheinsbeweis (aparición de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la faute virtuelle (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto*”.

<sup>640</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 307; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 188; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 109.

o catastrófico, o si simplemente equivale a un resultado anormal conforme a lo que es usual<sup>641</sup>. Relacionado con lo anterior y en la hipótesis de que el daño desproporcionado pueda ser entendido, sin más consideraciones, como un daño grave o catastrófico –propiciando la condena del facultativo sin consideración alguna de su negligencia–, se argumenta que no resulta para nada claro que la mera producción de un daño muy grave presuponga *per se* la existencia de una culpa médica<sup>642</sup>.

En virtud de lo anterior consideramos necesaria una referencia en torno a la posible delimitación del daño desproporcionado. Al respecto se ha señalado que el daño será desproporcionado cuando éste resulta anómalo como consecuencia de una actividad médica concreta, no correspondiéndose con las complicaciones posibles y definidas de la intervención. En este sentido, se destaca que el daño desproporcionado, a pesar que en algunas sentencias lo adjetivan como “enorme”, no necesariamente es un daño desorbitado ni de extraordinarias consecuencias para el paciente, bastando con que no deba ocurrir normalmente y que no esté en consonancia con la *lex artis* debida<sup>643</sup>.

Centrándonos ahora brevemente en los efectos prácticos que la aplicación de la comentada teoría tendría en la prueba de la parte demandante, como primera cuestión, cabe dejar sentado que como herramienta de facilidad probatoria el daño desproporcionado: a) No tiene la entidad necesaria para ser admitido como un criterio de imputación objetiva de responsabilidad en sentido propio; y b) Tampoco justifica un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa del profesional sanitario.

Teniendo en consideración los caracteres apuntados en el párrafo anterior, cabe destacar que la teoría del daño desproporcionado constituye, en

---

<sup>641</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 188.

<sup>642</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 188.

<sup>643</sup> VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* pp. 140 y 141. En apoyo a su postura esta autora cita las SSTs de: 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8938), 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240), 19 de febrero de 1998 (RJ 1998, 634) y 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8173).



puridad, una presunción judicial cualificada de culpa, de tal forma que el médico demandado habrá de probar, sin atisbo de duda alguna, su propia diligencia (lo que se ha venido a llamar la *prueba de lo contrario* o *contraprueba del hecho presunto*) para poder quedar eximido de responsabilidad<sup>644</sup>, por su parte, a quien ejercite la respectiva acción le corresponderá la prueba del daño cierto, real y efectivo, sobre el que se reclama la responsabilidad. De esta forma, invocada en la demanda la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, cuando por la actuación médica se produce un daño en la persona del paciente que no guarda proporción con la enfermedad que lo llevó a acudir al profesional sanitario, corresponderá a este último explicar que su actuación fue diligente, de tal modo que si no lo consigue el resultado desproporcionado acreditará su culpa en la producción del resultado dañoso<sup>645</sup>.

Cabe apreciar que la virtualidad de la doctrina del daño desproporcionado radica en la deducción o presunción judicial de culpa del profesional sanitario. El razonamiento deductivo del juzgador se ha justificado de la siguiente forma: cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapia normal, se está en presencia de un modo de prueba considerado *elíptico*<sup>646</sup>, conducente a un sistema de presunción de culpa. Este medio de prueba se entiende *elíptico* porque la propia constatación de la causalidad hace presumir a su vez la negligencia<sup>647</sup>.

Ya analizados los cuatro expedientes anteriores que tienen por objeto la atenuación de la carga probatoria de la culpa en casos de responsabilidad civil

---

<sup>644</sup> Al respecto y por todos véase a: ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica...* p. 747; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 240 y ss.; VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* pp.146 y ss.; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 188 y ss.; ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")...* pp. 49 y 50.

<sup>645</sup> VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* pp. 147 y 148.

<sup>646</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1990)...* pp. 907 a 919; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 71.

<sup>647</sup> VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* p. 148.

médica, cabe concluir respecto de ellos la inexistencia de diferencias fundamentales a parte del ordenamiento del cual se originan (Alemania, EEUU, Francia y España). De esta forma cabe apreciar que estos mecanismos más bien se configuran como modalidades del mismo principio que en términos generales establece que debe entenderse que el agente actuó con culpa (eximiendo por ello de dicha prueba a la víctima), cuando según las máximas de la experiencia, el curso normal de los acontecimientos o el curso lógico de las cosas, el resultado dañoso no pudo haberse producido de no mediar negligencia por parte de éste.

#### 4.5. LA DOCTRINA DE LA DISTRIBUCIÓN DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

El último expediente que analizaremos y que usualmente es utilizado a efectos de atenuar la carga probatoria de la víctima de un perjuicio en el ámbito sanitario es el denominado distribución dinámica de la carga de la prueba. Con un lúcido resumen del panorama jurisprudencial destaca ALONSO PÉREZ, que “parece evidente que la complejidad de la *lex artis* en su práctica y función exige remontar los criterios tradicionales sobre la carga de la prueba, que pueden asentarse rígidamente en una sola de las partes, y buscar un equilibrio: quien en cada caso se encuentre en mejores condiciones de soportar el *onus probandi*, deberá ofrecer los medios que lleven al Juez a determinar si hay o no quebrantamiento de la *lex artis*. En realidad, la llamada distribución dinámica de la prueba lo que hace es inclinar el fiel de la balanza a una u otra parte sirviéndose de los mismos instrumentos demostrativos: elocuencia de los hechos, la negligencia se revela luminosa, las circunstancias delatan *prima facie* al culpable. Son ganas, a menudo, de expresar el mismo concepto con plurales adjetivaciones: *res ipsa loquitur*, culpa virtual, *Anscheinsbeweis*, prueba repartida dinámicamente, etc., son parientes próximos por los que circula la misma sangre, aunque tengan diversos factores genéticos y en su adaptación a cada proceso presenten matices o aspectos diferentes”<sup>648</sup>.

---

<sup>648</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")*... p. 50.

En directa relación con el panorama descrito, interesante resulta observar que los mecanismos paliativos de la carga de la prueba de la víctima –sobre los cuales nos hemos referidos en los párrafos anteriores–, presentan el inconveniente que se traduce en que no terminan cubriendo todas las situaciones en las que se altera el *onus probandi* respecto de los hechos enjuiciados en el ámbito sanitario, sino que únicamente aquellas a las que puede alcanzar un nexo de probabilidad que conecta el hecho fáctico con la presunción de culpa o relación de causalidad<sup>649</sup>. En este sentido, y buscando establecer una regla general al respecto, cabe encuadrar a los citados instrumentos dentro de un principio más general denominado de *facilidad probatoria*, el que en términos simples puede traducirse en permitir al juzgador atribuir el *onus probandi* a quien se encuentre en mejores condiciones de probar un determinado hecho, o fijar el reparto probatorio de los intervinientes en el proceso en razón de determinadas circunstancias<sup>650</sup>.

Entrando ya al estudio de la *teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba*, cabe, como una primera aproximación a su contenido, distinguirla de la denominada *teoría de las cargas dinámicas*, tesis que defiende una flexibilización de las reglas de la carga de la prueba con el fin de evitar injusticias, la cual surge como respuesta a las llamadas *cargas estáticas* que, por el contrario, plantean someter la carga de la prueba a unas reglas fijas e inmutables. De esta forma, en puridad, la *teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba*, consiste en atribuir directamente el *onus probandi* a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de generar la respectiva prueba<sup>651</sup>. Dicha atribución probatoria puede ser establecida como una regla fija o quedar ampliamente al criterio del juzgador, como ocurriría en el

---

<sup>649</sup> VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* p. 153.

<sup>650</sup> Así lo destaca el tratadista argentino LORENZETTI, Ricardo. *Responsabilidad civil de los médicos...* pp. 195 y ss.

<sup>651</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 313; VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* p. 153; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 335; VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* p. 153; LORENZETTI, Ricardo. *Responsabilidad civil de los médicos...* pp. 195 y ss.

artículo 217.7<sup>652</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 7 de enero del 2000 (en adelante LEC).

No obstante lo apuntado, hay que destacar respecto de las teorías referenciadas –teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba y teoría de las cargas dinámicas–, que más que diferencias presenten una serie de similitudes que las hacen prácticamente complementarias. Así, como bien lo describe LLAMAS POMBO, “basta afirmar que, en cada caso o en cada fase del período probatorio, cada parte habrá de aportar aquellas pruebas que le resulten más accesibles, para concluir que se está realizando una distribución dinámica de la carga probatoria, y además se hace de manera flexible y no monolítica, exenta de reglas fijas, ya que el juez deberá valorar dinámicamente (valga la expresión) en cada momento quién está en mejores condiciones de probar, o qué extremo de los hechos ha de acreditar cada una de las partes”<sup>653</sup>.

Así las cosas, la aparición de la doctrina de la distribución dinámica de la carga de la prueba, que por lo demás ha contado con numerosos seguidores en Latinoamérica<sup>654</sup>, cabe entenderla como la concreción de la mentada tendencia europea hacia la flexibilización probatoria en pos de principios superiores de justicia. De este modo, como bien se ha destacado<sup>655</sup>, esta

---

<sup>652</sup> Artículo 217.7: “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

<sup>653</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* pp. 313 y 314.

<sup>654</sup> Se destaca como principal precursor de esta teoría al tratadista argentino PEYRANO, Jorge. *El derecho probatorio posible y su realización judicial* /en/ Peyrano Jorge y Chiappini, Julio, *Tácticas en el proceso civil*, Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1990, pp. 39 y ss. Con posterioridad, otros autores se han sumado a esta corriente doctrinal, así, en Argentina: ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Carga de la prueba en las obligaciones de medios (aplicación a la responsabilidad profesional)* /en/ Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto *Derecho de daños (y otros estudios)*. Buenos Aires: La ley, 1992, pp. 271 y ss.; ALTERINI, Atilio. *Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual* /en/ Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto *Derecho de daños (y otros estudios)*. Buenos Aires: La ley, 1992, pp. 135 y ss.; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Prueba de la culpa médica*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, pp. 106 y ss.; LORENZETTI, Ricardo. *Responsabilidad civil de los médicos...* pp. 217 y ss.; en Colombia: YEPES RESTREPO, Sergio. *La responsabilidad civil médica*, 5ª Ed., Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2002; TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Sobre la prueba de la culpa médica en Derecho civil y administrativo*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 90 y ss.

<sup>655</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 314; ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")...* p. 50.

doctrina debe considerarse como aplicación del ya aludido principio *favor debilis, pro damnato* o *favor victimae*, puesto que si bien no siempre será el médico quien se encuentra en mejores condiciones de probar (ya que hay hechos cuya prueba sólo puede y debe aportar el paciente), resulta indudable que el profesional médico y el profano paciente no se encuentran igualdad de condiciones a la hora de acreditar determinados hechos (como por ejemplo la entrega de información al paciente o la existencia del consentimiento previo a la intervención médica, entre otros), resultando, al menos en la teoría, más fácil para el galeno la aportación de ciertas pruebas porque éste maneja la información de lo realmente sucedido, sabe lo que hizo y cómo lo hizo, quiénes intervinieron, qué tratamientos y/o aparatos se emplearon<sup>656</sup>, además de, por su calidad de galeno, tener un mejor acceso a la historia clínica del paciente.

Centrándonos ahora en la recepción que dicha teoría ha tenido en el Derecho español, podemos destacar su incorporación normativa en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 217.7, relativo a la carga de la prueba, se establece que, “*para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”. En efecto, hay acuerdo en sostener que el precitado artículo 217.7 de la LEC incorpora los principios de normalidad, disponibilidad y facilidad probatoria, lo cual permite, de un modo indirecto, distribuir dinámicamente la carga de la prueba<sup>657</sup>. En otras palabras, la LEC ordena a Jueces y Magistrados tener presente la mayor facilidad probatoria de la parte procesal que se halle más próxima a las fuentes de prueba o al conocimiento de los hechos y la disponibilidad de los medios probatorios<sup>658 659</sup>.

---

<sup>656</sup> Así, VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* pp. 154 y 155; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* pp. 314 y 315; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 240.

<sup>657</sup> Así lo destacan entre otros: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 132 y 133; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 109 y ss.

<sup>658</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 109.

<sup>659</sup> En cualquier caso, hay que tener presentes los reparos que puede suscitar el recurso generalizado de una línea jurisprudencial que ampare la “facilidad probatoria” o el “mejor acceso a los medios de prueba”. Señala al respecto DE ÁNGEL YÁGÜEZ que el criterio de la

No obstante la, por decirlo de algún modo, reciente consagración legal de este principio, resulta pertinente advertir que la jurisprudencia española ya había sido sensible a las consideraciones expuestas por lo que, ante la constatación de las múltiples dificultades probatorias a las que, sobre todo en casos donde se discutía la responsabilidad del facultativo o centro médico, se enfrentaba la parte demandante quien debía soportar la carga de los hechos constitutivos de la demanda conforme a los criterios generales. Lo anterior sumado a una completa falta de colaboración, defensa corporativa y a una oposición coordinada de médicos y centros asistenciales, hace que el alto Tribunal español inicie, hace ya algún tiempo<sup>660</sup>, una tendencia que permitía atribuir la prueba de determinados hechos a la parte que dispusiera de los

---

“facilidad probatoria” debe ser aplicado con cautela y en casos especialmente reveladores, porque de no ser así el riesgo de inseguridad jurídica es patente. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* pp. 240 y 241.

<sup>660</sup> Cabe destacar al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1989 que trata de la condena a un médico-anestesiista por el manejo de fármacos que provocan daños en el paciente-demandante. Señala al respecto el alto tribunal español que, “*en el supuesto en que una persona maneja dispositivos (en el caso que nos ocupa, fármacos) objetivamente peligrosos para los demás, produciéndose un resultado dañoso en los receptores, es a quienes los manejan a los que corresponde probar la diligencia en su uso, pues no resultaría lógico exigir a los perjudicados que acreditasen, salvo la realidad del daño, circunstancias y causas que les son ajenas, al alcance, en cambio, del médico-anestesiista que, por cuanto antecede, no ha probado el agotamiento en su diligencia, en un supuesto en el que la naturaleza de los hechos requiere que las normas sobre la distribución de la carga de la prueba se interpreten con cierta flexibilidad*”, STS de 17 de junio de 1989 (Sentencia Número 476/1989). Siguiendo la misma línea se pronuncia la STS de 8 de marzo de 1991 (Sentencia Número 183/1991), declarando que “*si bien es cierta la vigencia de la conocida regla *incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*, la misma no tiene un valor absoluto y axiomático, matizando la moderna doctrina el alcance del principio del *onus probandi*..., en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue, y que no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, pues pueden serlo por los hechos positivos contrarios y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos (SSTS de 23 de septiembre de 1986 y 13 de diciembre de 1989) y, finalmente, que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (SSTS de 18 de mayo de 1988, 15 de julio de 1988, 17 de junio de 1989 y 23 de septiembre de 1989)*”. En idéntico sentido, también se pronuncia el Tribunal Constitucional español en la sentencia de 17 de enero de 1994 (RTC 1994, 7), con ocasión del recurso de amparo formulado, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, contra la resolución judicial que consideró ajustada a Derecho la negativa del demandado de someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación que había sido decretada por los órganos judiciales, declaró en su fundamento de derecho sexto, lo siguiente: “*Como hemos declarado en la STC 227/1991, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE.) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad*”.

medios de prueba o presentara una mayor facilidad en cuanto al acceso a los mismos, o directamente respecto de su demostración<sup>661</sup>.

En este sentido, y en una resolución que podría calificarse como precursora de la aplicación de la teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba, resulta decidor lo dispuesto por la sentencia de 2 de diciembre de 1996, donde el Tribunal Supremo llega a propugnar una inversión de la carga de prueba, motivada principalmente por la obstaculización de la práctica de la prueba por parte de los facultativos demandados, hecho que pone de relieve el tribunal *a quo* y comparte la Sala del Supremo en su sentencia, declarando que, *“El criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba (...) paulatina, pero inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello va reafirmando el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión. Ello ocurre en el presente caso, en el que se carece, incluso, de una historia clínica de la paciente, que no sólo hace mucho más dificultosa la*

---

<sup>661</sup> Así, LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 333.

*prueba sino que evidencia una falta de, cuando menos, rigurosidad profesional por parte del propio médico y del mismo centro hospitalario demandados*<sup>662</sup>.

Sobre el anterior pronunciamiento jurisprudencial, la doctrina ha destacado que, sin mencionarla, el Tribunal Supremo habría aplicado una doctrina muy semejante al principio *Waffengleichheit* (*principio de igualdad de armas*) de la doctrina alemana, el cual implica la igualdad de tratamiento de las partes en el proceso de responsabilidad civil y exige que el médico posibilite al enfermo la prueba de su pretensión<sup>663</sup>. Como destaca CABANILLAS SÁNCHEZ, en virtud del citado principio se facilita la carga de la prueba –que en principio corresponde al paciente– a través del reconocimiento judicial de una obligación de documentación que constituye un aspecto del deber de información del médico. Dicho principio exige que el médico haga posible al enfermo la prueba indiciaría a través de la diligente redacción de los datos clínicos<sup>664</sup>.

---

<sup>662</sup> STS de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8938) en la que se analiza la demanda formulada por el esposo de una paciente que sufrió una copiosa hemorragia postparto, determinante de una anoxia cerebral, que produjo una encefalopatía con graves secuelas. En igual sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS de: 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10404); 10 de junio de 2004 (RJ 2004, 3605); y de 6 de febrero de 2001 (RJ 2001\2233), esta última que conoce de la reclamación interpuesta por la esposa de un paciente que falleció de un infarto de miocardio sobrevenido tras haber acudido en dos ocasiones (en menos de tres horas) al servicio de urgencias, presentando un intenso dolor en el pecho, siendo remitido a su domicilio tras la práctica de sendos electrocardiogramas. En relación a los precitados electrocardiogramas surgió la duda de si fueron o no practicados, pues aun cuando constaba su realización en la historia clínica, no fueron aportados al proceso por el Servicio Andaluz de Salud demandado, señalando al respecto la Sala, que casó la sentencia recurrida y estimó íntegramente la reclamación, expresando que: “*es dicha institución quien dispone de facilidad para aportar las pruebas acerca de la diligencia y normalidad en el funcionamiento de sus Servidos y Centros y, en este caso, la de carácter documental que podría acreditar la realización de los electrocardiogramas mencionados. Su omisión reduce la existencia de tales pruebas médicas a simple alegación unilateral de parte, carente de toda demostración*”.

<sup>663</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 316; VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* p. 156; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil...* p. 218.

<sup>664</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1990)...* pp. 907 a 919; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 72; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil...* p. 218; BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 677; VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* p. 156.



En relación al comentado principio de origen alemán, cabe destacar que a raíz de la imposición tácita de ciertos deberes de colaboración, su inobservancia puede conducir a la construcción de una presunción judicial de negligencia, o bien a que al médico u hospital le sea rechazada la prueba de los hechos extintivos invocados. Ese sería el caso, por ejemplo, si no existe una ficha médica completa, si no están disponibles los exámenes que sirvieron de base al diagnóstico y al tratamiento, o si existen inexactitudes o falsedades en la información proporcionada. En otras palabras, el deber de información del médico y del hospital se extiende a los antecedentes que están bajo el control del demandado y que resultan necesarios para luego valorar la conducta observada<sup>665</sup>.

Haciendo una breve referencia al derecho alemán<sup>666</sup>, siguiendo a LUNA YERGA, cabe destacar que en el Sistema jurídico alemán el principio de la igualdad de armas en el proceso (*Waffengleichheit*) dio pie a la introducción de las llamadas aligeraciones de prueba (*Beweiserleichterungen*) en los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria a las que había recurrido en algunas ocasiones el Tribunal Supremo Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*) para aliviar la carga probatoria del paciente, llegando incluso a invertirla en su favor en determinadas circunstancias. No obstante, es con la, ya referenciada, Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 25 de julio de 1979<sup>667</sup> cuando

---

<sup>665</sup> Así lo destaca el Chileno BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 677. En igual sentido: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1990)...* pp. 907 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 72; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil...* p. 218; VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* p. 156;

<sup>666</sup> Una completa referencia al principio de *Waffengleichheit*, la encontramos en: LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 341 y ss.; y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1990)...* pp. 907 a 919.

<sup>667</sup> Los hechos sobre los cuales se pronuncia el Tribunal Federal Alemán son los siguientes: al demandante, empleado de una tintorería, se le diagnosticó un tumor en el lado derecho del cuello cuya causa no pudo ser determinada en ese momento, el 9 de junio de 1971. Dada la posibilidad de que el bulto obedeciera a una infección dentaria, se le extrajo un diente cariado y su raíz, el 14 de junio, intervención que no produjo resultados satisfactorios pues, incluso, se constató un aumento de tamaño del tumor. Tras diversos análisis, se le diagnosticaron tuberculosis pulmonar, una enfermedad del sistema de formación de la sangre así como una inflamación específica y, al no responder al tratamiento iniciado, se decidió

estas herramientas facilitadoras de la prueba adquirieren real importancia y aplicación, al entenderse que debido a la manifiesta asimetría de información presente en este tipo de casos, sólo por medio de la dulcificación probatoria resultaba posible garantizar el derecho al debido proceso y a la igualdad de armas en éste<sup>668</sup>.

Lo que resulta destacable de la citada sentencia del Tribunal Federal Alemán es que con ella se viene a establecer que las normas sobre la carga de la prueba sean determinadas cuidadosamente en cada caso concreto, ponderándose hasta dónde se le puede exigir al demandante la aportación de pruebas. Puntualiza además el alto tribunal, que los casos de responsabilidad médica requieren una flexible aplicación de la ley y que la carga de la prueba debe ponerse a cargo del médico cuando vistas las circunstancias del caso lo requieran consideraciones superiores de justicia<sup>669</sup>.

---

intervenir ante la posibilidad de que el tumor fuera maligno. Al paciente, que ya había sido intervenido con anterioridad a causa de otro tumor y que desde hacía 4 semanas había notado el bulto y sufría grandes dolores e intenso dolor de cabeza, le fue extirpado el tumor, que resultó ser benigno, el 22 de junio, de nuevo con su consentimiento. No obstante, durante la intervención resultó dañado el nervio accesorio, lo que determinó que en el postoperatorio experimentara grandes dolores en el hombro izquierdo y no pudiera elevar el brazo más arriba de la horizontal. El demandante fue nuevamente intervenido, pese a lo cual nada se pudo hacer para recuperar el daño sufrido en el nervio y le quedaron las secuelas indicadas, lo que le impidió seguir desarrollando su ocupación habitual.

<sup>668</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 343 y 344.

<sup>669</sup> Así lo destaca DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 73

## II. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria la cuestión de la causa, el elemento causal o relación de causalidad, es una cuestión de manifiesta importancia<sup>670</sup>, puesto que, por una parte, cabe apreciar que son muchos los motivos por los cuales puede producirse un perjuicio para el paciente dentro una actuación médica y, por otra, son muchos y diversos los sujetos que intervienen en los procesos médico-sanitarios, es por ello que en las páginas que siguen nos dedicaremos a analizar aquellas principales cuestiones que se han suscitado con relación a la causalidad como elemento común de toda responsabilidad civil.

A modo introductorio, debe recordarse que para el nacimiento de la obligación de resarcimiento en la que gira todo el accionar de la responsabilidad civil, y por ende también la médica, es necesario que exista una relación de *causa-efecto* entre la conducta del agente (médico o personal sanitario) y el resultado dañoso. En otros términos, para la generación de responsabilidad civil la acción del agente debe mostrarse como el origen generador y productor del daño; mientras que el resultado dañoso ha de

---

<sup>670</sup> Sobre este intrincado tema, en la doctrina española, puede verse con carácter general, por todos a: REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 4ª Ed., Tomo I, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pp. 719 y ss.; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 371 y ss.; MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007, pp. 243 y ss.; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...* pp. 362 y ss.; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 351 y ss.; Pablo Salvador SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. *Causalidad y responsabilidad*. 3ª Ed. /en/ Revista Indret (Enero 2006). Disponible en: <http://www.indret.com>; COLINA GAREA, Rafael. *La relación de causalidad* /en/ Pena López, José María (Dir.). Derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Madrid: Cálamo, 2004, p. 77 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* pp. 331 y ss.; MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 235 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil...* pp. 751 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 187 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* pp. 217 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1981 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* pp. 1561 y ss. DE COSSÍO CORRAL, Alfonso. *La causalidad en la responsabilidad civil, estudio del derecho español* /en/ Anuario de Derecho Civil, vol. 19, nº 3, 1966, pp. 527 y ss.

aparecer como la consecuencia de la conducta del agente. Esta relación *causa-efecto* que debe mediar entre la conducta y el daño se denomina nexo de causalidad<sup>671</sup>:

El nexo causal constituye un presupuesto inexcusable no sólo en la responsabilidad subjetiva, sino que también en la denominada responsabilidad objetiva, la cual por definición se establece al margen de criterios de culpa o negligencia. En este sentido cabe precisar que cuando hablamos de responsabilidad objetiva la relación de causalidad viene a adquirir una configuración diferente. En dicho contexto, para que exista la obligación de reparar el daño causado se torna como suficiente la concurrencia de la causalidad, no siendo necesario cuestionarse si la intervención de la culpa en la conducta del agente provocó el resultado dañoso, bastando únicamente con acreditar que dicho perjuicio tuvo como antecedente causal la conducta del dañante. En concordancia con lo anterior, el demandado no podrá exonerarse de su responsabilidad demostrando que se ha comportado irreprochablemente con ausencia de toda culpa, sino que lo hará acreditando la inexistencia de relación causal entre su actividad y el resultado dañoso. En definitiva, por los motivos expuestos, se podría afirmar que, en materia de responsabilidad objetiva, el nexo de causalidad adquiere una mayor importancia y protagonismo en cuanto que presupuesto para el nacimiento de la obligación de reparar el daño causado<sup>672</sup>.

Antes de adentrarnos en la problemática de la relación de causalidad, resulta necesario prevenir, como lo ha venido realizando la doctrina<sup>673</sup>, que el tema que nos convoca ha sido uno de los más discutidos dentro del derecho de

---

<sup>671</sup> COLINA GAREA, Rafael. *La relación de causalidad...* pp. 77 y 78.

<sup>672</sup> Ídem, p. 78; REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* pp. 767 y 768.

<sup>673</sup> Al respecto vid. a: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil...* p. 752; LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín (et al.). *Elementos de Derecho Civil...* p. 467; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 353; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 331; COLINA GAREA, Rafael. *La relación de causalidad...* p. 79, entre otros.

daños, no sólo en la doctrina española sino que también en la comparada<sup>674</sup>. Con razón destaca FLEMING, respecto al Derecho anglosajón, que ningún otro tema en el Derecho de daños ha ocasionado tanta controversia y confusión<sup>675</sup>.

## 1.- CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Hechas las advertencias previas sobre las turbias y tormentosas aguas en las que se mueve la relación de causalidad, entendida como elemento de la responsabilidad civil, intentaremos en lo que sigue dar algunas luces respecto de aquellos problemas que mayor interés han suscitado por parte de la doctrina.

Así las cosas, y como primera aproximación al análisis de la problemática apuntada, cabe apreciar que la concepción del nexo causal como relación causa-efecto entre la conducta del agente –facultativo– y el resultado dañoso no ha de generar, a primera vista, mayores dificultades de entendimiento, puesto que dicho elemento de la responsabilidad civil se identificaría con la búsqueda de un hecho, circunstancia o comportamiento, que, resultando en principio desconocido, tendría la virtualidad de explicar la producción de un efecto conocido. Sin embargo, si nos abstraemos del plano estrictamente teórico, no resulta difícil apreciar los múltiples y complejos

---

<sup>674</sup> En este sentido, cabe destacar que la problemática de la causalidad ha tenido un notable desarrollo particularmente en el derecho alemán y en los países que integran el *Common Law*. Sobre las líneas de pensamiento en torno a esta materia, véase por todos a: MARKESINIS, Basil. *The German Law of Torts: A Comparative Introduction*. 2ª Ed., Oxford: Oxford University Press, 1990, pp. 484 y ss.; HONORÉ, Tony. *Necessary and sufficient conditions in tort law* /in/ Owen David (Ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 364 y ss.; KNUTZEN, Erik. *Ambiguous Cause-in-fact and Structured Causation: A Multi-jurisdictional Approach* /in/ *Texas International Law Journal*, Vol. 38, nº 249, 2003, pp. 249 a 290. TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milano: Giuffré, 1967; GOLDENBERG Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 19 y ss.

<sup>675</sup> FLEMING, John G. *The law of torts...* p. 172. Destacan también la enorme complejidad de la relación de causalidad, entre otros: CONTE, Philippe et MAISTRE DU CHAMBON, Patrick. *La responsabilité civile délictuelle*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 131; PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 1996, p. 88; SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*, Milano: Giuffré, 1998, p. 169.

problemas que, en la práctica, puede originar la llamada relación de causalidad<sup>676</sup>.

De esta forma, y como primera dificultad que salta a la vista al adentrarse en el estudio del citado elemento de la responsabilidad civil, cabe destacar, haciendo eco de las palabras del tratadista español DÍEZ-PICAZO, que “es notorio que el problema causal se plantea de manera especialmente aguda cuando se reconoce o se puede establecer que, como es normal en la vida social, todo hecho, y, por consiguiente, también los hechos dañosos, son consecuencia de la concurrencia de una extraordinaria pluralidad de circunstancias a las que a veces se denomina *concausas* o *causas adicionales*. El problema de las concausas o de las causas adicionales aparece en dos tipos de hipótesis que de algún modo conviene mantener distintas. En la primera, el daño es producido por la conjunción o yuxtaposición de una serie de condiciones, de manera que sólo la suma de todas ellas determina el resultado dañoso. En la hipótesis anteriormente descrita es indiferente que cada una de las concausas o condiciones haya seguido con anterioridad un curso independiente o que se haya puesto en juego mediante una acción de consuno. El segundo tipo de supuestos, que se puede denominar cadena causal, aparece cuando cada una de las circunstancias o de las condiciones produce por sí misma un daño y este daño es el que a su vez es causa de un daño posterior y así sucesivamente (...)”<sup>677</sup>.

Una segunda problemática que gira en torno a la causalidad, y tal vez la más debatida en este último tiempo, se instala respecto de los métodos de análisis de la relación causal<sup>678</sup>. En este sentido, someramente cabe precisar que dos son los principales métodos que se han utilizado para dicho análisis: a) El primero, ampliamente esgrimido por la jurisprudencia alemana, y respecto del cual se dice que ha influido decisivamente en la doctrina penal española, plantea que la relación de causalidad se configura como un problema que debe resolverse antes que ningún otro, es decir, habrá que dilucidar primeramente si

---

<sup>676</sup> COLINA GAREA, Rafael. *La relación de causalidad...* p. 79.

<sup>677</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 331.

<sup>678</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 188.

tal efecto dañoso se ha debido a tal o cual antecedente y sólo una vez cumplimentado lo anterior se podrá pasar a investigar en si sus consecuencias son o no imputables a su autor por concurrir un adecuado criterio de atribución; y b) El segundo, al que parece adscribirse la jurisprudencia civil española, entiende que los juicios de causalidad y de imputación tienen que realizarse conjuntamente<sup>679</sup>, ya que los múltiples matices que la relación causal ofrece no reclaman un tratamiento objetivo basado sólo en el curso regular y ordinario de los acontecimientos, sino que además, exigen un análisis simultáneo de las condiciones y circunstancias subjetivas de los intervinientes en la secuencia. Mezclándose así, de forma no demasiado correcta, y en muchos casos dando lugar a confusiones, los problemas de la causalidad y los de la culpabilidad<sup>680</sup>.

Habiendo, a grandes rasgos, referenciado aquellos problemas que giran en torno a la relación de causalidad y que mayor interés doctrinal han presentado en este último tiempo, resulta pertinente adelantar que en las páginas que siguen centraremos nuestro estudio particularmente en la segunda de las cuestiones anotadas, la cual versa sobre el método de análisis de la relación de causalidad. Al respecto asumimos desde ya una cercanía por el primero de los mecanismos aludidos, el cual, en términos simples, plantea que para la determinación y análisis de la relación de causalidad debe establecerse previamente la denominada causalidad material, para posteriormente centrarse en si el agente dañoso habrá de responder o no de las consecuencias de sus actos.

Siguiendo con el planteamiento propuesto, cabe destacar que en los países del *Common Law* y del sistema continental europeo principalmente en la doctrina alemana, hace tiempo que se viene distinguiendo entre causalidad e imputación objetiva. En efecto, en el *Common Law*, bajo el término genérico de causalidad (*Causation*) se comprenden de manera separada estos dos

---

<sup>679</sup> Sin embargo, excepcionalmente cuando el antecedente y la consecuencia aparecen claros y sólo una persona figura involucrada entre los agentes productores del daño, podrá ocurrir que el juicio de causalidad sea previo al de culpabilidad, pero en la mayoría de los casos no sucederá así puesto que, como ya se precisó, la existencia de concausas o causas adicionales viene a constituirse en el criterio de normalidad al hablar de relación de causalidad.

<sup>680</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 188.

aspectos y se habla de: a) *causalidad de hecho (Cause in Fact)* para referirse a la cuestión de carácter fáctico de si existe relación causa-efecto entre la conducta del demandado y el daño conforme a nociones objetivas que explican secuencias físicas; y b) se habla de *causalidad próxima (causation in law)* para hacer referencia a si el demandado debe responder, y en tal caso, hasta qué extremo, de las consecuencias que su conducta ha provocado. Parecidamente en Alemania se distingue entre nexo causal (*Kausal Zusammenhang*) e imputación objetiva (*Objektive Zurechnung*)<sup>681</sup>.

Una tendencia, al menos doctrinariamente hablando, similar a la apuntada puede apreciarse el Derecho español, particularmente desde finales de los 80<sup>682</sup> con la aportación del profesor PANTALEÓN PRIETO<sup>683</sup> quien destaca que, “el problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso –lo que los anglosajones llaman *causation in fact*– no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser “puesto a cargo” de aquella conducta como “obra” de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado lo que se ha

---

<sup>681</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 353 y 354; SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. *Causalidad y responsabilidad*. 3ª Ed. /en/ Revista Indret (Enero 2006). Disponible en: <http://www.indret.com>, pp. 3 y 7.

<sup>682</sup> La doctrina penalista, cuyas tesis han sido secundadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ya se había hecho eco de esta distinción con anterioridad. Así, cabe destacar los trabajos de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Reus, 1966; o MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Ppu, 1984 (siendo la última edición de su obra la 8ª del año 2008), quienes de cierto modo resaltan que buena parte de la doctrina tradicional española se contenta con la causalidad y no habla aún de la imputación objetiva. Por otro lado, cabe destacar que la distinción en comento hace algún tiempo también está siendo admitida por la doctrina administrativista en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, en este sentido puede consultarse la interesante obra de MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Madrid: Civitas, 2000.

<sup>683</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1981 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* pp. 1561 y ss.



llamado, en forma muy imprecisa, “causalidad jurídica” (la *causation in law*, *legal causation* o *remoteness of damage* de los anglosajones) y lo que la doctrina alemana, con más precisión, denomina *objektive Zurechnung*<sup>684</sup>.

Ya esbozada en términos generales la importancia que para la correcta determinación de la relación de causalidad tendría la tesis en comento, en las páginas siguientes nos detendremos en la configuración de esta doctrina, la cual, como ya adelantamos, plantea una clara división entre causalidad de hecho (*Cause in Fact*, *Kausal Zusammenhang*) e imputación objetiva (*causation in law*, *Objektive Zurechnung*). Distinción que interesa además por su ineludible conexión con el deber de reparar el daño causado, puesto que como destaca DÍEZ-PICAZO, la pregunta que se pretende responder no sólo es sobre quién debe indemnizar un perjuicio determinado, sino que también hasta dónde el autor de una de las sucesivas condiciones o daños tiene que indemnizar los subsiguientes. “De esta manera, además de dar respuesta a un problema de imputación, el debate en torno a la causalidad es un debate sobre los límites del deber de indemnizar”<sup>685</sup>.

#### 1.1. CAUSALIDAD DE HECHO (CAUSE IN FACT, KAUSAL ZUSAMMENHANG).

Como destaca en tono de crítica SALVADOR CODERCH, gran parte de la doctrina ha tendido a considerar a la causalidad material como el criterio de imputación de daños más importante, si no el único. No obstante, la causalidad, entendida en una primera dimensión como causalidad de hecho (*cause in fact*), resulta ser uno de los muchos criterios que usan las leyes para imputar la responsabilidad por daños a alguien<sup>686</sup>.

De esta forma, lo que se busca en esta primera faz en la que cabe apreciar a la causalidad es llegar, a través de una reconstrucción ideal de los acontecimientos, a la conclusión lógica de que de no haber mediado el hecho

---

<sup>684</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* pp. 1561 y 1562.

<sup>685</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 332.

<sup>686</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. *Causalidad y responsabilidad...* p. 1.

del demandado el daño no habría tenido lugar<sup>687</sup>. En otras palabras, lo que en esta etapa se intenta responder es ¿qué hubiera ocurrido si el evento no se hubiese presentado?<sup>688</sup>.

En este sentido cabe apreciar que para establecer si existe o no la conexión causal física e imprescindible, se recurre en el Derecho norteamericano a la regla del *but for test (de no haber sido por)*, que en el sistema de Derecho Continental Europeo, partiendo de las aportaciones del científico inglés JOHN STUART MILL y del penalista alemán MAXIMILIAN VON BURI<sup>689</sup>, se conoce como la doctrina de la *condicio sine qua non*<sup>690</sup>. En términos simples, y como lo anota YZQUIERDO TOLSADA, lo que plantea esta teoría es que desde el punto de vista filosófico y jurídico todas las fuerzas tienen alguna eficacia para el nacimiento de un fenómeno, por lo que no deben realizarse distinciones al respecto puesto ya que todas ellas son indispensables y si faltase una el suceso no habría acaecido. Así, cada una de las condiciones puede ser considerada al mismo tiempo como causa de todo el desenlace final, y si cada condición provoca causalmente la aparición de las demás y suprimida mentalmente una, el desenlace no se habría producido, lo cual implica que todas son causa<sup>691</sup>.

Cabe destacar que en doctrina esta teoría ha sido mayoritariamente rechazada como criterio válido para determinar la existencia de relación de causalidad, siendo frecuentes las críticas que apuntan a la peligrosidad de sus criterios, no sólo desde el punto de vista filosófico, sino que, y sobre todo,

---

<sup>687</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 375; MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* p. 247.

<sup>688</sup> BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: panorama de derecho comparado /en/* Revista Chilena de Derecho, vol. 31, n° 2, 2004, p. 211; MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* p. 247.

<sup>689</sup> Sobre el particular vid. MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* p. 248.

<sup>690</sup> En este sentido LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 362; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 375; MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* p. 247.

<sup>691</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp.189 y 190. En igual sentido GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 376; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* p. 1982.

desde el propiamente jurídico, puesto que al hacer responsable a la persona de todas las consecuencias se llega a conclusiones que la propia razón no puede admitir<sup>692</sup>.

De este modo, en respuesta a la comentada insuficiencia que presentaría la teoría de la *condicio sine qua non* para establecer los casos en que una conducta debe considerarse con entidad suficiente para provocar la imputación causal, se han adoptado diversas teorías correctoras, las cuales vienen a poner el énfasis en la *causa jurídicamente relevante*<sup>693</sup>, destacándose en a nivel jurisprudencial un claro predominio de la denominada teoría de la causalidad adecuada o eficiente<sup>694</sup>.

Dentro de los principales rasgos de esta teoría, cabe destacar que exige como presupuesto en el plano fáctico un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Por su parte, en el plano jurídico acepta que no todos los antecedentes de un resultado dañoso tienen la misma importancia<sup>695</sup>. Ahora bien, la mentada adecuación fáctica por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo, y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando de esta forma excluidos tanto los actos indiferentes, como los inadecuados o

---

<sup>692</sup> Por todos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* pp. 116 y ss e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 190. Destaca este autor, citando la famosa crítica de BINDING, que si se aplicara consecuentemente esta tesis, desembocaría en la afirmación de que todos son responsables de todo: sería autor de adulterio, junto al varón que yace con la mujer casada con otro hombre, el carpintero que hizo la cama.

<sup>693</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (III)* /en/ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 2008, p. 414.

<sup>694</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* pp. 734 y 736.

<sup>695</sup> *Idem*, pp. 733 y 734.

inidóneos y los absolutamente extraordinarios, imprevisibles o netamente improbables<sup>696 697</sup>.

De la aplicación jurisprudencial de esta teoría causal resulta bastante gráfico lo sostenido por la Audiencia Provincial de Islas Baleares en su resolución de 2 de Marzo de 2012, la cual se pronunció sobre una demanda por responsabilidad médica derivada de una tardanza en el diagnóstico concreto del cáncer que ocasionó el fallecimiento del paciente, rechazando el tribunal la existencia de responsabilidad por parte de los demandados debido a la ausencia de nexos causal entre la conducta que se atribuye a los codemandados y el resultado dañoso. Interesante resulta la utilización de la doctrina de la causalidad adecuada y de la descripción de la doctrina jurisprudencial al respecto, al sostener en su considerando quinto que: “...*En términos teóricos, el presupuesto causal no ofrece dificultad de comprensión alguna. En términos prácticos, sin embargo, la denominada relación de causalidad origina numerosos problemas, sobre todo en los supuestos en que concurren varias causas (concausas) a producir el daño final a considerar. Las teorías doctrinales básicas existentes en la materia son las siguientes: A) Teoría de la equivalencia de las condiciones... B) Teoría de la adecuación o de la causa adecuada... C) Teoría de la causa próxima... D) Teoría de la causa eficiente... la STS de 26 de enero de 2.007 , establece que "Por otra parte, y siguiendo la misma doctrina jurisprudencial, es de señalar que no basta la*

---

<sup>696</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (III)*..., p. 415. REGLERO CAMPOS, Fernando: *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* pp. 734 y 735; SANTOS BRIZ, Jaime. *La relación causal y problemas relacionados con ella /en/* Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.) Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Barcelona: Bosch, 2008, p. 542; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 236 y 237.

<sup>697</sup> Al respecto explica LARENZ que la teoría de la adecuación expresa la necesaria delimitación de las consecuencias imputables, afirmando que sólo pueden ser tomadas en cuenta las consecuencias no completamente extrañas, que según la experiencia, pueden ser consideradas como posibles de semejante hecho. Lo que interesa es la apreciación de acuerdo a la experiencia media de un observador perspicaz, para el que al instante de ocurrir el hecho generador de responsabilidad, fueran cognoscibles todas las circunstancias y no sólo las que seas notorias, conocido como “pronóstico objetivo ulterior”. De modo que, el efecto más lejano resultará “adecuado”, cuando la acción sea apropiada para la producción del resultado obtenido en circunstancias normales, y no sólo en aquellas especialmente peculiares e inverosímiles, que deberán quedar fuera de toda consideración según el curso normal de las cosas. LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones. Tomo I.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, (Traducción de Jaime Santos Briz), p. 200.

*causalidad física, sino que es preciso que conste una acción u omisión atribuible al que se pretende responsable -o por quién se debe responder- determinante, en exclusiva o en unión de otras causas, siempre con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificada, según las circunstancias concurrentes -entre ellas la entidad del riesgo-, del resultado dañoso producido. Asimismo señala la Sentencia de 26 de enero de 2006 que "esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, pero siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que permitan valorar en cada caso el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal"<sup>698</sup>.*

En igual sentido y dando cuenta de la tendencia apuntada cabe destacar lo resuelto, ante un caso de responsabilidad médica, por la Audiencia Provincial de Ourense en sentencia de 6 de abril de 1999, al señalar que: *"...La prosperabilidad de la acción de responsabilidad extracontractual, regulada en el art. 1902 y siguientes del Código Civil, es sabido que requiere la existencia de una acción u omisión; la concurrencia de un daño que pueda ser tanto material como moral y la relación de causalidad directa y eficaz entre la acción u omisión culposa y el daño causado. Sobre este último requisito, existen dos teorías: A) la de la equivalencia « conditio sine qua non» en virtud de la cual el sujeto queda obligado a reparar el daño en el que ha intervenido como causa o*

---

<sup>698</sup> SAP de Islas Baleares de 2 de Marzo de 2012 (AC 2012, 731). A mayor abundamiento podemos citar lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Febrero de 2006 donde en resumidas cuentas se plasma la tendencia adoptada por la Primera sala del alto tribunal español: *"la causalidad adecuada o eficiente exige, para anudar una responsabilidad al suceso lesivo, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo"*. STS de 15 de febrero de 2006 (RJ 2006, 692). En la misma línea las SSTS de: 27 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2068); de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8763).

con causa, aunque sea mínima o desproporcionada; y B) La teoría de la causalidad adecuada, que estima que media el nexo causal entre el acto y el daño cuando aquél es apropiado (adecuado) para producir éste, es decir, cuando se da la necesaria y correcta conexión entre el antecedente (causa) y la consecuencia (efecto), o lo que es lo mismo la aptitud de la causa para producir el resultado. Nuestra jurisprudencia en constantes y reiteradas resoluciones acoge de un modo pacífico la segunda de las teorías apuntadas (por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10703], 7 de abril de 1995 [RJ 1995\2985] y 20 de septiembre de 1997 [RJ 1997\6608 y RJ 1997\6706])”<sup>699</sup>.

No obstante lo apuntado, cabe señalar que tanto en el *Common Law* como en la doctrina alemana, a diferencia del rechazo generalizado<sup>700</sup> que en el sistema hispano se hace de la teoría de la *condicio sine qua non*<sup>701</sup>, ésta ha sido considerada correcta no para establecer la imputación objetiva, sino que más bien para determinar la existencia de una relación de causalidad natural o física. Dicha diferencia de tratamiento, según lo subraya PANTALEÓN PRIETO, obedecería prácticamente a la nula distinción que, entre las cuestiones de causalidad de hecho y las que hacen referencia a la imputación objetiva, se hace tanto en la jurisprudencia civil como la doctrina mayoritaria española, agregando el citado autor que, “si las cuestiones de causalidad en sentido propio no se diferencian de las de imputación objetiva, es claro que

---

<sup>699</sup> SAP de Ourense de 6 de Abril de 1999 (AC 1999, 741). En consecuencia, declara el alto tribunal la inexistencia de responsabilidad del traumatólogo demandado por falta de acreditación de la relación de causalidad entre el padecimiento del Síndrome de Guillain-Barré del paciente y la prescripción de un fármaco por el traumatólogo demandado.

<sup>700</sup> Salvo contadas excepciones entre las que podemos destacar la aportación del profesor PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1981 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* pp. 1561 y ss. y en la misma línea anterior, entre otros, SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. *Causalidad y responsabilidad...* p. 3 y ss.; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 358 y ss.

<sup>701</sup> Al respecto destaca LUNA YERGA que en España, las insuficiencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones determinaron que la Sala Primera del Tribunal Supremo adoptara la teoría de la causalidad adecuada como criterio para la determinación del nexo causal. Con ello, el Tribunal Supremo abunda en el desconocimiento de la distinción entre causalidad de hecho e imputación objetiva, en tanto que la teoría de la adecuación no constituye sino uno de tantos criterios sobre la imputación objetiva. Al respecto véanse las interesantes referencias jurisprudenciales en LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 369, 523 y ss.

aquella teoría no puede ser aceptada, porque conduciría a una indeseable, por ilimitada, extensión de la responsabilidad. Cuando lo cierto es que la dificultad surge al pretender utilizar la teoría de la equivalencia de las condiciones, o la fórmula de la *condicio sine qua non*, en algo para lo que no sirven ni han servido nunca: para determinar los límites de imputación objetiva de las consecuencias dañosas a la conducta del responsable<sup>702</sup>.

## 1.2. IMPUTACIÓN OBJETIVA (*CAUSATION IN LAW, OBJEKTIVE ZURECHNUNG*).

A diferencia de lo que ocurre en el sistema español, en donde la cuestión de la imputación objetiva todavía no logra una plena aceptación por parte de los operadores jurídicos, en el *Common Law* y en el Sistema alemán se trata de una cuestión ya superada, o por lo menos, en lo referente a la necesidad de distinguir entre cuestiones meramente de hecho de consideraciones jurídicas<sup>703</sup>.

En efecto, como pone de manifiesto SALVADOR CODERCH, “las insuficiencias y excesos del principio causal han llevado a los juristas a construir criterios normativos de imputación objetiva que permitan modularlo, es decir, ampliarlo o restringirlo según convenga. En el *Common Law*, la causalidad entendida como *condicio sine qua non (cause in fact)* se matiza de acuerdo con una mirada de doctrinas sobre *proximate causation* con el objeto de descartar las causas más remotas (*remoteness test*), las más imprevisibles o improbables (*foresight test*) y las causas cuyo riesgo típico no llegó a materializarse efectivamente en el daño en cuestión (*harm-within-the-risk test*). En el *Civil Law*, sobresale la cultura alemana de la imputación objetiva (*Objektive Zurechnung*)<sup>704</sup>.

---

<sup>702</sup> Fernando PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* p. 1565; en igual sentido, SALVADOR CODERCH *Causalidad y responsabilidad (indret)*, p. 3 y ss.; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 358 y ss.

<sup>703</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 370.

<sup>704</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. *Causalidad y responsabilidad...* p. 7.

De esta forma, una de las principales críticas que se realiza a la teoría de la causalidad adecuada<sup>705</sup>, además de la mentada falta de distinción entre cuestiones de causalidad material y de causalidad jurídica (también llamados problemas de imputación objetiva), es que por medio de la citada teoría se buscaría el establecimiento de un concepto específico de causalidad jurídica lo cual resultaría a todas luces equivocado<sup>706</sup>, puesto que si bien la causalidad adecuada puede considerarse como uno de los tantos criterios de imputación objetiva existentes<sup>707</sup> en un determinado ordenamiento jurídico, en ningún caso puede ser el único criterio. En este sentido, como anota LUYA YERGA, “la causalidad jurídica depende de consideraciones de política legislativa acerca de la persona sobre la que debe recaer la obligación de reparar un daño dadas unas determinadas circunstancias, lo que puede obedecer a diversos criterios que, además, pueden ser diferentes en función del ordenamiento jurídico en el que nos encontremos”<sup>708</sup>.

Reseñada someramente la problemática de la imputación objetiva, en lo que sigue y teniendo presente las restricciones propias de nuestra investigación, nos limitaremos a enunciar brevemente tres criterios que eventualmente podrían tener aplicación a la hora de resolver cuestiones de causalidad relacionadas con la actividad médica. Nos referimos en consecuencia: a) al consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo; b) el incremento del riesgo o comportamiento lícito alternativo; y c) criterio de la causalidad adecuada o adecuación. En nuestro cometido principalmente nos

---

<sup>705</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* p. 1563; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 372.

<sup>706</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* p. 1563. En contra, DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños...* pp. 66 y 67.

<sup>707</sup> Así, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*. Granada: Comares, 2006, pp. 10 y ss. Destaca el citado autor que debe partirse de la premisa de considerar esta teoría de la causalidad adecuada como una teoría de imputación objetiva y no como teoría propiamente causalística. En igual sentido, se pronuncian MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)...* p. 538 y GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 381 y 382. Destacando este último que “Esta teoría pertenece, en puridad, al ámbito de la imputación objetiva, pues en ella predominan las valoraciones jurídicas sobre las materiales o fácticas referidas al caso concreto”.

<sup>708</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 372.



serviremos de las interesantes aportaciones de los profesores PANTALEÓN PRIETO<sup>709</sup>, y más recientemente SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE<sup>710</sup>:

a) *El Consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo.*

Cuando un acto determinado lesiona algún interés de la víctima y ésta previamente ha consentido a dicha actuación, en virtud de este criterio no le será imputable al agente el resultado dañoso<sup>711</sup>. Como bien se destaca, este criterio suele ser aplicado para exonerar de responsabilidad al demandado cuando el actor participó voluntariamente en cualquier tipo de práctica deportiva<sup>712</sup> o realizó una actividad peligrosa a sabiendas del riesgo que ésta conllevaba<sup>713</sup>.

---

<sup>709</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* pp. 1566 y ss. y PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1985 y ss. También se refieren a estos criterios: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* pp. 346 y ss.; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 375 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil...* pp. 790 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* pp. 194 y ss.

<sup>710</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. *Causalidad y responsabilidad...* pp. 7 y ss.

<sup>711</sup> Ídem, p. 17; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 379.

<sup>712</sup> Como ejemplo de la aplicación jurisprudencial del citado criterio respecto de los daños sufridos por la víctima a raíz de la práctica de una actividad deportiva, cabe traer a colación lo resuelto por la STS de 22 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8399), donde un aficionado a la pelota vasca perdió un ojo al recibir un pelotazo de su contrincante. La víctima demandó a su contrincante y a la “Compañía Nacional Hispánica Aseguradora, SA” y solicitó una indemnización de €60.324,18. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por la entidad aseguradora, revocó las sentencias estimatorias de la instancia y desestimó las pretensiones del actor, afirmando que, “*en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar —roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.—, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas*”.

<sup>713</sup> Como destaca SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. *Causalidad y responsabilidad...* p. 17, el Tribunal Supremo también recurre a la asunción del riesgo en casos en los que la propia víctima realiza una actividad peligrosa a sabiendas del peligro que conllevaba. Así, La STS de 12 de marzo de 1998 (1998, 1286) nos muestra un caso de autopuesta en peligro por parte de la víctima, siendo los hechos que motivaron su pronunciamiento los siguientes: una tarde de julio y para aliviarse del agobiante calor, un joven de 17 años, que no sabía nadar, decidió refrescarse en una charca próxima a la carpintería en la que trabajaba. Al día siguiente, la Guardia Civil lo encontró ahogado. Los actores reclamaron €60.101 a la empresa de carpintería. Las instancias desestimaron la demanda y el Supremo no admitió el recurso de los actores, al considerar la autopuesta en peligro de la víctima.

Conectando este criterio con lo dicho respecto del consentimiento informado, cabe apreciar que la citada pauta resulta claramente de aplicación en los supuestos de concreción de un riesgo típico médico-sanitario que deriva de una actuación previamente consentida por el paciente. Así las cosas, puede concluirse que no existirá imputación objetiva cuando, a pesar de la materialización de un riesgo típico, el paciente haya prestado su consentimiento informado a una intervención médica, la cual se ha desarrollado según parámetros de la *lex artis ad hoc*<sup>714</sup>, siempre y cuando –obviamente– el riesgo materializado no sea consecuencia de un actuar negligente del facultativo y, además, se le haya informado adecuadamente del mismo al paciente.

b) *El incremento del riesgo o comportamiento alternativo lícito.* Según dicho criterio, no puede imputarse un daño a una conducta si, suprimida idealmente ésta, el daño se habría producido también con altísima probabilidad rayana en la certeza<sup>715</sup>, no incrementando la conducta el riesgo de que se produzca el evento dañoso<sup>716</sup>. En otras palabras, un evento dañoso no será objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando, dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente (con la conducta que, en esas circunstancias, no habría sobrepasado los límites del riesgo permitido), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión<sup>717</sup>.

---

<sup>714</sup> En igual sentido, LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 379.

<sup>715</sup> Al respecto destaca YZQUIERDO TOLSADA que, “*siempre es posible conducir más despacio, pero cuando un suicida se arroja desde el puente, por mucho que suprimamos idealmente la conducta del conductor que circulaba por aquel lugar a velocidad más que moderada, ello no va a disminuir las posibilidades de que se produzca un atropello*”. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 195.

<sup>716</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 195, agrega este autor que dicho criterio es perfectamente complementario del ya referenciado criterio de “*El ámbito de protección de la norma*”.

<sup>717</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* pp. 1577 y 1578.

Al respecto PANTALEÓN PRIETO destaca que, “un evento dañoso no es objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando, dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente (con la conducta que, en esas circunstancias, no habría sobrepasado los límites del riesgo permitido), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión. De otra forma, el operador jurídico estaría tratando de manera diferente supuestos que, en lo relevante, son idénticos; puesto que, respecto del concreto evento dañoso efectivamente acaecido, la conducta negligente del dañante ha sido exactamente igual a su alternativa diligente: ha creado el mismo riesgo que ésta (o un riesgo menor; un riesgo permitido en todo caso) de que dicho evento se produzca (...) no habrá existido tal incremento del riesgo y, por ende, no cabrá imputar objetivamente el resultado, cuando se constate con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que un resultado sustancialmente idéntico al acaecido se habría producido también, de haber obrado el dañante diligentemente”<sup>718</sup>.

Un área en que la teoría del comportamiento lícito diligente puede incidir es respecto del incumplimiento del deber que tiene el médico de informar y obtener autorización del paciente para realizar una operación o un tratamiento delicado, en circunstancias que pueda darse por extremadamente probable que el paciente habría consentido en asumir el riesgo atendidas sus particulares circunstancias<sup>719</sup>.

---

<sup>718</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* pp. 1577 y 1578. En igual sentido el chileno BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 407.

<sup>719</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 407; DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Consentimiento informado y relación de causalidad...* pp.137 y 138. En igual sentido se pronuncian en la doctrina española: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño* /en/ Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Yaguez.pdf>, última visita 30 de diciembre de 2011; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)...* p. 325; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* p. 1589.

Si aplicamos este criterio a la responsabilidad médica en el supuesto enunciado podríamos concluir que no cabría imputar responsabilidad del médico en aquellos casos en que, existiendo la falta de información y/o consentimiento y, habiéndose materializado el riesgo o complicación típica de la intervención, cabe presumir que el paciente de haber sido informado adecuadamente se habría sometido igualmente a la intervención (siempre y cuando, como es lógico, haya habido una actuación técnica diligente por parte del facultativo)

Dicha solución encontraría su sustento en la mencionada teoría del comportamiento lícito alternativo (*rechtmässiges Alternativverhalten*), la cual supone que, aunque la norma, con el establecimiento de un deber determinado, pretendía evitar la ocurrencia de ese tipo de daños, la infracción a dicho deber, en este caso información o consentimiento, no es determinante en la producción del daño efectivo, porque éste igualmente habría acaecido si el demandado hubiese actuado conforme a la norma<sup>720</sup>.

Ahora bien, para llegar a tal conclusión habría que hacer un ejercicio de reconstrucción mental de qué hubiese sucedido si el facultativo hubiese cumplido con su deber de informar y/o de obtener el consentimiento. En este punto entraría en juego también la teoría de la causalidad hipotética, con la cual “se trata de decidir si, añadiendo mentalmente el comportamiento omitido el resultado lesivo se habría producido”<sup>721</sup>. De esta manera, una vez realizada la operación que implica dicha teoría, se podría llegar a dos resultados alternativos: a) Establecer hipotéticamente que si el médico le hubiese informado al paciente de los riesgos de la intervención este último igualmente se hubiera sometido a ella, caso en el que no cabría asociar causalmente el daño al médico; b) Entender, también hipotéticamente, que, habiendo recibido el paciente la debida información, éste se hubiese sustraído de la intervención

---

<sup>720</sup> Vid. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* pp. 407 y 408.

<sup>721</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p. 26

médica que le provoca el perjuicio, en cuyo caso cabe tener por cumplido el requisito de causalidad<sup>722</sup>.

La prueba del consentimiento hipotético habría de recaer sobre el médico, correspondiéndole acreditar que si el paciente en el caso concreto hubiera dispuesto de la información omitida, de igual forma se habría sometido a la intervención médica<sup>723</sup>.

No obstante lo apuntado, dos son las razones que nos llevan a concluir en el rechazo del criterio propuesto para resolver el problema de la omisión de los deberes de información. Así, como primera cuestión, cabe destacar el carácter excesivamente virtual de la doctrina del comportamiento lícito alternativo, puesto que como bien destaca MEDINA ALCOZ, “raramente podrá concluirse, con un grado razonable de certeza, que el enfermo habría rechazado la intervención, de cuyo riesgo, fatalmente desencadenado, no era conocedor; y, a su vez, sólo raramente podrá estimarse con ese mismo nivel de certidumbre que, aún con la información correspondiente, la habría consentido”, siendo normal en estos casos que se carezca de elementos suficientes para enlazar causalmente el daño con el actuar médico.

Un segundo problema que nos plantea la doctrina planteada se produce al analizar las consecuencias de su adopción, tornándose éstas incompatibles con la existencia del perjuicio que implica la lesión a la autodeterminación, perjuicio que, como vimos<sup>724</sup>, se produce con la sola omisión de alguno de estos deberes de información que trae como consecuencia la lesión a la autodeterminación del paciente con absoluta independencia de la

---

<sup>722</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Consentimiento informado y relación de causalidad* /en/ De la Maza Gazmuri, Iñigo (Comp.), Cuadernos de análisis jurídico, colección derecho privado IV, Responsabilidad Médica. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, p. 136.

<sup>723</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Consentimiento informado y relación de causalidad...* p. 138; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño* /en/ Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Yaguez.pdf>, última visita 25 de enero de 2014.; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* p. 1588. En contra, a nuestro parecer, se pronunciaría LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 494.

<sup>724</sup> Al respecto véase las pp. 204 y ss. del presente trabajo.

comprobación o no de si el paciente habría consentido a una intervención determinada. De esta forma, de aceptar la doctrina del comportamiento lícito alternativo como criterio de imputación aplicable a los casos de omisión de los deberes de información, implicaría concluir en la inexistencia de perjuicio para el paciente, cuestión que no compartimos, ya que se desconocería que la lesión del derecho de autodeterminación se configura como un perjuicio autónomo que constituye una partida indemnizatoria independiente aun en los casos de riesgo materializado.

Por otra parte, incluso en relación con el daño que se produce cuando se materializa el riesgo del que no se ha informado, consideramos que es más correcto resolver el problema de la omisión de la información recurriendo a la doctrina de la pérdida de oportunidad. Sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad y su aplicación para resolver esta problemática nos pronunciaremos más adelante<sup>725</sup>.

c) *Criterio de causalidad adecuada o adecuación.* Como criterio residual y a fin de resolver los casos que no encuentren solución por medio de la utilización de los criterios anteriormente expuestos<sup>726</sup>, propone PANTALEÓN PRIETO utilizar el criterio de la adecuación, en virtud del cual “no cabe imputar objetivamente un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata”<sup>727</sup>.

A modo de conclusión nos interesa destacar que si bien los criterios de imputación objetiva analizados pueden tener todos una eventual aplicación a

---

<sup>725</sup> Vid. pp. 318 y ss.

<sup>726</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 196.

<sup>727</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* p. 1987.

efectos de la determinación del nexo causal en materia médica, el que nos parece de mayor utilidad y claridad al respecto es el del consentimiento de la víctima o asunción del propio riesgo, si bien dicho criterio, como luego se dirá, debe ser matizado con base en la teoría de la pérdida de oportunidad.

El criterio de la causalidad adecuada sólo puede actuar residualmente y el criterio del comportamiento lícito alternativo consideramos preferible descartarlo por las razones ya esgrimidas, que pueden resumirse en: A) exige para su aplicación una reconstrucción imaginaria de los acontecimientos que escapa a ciertos parámetros de certeza causal que deben ser exigidos a efectos de imputar objetivamente las consecuencias dañosas a un sujeto; B) cuando los riesgos no informados se han materializado y eventualmente se pudiese aceptar que el paciente de igual forma hubiese consentido en la intervención no informada, implicaría concluir en la inexistencia de perjuicio para el paciente, cuestión que no compartimos, ya que se desconocería que la lesión del derecho de autodeterminación se configura como un perjuicio autónomo que constituye una partida indemnizatoria independiente del riesgo materializado.

## **2.- LA PRUEBA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA.**

El principio general que ha de regir en esta materia puede ser resumido en los siguientes términos: el nexo causal entre la conducta del responsable y el suceso dañoso debe ser probado por quien reclama la reparación<sup>728</sup>, aplicándose dicho criterio indistintamente, hablemos de responsabilidad subjetiva u objetiva. En otras palabras, es el damnificado quien deberá acreditar necesariamente la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido, tanto si la responsabilidad se basa en la culpa como si se trata de un supuesto de responsabilidad por riesgo<sup>729</sup>.

---

<sup>728</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* p. 773.

<sup>729</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 372 y 373.

Respecto de la prueba del nexo causal, y a diferencia de lo apuntado cuando nos referimos en general a la prueba de la culpa, destaca DE ÁNGEL que, en principio “la relación de causalidad no se encuentra beneficiada por ningún tipo de presunción, ni por la inversión de la carga de la prueba, a diferencia de lo que ocurre –en el régimen general de la responsabilidad civil– en lo que a la culpa se refiere”<sup>730</sup>. Es más, la posición que al respecto parece defender el Tribunal Supremo español apunta a que, para la declaración de responsabilidad es preciso la existencia de una prueba determinante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, no siendo suficientes las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, conduzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos<sup>731</sup>. Dicha tendencia sostenida por el alto tribunal español encontraría justificación en la diferente consideración que al parecer le merecerían los elementos de culpa y causalidad, siendo este último al que le atribuiría un mayor valor por lo que lo penalizaría con una mayor rigidez probatoria<sup>732</sup>.

Sin embargo, a pesar que nos resulta del todo defendible el principio enunciado con carácter general en los párrafos precedentes, cuando la cuestión se refiera a la prueba de la relación de causalidad en el ámbito médico-sanitario serán necesarias ciertas matizaciones<sup>733</sup>. En efecto, el hecho de que, en principio, el *onus probandi* deba correr a cargo de la víctima del

---

<sup>730</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 109.

<sup>731</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* p. 773. Así y a modo ejemplar puede traerse a colación la STS de 2 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1235), donde se resuelve un caso en que a la actora le fue contagiado el Virus de la Hepatitis C como consecuencia de una transfusión con sangre contaminada en agosto de 1987, declarando el máximo tribunal en su fundamento de derecho 5º que, “no caben, en sede de nexo causal, meras deducciones, conjeturas o probabilidades, sino que se precisa la certeza probatoria”.

<sup>732</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 424.

<sup>733</sup> Sobre los problemas probatorios que se enfrenta la víctima del daño en materia médico-sanitaria, cabe recordar lo señalado respecto de los problemas probatorios de la culpa, a saber: a) Manifiesta asimetría en el manejo de información y de conocimientos técnicos entre médico y paciente; b) monopolio de la producción y disposición de los medios probatorios por parte del médico; c) actitud no colaborativa de los médicos en la aportación de pruebas; d) imposibilidad de acceso por parte del paciente a ciertos medios probatorios que están dentro del exclusivo ámbito de control del médico.



daño no implica que dicha carga probatoria no pueda quedar aliviada a través de ciertos criterios jurisprudenciales, debiendo advertirse que más que afirmar que el perjudicado debe probar la relación de causalidad, lo importante es destacar que la relación de causalidad debe quedar probada<sup>734</sup>. De esta forma, se dejan abiertas las puertas para que, a lo menos en el ámbito sanitario, en virtud del nuevamente aludido principio *pro damnato* se puedan, al igual como ocurre con la prueba de la culpa, establecer ciertas herramientas probatorias con miras a la añorada equiparación de armas en el proceso.

De esta forma, teniendo en consideración, por una parte, que la prueba del nexo causal constituye un elemento básico e imprescindible para que pueda declararse la responsabilidad civil, y por otra, la necesidad de efectuar ciertos matices al referirnos a la prueba del nexo causal en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, en lo que sigue haremos referencia a aquellas creaciones doctrinales y jurisprudenciales que se han propuesto para facilitar a la víctima la prueba de la relación de causalidad en la responsabilidad civil sanitaria, en términos similares a los ya apuntados al tratar esta misma problemática pero respecto de la culpa.

## 2.1. LA PRESUNCIÓN JUDICIAL COMO MECANISMO PARA ESTABLECER EL NEXO CAUSAL.

Como ya se ha dejado en claro, según la opinión generalizada la prueba de la relación de causalidad corresponde al demandante que ha sufrido el daño (paciente o sus familiares)<sup>735</sup>. No obstante, como también lo apuntamos, dicha afirmación no está exenta de matizaciones. Así, hay quienes han llegado a

---

<sup>734</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 109; en similar sentido, CARRASCO PERERA, Ángel. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual (1990-1992)*, p. 25, destaca que “la pregunta relativa a saber a quién corresponde probar la relación causal es una pregunta sin sentido, ya que los hechos aportados son de acopio indiferenciado y el juicio deductivo se basa en una prueba de presunción humana del Juez”.

<sup>735</sup> Véase, entre otros muchos, a: LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 239; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* p. 1983 e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad Civil del profesional liberal...* p. 332; REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* p. 770; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* p. 235.

plantear que por las especiales características de la responsabilidad médico-sanitaria, el nexo causal, al igual que ocurriría con la prueba de la culpa, fuera deducido mediante una presunción judicial. En este sentido y como en tantos otros temas, sobre este punto la doctrina también se encuentra dividida, sin embargo, de similar forma a lo que ocurre con la prueba de la culpa en materia médico-sanitaria, al parecer la tendencia dominante apunta a aceptar que la relación de causalidad también pueda llegar a ser acreditada mediante una presunción judicial<sup>736</sup>.

Al respecto resultan decidoras las palabras de REGLERO CAMPOS al destacar que, si bien es la víctima del perjuicio quien debe acreditar necesariamente la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido, dicho principio necesariamente debe tener su contrapunto en “aquellas actividades profesionales o empresariales (responsabilidad médica, daños por productos,...) en las que al perjudicado le puede resultar particularmente costoso averiguar la causa del hecho dañoso, lo que puede ocurrir por una pluralidad de circunstancias: sectores en los que el desarrollo científico y tecnológico es particularmente intenso, ignorándose en muchos casos cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas, difícil acceso a los medios, materiales o documentos probatorios, etc. De ahí que en estos sectores no haya de ser estrictamente exigible una certeza o exactitud de la relación de causalidad, sino que debe considerarse suficiente una razonable probabilidad de su existencia, medible atendiendo a las circunstancias del caso”<sup>737</sup>.

---

<sup>736</sup> A favor: REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* p. 773. En igual sentido: PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* p. 1983.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho...* pp. 234 a 239; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 427; ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil...* pp. 345 y 346; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 109. Mostrándose contrarios a la presunción judicial del nexo causal: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: Los dogmas creíbles y los increíbles de la Jurisprudencia...* p. 45; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 238; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad Civil del profesional liberal...* p. 332.

<sup>737</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* p. 773.

Por último y como justificación de la opción apuntada, destaca LUNA YERGA que ni en la regulación anterior de la presunción judicial como medio de prueba en el artículo 1249 Código Civil español, ni en la actual regulación que se refiere a las presunciones judiciales (artículo 386 de la LEC<sup>738</sup>) se contiene ninguna limitación que impidiera su uso por parte el juzgador en la determinación del nexo causal. A este respecto, no cabe, por tanto, sino concluir que la causalidad, así como el resto de los elementos de la responsabilidad civil, podrá ser presumida siempre y cuando concurren los requisitos que especifica el citado precepto de la LEC<sup>739</sup>.

## 2.2. *RES IPSA LOQUITUR, PRIMA FACIE Y CAUSALITÉ VIRTUELLE.*

Además del mecanismo de la presunción judicial, en teoría la relación de causalidad puede resultar acreditada mediante una serie de instrumentos que se encuentran al alcance del Juez y que han sido desarrollados principalmente en el Derecho comparado. Así, y como fue expuesto al tratar las dificultades probatorias que respecto de la culpa enfrenta la víctima del perjuicio en materia médico-sanitaria, la doctrina *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* y la doctrina de la *causalité virtuelle* pretenden ser de utilidad, ahora, para aligerar la carga de la prueba de la relación de causalidad, la cual, como ya lo hemos dejado en claro, ha de recaer, en principio, en el actor<sup>740</sup>.

Si bien no hay duda que dichas herramientas probatorias, en el Derecho español, han sido acogidas para aligerar la carga de la prueba de la culpa que pesaría sobre el demandante, cuando hablamos de nexo causal no resulta tan

---

<sup>738</sup> Artículo 386. Presunciones judiciales.

1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.

<sup>739</sup> Un análisis detallado de la presunción judicial de la causalidad a partir de lo establecido en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, lo encontramos en LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 242 y ss.

<sup>740</sup> Así lo destaca claramente LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 431.

fácil realizar dicha aseveración. No obstante, hay quienes defienden, la posible aceptación del recurso a la presunción judicial respecto de la prueba del nexo causal, lo cual permitiría sostener a fortiori la posibilidad de recurrir a estos instrumentos procesales, los cuales no consisten sino en presunciones judiciales cualificadas, en este caso, de la existencia de la relación de causalidad<sup>741</sup>.

De esta forma, haremos una breve referencia a estas tres herramientas doctrinales, dejando constancia de que en buena parte nos remitiremos a lo dicho sobre cada una de ellas cuando tratamos la pertinente problemática de la prueba de la culpa<sup>742</sup>, puesto que en dicha ocasión fueron referenciadas sus características generales, las cuales no difieren mucho sea que se trate de la prueba de la culpa o de la prueba del nexo causal.

Así, uno de los primeros instrumentos probatorios a los que en teoría podría acudir el Juez para facilitar al demandante, víctima de un daño producido por una actividad médica u hospitalaria, la prueba de la relación de causalidad entre el hecho del facultativo y la consecuencia dañosa, es el principio *res ipsa loquitur*.

Sobre la posible aplicación esta doctrina en materia de prueba del nexo causal hay controversia puesto que a diferencia de lo ocurrido en los ordenamientos jurídicos alemán y francés, en donde se distingue claramente entre prueba prima facie de la culpa y de la causalidad, o entre culpa virtual y causalidad virtual, en el *Common Law* es comúnmente aceptado que el principio en comento interviene exclusivamente para facilitar a la víctima de un daño la prueba de la negligencia del agente, por lo que dicha doctrina, en principio, no sería aplicable en favor de la parte demandante para aliviar su carga de probar que el daño ocurrió como consecuencia de una acción u omisión de la parte demandada<sup>743</sup>.

---

<sup>741</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 431.

<sup>742</sup> Pp. 225 y ss.

<sup>743</sup> Así, negando que este principio permita inferir la relación de causalidad, se pronuncian por todos, MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT IGUALADA, Jordi and SOLÉ FELIU, Josep.

Como fundamento de lo anterior se cita el caso de *Edgar County Bank & Trust Co. v. Paris Hospital Inc.*, en donde a raíz de una inyección intramuscular un niño de 17 meses de edad sufrió graves lesiones en una pierna, tales como pérdida de funciones motoras y debilidad de la cadera y el tobillo, pronunciándose negativamente el Tribunal sobre la aplicación de la citada doctrina señalando que: “*The doctrine does not affect the necessity or manner of proof of proximate cause, it is relevant only to the nature of proof from which the trier of fact may draw an inference of negligence*”<sup>744</sup>.

De esta forma, ante la aparente imposibilidad de aplicar el principio *res ipsa loquitur* en materia de prueba del nexo causal<sup>745</sup>, podemos pasar a ver qué respuestas nos puede entregar otro de los principios enunciados por la doctrina comparada para resolver la problemática que nos convoca, así llegamos al instrumento probatorio de origen alemán denominado prueba *prima facie de la causalidad* (*Anscheinsbeweis der Kausalität o Kausalitäts-Anscheinsbeweis*) donde, a diferencia de lo ocurrido en el *Common Law* respecto del principio *res ipsa loquitur*, tanto la jurisprudencia como la doctrina de este sistema aceptan ampliamente la aplicación de dicha doctrina a la prueba de la relación de causalidad.

Así las cosas, hay acuerdo en que cuando conforme a las máximas de experiencia o a los principios de la ciencia médica el daño constituye una consecuencia típica de un determinado suceso, el demandante se verá liberado de la prueba de la relación de causalidad<sup>746</sup>. En este sentido, se afirma que en virtud del citado principio es posible, no sólo deducir de un determinado suceso acreditado en el proceso –error de tratamiento– una conexión causal con el daño producido, sino que también a la inversa, tener por acreditado un

---

*Medical Malpractice Liability in Spain: Cases, Trends and Developments* /in/ European Journal of Health Law, Vol. I, 2003, pp. 153 a 181.

<sup>744</sup> PROSSER, William and KEETON, Robert, (et. al.) *Law of Tort...* p. 165; SPEISER Stuart. *The Negligence Case. Res Ipsa loquitur*, vol. I. New York: The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1972, pp. 15 y 16.

<sup>745</sup> En contra, con interesantes argumentos y citas bibliográficas, véase al español LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 435 a 440.

<sup>746</sup> Así, LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 441.

determinado suceso –error de tratamiento negligente– como causa del daño probado en el proceso<sup>747</sup>.

Cabe destacar como exigencia de la prueba *prima facie* aplicada a la relación causal que ésta debe conducir al completo convencimiento del Juez sin que sea suficiente la existencia de una probabilidad más o menos elevada. Así, la probabilidad –aunque ésta sea elevada– de que concurra relación de causalidad entre la acción u omisión del demandado y el daño causado a la víctima no sustituirá bajo ningún respecto a la constatación judicial de su existencia<sup>748</sup>.

Por último, respecto de los efectos que produce la aplicación de la citada doctrina en el proceso, puede decirse que, siendo básicamente los mismos anotados respecto de la prueba de la culpa, constituyen una facilitación de prueba que puede ser desvirtuada mediante la demostración de la existencia de otra causa probable de la producción del daño por la cual el demandado no deba responder<sup>749</sup>.

Para finalizar la referencia a las citadas doctrinas facilitadoras de la prueba del nexo causal, corresponde referirnos a la teoría francesa de la *causalité virtuelle*. Como primera cuestión, cabe destacar que el Código Civil francés permite expresamente la prueba de la relación de causalidad por medio de presunciones judiciales cuando, conforme a su artículo 1353<sup>750</sup>, la presunción sea *grave, precisa y concorde*<sup>751</sup>.

---

<sup>747</sup> Sobre el particular pueden consultarse las obras de los alemanes: FRANZKI Dietmar. *Die Beweisregeln IM Arzthaftungsprozeß...* p. 47 y KERSCHBAUM, Alfred. *Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess Unter besonderer Berücksichtigung der Aufklärungspflichtverletzung und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*. Regensburg: Roderer Verlag, 2000, pp. 27 y 28. Ambos citados por LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 442.

<sup>748</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 442 y 443.

<sup>749</sup> Ídem, pp. 443.

<sup>750</sup> Article 1353: “*Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol*”.

<sup>751</sup> LE TOURNEAU, Philippe et CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats...* p. 383.

De este modo, en el ordenamiento jurídico francés se habla de *causalité virtuelle* principalmente en relación con la *perte d'une chance* (pérdida de oportunidad, sobre la que volveremos más adelante<sup>752</sup>). Resultando esta doctrina de aplicación, precisamente, cuando no ha sido posible establecer un nexo de causalidad entre la actividad médico-sanitaria y el daño sufrido por el paciente debido al carácter incierto del perjuicio<sup>753</sup>, lo que sucede con mayor frecuencia en supuestos de diagnóstico erróneo de enfermedades y de empeoramiento de la salud del paciente tras un tratamiento médico-sanitario. Así, cuando no ha sido posible acreditar en el proceso la existencia de relación de causalidad, el principio de la *perte d'une chance* viene a facilitar la carga probatoria que pesa sobre el demandante con base en una causalidad virtual que en ciertos supuestos le permitirá al Juez presumir que el facultativo causó al paciente un daño abstracto del que debe responder. Se hace referencia, por tanto, no al concreto daño que sufre el paciente, pues no es posible establecer una conexión causal entre el daño y la acción u omisión médico-sanitaria, sino a un daño que consiste en la pérdida de oportunidades de curación (*perte d'une chance de guérison*) o, en su caso, de supervivencia (*perte d'une chance de survie*), chances que son determinadas con base en criterios estadísticos o máximas de experiencia<sup>754</sup>.

### 2.3. LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO.

Como se ha destacado, la doctrina del daño desproporcionado tiene también connotaciones causales<sup>755</sup>, en efecto, dicha teoría además de ser útil al demandante (paciente) facilitando la prueba de la culpa del demandado (médico), viene a auxiliar la posición probatoria del actor en aquellos casos en los que no se sabe exactamente por qué ha ocurrido un resultado que se considera desproporcionado. La genérica relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño es obvia, pero se desconoce qué concretas

---

<sup>752</sup> Vid. pp. 294 a 324 y 380 a 385 respectivamente.

<sup>753</sup> WELSCH, Sylvie. *Responsabilité du médecin: risques et réalités judiciaires...* p. 170. En el mismo sentido. LE TOURNEAU, Philippe et CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats...* pp. 403 y 404.

<sup>754</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 448 y 449.

<sup>755</sup> DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *Comentario a la STS de 8 de mayo de 2003* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 63, 2003, pp. 1196 y ss.

acciones u omisiones han determinado el resultado lesivo o si incluso el mismo ha sido el resultado de una circunstancia orgánica desconocida incluso a posteriori. De esta forma, el efecto de la aplicación de esta doctrina en el plano causal sería doble: a) En sede de presunción, se presume que se hizo algo no debido o que se dejó de hacer algo debido; b) En el plano de la carga de la prueba no se considera carga probatoria del demandante la acreditación de qué paso<sup>756</sup>.

Un gráfico ejemplo de lo expresado lo encontramos en la STS de 23 mayo 2007, donde a raíz de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado se condena al demandado prescindiendo expresamente de la exigencia de prueba de culpa y de la relación de causalidad. Los hechos que motivaron la citada resolución judicial son los siguientes: Sometido un paciente a una operación de corrección del tabique nasal, tras haber finalizado la misma manifestó dificultades respiratorias. Después de proporcionarle diversas atenciones y advirtiéndose un edema de glotis que impedía la intubación se le practicó una traqueotomía. El paciente no pudo ser reanimado y después de dos semanas en coma falleció. Demandado el centro hospitalario, la sentencia condenatoria del juzgado, basada en la existencia de un daño desproporcionado, fue revocada por la Audiencia, que consideró que ninguna actitud imprudente podía imputarse ni a los profesionales médicos ni al centro demandado. Planteado recurso de casación, invocándose entre otros motivos, la infracción de la jurisprudencia sobre daños catastróficos o desproporcionado, el mismo resulta admitido por el Supremo español con base en las siguientes consideraciones: *“No hay, a lo que parece, una prueba de la negligencia o de la impericia de los profesionales que han actuado, ni se da la constatación de una carencia de medios significativa, pero la respuesta, en Derecho, al desastroso resultado de una sencilla operación quirúrgica no se obtiene al señalar que la operación ‘finalizó con éxito’. No puede calificarse de este modo una intervención en la que se produjo hipoxia y que determinó el coma profundo. Por eso acude, con acierto, el Juzgado de primera instancia a la doctrina del*

---

<sup>756</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado...* p. 461; REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* pp. 775 y 776.



"daño desproporcionado a la que se han referido múltiples decisiones de esta Sala (...). Esta doctrina, como ha dicho la última de las sentencias citadas, adapta la tesis de la "faute virtuelle" (...), y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que excluya la imputación de los daño (...)"<sup>757</sup>.

No obstante lo apuntado, la cuestión en este punto tampoco es pacífica, destacándose, dentro de las objeciones que se han presentado, aquella que señala que la doctrina del daño desproporcionado no hace sino mezclar y confundir culpa con causalidad<sup>758</sup>, puesto que se deduce la culpa a partir de la existencia de un nexo de causalidad entre la intervención y su anómalo resultado, o sea, el daño<sup>759</sup>.

Por otra parte, se destaca, también en tono de crítica, que a menudo da la impresión que el juez o el tribunal se han saltado algún paso en su camino deductivo, lo cual viene a ser consecuencia de la no muy clara delimitación

---

<sup>757</sup> STS de 23 mayo 2007 (RJ 2007, 3273), lo destacado es nuestro. Sobre jurisprudencia relativa al daño desproporcionado vid. las SSTs: de 1 julio 1997 (RJ 1997, 5471); 21 de julio de 1997 (RJ 1997, 5523); 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9427); 29 de junio de 1999 (RJ 1999, 4895); 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541); 19 de junio de 2001 (RJ 2001, 4974); 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10404), 31 de enero de 2003 (RJ 2003, 646); 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238).

<sup>758</sup> Así, el francés PENNEAU, Jean. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale...* p. 104, destaca que la aplicación de esta doctrina lleva a confundir la culpa y la causalidad, lo cual se traduce en el error de equiparar a dos condiciones esencialmente distintas dentro de la responsabilidad. En igual sentido se pronuncian los españoles: LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 312 y VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* pp. 165 y 166.

<sup>759</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba...* p. 312.

entre los conceptos de culpa y de relación de causalidad manejados tanto por la doctrina y la jurisprudencia<sup>760</sup>.

Siguiendo con las manifestaciones de rechazo a la aplicación de esta doctrina en materia de nexo causal, se pone de manifiesto la falta de argumentación jurídica de algunas sentencias, cuyos fundamentos no resultan lo suficientemente transparentes sobre si la relación de causalidad se establece como consecuencia de una previa conclusión del tribunal de que ha existido culpa en el demandado, o si, por el contrario, el proceso mental de reflexión de causalidad es anterior al enjuiciamiento de la culpa<sup>761</sup>. En otras palabras, se expresa que cuando la negligencia del profesional sanitario es patente, pareciera que se amalgaman en la resolución las condiciones propias tanto de la negligencia como las de la causalidad sin distinción de criterios, olvidando que no se puede eludir el requisito previo de la causalidad, esto es, “si concurren en el supuesto de hecho las circunstancias que permiten poner a cargo del demandado el resultado acaecido”<sup>762</sup>.

Siguiendo con la línea de críticas, resulta muy gráfico el voto particular formulado por el magistrado Sr. MARÍN CASTÁN, en la STS de 31 de enero de 2003, donde por mayoría el Tribunal Supremo condena al demandado a través de una presunción judicial de la negligencia, mediante la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, declarando el alto tribunal que, “*en el caso presente el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajena a su actuación*”<sup>763</sup>.

---

<sup>760</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 243.

<sup>761</sup> VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* pp. 166 y 167.

<sup>762</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* p. 243; VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado...* pp. 166 y 167.

<sup>763</sup> STS 31 de enero de 2003. (RJ 2003, 646). Los hechos probados en la instancia y que motivan tanto la resolución citada como el voto particular que nos interesa fueron los siguientes: El paciente demandante fue intervenido por un médico cirujano (demandado) para corregir unas hemorroides sangrantes y una fisura anal de aquel. A consecuencia de la intervención realizada para corregir dicha sintomática del actor, éste quedó con una incontinencia anal parcial por la lesión muscular del esfínter externo del ano. Si bien la técnica quirúrgica aplicada por el cirujano demandado era la indicada o apropiada para el padecimiento

Al respeto resulta interesante citar los argumentos consagrados en el voto particular del Magistrado MARÍN CASTÁN, quien en evidencia la tendencia hacia la aplicación indiscriminada de la doctrina del daño desproporcionado al señalar en su apartado D lo siguiente: *“D) En cuanto a la doctrina jurisprudencial del "resultado desproporcionado" como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquellos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de "resultado desproporcionado" el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada. Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del art. 1902 del Código Civil solo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (SSTS 26 de noviembre de 2001 en recurso 2245/1996 y 11 de abril de 2002 en recurso núm. 3422/1996), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20 de marzo de 2001 en recurso núm. 567/1996 y 23 de marzo de 2001 en recurso núm. 954/1996); y por eso, también, responderá civilmente el cirujano que, decidiendo intervenir a un enfermo terminal, no aplique una técnica adecuada o descuide la atención en el postoperatorio, adelantando con ello la muerte del paciente o aumentando su sufrimiento antes de morir (STS 11 de abril de 2002 en recurso núm. 3422/1996). De otro modo, es decir, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, como igualmente podría hacerse, dando un paso más, en el de la acción u omisión,*

---

del recurrente y la intervención no lesionó el nervio del esfínter anal, se produjo una lesión muscular estriada del esfínter externo. A consecuencia de dicha lesión y aplicando la doctrina del daño desproporcionado el Supremo español condena en definitiva al médico demandado a indemnizar al actor la suma de €120.000.-

*se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad*<sup>764</sup>.

En relación con lo anotado y en consonancia con el rechazo que parte de la doctrina hace de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado a la prueba del nexo causal, cabe destacar una reciente corriente jurisprudencial que haciendo eco de las justificadas críticas, tiende a exigir un mayor rigor a la hora de aplicar dicha herramienta facilitadora de la prueba de la relación de causalidad. Así, en la STS de 23 de octubre de 2008 niega el Tribunal Supremo la existencia de responsabilidad del facultativo demandado en un caso de fallecimiento de la madre en un embarazo por fecundación in vitro, en la que, a pesar del resultado desproporcionado entre la actividad inicial y el resultado producido, queda probado que el evento dañoso no se produce por una causa relacionada con la misma, sino por una eclampsia en el desarrollo del embarazo, declarando el alto tribunal español en su fundamento jurídico sexto que: *“En el caso, evidentemente hay un resultado desproporcionado entre la actividad inicial y el resultado producido, pero no procede la apreciación de responsabilidad civil sanitaria porque se ha declarado probada la causa del fallecimiento, y no se aprecia negligencia médica. Es decir, ha habido la explicación y justificación médica que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de la doctrina jurisprudencial expuesta*<sup>765</sup>.

#### 2.4. LA PROBABILIDAD COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DEL NEXO CAUSAL.

Si bien nadie niega la posición de elemento clave que en materia de responsabilidad civil ocupa la relación de causalidad, tampoco se ha desconocido la gran complejidad, la cual se ve acentuada en casos vinculados con el desarrollo científico o tecnológico, que implica determinar a ciencia cierta la relación causal entre el hecho del agente dañoso y el perjuicio ocurrido<sup>766</sup>. Es

---

<sup>764</sup> Voto particular del Magistrado MARÍN CASTÁN en STS 31 de enero de 2003. (RJ 2003, 646).

<sup>765</sup> STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789). En igual sentido cabe anotar las SSTs de: 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138) y 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778).

<sup>766</sup> Al respecto advierte ROMEO CASABONA que “la comprobación de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo científico

por ello que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tendido a matizar la exigencia de certeza en la determinación del nexo causal.

De este modo, del tradicional y rígido tratamiento que, en virtud del criterio del todo o nada<sup>767</sup>, se daba a la cuestión sobre la exigencia de certeza del nexo causal<sup>768</sup>, cada vez con mayor frecuencia se postula, en aquellos casos donde se plantean graves problemas de incertidumbre causal, la aceptación de criterios de probabilidad<sup>769</sup> para determinar dicha relación.

Como lo destacan los partidarios de esta doctrina, los denominados criterios de probabilidad estarían conformados por un conjunto de reglas de umbral de probabilidad conforme a las cuales se impone al eventual causante de un daño la obligación de reparar los totales perjuicios sufridos por la víctima si la probabilidad de que los hubiera causado excede un umbral determinado<sup>770</sup>.

Como característica de los citados criterios de probabilidad, cabe apuntar que estos admiten, en principio, el establecimiento previo de cualquier tipo de umbral, por lo que nada impide que el grado de probabilidad determinante o umbral pueda variar en función de las exigencias institucionales

---

o tecnológico, pues en ocasiones se desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas. Tratando en concreto sobre la responsabilidad de los profesionales, añade el autor que a la reflexión anterior ha de sumarse la de que frecuentemente el cliente demandante queda inerte e indefenso, no sólo por la carencia de conocimientos suficientes para apercibirse de que el daño sufrido ha sido causado por un acto profesional, sino también por no estar a su disposición los medios, materiales o documentos mediante los que podría probar la relación de causalidad, bien porque los elementos probatorios han desaparecido al consumarse la prestación profesional, bien porque se encuentran en poder del profesional o de la entidad o institución donde éste presta sus servicios". ROMEO CASABONA, Carlos María. *Negligencia y Riesgo, perspectivas /en/* Diario La Ley, Tomo 4, 1993, p. 979.

<sup>767</sup> Un análisis detallado de la teoría del todo o nada, lo encontramos en MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* pp. 321 y ss.

<sup>768</sup> Conforme al cual, o bien no existe relación de causalidad y, por tanto, no cabe imponer responsabilidad o, si concurre, la responsabilidad iguala los totales perjuicios sufridos por la víctima. LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 404.

<sup>769</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 388; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Civitas, 1995, p. 77; ROMEO CASABONA, Carlos María. *Negligencia y Riesgo, perspectivas...* p. 979.

<sup>770</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 404.

jurídico-sustantivas o de la cultura jurídica del sistema que reclama su establecimiento<sup>771</sup>. De esta forma, se observa que en aplicación estos criterios, la prueba de la causalidad estará sujeta a parámetros de convicción o persuasión que serán distintos según se esté en el terreno de la responsabilidad penal o en el de la responsabilidad civil<sup>772</sup>, advirtiéndose que la prueba de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil normalmente estará sujeta a patrones menos severos que en la responsabilidad penal, cuestión que, claro está, podrá ser diferente de un ordenamiento a otro<sup>773</sup>.

#### 2.4.1.- La teoría de la probabilidad estadística (more probable than not).

Como lo apuntó en su momento DE ÁNGEL, “en el terreno de la responsabilidad profesional, precisamente, existe una tendencia considerable a afirmar que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”<sup>774</sup>. En efecto, lo que básicamente plantea la teoría de la probabilidad estadística es que en aquellos casos en que resulta imposible esperar certeza en materia de nexo causal, el Tribunal puede dictar sentencia condenatoria del demandado, dando por probada la relación de causalidad, cuando los elementos de juicio que le son suministrados lo conducen a un grado suficiente de probabilidad (probabilidad cualificada) de la relación habida entre el actuar del demandado y el daño producido<sup>775</sup>. En otras palabras la

---

<sup>771</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* p. 282; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 404.

<sup>772</sup> Al respecto MIR PUIGPELAT ha notado que “el grado de certeza del nexo causal que se debe exigir en el marco de la responsabilidad civil extracontractual (de la Administración y de los particulares) para condenar al demandado no puede ser el mismo que en el marco de la responsabilidad penal para condenar al reo. El juez, en este sentido, debe conformarse con una prueba de la causalidad menos concluyente cuando se ventile la responsabilidad extracontractual. Ello se debe a las diferentes consecuencias que uno y otro tipo de responsabilidad acarrear: la condena, en el marco de la responsabilidad extracontractual, comporta sólo la obligación de entregar una determinada cantidad de dinero, mientras que la condena penal conlleva (normalmente) la privación de libertad” MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad...* p. 237.

<sup>773</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* p. 282.

<sup>774</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)...* p. 77.

<sup>775</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 388.

utilidad práctica de esta teoría incide en que, “quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica o matemática. Bastando con que el Juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no sea posible una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante”<sup>776</sup>.

En este sentido resulta interesante citar lo dispuesto por el Supremo español en sentencia de 18 de junio de 2013, que conoce de un recurso de casación interpuesto con motivo de la condena que hace la Audiencia Provincial de Valencia al médico demandado a pagar por concepto de indemnización de perjuicios la suma de 944.967,74 euros a raíz de una demanda interpuesta en contra de un ginecólogo por su actuar negligente en el control y asistencia en un parto de una gestante de alto riesgo obstétrico, el cual desembocó en una asfixia intraparto del feto y una encefalopatía hipoxico-isquémica causante de una parálisis cerebral severa del recién nacido, lesiones que determinaron que en el año 2004 se le otorgara una discapacidad del 33% y en el año 2006 del 69%, siendo sus consecuencias: atragantamientos, predisposición a neumonías de repetición, evolución a un retraso mental, microcefalia, alteraciones visuales y auditivas, deterioro psicomotor, postración en silla de ruedas adoptando posturas distónicas y necesidad de ayuda de terceras personas para todas las necesidades durante toda su vida. Nos importa destacar lo señalado por el supremo en el considerando tercero respecto a la determinación del nexo causal mediante juicios de probabilidad: *“La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido...”*<sup>777</sup>.

---

<sup>776</sup> Ídem, pp. 397.

<sup>777</sup> STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013, 4376). En similar sentido, exigiendo al respecto un grado de *probabilidad cualificada* para acreditar la existencia del nexo causal, la STS de 5

Siguiendo con la exposición de la teoría de la probabilidad estadística podemos distinguir al respecto dos ramificaciones, las que se plantean según nos refiramos al sistema anglosajón o al del *Civil Law*, siendo su principal diferencia el nivel de probabilidad exigida para dar por existente la relación causal. Así, en el *Common Law* se habla de la regla de la probabilidad preponderante (*more probable than not*) y en el sistema de Derecho Continental Europeo de la regla de la alta probabilidad (*id quod plerumque accidit*)<sup>778</sup>.

Destaca MEDINA ALCOZ, que en el Derecho angloamericano de la responsabilidad extracontractual el juicio de causalidad se decide, por lo general, a través de un juicio de aceptabilidad, comúnmente denominado balance de probabilidades (*balance of probabilities*), con el que se trata de averiguar qué era más probable que se produjera, el perjuicio, o que tuviera lugar su contrario (*more probable than not, more likely than not*). El problema de la causalidad se encara así mediante la aplicación de la regla de la prueba preponderante, prevalente o prevaeciente (*preponderance of the evidence*), en cuya virtud se considera acreditada la causalidad entre la actuación del facultativo y el daño, cuando la probabilidad de que el sujeto agente haya causado el daño es más alta que la probabilidad de que no, de modo que si la prueba alcanza el umbral del 51% el agente responderá de la lesión, pero si la probabilidad es sólo del 49% no hay causalidad, por lo que, en dicho sistema jurídico, la víctima no ha de percibir indemnización alguna<sup>779</sup>.

---

de enero de 2007 (RJ 2007, 552), la que en su fundamento de derecho sexto, expresa que, “concorre un nexo fenomenológico entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido como consecuencia de una infección sufrida por una bacteria que, con un grado de probabilidad cualificada, suficiente para entender establecido el nexo de causalidad, se encontraba en el hospital, como demuestra el hecho de que se había hecho resistente por la administración de antibióticos”.

<sup>778</sup> Sobre el particular, véase a MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* pp. 283 a 289.

<sup>779</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* p. 283; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)...* pp. 77 y 78; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 388 y 389. Al respecto, cita este último autor el caso Ingles de *Daubert versus Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, donde la demanda interpuesta, por los progenitores de Jason Daubert, niño que nació con graves malformaciones, contra Merrell Down Pharmaceuticals Inc., al considerar que las malformaciones que sufría el menor habían sido causadas por el consumo por la madre de uno de sus medicamentos durante la gestación



Centrando ahora nuestra atención en los ordenamientos de la Europa continental, cabe destacar que en la generalidad de estos para la apreciación de la existencia del nexo causal se impone un estándar de persuasión mucho más riguroso que el anotado respecto del *Common Law*<sup>780</sup>. Afirmándose la existencia de la relación causal cuando, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es muy alto el grado de probabilidad de que el daño haya sido producido por el agente dañoso. Se sigue al respecto el principio de regularidad o criterio de lo que acontece normalmente<sup>781</sup>, configurado en el bocado latino *quod plerumque et sceppe accidit, id quod plerumque accidit o quod plerumque fit*, lo que implica afirmar la causalidad natural cuando se llega a la conclusión que el curso normal de las cosas, de no haber mediado el hecho dañoso, hubiera conducido a la obtención de unas ganancias o a la evitación de un daño<sup>782</sup>.

Con acierto subraya MEDINA ALCOZ que los juristas del ámbito continental Europeo han sido tradicionalmente más reacios que los anglosajones a la plasmación de los criterios probatorios en fórmulas porcentuales<sup>783</sup>, por lo que puede sostenerse que, a través de la pauta de la

---

(Benedictin; de efectos antinauseosos y antieméticos), fue desestimada por no haber logrado la necesaria convicción del Tribunal norteamericano, ya que dado que las malformaciones de recién nacidos se presentaban en aproximadamente el 1% de los casos, los demandantes deberían haber acreditado que el consumo de Benedictin habría elevado al 2% la probabilidad de que los hijos de las gestantes que lo consumieran nacieran con malformaciones para satisfacer el estándar *more probable than not*. Por su parte, en el derecho inglés es citado con frecuencia, en materia de causalidad, el caso *Wilsher versus Essex Area Health Authority*, en el que un niño nacido prematuramente sufrió una afección incurable de la retina, que pudo ser debida a cinco causas diferentes, entre ellas, un exceso de oxígeno administrado de forma negligente y sin control adecuado por los neonatólogos. El Tribunal de Apelación condenó a los demandados, señalando particularmente el juez Mustill que: “*If it was an established fact that conduct of a particular kind created a risk of injury to another or increased an existing risk, and if the relationship between the parties was such that one party owed a duty not to conduct himself in that way; if the party did conduct himself in that way and the other party suffered injury of the kind contemplated, then the first party was taken to have caused the injury by his breach of duty, even though the existence and extent of the contribution made by the breach could not be ascertained*”. Sobre este caso véase a: STAUCH Marc. *The law of medical negligence in England and Germany, a comparative analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2008, pp. 78 y 79; MARKESINIS, Basil and DEAKIN, Simon. *Tort law...* pp. 179 y 180.

<sup>780</sup> Así, HONORÉ, Tony. *Causation and Remoteness of Damage...* pp. 149 y 150.

<sup>781</sup> Según esta doctrina, lo que normalmente acontece debe ser entendido como aquello que muy probablemente acontece o tiene bastantes posibilidades de suceder.

<sup>782</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*. p. 284.

<sup>783</sup> Así también lo observa GÓMEZ POMAR, Fernando. *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva /en/ Revista Indret 1/2001*. Disponible en: <http://www.indret.com>, p. 5, al subrayar que, que en España y, en general, en Europa, el manejo y análisis de los

normalidad o regularidad, en tales sistemas el umbral de convicción persuasión o certidumbre se situará en algún punto entre el 50% y el 90%, siendo lo común que el rango sea el 80%<sup>784</sup>.

A modo ejemplar nos parece relevante traer a colación lo establecido en el ordenamiento italiano respecto de la prueba del nexo causal donde tradicionalmente los litigios originados por una conducta culposa del médico eran tratados por los tribunales en base a la aplicación del artículo 2697 del Código Civil italiano<sup>785</sup>, precepto que establece la carga de la prueba a quien alega derechos vulnerados. Así, quien pretenda ser resarcido por los daños sufridos deberá proporcionar la prueba del nexo de causalidad entre el daño y el acto del médico, lo que no constituye una tarea fácil. Sin embargo, para dar lugar a la indemnización de los perjuicios en materia médica, los tribunales italianos han flexibilizado las exigencias de prueba y de certeza como criterio determinante, utilizando un “serio y razonable criterio de probabilidad científica” para apreciar la eficiencia causal de un determinado evento para determinado daño, y posteriormente dar lugar a la indemnización.

---

estándares de convicción “*no se realiza con nitidez –o no se realiza en absoluto–*”, agregando que “*tal vez ello se deba a que implícitamente se considera que sólo hay un nivel de confianza o convicción jurídicamente admisible en el juzgador acerca del acaecimiento de un cierto suceso. Este nivel sería el de la plena certeza, esto es, el correspondiente a una probabilidad de acaecimiento del 100%*”.

<sup>784</sup> Así en el Derecho español, destacan MEDINA ALCOZ y GÓMEZ POMAR la utilidad de expresar numéricamente los diferentes grados posibles de probabilidad, indicando ambos que el nivel de probabilidad que se exigiría en el Ordenamiento español para dar por cierta la relación de causalidad sería de un 80%. MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* p. 284 y GÓMEZ POMAR, Fernando. *Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral, Comentario a la STS, 1ª, de 8 de abril de 2003 /en/ Revista Indret 3/2003, (julio 2003). Disponible en: <http://www.indret.com>, p. 4. En similar sentido también el español MARTÍN-CASALS, Miquel. *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual*. Ponencia presentada en las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebradas los días 8 y 9 de abril de 2011 en la Coruña. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC-2011-Ponencia-CASALS.pdf>, última visita 30 de Diciembre de 2011, p. 38, al apreciar que el umbral de certeza en los países del *Common Law* llega a un 50 % y entre un 75 o 80% en la mayoría de países continentales. Por su parte en el derecho Holandés el porcentaje de probabilidad exigida sería de un 80%, así, MÜLLER, Christoph. *La perle d'une chance*. Bern: Stampili Verlag, 2002, pp. 174 a 175; Respecto de Suiza, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba...* pp. 117 y 118, destaca cierta jurisprudencia que apuntaría a que el umbral exigido sería de un 75%.*

<sup>785</sup> “Art. 2697. *Onere della prova. Chi vuol far valere un diritto in giudizio (Cod. Proc. Civ. 163) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (Cod. Proc. Civ. 115). Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*”.

Sobre la recepción jurisprudencial de la teoría de la probabilidad estadística en el Derecho español, cabe consignar algunos interesantes pronunciamientos del máximo Tribunal hispano, así en la STS de 23 de diciembre de 2002 que conoce de la reclamación formulada por la madre de una niña que nació con parálisis cerebral infantil, con una disminución de la capacidad orgánica y funcional del 84%. A la hora de establecer la causa de tal sufrimiento surgen distintas hipótesis, aunque la más probable parece ser un período expulsivo prolongado. Razonando la Sala, en su fundamento de derecho tercero, en los siguientes términos: *“El resultado lesivo (parálisis cerebral infantil) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, lo que constituye un hecho indiscutible. Y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipoxico-isquémica producida por un periodo expulsivo prolongado, y esta apreciación es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiere plena certeza procesal ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada”*<sup>786</sup>.

Otro ejemplo de la clara aplicación de la comentada doctrina por la jurisprudencia española, lo encontramos en la STS de 27 de mayo de 2003, donde conociendo de la reclamación formulada por la esposa de un paciente que falleció tras efectuarle un diagnóstico equivocado de la enfermedad que padecía, deceso que se debió a la no adopción por la médico demandada de los medios y precauciones previstos por la ciencia médica vigente en esa época, los cuales consistían en practicar una ecografía, como medida precautoria, y con mayor necesidad cuando dados los antecedentes del enfermo, éste había sido diagnosticado con anterioridad de un aneurisma de aorta lo que había hecho constar el médico de cabecera en el parte de hospitalización que remitió al centro sanitario con ocasión del ingreso. No obstante, y sin acreditación científica por pruebas efectivas llevadas a cabo, la médico demandada diagnosticó que padecía “cólico nefrítico y posible pielonefritis derecha”, por lo que le remitió al Servicio de Urología, alterando así

---

<sup>786</sup> STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 914), el subrayado es nuestro. La citada jurisprudencia nos merece el siguiente comentario, resulta interesante destacar que pareciera que el alto tribunal español aplicaría este expediente como si se tratara de una presunción que admite prueba en contrario y que debido a que el demandado no logró acreditar otra causa el perjuicio sufrido por la víctima, en razón del citado juicio de probabilidad se presume probada la relación causal.

los diagnósticos precedentes. Es decir, ante la ausencia de la ecografía fue equivocadamente diagnosticado y equivocadamente tratado, lo que se hubiera evitado de haber practicado la referida prueba, la cual se presentaba como necesaria y la más correcta, actuación negligente que motivó la condena tanto del Servicio Andaluz de Salud como de la médico que le atendió. Señala la Sala, en su fundamentación jurídica, lo siguiente: *“No puede decirse que se da ausencia de nexo causal ante una actuación médica tan claramente omisiva como la del presente caso, sobre todo por la importancia que tenía la adopción de un rápido tratamiento, aún contando con escasas posibilidades de sobrevivir el enfermo, ya que si presentaba síntomas advertidos de aneurisma, y el anuncio de la posible rotura de la arteria imponía agotar todas las posibilidades de curación porque siempre está presente la esperanza de que la intervención pueda tener resultado efectivo y como dice la STS de 25 de septiembre de 1999, no es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud y sin que tenga suficiente relevancia la circunstancia de haberse producido el fallecimiento, en este caso de modo inmediato, ya que la relación causal existe desde el momento en que se emitió el diagnóstico equivocado y se omitió la ecografía que se hubiera aportado al diagnóstico correcto, por lo que la salud del enfermo empeoró y de modo tan progresivo y fulminante que le ocasionó la muerte. Esta clara negligencia profesional no facilitó una intervención operatoria lo más inmediata posible, la que tal vez hubiera evitado las consecuencias del resultado fatal final o disminuido sus efectos (STS de 15 de octubre de 1996). El cúmulo de circunstancias que se dejan dichas no anula la responsabilidad médica en que incurrió la recurrente, como tampoco eliminan el nexo causal que resulta bien evidenciado, al repercutir de modo tan negativo en la salud del paciente, fallecido, ya que debido al elevado índice de muerte que ocasiona el aneurisma de aorta y contando con datos suficientes para poder adoptar las medidas científicas adecuadas a efectos de tratamiento adecuado, por lo que la recurrente debió de extremar su diligencia, lo que comportaba la realización de todas aquellas actividades médicas necesarias y que voluntariamente no dispuso su práctica, pues, contando con medios para llevarlas a cabo, e indicación y avisos puntuales de otros profesionales, no los atendió como debería de haber hecho y así presentar una actuación*

*profesional completa y sin fisuras ni dejaciones, que tan desgraciado resultado ocasionó*<sup>787</sup>.

No obstante los interesantes planteamientos que en materia de prueba del nexo causal aporta la teoría de la probabilidad estadística, no pueden desconocerse los problemas que genera. Al respecto se han identificado dos problemas básicos que comportaría el recurso a la probabilidad estadística en la determinación de la prueba:

a) En materia de prueba estadística el principal problema que se plantea es de confianza, puesto que los datos estadísticos han de haber sido obtenidos de manera correcta para que el resultado sea representativo. En este sentido, la jurisprudencia norteamericana ha acuñado la regla del 5% para otorgar relevancia a la prueba estadística<sup>788</sup>. De esta forma, se plantea que una prueba estadística cuyos resultados excedan este margen de error no deberá ser tomada en cuenta por el Juez<sup>789</sup>.

b) Estrechamente relacionado con lo anterior, no debe olvidarse el principio de la relatividad de las verdades científicas, cuya evolución es continua y va de la mano del desarrollo tecnológico. Sobre este último aspecto, resulta muy gráfico el estudio realizado por la Asociación Californiana de Cardiología, donde a un grupo de cinco cardiólogos se les pidió que examinaran los historiales clínicos de 319 víctimas de ataques cardíacos, existiendo una división de opiniones de tres a dos en la mayor parte de los casos clínicos estudiados y tan sólo hubo acuerdo en 47, pero cuando estos mismos cardiólogos examinaron nuevamente 101 de los casos antes mencionados, sin conocer que ya les habían sido sometidos anteriormente a su consideración y examen, en el 30% de los casos el dictamen previo de los

---

<sup>787</sup> STS de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3929).

<sup>788</sup> POSNER, Richard. *An Economic Approach to the Law of Evidence* /in/ University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper, nº 66, 1999, p. 42.

<sup>789</sup> BARNES, David. *Too Many Probabilities: Statistical Evidence of Tort Causation* /in/ Law and Contemporary Problems, vol. 64, 2001, p. 208, advierte que: "*The result of a statistical investigation should be given no weight in a trial unless the result is statistically significant at the 5 percent level, meaning that the probability that the investigation would have yielded this result even if the hypothesis that it was trying to test was false is no greater than 5 percent*".

cardiólogos fue distinto, lo que evidencia claramente este dejo de relatividad que estaría indefectiblemente presente en la estadística médica<sup>790</sup>.

Por último, cabe destacar como argumento de defensa de la doctrina estudiada cabe sostener que las críticas apuntadas sólo tendrían sentido cuando se tome como base un estudio estadístico para la determinación del nexo causal, no siendo aplicables a aquellos casos en que se atiende a lo que parece más normal o más probable, como frecuentemente ocurre en las decisiones de los tribunales de justicia españoles.

#### 2.4.2.- La doctrina de la pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*).

Dentro de las múltiples interrogantes que plantea el complejo panorama de la incertidumbre del nexo causal, en las páginas siguientes dedicaremos nuestra atención a aquella doctrina que, intentando no dejar en la absoluta indefensión a la víctima del perjuicio, pretende dar solución a aquellos casos en que a pesar de no poder establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, existen motivos suficientes para entender que con el comportamiento debido habría existido a lo menos una posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido<sup>791</sup>.

En primer lugar, cabe tener presente que ante la incertidumbre del nexo causal se han planteado a lo menos dos caminos. El más tradicional implica considerar que si no puede ser establecida la relación de causalidad entre la actuación del agente y el resultado dañoso, no cabe sostener responsabilidad alguna por parte de éste, puesto que el nexo causal existe o no existe pero no puede enjuiciarse una cuestión con base en causalidades parciales o hipotéticas. Esta vendría siendo la denominada teoría del todo o nada.

Frente a ella surge, como lo vimos en el apartado anterior, la doctrina de la probabilidad estadística, la cual, poniendo el énfasis de la determinación del nexo causal en una cuestión de probabilidades, establece que para aquellos

---

<sup>790</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 396.

<sup>791</sup> En igual sentido, ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* p. 17.

casos en que resulte imposible lograr acreditar con absoluta certeza la relación causal, el juzgador, con el objeto de hacer exigible la responsabilidad del agente, puede dar por probado dicho nexo, y en consecuencia ordenar la correspondiente indemnización de todo el perjuicio sufrido, siempre y cuando los elementos que le sean suministrados conduzcan a un cierto nivel de probabilidad que supere el umbral requerido (que para el *Common Law* estará en torno al 50% y para los ordenamientos del Sistema Continental Europeo se mueve entre el 75% y 80%).

Sin embargo, en este punto nos interesa destacar una tercera corriente que, moviéndose también en el plano de las probabilidades, surge como alternativa a la teoría de la probabilidad estadística en el sentido que frente a la idea de excluir toda responsabilidad si no son alcanzados los umbrales de probabilidad requeridos, plantea que cuando se esté por debajo de tal umbral, puede tenerse en cuenta expresamente la probabilidad a efectos de establecer una indemnización inferior al daño final sufrido<sup>792</sup>. En otras palabras, conforme a esta nueva tesis, lo razonable y equitativo es que la reparación del daño se acomode a tal circunstancia (responsabilidad proporcional), por lo que la determinación del quantum indemnizatorio deberá ser evaluada individualmente en cada caso, no siendo preciso alcanzar el umbral de convicción establecido en los diferentes ordenamientos jurídicos para conceder una suerte de reparación<sup>793</sup>.

Es así como se configura la *perte d'une chance*, pérdida de oportunidad, o *loss of chance*, que, ubicada en el ámbito de la causalidad material o física, viene a constituirse en un remedio de origen judicial al que se acude principalmente para salvar aquellas dificultades de incertidumbre causal, cuyo planteamiento fue iniciado a fines de siglo XIX y principios de siglo XX desde el *Droit Civile* francés<sup>794</sup>, y que se ha conceptualizado como “un régimen especial

---

<sup>792</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* p. 18. Sobre el particular véase la referencia que al respecto hace MARTÍN-CASALS, Miquel. *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual...* pp. 42 y 43.

<sup>793</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 397.

<sup>794</sup> En Francia, la primera sentencia que se refiere a la pérdida de oportunidad fue la de la *Cour de Cassation* de 17 de julio de 1889, por culpa de un procurador que impidió la tramitación de un proceso; consolidándose en un fallo de la *Chambre de requêtes* (Antigua

de imputación probabilística que permite la reparación parcial de un daño eventual en aquellos supuestos en que las probabilidades de causalidad, sin ser despreciables o ilusorias ni muy altas o cualificadas, son insuficientes a los efectos de tener por cierto el dato causal”<sup>795</sup>.

Como ya hemos adelantado, la utilidad práctica de aplicar esta teoría radica, cuando no ha sido posible acreditar la concreta conexión causal entre la acción u omisión del agente y el daño efectivo sufrido por la víctima, en que se facilita la carga probatoria del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria, esto es, una causalidad virtual, que permite presumir que el agente, con su acción u omisión, causó un daño abstracto del que debe responder<sup>796</sup>.

Si bien a primera vista puede no resultar fácil delimitar el campo de acción de la comentada doctrina, nos parece que con algunos ejemplos tradicionales podemos lograr nuestro cometido, así: un caballo de carreras que no llega a tiempo a la competición hípica, porque el transportista llega tarde al hipódromo; un abogado deja fenecer una causa judicial; un mandatario que no

---

formación de la *Cour de Cassation*), de 26 de mayo de 1932, respecto a la actuación negligente de un notario. CHABAS, François. *Cien años de responsabilidad civil en Francia...* p. 76. En igual sentido los franceses: CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 387 y 388; MAZEAUD, Henri; Léon et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* pp. 273 y 274; BACACHE-GIBEILI, Mireille. *Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle /en/ Larroumet, Christian (Dir.), Droit Civil. Tomo V.* Paris: Económica, 2007, pp. 348 y ss., quien por lo demás entrega una serie de recientes ejemplos que dan cuenta del estado de la cuestión en el Derecho francés: “*Un plaideur perd une chance d'intenter un procès ou de former une voie de recours à la suite de la faute d'un avocat ou d'un auxiliaire de justice qui a omis d'accomplir un acte de procédure dans les délais requis; un étudiant perd une chance de se présenter et de réussir à un concours en raison d'un accident provoqué par un tiers; un propriétaire de cheval perd une chance de participer à une course et de gagner en raison d'un retard ou d'un accident dû à un tiers; un patient perd une chance de guérison en raison d'une faute de diagnostic médical; un patient perd une chance de refuser une opération ayant provoqué des dommages en raison d'une faute d'information du médecin concernant les risques attachés à l'opération envisagée. Dans toutes ces hypothèses, le demandeur a bien subi un dommage certain et actuel: le plaideur a perdu sa cause face à son adversaire, le patient n'est pas guéri ou a subi un dommage supplémentaire dû à la réalisation des risques de l'opération... Cependant ce dommage actuel et certain n'est pas en relation de causalité certaine avec la faute commise*”. A este respecto, véase la casuística citada en VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* pp. 343 y ss.

<sup>795</sup> Así lo destaca GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 397, siguiendo básicamente el planteamiento de MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* pp. 44 a 50 y 277 a 281.

<sup>796</sup> Así, LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 453.



asiste a una subasta judicial a hacer posturas para la adjudicación del bien que se remataba; una culpa quirúrgica del facultativo que disminuye las posibilidades de soldadura de una estructura ósea<sup>797</sup>.

Formulados los citados casos en términos de demanda indemnizatoria nos resulta obvia la siguiente interrogante. ¿Correspondería en estos casos otorgar indemnización? La respuesta que surge de forma espontánea es la negativa, puesto que si por una parte lo analizamos desde la perspectiva de los requisitos exigibles al daño para ser indemnizable<sup>798</sup>, a todas luces los perjuicios que podrían ser reclamados carecerían del requisito esencial de certidumbre, configurándose por ello como daños meramente eventuales, ya que la verdad es que no era seguro que el caballo ganara la carrera; o el abogado ganar la demanda; o el mandatario lograra la adjudicación del bien; o el facultativo logrará un completo éxito en la operación.

Ahora, si analizamos la misma cuestión desde la perspectiva de la causalidad y suprimimos mentalmente aquellas conductas que hipotéticamente son la causa del perjuicio, la negación de la indemnización también debería ser la respuesta, ya que a pesar de que el transportista hubiese llegado a la hora al hipódromo, el abogado haya tramitado correctamente la demanda, el mandatario haya asistido a la subasta y el cirujano no hubiese actuado negligentemente, nada puede asegurar que el caballo hubiese ganado la carrera, o el abogado habría ganado la demanda, o que el mandatario se habría adjudicado el bien, , o que la operación resultaría exitosa.

No obstante el razonamiento anterior, y teniendo presente que el demandado ha intervenido en la cadena causal que ha dado lugar al resultado dañoso, resulta de un elemental principio de justicia conmutativa la necesidad de otorgar, si bien no la indemnización íntegra, sí algún porcentaje de ella. Es en virtud de la problemática apuntada que surge como solución la teoría de la pérdida de oportunidad, teniendo claro que en razón del acto imputable se

---

<sup>797</sup> MAZEAUD, Henri; Léon et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* p. 274; LALOU, Henri: *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ª Ed., París: Dalloz, 1962, p. 93 y 94.

<sup>798</sup> Sobre el particular véase pp. 330 y ss. del presente trabajo.

perdió una *chance*, posibilidad u oportunidad fundada de obtener algo; *chance* u oportunidad que, perfectamente puede ser cuantificable<sup>799</sup>, resultando desde este escenario razonable y legítimo que se reconozca y otorgue cierta compensación a la víctima por el perjuicio sufrido.

En este sentido cabe destacar que la palabra *chance*, en cuanto oportunidad, encierra un conjunto de elementos aptos para conseguir un determinado efecto, el que por regla general será positivo, una oportunidad para algo. Es así como *la chance* engloba dos realidades distintas, por una parte, una posibilidad y una concreción de esa posibilidad; y por otra, una idea de acaso, de imprevisibilidad y de incerteza. Esta doble dimensión en la que se configuraría la *chance* nos lleva a plantearnos si la pérdida de una mera posibilidad de alcanzar un resultado logra alcanzar una entidad tal que merezca tutela resarcitoria, o si tal tutela está reservada sólo para la pérdida del resultado<sup>800</sup>.

En la misma línea, destaca con certeras palabras MARTÍN-CASALS, que la pérdida de oportunidad, es decir, la pérdida de la posibilidad de obtener un resultado favorable o evitar un resultado desfavorable, se concibe como un nuevo tipo de daño que perfectamente puede distinguirse del “daño final”, es decir, del perjuicio corporal o económico efectivamente producidos<sup>801</sup>. El efecto práctico de la afirmación anterior radica en que si bien la relación de causalidad no puede establecerse con el “daño final”, sí puede establecerse con claridad en lo que respecta al daño producido por no haber podido obtener un resultado favorable (o no haber podido evitar uno desfavorable). En otras palabras, aunque no pueda determinarse si la víctima hubiera padecido tal o cual

---

<sup>799</sup> MAZEAUD, Henri; Léon et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* pp. 276 a 278, destacando que “Les chances qui ont eété perdues ne sont pas toujours les “châteaux en Espagne”... elles sont parfois réelles. Certes, la victime se targue d’un préjudice qui contenait une virtualité et c’est ce qui fait que le problème ne comporte pas de solution entièrement satisfaisante...”. En el mismo orden de ideas LALOU, HENRI. *Traité pratique de la responsabilité civile...*p. 92 a 95.

<sup>800</sup> Así, CHABAS, Francois. *La pérdida de chance en el derecho francés*. (Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci) /en/ *Jurisprudencia Argentina*, vol. 4, 1994, p. 930 y ss.

<sup>801</sup> Así, LLAMAS POMBO, Eugenio. *El daño por pérdida de oportunidad* /en/ *Práctica de Derecho de Daños*. Año VII, N° 69, marzo 2009, p. 4; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 49 a 52; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 276 y VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 263 y 278.

enfermedad (o hubiera obtenido tal o cual recuperación), se puede saber con certeza que al menos ha perdido alguna oportunidad de no sufrirla (o de recuperarse)<sup>802</sup>.

Como complemento de la idea anterior, resulta pertinente dejar anotado que si bien el daño al que se refiere la doctrina de la pérdida de oportunidad tiene una configuración (probabilística) diferente del “daño final”, no puede pretenderse que cualquier tipo de probabilidad ha de resultar con entidad suficiente para ser indemnizada, debiendo por ello exigirse, a efectos de que la pérdida de oportunidad de origen a una reparación, que la *chance* goce de cierta seriedad, pretendiéndose con esta exigencia cautelar uno de los requisitos necesarios para que el daño sea reparable, cual es la certeza de éste<sup>803 804</sup>. Volveremos sobre este punto al analizar los requisitos del daño para pueda ser objeto de reparación<sup>805</sup>.

Sentados así, aquellos rasgos generales que, a nuestro parecer, son de mayor relevancia en la doctrina de la *perte d'une chance*, importante resulta resaltar que la aplicación de noción de pérdida de oportunidad se ha venido utilizando en diferentes conjuntos de casos, tanto en sede extracontractual como contractual, acentuándose en aquellos que se refieren a situaciones en las que a raíz de una la acción u omisión negligente del demandado se ha

---

<sup>802</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual...* pp. 42 y 43; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 453 y 454.

<sup>803</sup> Así lo destaca, por todos, la tratadista francesa VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* p. 102, al señalar que “*l'exigence du caractère réel et sérieux de la chance perdue constitue donc un garde-fou assez efficace contre les abus éventuels de la notion*”.

<sup>804</sup> En el mundo anglosajón se distingue la “mera posibilidad” (la cual debe ignorarse a efectos resarcitorios), de la “*substantial chance*”, o de la “*significant chance*”, (que debe ser evaluada y su pérdida resarcida). Sin embargo, formulan una “*dividing line*” entre las dos realidades. Un ejemplo de esta división se presenta en palabras de Lord Reid, en una decisión de la House of Lords, en el caso Davis v. Taylor, de 1974, donde señaló que: “*Many different words could be and have been used to indicate the dividing line. I can think of none better than 'substantial' on the one hand or 'speculative' on the other. It must be left to the good sense of the tribunal to decide on broad lines, without regard to legal niceties, but on a consideration of all the facts in proper perspective*”. En similar sentido, MÜLLER, Christoph. *La perle d'une chance...* pp. 154 a 175, destaca que “*en el derecho holandés se aplica la teoría de la kanschad, se considera que una chance del 10% es suficiente para dar lugar a una indemnización proporcional, mientras que una chance superior al 80% debe dar lugar a una reparación integral del daño*”.

<sup>805</sup> Pp. 330 a 336.

impedido que el demandante haya podido obtener un resultado que esperaba que se produjera<sup>806</sup>.

Ahora, respecto de la recepción de la mentada doctrina en el Derecho español, puede decirse que la *perte d'une chance* ha tenido una muy reciente acogida en este sistema. De esta forma, en los distintos textos doctrinales, desde 1990 se puede encontrar alguna somera mención cuando los autores españoles tratan el requisito de certeza del perjuicio o los daños futuros<sup>807</sup>. No obstante, desde que el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 10 de octubre de 1998, acoge una acción por responsabilidad civil médica aplicando claramente la teoría de la pérdida de oportunidad, la doctrina española comienza a preocuparse de forma más seria de esta problemática, apareciendo algunos artículos<sup>808</sup>, más textos<sup>809</sup> y obras que vienen a profundizar sobre la materia<sup>810</sup>.

---

<sup>806</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual...* p. 41. En similar sentido los franceses, MAZEAUD, Henri; Léon et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* pp. 273 a 279.

<sup>807</sup> Se pueden mencionar entre otros a: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999; VICENTE DOMINGO, Elena. *Daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: José M<sup>a</sup> Bosch, 1994; ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid, Civitas, 1995; CERDÁ OLMEDO, Miguel. *Responsabilidad Civil por daños futuros* /en/ Anuario de Derecho Civil, N<sup>o</sup> 3, 1985.

<sup>808</sup> Algunos de ellos: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Comentario a la STS de 10 de octubre de 1998* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n<sup>o</sup> 50, 1999; GÓMEZ POMAR, Fernando. *Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral*, *Comentario a la STS, 1<sup>a</sup>, de 8 de abril de 2003* /en/ Revista Indret 3/2003, (julio 2003). Disponible en: <http://www.indret.com>; LUNA YERGA, Álvaro. *Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria* /en/ Revista Indret, n<sup>o</sup> 288, (mayo 2005). Disponible en: <http://www.indret.com>; LLAMAS POMBO, Eugenio. *El daño por pérdida de oportunidad* /en/ Práctica de Derecho de Daños. Año VII, N<sup>o</sup> 69, marzo 2009.

<sup>809</sup> Dentro de la doctrina española cabe destacar los siguientes trabajos que le han dedicado páginas a la pérdida de oportunidad, así: MARTINEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *Responsabilidad civil profesional del abogado* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.). *Perfiles de responsabilidad civil del nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 335 a 376; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual...* pp. 150 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, Adela. *La responsabilidad civil del abogado*. Cizur Menor: Aranzadi, 2001, pp. 233 a 245; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 451 a 469; CRESPO MORA, María. *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*. Madrid: Civitas, 2005, pp. 357 a 406; VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 319 a 323 y 359; REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* pp. 780 a 822; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 397 a 423 y MARTÍN-CASALS, Miquel. *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual...* pp. 40 y ss.

Por su parte la jurisprudencia española, no obstante su reciente aceptación de la comentada teoría, como destaca MARTÍN-CASALS, ha comenzado a resolver dos grupos de casos muy concretos: a) El caso del procurador o abogado que omite negligentemente la correspondiente actuación procesal en favor de su cliente en el momento oportuno o la realiza de modo negligente, provocando con ello que éste no pueda ya hacer valer su derecho, supuesto que generalmente se conoce como pérdida de oportunidad procesal<sup>811</sup>; b) El caso del médico o profesional sanitario que actúa de modo negligente, sufriendo el paciente un daño que, de acuerdo con una probabilidad mayor o menor, tal vez no hubiera sufrido en caso de actuación diligente, supuesto conocido generalmente como pérdida de oportunidad de curación<sup>812</sup>. Siendo de nuestro particular interés dedicar las páginas siguientes al análisis de esta última cuestión, que por lo demás se encuentra íntimamente relacionada con la responsabilidad civil médico-sanitaria.

#### *2.4.2.1.- La pérdida de oportunidad de curación o supervivencia (perte d'une chance de survie ou de guérison).*

Cuando se intenta aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad a la responsabilidad médica, a lo que se intenta dar solución es a una serie de casos que podrían denominarse, según LUNA YERGA, de daño pasivo, esto es, aquellos perjuicios que acontecen no por la acción directa del facultativo, sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos debidos y que comportan un

---

<sup>810</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007; ASUA, Clara: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008; ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado* /en/ Reglero Campos, Fernando y Herrador Guardia Mariano (Coord.), Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros. Ponencias VII Congreso Nacional, Úbeda – noviembre 2007. Madrid: Sepin, 2007. RIBOT Jordi and RUDA Albert. *Loss of a Chance. Spain* /in/ Winiger Bénédicte; Helmut Koziol; Bernhard Koch and Reinhard Zimmermann (Eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1: Essential Cases on Natural Causation. New York: Springer, 2007, pp. 567 y ss.; SOLÉ FELIU, Josep. *The Reception of the Loss of a Chance Doctrine in Spanish Case-Law* /in/ *European Review of Private Law*, vol. 16, nº 6, 2008, pp. 1105 a 1117.

<sup>811</sup> Cabe destacar como las primeras sentencias en que el Tribunal Supremo español se pronuncia sobre la problemática apuntada a: la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971) y la STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357).

<sup>812</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual...* p. 41.

empeoramiento de su estado de salud. De este modo se priva al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia<sup>813</sup>, según sea el caso, consideradas a la luz de la ciencia médica<sup>814</sup>.

Como lo hemos apuntado en más de alguna ocasión, no puede desconocerse que en toda actividad médica existe una predominante dimensión aleatoria, la cual ha motivado entre otras cosas a que generalmente las obligaciones médicas sean calificadas generalmente como obligaciones de actividad, o que el propio actuar del facultativo escape a la tendencia dominante en materia de responsabilidad que, prescindiendo del clásico elemento culpa, apunta hacia la objetivización de ésta. Ahora bien, a pesar que estamos de acuerdo con lo planteado en las líneas anteriores, no podemos desconocer la necesidad de entregar una solución válida a la víctima que sufre, en casos como el descrito en el párrafo anterior, la pérdida de probabilidades de recuperación de su enfermedad, puesto que esta oportunidad perdida, a pesar de su configuración meramente probabilística y distinta del daño final –entendido como el perjuicio patrimonial, moral o corporal–, resulta a todas luces ser un daño que merece y debe ser reparado.

Para graficar de mejor forma los conceptos expresados y apreciar la verdadera utilidad de la doctrina de la pérdida de oportunidad aplicada al ámbito médico (*perte d'une chance de survie ou de guérison*), nos serviremos del siguiente ejemplo<sup>815</sup>: imagínese un caso en que el médico no logra diagnosticar a tiempo que el paciente sufre un cáncer sino cuando éste resulta inoperable y que, aun cuando haya sido detectado a tiempo, el paciente sólo hubiera tenido un 35% de probabilidades estadísticas de sobrevivir.

---

<sup>813</sup> Un ejemplo que grafica de buena manera la problemática descrita es el del enfermo que fallece a causa de un cáncer que de haber sido correctamente diagnosticado, pudo haberse sometido a un tratamiento, y quizá así curarse, o tener una mejor calidad de vida retrasando las fatales consecuencias de la enfermedad.

<sup>814</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 451.

<sup>815</sup> Con interesantes e ilustrativos ejemplos pueden consultarse las obras de: REISIG, Robert. *Loss of a Chance Theory in Medical Malpractice Cases: An Overview* /in/ 13 American Journal of trial Advocacy (1989 – 1990), pp. 1163 a 1185 y LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* pp. 452 y 453.

Si aplicamos la regla del todo o nada, nos quedaríamos con que no hay responsabilidad alguna del galeno, lo cual a nuestro parecer es manifiestamente injusto e incluso podría llegar a incentivar una actitud negligente en el diagnóstico por parte de los facultativos. Por su parte, si se aplica el criterio de la probabilidad estadística (*more probable than not*), conforme al cual el demandante debe demostrar sobre el umbral de probabilidad exigido que (en el caso español sería de un 80% y en el *Common Law* de un 51%), dado un diagnóstico a tiempo era más probable que el paciente hubiera sobrevivido, con bastante seguridad no se daría compensación alguna a la víctima, ya que dada la reducida expectativa de supervivencia aún con un diagnóstico temprano no se lograría satisfacer el umbral de certeza del 51% o del 80%. Sin embargo, una aproximación más racional permitiría al demandante una compensación por la pérdida de oportunidad incluso aunque ésta fuera reducida. De esta forma, si bien en casos análogos al propuesto no será posible demostrar, con base en la probabilidad estadística, que la negligencia médica fue la causa de la muerte o del empeoramiento de la salud del paciente, en virtud de la doctrina de la *perte d'une chance de survie ou de guérison* sí será posible demostrar que dicha negligencia privó a éste de una oportunidad de curarse igual al 35%, debiendo, por tanto, adecuarse la respectiva indemnización a este 35% de probabilidades perdidas.

Así las cosas, y como se ha puesto de relieve, este instrumento probatorio, cuyo origen se encuentra en la doctrina de la *perte d'une chance* francesa, ha sido desarrollado por multitud de ordenamientos jurídicos<sup>816</sup>, configurándose dentro de las aportaciones más significativas aquellas que provienen del derecho francés y del *Common Law*.

Refiriéndonos al ordenamiento francés, cabe apreciar que la primera aplicación jurisprudencial de la *perte d'une chance de de guérison ou survie* o

---

<sup>816</sup> Una completa referencia de los distintos ordenamientos a los que ha penetrado la doctrina de la pérdida de oportunidad, la encontramos en MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* pp. 127 a 181 y REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor...* pp. 780 y ss.

pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil médica se dio en una resolución de la Corte de Grenoble de 24 de octubre de 1962<sup>817</sup>, donde un médico no advirtió en una radiografía la existencia de una fractura en la muñeca del enfermo, permitiéndole a éste regresar sin mayores cuidados a sus labores normales. Siete años más tarde, el paciente advirtió un fuerte dolor en la muñeca del mismo brazo y acudió a otro facultativo, que descubrió la existencia de la fractura. En vista de ello, el paciente interpone una demanda, argumentando que el primer médico cometió un error en su diagnóstico debido a lo cual se le privó de los cuidados debidos, al señalarle a su paciente que no se había visto afectado por una invalidez. Por su parte, la respectiva Corte de Apelaciones determinó que el perjuicio, además de las características de cierto y directo, consistió en la pérdida de esperanza de curación.

Dos años después, el 14 de diciembre de 1965 la *Cour de cassation*, consagró la aplicación de esta teoría en la responsabilidad médica al condenar a un facultativo que, por un error de diagnóstico, había prescrito un tratamiento equivocado a un menor que se había lesionado el brazo en un tobogán, diagnosticando fractura sin desplazamiento del húmero derecho, cuando en realidad se trataba de una luxación del codo, quedando por ello el menor con una importante falta de movilidad de dicho miembro, condenando en definitiva el alto tribunal francés al médico a indemnizar 650.000 francos a la víctima por la pérdida de oportunidad de curación<sup>818</sup>.

Las citadas sentencias unidas a otras posteriores<sup>819</sup> dieron lugar a un amplio debate doctrinal en Francia que poco a poco fue desplazándose hacia

---

<sup>817</sup> Así lo destaca el francés André Tunc en un comentario publicado en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, en 1963.

<sup>818</sup> CHABAS, François. *Cien años de responsabilidad civil en Francia...* p. 76.

<sup>819</sup> Entre las que podemos destacar a modo de ejemplo: a) La sentencia de la Corte de apelación de París de 14 de marzo de 1997 aplicó también esta teoría para fundamentar la condena del médico que cometió un patente error de diagnóstico en una paciente de 47 años que había sufrido un accidente esquiando, por no practicarle un estudio radiológico y pautarle tan sólo un tratamiento antiinflamatorio, a pesar de disponer del aparataje preciso para ello. Posteriormente le fue diagnosticada en otra consulta una fractura femoral avanzada que requirió tratamiento quirúrgico, quedándole distintas secuelas; b) La sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 20 de julio de 1988, en que un médico tardó en diagnosticar una meningitis. Según el tribunal los jueces de grado determinaron la existencia de una relación de causalidad entre la culpa del médico y la importancia del grado de incapacidad permanente presentada por el cliente. La Casación admitió que la Cámara de Apelaciones considerara que



otros sistemas jurídicos. Así, la aplicación de la doctrina de la *perte d'une chance de guérison*, no sólo traspasa fronteras geográficas, sino que también fue extendida a varios ámbitos dentro de la responsabilidad civil médica como por ejemplo: al error o atraso en el diagnóstico; a la ausencia de ciertos procedimientos en algunas terapias; llegando hasta la falta de información al paciente<sup>820</sup>.

Sin embargo, a pesar de la clara consolidación en el ordenamiento jurídico francés de esta teoría, se observa, a modo de crítica que, aplicando erróneamente dicha tesis, existe toda una tendencia jurisprudencial que condena a los médicos a reparar la pretendida pérdida de un *chance*, en aquellos casos en que tienen dudas sobre la relación causal<sup>821</sup>.

Otra crítica apunta, derivada de una errónea interpretación por parte de cierta jurisprudencia francesa, a que resulta completamente improcedente la utilización de la doctrina de la pérdida de oportunidad para justificar la indemnización de un daño final sin establecer una responsabilidad del facultativo en función del porcentaje de probabilidades de curación que de aplicar correctamente dicha doctrina es lo que debería concluirse<sup>822</sup>.

Por último, se advierte que con la aplicación indiscriminada de dicha tesis podría llegarse a extremos completamente ajenos a su espíritu, como ocurriría al considerar que, toda falta o error médico hace perder a su paciente una oportunidad de supervivencia o de curación, a menos que el médico pruebe que el daño sufrido fue debido a una consecuencia ajena a su proceder,

---

el perjuicio configuraba la pérdida de una chance fundada en que “no era posible determinar con certidumbre el grado de recuperación mínima que hubiese existido” si el médico no hubiese actuado culposamente; c) Caso de una mujer sufre hemorragias uterinas, el consultado facultativo no diagnostica cáncer, pese a los evidentes signos clínicos; cuando finalmente la paciente consulta a un especialista, resulta muy tarde y el cáncer de útero ha llegado a su última etapa, muriendo posteriormente la mujer. Sobre las referencias jurisprudenciales anotadas y otras en el derecho francés, véase a CHABAS, Francois. *La pérdida de chance en el derecho francés...* pp. 929 a 934.

<sup>820</sup> Respecto de la falta de información al paciente y la pérdida de oportunidad, vid. pp. 317 y ss.

<sup>821</sup> En este sentido PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin...* pp. 32 a 34, quien parafraseando a SAVATIER señala que esta teoría podría llegar a convertirse “en el paraíso de los jueces inseguros o indecisos”.

<sup>822</sup> PENNEAU, Jean: *La responsabilité du médecin...* pp. 33 y 34.

lo cual implicaría en la práctica una inversión de los principios que han de regir la responsabilidad civil médica<sup>823</sup>.

Por su parte en el Derecho Italiano, cabe destacar que debido a la escasa flexibilidad de su *Código Civile* no se propicia una recepción simple de la doctrina de la pérdida de oportunidad. En este sentido no es de extrañar las palabras del italiano DE CUPIS, al expresar que “si bien no puede hablarse de un daño consistente en no haber obtenido el triunfo (en la carrera hípica, en el certamen pictórico, en la causa judicial), tampoco puede desconocerse que la aportación del jockey, del corredor, o del abogado permite columbrar una posibilidad de victoria, que se puede plasmar en un acuerdo obligacional, por lo que, parece ajustado deducir que respecto a la exclusión de la posibilidad de victoria subsista un daño jurídico”<sup>824</sup>.

Dentro de la doctrina jurisprudencial italiana, como anota CHINDEMI, la primera sentencia que reconoce *il danno da perdita di chance*, es dictada por la Corte de Casación sección laboral, en el año 1983, condenando al demandado al pago de la pérdida de oportunidad por el retraso en un proceso de contratación previamente acordado entre las partes. No obstante hay testimonios de la aplicación de la idea de pérdida de oportunidad desde los años 70, la cual en un principio era concebida sólo dentro de la responsabilidad contractual<sup>825</sup>. Desde entonces la *perdita di chance* en Italia, ha tenido un interesante desarrollo, centrándose en la actualidad la discusión principalmente en dos orientaciones jurisprudenciales que configuran la pérdida de chance según la siguiente clasificación: a) la posibilidad de que la *chance*, constituya un bien jurídico en mismo, dotado de una patrimonialidad autónoma, calificable como daño cierto y actual por su comprensión en el ámbito de la noción de daño emergente<sup>826</sup>; y b) La posibilidad de considerar a la pérdida de *chance* como lucro cesante, por lo tanto la lesión sería resarcible solamente en una

---

<sup>823</sup> Ídem, pp. 33 y 34.

<sup>824</sup> DE CUPIS, Adriano. *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*, 2ª Ed., Barcelona: Bosch, 1975. (Traducción de Ángel Martínez Sarrión), pp. 318 a 320.

<sup>825</sup> Una completa noción sobre el desarrollo jurisprudencial de la *perdita di chance* en Italia la encontramos en la obra de CHINDEMI, Domenico. *Il danno da perdita di chance*. Milano: Giuffré, 2007, pp. 3 y ss.

<sup>826</sup> DE CUPIS, Adriano. *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil...* pp. 318 a 320.

perspectiva condicionada, cuando según un juicio de pronóstico póstumo la chance perdida haya tenido notables posibilidades de llegar a buen fin<sup>827</sup>.

Ahora, con respecto a la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia en este sistema, es posible entender, con una mirada algo más restrictiva que en el Derecho francés, que la noción de pérdida de oportunidad de curación se limita a los casos en que no hay duda de la eficacia causal del comportamiento del médico, entendiéndose que este último ha despojado al paciente, ya en riesgo de vida, de la probabilidad favorable de curación o supervivencia. De esta forma, desde un criterio probabilístico, el juez tendrá por probado el nexo causal siempre que el actuar correcto del médico haya tenido posibilidades de éxito en relación a la salud o vida del paciente, de modo que si el médico omitió la conducta debida o la realizó negligentemente deba ser condenado a indemnizar la respectiva probabilidad perdida<sup>828 829</sup>.

En el Derecho inglés por su parte, la primera sentencia en pronunciarse sobre la pérdida de oportunidad data de 1911, caso *Chaplin v. Hichs*, donde el tribunal de segunda instancia concede la indemnización de la probabilidad frustrada de ganar un concurso de belleza, proporcionando así, una nueva aproximación en estos casos<sup>830</sup>.

Sin embargo, y pese a que la pérdida de oportunidad es una figura bastante conocida en este sistema, a su respecto destaca ROGERS que puede apreciarse que la jurisprudencia de este ordenamiento ha seguido un camino intermedio, el cual pareciera oscilar entre aceptar la doctrina de la pérdida de oportunidad en casos relacionadas con la responsabilidad del abogado y en

---

<sup>827</sup> Así lo destacan autores italianos como: MONTICELLI, Nicola. *La perdita di chance* /in/ Alpa, Guido et. Al., *Casi scelti in tema di responsabilità civile*. Milano: Cassa Editrice Dott Antonio Milani, 2004, pp. 175 y ss.; CHINDEMI, Domenico. *Il danno da perdita di chance...* pp. 31 y ss.

<sup>828</sup> SEVERI, Cristina. *Perdita de chance e danno patrimoniale risarcibile* /in/ Responsabilità Civile e Previdenza, vol. LXVIII, N° 2, Marzo-Abril 2003, p. 328. En el mismo sentido, BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile. La responsabilità*, vol. 5º. Milano: Giuffrè, 2002, p. 162.

<sup>829</sup> Sobre la cuantificación de esta probabilidad perdida véase, pp. 384 y 385 de la presente investigación.

<sup>830</sup> Sobre el caso en comento pueden consultarse: COOPER, Glenn. *Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort* /in/ 6 Auckland University Law Review 39 (1988 – 1991), pp. 47 y 48 y FISCHER, David. *Tort Recovery for Loss of a Chance* /in/ Wake Forest Law Review, vol. 36, n° 3, 2001, pp. 605 y ss.

general en derecho contractual, y rechazar su aplicación en aquellos casos de responsabilidad civil médica<sup>831</sup>.

En este contexto, como un intento de la aplicación de la doctrina de pérdida de oportunidad a la responsabilidad médico-sanitaria puede citarse el caso *Hotson v. East Berkshire Health Authority*<sup>832</sup>, donde si bien, en definitiva, se desestima la indemnización por pérdida de oportunidad de curación, teniendo presente lo resuelto por los tribunales de primera y segunda instancia, podemos considerarlo como un intento de inclusión de esta teoría. El caso en cuestión se trataba de un menor de 13 años que cayó de un árbol. El hospital donde fue ingresado el joven descubrió días después de que se había roto la cadera, quedando con una grave minusvalía. De la prueba pericial se desprendió que, aún con el diagnóstico a tiempo y el tratamiento adecuado, existía un 75% de posibilidades de que éste hubiera desarrollado el mismo grado de invalidez, por lo que en primera instancia se acoge la demanda condenándose a los médicos a una indemnización correspondiente al 25% de los perjuicios totales sufridos. Esta misma línea fue asumida por la *Court of Appeal del Master of the Rolls*, donde el Sir John Donaldson, sostuvo que, “*As a matter of common sense, it is unjust that there should be no liability for failure to treat a patient, simply because the chances of a successful cure by that treatment were less than 50%. Nor, by the same token, can it be just that, if the chances of a successful cure only marginally exceed 50 per cent, the doctor or his employer should be liable to the same extent as if the treatment could be guaranteed to cure. If this is the law, it is high time that it was changed*”<sup>833</sup>. No obstante el interesante argumento citado, esta posición no logró conseguir apoyo en la *House of Lords*, donde posteriormente la sentencia fue revocada en base a la regla “*more likely than not*”<sup>834</sup>, pues la incapacidad se habría

---

<sup>831</sup> ROGERS, Horton. *Causation under English law /in/ Spier, Jaap (Ed.) Unification on Tort Law: Causation*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 49. En España, lo destaca así LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 454.

<sup>832</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1988/1.html> Fecha de última revisión: 10 de enero de 2012.

<sup>833</sup> VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 295; ROGERS, Horton. *Winfield and Jolowicz on tort*. 17ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 286.

<sup>834</sup> Versión inglesa de la ya analizada teoría de la probabilidad estadística, la cual en simples términos consiste en dar lugar a un 0% de compensación cuando la oportunidad

producido de todos modos, ya que la caída del árbol había sido la única causa de la invalidez sufrida por el menor<sup>835</sup>.

Un tanto distinta de la realidad del sistema inglés es la que se presenta en la jurisprudencia norteamericana, donde en buena parte de sus estados se considera que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo, y por lo tanto, susceptible de resarcimiento exclusivo<sup>836</sup>. Así, en la doctrina norteamericana cabe destacar a KING como uno de los precursores de esta doctrina en este sistema, defiende el citado autor que la *loss of chance* representa una posibilidad que aparece como una “entidad económica avaluable”, dotada de existencia y con un carácter autónomo, el cual es entendido como: “... *a chance of avoiding some adverse result or of achieving some favorable result is a compensable interest in its own right*”<sup>837</sup>.

Jurisprudencialmente hablando, puede precisarse que la *loss of chance doctrine*, se inició con el caso *Hicks v. United States* (1966), en el que se decidió respecto de un paciente que falleció por una obstrucción intestinal, tras ser erróneamente diagnosticado de gastroenteritis<sup>838</sup>. Posterior a este pronunciamiento le han seguido interesantes resoluciones, sirviéndonos de ejemplo, de la adopción de esta teoría, un par de casos: a) En *Wollen v.*

---

perdida no supere el umbral del 50%, y si la oportunidad perdida supera el 50%, se otorga el 100% de compensación.

<sup>835</sup> ROGERS, Horton. *Winfield and Jolowicz on tort...* pp. 286 a 288; VAN DAM, Cees. *European Tort Law...* p. 295. En la misma línea el caso *Gregg v. Scott* (2005), donde la Cámara de los Lores rechaza la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad de curación. Los hechos que motivaron dicho dictamen consistieron en que el demandante, se efectuó una serie de exámenes médicos tendentes a diagnosticar alguna enfermedad cancerígena, concluyendo el galeno que el paciente se encuentra en buen estado. No obstante, tiempo después, ante la práctica de otro examen, se le detecta al actor cáncer, reclamando este último que durante el tiempo transcurrido entre el primer examen negligente y el segundo perdió un 45% de probabilidades de iniciar un tratamiento con vías a la curación de su enfermedad. Petición que es rechazada por la citada Cámara quien niega toda indemnización, aplicando la regla *more likely than not*, puesto que el porcentaje de curación del que fue privado el actor no logra superar el 50% exigido en el sistema Inglés. Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/2.html> Fecha de última revisión: 12 de enero de 2012.

<sup>836</sup> DOBBS, Dan. *The Law of Torts: Hornbook series*. St. Paul (Minn.): West Publishing, 2000, p. 435; LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad...* p. 455.

<sup>837</sup> KING, Joseph. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences* /in/ Yale Law Journal, N° 90, 1981, pp. 1354 y ss.

<sup>838</sup> Así, GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 278.

*DePaul Health Center* (1992)<sup>839</sup>, en el cual un paciente falleció de un cáncer gástrico que no fue correctamente diagnosticado, despojándole de un 30% de posibilidades de sobrevivencia<sup>840</sup>; b) *Gordon v. Willis Knighton Medical Center* (1995)<sup>841</sup>, donde los herederos de un paciente interpusieron una demanda contra los médicos que lo atendieron de urgencia en un centro hospitalario por un dolor precordial, que, al igual que en el anterior caso, no fue correctamente diagnosticado. Según se desprende de la resolución, si la cardiopatía hubiera sido correctamente diagnosticada y tratada, la paciente hubiera tenido un 90% de posibilidades de sobrevivir al ataque. Por tanto, la Corte fija con esa base, una indemnización correspondiente a las oportunidades perdidas, es decir, un 90% del total de los perjuicios sufridos.

De esta forma llegamos a la necesaria referencia de la jurisprudencia española, donde como bien apunta LUNA YERGA aún es pronto para valorar la recepción de esta doctrina en el ámbito médico-sanitario debido a la escasez de pronunciamientos tanto en la Sala Primera del Tribunal Supremo, como en las Audiencias Provinciales<sup>842</sup>. Es por ello que en lo que sigue nos limitaremos a enunciar algunas de las sentencias que a nuestro parecer grafican de mejor forma la problemática sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad de curación o sobrevivencia.

Así, como ya fue adelantado, en materia de pérdida de oportunidad de curación, pionera es la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998<sup>843</sup>, siendo los hechos que motivaron la citada resolución los siguientes: un hombre que trabajaba para la empresa FRIGO S. A. perdió su mano derecha en un accidente laboral, debido a que en el intento de

---

<sup>839</sup> Vid, [http://biotech.law.lsu.edu/cases/Medmal/Wollen v Depaul Health Center.htm](http://biotech.law.lsu.edu/cases/Medmal/Wollen%20v%20Depaul%20Health%20Center.htm)  
Fecha de última revisión: 12 de enero de 2012.

<sup>840</sup> BRUER, Robert. *Loss of a Chance As a Cause of Action in Medical Malpractice Cases* /in/ Missouri Law Review, vol. 59, 1994; WEIGAND, Tory. *Loss of Chance in Medical Malpractice: A Look at Recent Developments* /in/ Defense Counsel Journal, N° 70, vol. 3, 2003, pp. 301 a 314.

<sup>841</sup> [http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xmlDoc=19951652661So2d991\\_11405.xml](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=1&xmlDoc=19951652661So2d991_11405.xml), Fecha de última revisión: 10 de enero de 2012.

<sup>842</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria...* p. 10.

<sup>843</sup> Sobre esta sentencia, véase el completo comentario que YZQUIERDO TOLSADA hace al respecto en: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Comentario a la STS de 10 de octubre de 1998...* pp. 533 a 542.

desatascar una máquina termo-selladora de helados, introduce su mano en ella, activándose el sistema y amputándole la mano. Este trabajador se dirigió de inmediato a enfermería, donde se procedió a detener la hemorragia y a introducirse el segmento distal amputado a una caja con hielo normal. Mientras llegaba la ambulancia, un compañero laboral intentando una mejor conservación, cambio la mano a otra caja con hielo sintético, actuación que se efectuó fuera del botiquín y sin conocimiento de la enfermera, al llegar la ambulancia, se procedió a trasladar al accidentado y al segmento amputado al centro sanitario, observando en ese minuto la enfermera que la mano amputada había sido cambiada de recipiente. Una vez llegado al Centro Sanitario, la mano se encontraba en manifiesto estado de congelación, motivo del fracaso del reimplante que según el juicio de los facultativos, se debió a que el miembro amputado no reunía las condiciones debido al avanzado estado de congelación de éste.

El afectado demandó a la empresa para la que trabajaba, “FRIGO S. A.”, a la asistente técnico sanitaria (en adelante ATS) y a la médico de la empresa, reclamando la pertinente indemnización. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó dicho fallo, justificando su decisión en que considerar que la ATS demandada no actuó negligentemente al ordenar la conservación del miembro amputado, y que no hay relación de causalidad entre su actuación y el daño producido, y si la hubiera, se habría roto por la actuación bienintencionada del tercero, además de que el éxito de la operación de reimplante no estaba asegurado en todos los casos. Posteriormente el actor recurre de casación ante lo cual el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y, con fundamento en la doctrina de la pérdida de oportunidad, condena a la ATS a indemnizar al actor y recurrente la suma de 1.500.000 pesetas –€9.000–, frente a los 20 millones de pesetas solicitados en su demanda –€120.000–.

De esta forma el alto tribunal español estima parcialmente el recurso de casación fundamentando su decisión con los siguientes argumentos: *“del relato de hechos probados esta Sala deduce que la actuación de la enfermera demandada D<sup>a</sup> Nuria no fue todo lo diligente que las circunstancias imponían,*

*porque sabiendo como sabía (confesión judicial) lo importante que era que el miembro amputado no estuviera conservado más que con hielo natural y nunca sintético, al apercibirse del cambio de caja no comprobó este fundamental extremo para que por lo menos no se perdieran las posibilidades de un reimplante eficaz, tanto más cuando aquel cambio lo hizo un tercero sin orden o mandato de ella. Así no podía estar razonablemente segura de que el miembro seguía conservado en hielo natural. Ahora bien, existiendo esa conducta negligente sin malicia desde el punto de vista profesional, lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación, dependiente de una multitud de factores, pronóstico que agrava el perito si la máquina que amputó la mano estaba a alta temperatura. En suma, pues, a la demandada D<sup>a</sup> Nuria no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas”<sup>844</sup>.*

Puede citarse también lo resuelto por la STS de 6 de febrero 2007, donde el actor, operario de la empresa Maderas del Noroeste S.A., el día 13 de julio de 1987 sufre un accidente laboral que consiste en la caída de una viga sobre su pierna izquierda, ante lo cual inmediatamente es llevado al Hospital de la seguridad social de Ferrol donde le pusieron un yeso en la parte posterior de la pierna izquierda dejando libre el frontal de la misma. Debido a que este hospital carecía de servicio de cirugía vascular, se le envió al Hospital general de Ferrol, donde le informaron que precisaba de una arteriografía pero que ésta no podía realizarse en dicho centro, por lo que se le envió al Hospital Juan Canalejo de esa ciudad, donde fue examinado por el equipo médico del servicio de urgencias, tras lo cual es reenviado al centro asistencial de origen sin haberle practicado arteriografía alguna. Nuevamente en el centro asistencial de origen, los familiares del paciente logran que éste sea atendido, a las 20 horas del día 14 de julio de 1987, por el cirujano vascular del policlínico Santa Teresa

---

<sup>844</sup> STS de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371).



de La Coruña, donde se le practica la pertinente arteriografía. A la mañana siguiente se observa que el pie presenta un estado de isquemia irreversible, por lo que se decide realizar inmediatamente la amputación de la pierna izquierda por debajo de la rodilla.

La víctima del perjuicio interpone la respectiva demanda indemnizatoria, solicitando a título resarcitorio 15.000.000 de pesetas –€90.000–. Resuelve al respecto el Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia, que debe acogerse la pretensión condenándose solidariamente a los demandados (médico de urgencia y don Servicio Galego de Saúde) a pagar al actor 12.000.000 de pesetas –€72.000–, dicha condena se hace bajo el razonamiento de la pérdida de posibilidades, expresándose que “... *no puede establecerse con certeza que haya determinado (la actuación incorrecta), de forma cierta directa y total, en la no viabilidad del miembro, aunque ha agotado las posibilidades, pequeñas o grandes, que el paciente podría tener de haberse llevado a cabo aquella de forma adecuada, es decir, que si bien no puede establecerse con certeza que las insuficiencias detectadas en la asistencia del demandante fueran la causa de amputación de la pierna izquierda tras el grave traumatismo..., lo cierto es que las mismas han privado al paciente de las posibilidades que tenía de viabilidad de la extremidad inferior izquierda*”<sup>845</sup>. Ante la anterior resolución el médico demandado deduce recurso de casación, siendo rechazado este último por el alto tribunal español quien sin pronunciarse respecto de la teoría de la pérdida de oportunidad, confirma las resoluciones de las instancias inferiores.

Otra resolución que podemos traer a colación es la STS de 17 de abril 2007, la cual se pronuncia sobre el caso de un paciente que ingresa a un centro hospitalario por padecer una isquemia aguda de miembro inferior derecho, solicitándose por el médico la realización de una arteriografía para identificar la etiología del cuadro clínico, advirtiéndose que no era descartable la presencia de una disección de aorta. Dicho examen no se pudo realizar, debido a que el demandado no contaba con los medios personales auxiliares imprescindibles por ser fin de semana. Ante la manifiesta imposibilidad de

---

<sup>845</sup> STS de 6 de febrero 2007 (RJ 2007, 922).

practicar la arteriografía, el facultativo demandado no ordenó el traslado del paciente a otro centro asistencial para la debida práctica del mentado examen, falleciendo posteriormente el paciente accidentado debido a la falta de tratamiento.

Planteada la reclamación por la viuda y tres hijos solicitando una indemnización por 65.000.000 de pesetas –€390.000–, se resolvió en primera instancia absolver a todos los demandados. En segunda instancia se revocó la decisión anterior y en su lugar se condenó al pago de 5.000.000 de pesetas –€30.000–, la Audiencia consideró que con la prueba omitida se habría detectado la disección que determinó la muerte del paciente, fundamentando su decisión en que: “...no obstante el tratamiento quirúrgico, en todo caso, de la afección citada, bien mediante cirugía cardíaca, bien mediante la revascularización de la isquemia, las posibilidades de éxito y evitación de la muerte no eran superiores al 20%(...) se privó al paciente y a sus familiares, al no realizarse la arteriografía, de una expectativa: la eventualidad de que la cirugía vascular o cardíaca alcanzase éxito y en que la privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable y su toma en consideración no es incongruente con el objeto de la litis”<sup>846</sup>.

Posteriormente se siguió recurso de casación por la viuda y los hijos, que fue estimado parcialmente en relación a las costas. Respecto del fondo, el Tribunal Supremo asume y considera inamovible la perspectiva de la Audiencia, desde su elemento fáctico y de imputación, sosteniendo que, “en vista de la concreta actuación del profesional demandado, de la situación del paciente y de las posibilidades terapéuticas que ponen de relieve los informes periciales parece que imputar al demandado el daño que supone la muerte del paciente parece excesivo en relación con la omisión no de una prueba diagnóstica, que el médico no podía llevar a cabo, sino con la omisión de una indicación de traslado a otro centro en que la prueba se pudiera realizar cuando la disección aórtica no era ni probable, sino meramente ‘no descartable’ ”.

---

<sup>846</sup> STS de 17 de abril 2007 (RJ 2007, 2322).

Por su parte la SAP de Badajoz de 07 de febrero de 2005, se pronuncia sobre un caso en que a la actora en el mes de junio de 2000 le apareció un bulto en su mama derecha, por lo que acude a la consulta del servicio médico dependiente de su seguro privado de salud, oportunidad en que se le deriva al ginecólogo quien le atiende el 19 de octubre del 2000, presentando en esa oportunidad una lesión palpable e indicando el facultativo mamografía y análisis, no realizándole la mamografía indicada, sino hasta el 25 de septiembre de 2001, donde, en campaña de prevención del cáncer de mama promovida por la Junta de Extremadura, logra la actora que se le realice una mamografía, diagnosticándosele una “masa probablemente maligna”. Como consecuencia de lo anterior se somete a una operación quirúrgica con el objeto de extirpar el tumor y, al constatarse que este es cancerígeno, se inicia el 04 de abril de 2002 el respectivo tratamiento quimioterápico y radioterápico. En razón de los hechos descritos la actora demanda a la aseguradora Zurich España S.A. solicitando una indemnización de 100.000 euros por el retraso culpable en el diagnóstico del cáncer de mama por la falta de realización de la mamografía.

El tribunal de primera instancia condena a la aseguradora a pagar a la actora la suma de 5.000 euros, ante lo cual ésta apela a la Audiencia Provincial de Badajoz, la cual conociendo del asunto revoca en parte la sentencia del tribunal a quo, ordenando a la parte demandante enterar a la actora la suma de 30.000 euros. Sobre el particular, interesante resulta la expresa referencia a la teoría de la pérdida de oportunidad de curación que la audiencia provincial consigna en su fundamento de Derecho tercero: *“Apreciada esa negligencia la cuestión que debe examinarse a continuación es la de si el retraso, o más bien, en este caso, omisión, tuvo incidencia en la aparición y desarrollo de la enfermedad. Los informes ya aludidos contestan positivamente a ese interrogante y se basan para ello no solamente en la necesidad de haber realizado esa prueba con la adecuada prontitud, dados los antecedentes y edad de la paciente, sino también porque a pesar de la precocidad del cáncer la paciente está siendo sometida a un proceso de radioterapia y quimioterapia y hasta que no pase un tiempo prudencial no se puede indicar un pronóstico de largo plazo, según el informe del Servicio de Oncología al que ya se ha aludido. Se puede afirmar, pues, en este caso que la conducta inadecuada y negligente*

*del médico y del sistema de organización de la Seguridad Social han privado a la paciente de oportunidades o expectativas de éxito, ya que es evidente de que cuanto antes de detecte el cáncer o menos avanzado se halle en su desarrollo existen más posibilidades en un tratamiento menos agresivo para la salud del paciente. El obrar negligente del médico no causa la enfermedad, sino que minorra de distintas formas en cada caso, las posibilidades de curación, esto es, determina la pérdida de una oportunidad para la víctima que el Tribunal deberá evaluar en cada caso, en función de todas las circunstancias concurrentes, para fijar la suma indemnizatoria adecuada...<sup>847</sup>.*

Por último, en el caso resuelto por la STS de 27 de mayo de 2003, el marido de la actora había sido erróneamente diagnosticado en un hospital público de un cólico nefrítico y posible pielonefritis derecha, lo cual determinó que fuera remitido al servicio de urología. El paciente, que en realidad padecía un aneurisma de aorta del que se hallaba en lista de espera para ser intervenido, como se indicaba en el historial clínico y puso de manifiesto su médico de cabecera en el parte de hospitalización, falleció a consecuencia de dicha enfermedad. La actora demanda solidariamente a la médico tratante y al servicio andaluz de salud por la suma de 120.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial, por el contrario, revocó la Sentencia del Juzgado y condenó a la médico demandada y al Servicio Andaluz de Salud a pagar €90.000, condena que fue convalidada por el Tribunal Supremo en casación, apuntando entre otras cosas que, *“el fallecimiento de los seres sanos o enfermos es un hecho inevitable y cuando se padece una enfermedad grave han de adoptarse los medios posibles para emitir un pronóstico lo más acertado posible, pero lo que no es correcto, como parece que pretende el Servicio Andaluz de Salud, es que en el caso como es el que nos ocupa se trate de un resultado mortal que no se podía impedir de ninguna manera, descartando toda intervención quirúrgica para tratar de atajarlo, cuando el informe del doctor C. de la Cátedra de Medicina Legal y Toxicología de Málaga, que el Tribunal de apelación tuvo en cuenta, sienta que la solución era la intervención quirúrgica a practicar con la máxima urgencia, y*

---

<sup>847</sup> SAP de Badajoz de 07 de febrero de 2005 (AC 2005, 290).

*como el remedio más adecuado para el logro de salvar la vida del enfermo, pues aunque se tratase de operación de alto riesgo y la mortalidad puede alcanzar el cincuenta por ciento, en ningún momento y menos de forma tajante podía descartarse”<sup>848</sup>.*

Respecto de esta última resolución cabe destacar que, aunque no se haya consignado expresamente, entiende el Supremo español, aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia, que a raíz del diagnóstico erróneo del facultativo, se le privó al paciente de un 50% de probabilidades de curación, porcentaje al que se llega descontando el alto riesgo quirúrgico que implicaba la intervención recomendada cuya mortalidad se cifró en un 50%<sup>849</sup>. No obstante no encontramos una explicación satisfactoria para que el supremo haya confirmado la cifra de 90.000 euros que comparada con los 120.000 euros solicitados por la actora, constituye un 75% de probabilidades indemnizadas, excediéndose, a nuestro juicio, en un 25% la indemnización.

#### *2.4.2.2.- La pérdida de oportunidad por infracción de los deberes de información.*

Apunta MEDINA ALCOZ que en el campo sanitario, hay situaciones que pueden plantear problemas de pérdida de oportunidad en los que los elementos propios de incertidumbre que circundan esta teoría derivan, no de la frecuente imprevisibilidad de los resultados de la ciencia médica, sino de la impredecibilidad de la conducta del propio perjudicado<sup>850</sup>.

De este modo nos detendremos en aquellos casos en donde se cristaliza el riesgo típico que no fue debidamente informado o respecto del cual no se obtuvo debidamente el consentimiento por parte del paciente (infracción a los deberes de información tratados anteriormente) y que pese a no existir

---

<sup>848</sup> STS de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3929).

<sup>849</sup> En igual sentido: LUNA YERGA, Álvaro. *Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria* p. 13; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 287 y 288.

<sup>850</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado...* p. 70.

reproche alguno desde la perspectiva de la actuación técnica del facultativo ha sobrevenido un resultado dañoso para la salud, la integridad física o la vida del paciente, perjuicio que, si bien hay certeza que no se debe a una deficiente actuación técnica del profesional sanitario, no está claro si se ha producido a raíz de la constatada falta o deficiencia de información y/o consentimiento informado<sup>851 852</sup>.

A pesar de su pretendida obviedad, nos parece pertinente volver a recordar que resulta condición necesaria, para establecer cualquier suma indemnizatoria que se acredite la existencia de algún perjuicio a consecuencia de tal defecto de información o consentimiento, pues de lo contrario ninguna indemnización debería otorgarse, sin perjuicio de las responsabilidades deontológicas o administrativas que de tal situación pudieren derivarse, ya que como se ha sostenido, en materia de responsabilidad civil podemos hablar de responsabilidad sin culpa pero no sin daño<sup>853</sup>. Es por ello que nos interesa dejar en claro que en nuestro concepto cuando existe infracción de alguno de los deberes de información o de obtención del consentimiento informado, sí nos encontramos frente a una especie de perjuicio que debe ser reconocido por el ordenamiento jurídico, nos referimos a la lesión del derecho a la autodeterminación del paciente, especie de perjuicio que podríamos catalogarlo de extrapatrimonial y que se da aunque no se materialice el riesgo no informado o consentido. Volveremos sobre este punto al analizar el daño que implica la lesión a la autodeterminación del paciente<sup>854</sup>.

Siguiendo con el desarrollo de la problemática planteada en este apartado, cabe destacar que cuando el riesgo derivado del tratamiento o intervención del que el paciente dañado no fue adecuadamente informado

---

<sup>851</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* pp. 98 y 99.

<sup>852</sup> Sobre las consecuencias de la infracción de los deberes de entrega de información y de requerir el consentimiento informado vid. pp. 204 y ss.

<sup>853</sup> Al respecto véase a: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 475 y PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)* /en/ De Ángel Yágüez, Ricardo e Yzquierdo Tolsada, Mariano (Coord.). *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Madrid: Dykinson, 2001, p. 190.

<sup>854</sup> Vid. pp. 386.

termina materializándose, la determinación del nexo causal, pasa por la realización de dos ejercicios; el primero implica determinar si desde la perspectiva de la causalidad material el resultado dañoso es consecuencia de la actuación quirúrgica del médico o de ausencia de información o consentimiento. La conclusión a la que llegamos es que si la actuación del médico no se hubiese realizado el riesgo no se habría materializado, siendo dicha actuación la que materialmente es causa del resultado dañoso, otra respuesta no nos parece posible puesto que como bien destaca DE ÁNGEL, *“dado que -en términos de “causalidad material”-, si no hubiese existido la actuación curativa del médico no habría ocurrido el desenlace que sobrevino (por decirlo gráficamente, si no hubiera habido intervención quirúrgica no se habrían producido al paciente los daños que acabó padeciendo), me parece discutible que el razonamiento judicial en torno a “nexo de causalidad” deba establecerse entre falta de información y daño resultante*<sup>855</sup>.

Avanzando con el ejercicio propuesto, una vez establecida la causalidad material es necesario preguntarse si el resultado dañoso le será o no objetivamente imputable al facultativo que infringió alguno de estos deberes de información. Para dar respuesta a esta segunda cuestión resulta útil la aplicación de criterios de imputación objetiva, pero no todos los criterios de imputación objetiva pueden ser aplicables al caso en comento.

Así, por ejemplo, entendemos que no resultaría válido el criterio denominado del incremento del riesgo o comportamiento lícito alternativo, en virtud del cual cabe preguntarse si el médico podrá exonerar su responsabilidad demostrando que, si hubiese pedido al paciente el consentimiento, previa una adecuada información de los riesgos y probabilidades de éxito de la operación y las posibles alternativas, aquél lo hubiera prestado con toda seguridad o con una probabilidad rayana en la

---

<sup>855</sup> Así, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*. Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Yaguez.pdf>, última visita 25 de enero de 2014

certeza<sup>856</sup>. Sobre los argumentos que nos llevan a concluir en el rechazo del citado criterio nos remitimos a lo expresado en el apartado correspondiente<sup>857</sup>.

Por otra parte, aplicando el criterio denominado *asunción del propio riesgo* cabe concluir que no le será imputable objetivamente la consecuencia dañosa al facultativo cuando, a pesar de la materialización de un riesgo típico, el paciente haya prestado su aquiescencia a una determinada actuación médica, salvo que el riesgo materializado sea consecuencia de un actuar técnico negligente del médico<sup>858</sup>. Por lo tanto, a contrario *sensu* y por aplicación del comentado criterio de imputación objetiva cabría concluir que en el evento en que se materialice un riesgo no informado o cuyo consentimiento no se obtuvo, dicha consecuencia dañosa le será objetivamente imputable al facultativo infractor por faltar el consentimiento del paciente. Este criterio, sin embargo, tampoco permite solucionar de modo totalmente satisfactorio la cuestión.

En nuestra opinión la relación de causalidad en los supuestos de incumplimiento de los deberes de información y/o consentimiento informado ha de buscarse no de forma directa entre la omisión de la información y el daño materializado tras su práctica<sup>859</sup>, sino entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos se plasman en el perjuicio sufrido<sup>860</sup>.

Es este último daño –la pérdida de tal posibilidad u oportunidad– el que debe ser objeto de indemnización y no el daño corporal o lesión física

---

<sup>856</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* p. 1587.

<sup>857</sup> Pp. 268.

<sup>858</sup> LUNA YERGA, Álvaro. La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Culpa y causalidad...* p. 379

<sup>859</sup> En este sentido también DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*. Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2006/Yaguez.pdf>, última visita 25 de enero de 2014. En el caso comentado por el autor, el demandante había sido intervenido en una operación de vasectomía y, debido a complicaciones surgidas en la misma, se le produjo un gran hematoma que acarreó la pérdida por atrofia de uno de sus testículos.

<sup>860</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 470 y 471.



materialmente producida, por cuanto –pese a que, partiendo del criterio del consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo habría que concluir que a falta de información o consentimiento informado el riesgo dimanante de la intervención lo asume íntegramente el médico- no resulta lógico que el facultativo sea condenado a indemnizar al paciente dañado en la misma cantidad económica que si su culpa hubiere consistido en una impericia técnica al practicar la citada intervención. En realidad su único error consistió en no haberle advertido al paciente de los riesgos típicos posteriormente materializados en la intervención quirúrgica que, valga la redundancia, fue correctamente realizada<sup>861 862</sup>.

Es por ello que en este ámbito adquiere relevancia la teoría de la pérdida de oportunidad, que trae como consecuencia la moderación del *quantum* indemnizatorio del perjuicio final. Lo que se busca con la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, en los casos de ausencia o defecto en la entrega de información y/o consentimiento informado, es que se indemnice la *chance* que pierde el paciente de haberse negado a la actuación médica si hubiere conocido sus riesgos antes que ésta se hubiera llevado a cabo, indemnización que deberá calcularse de acuerdo con lo que se indica con posterioridad (cap.III, 2.3).

En esta línea cabe destacar el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 noviembre 2004, caso en donde se practica a

---

<sup>861</sup> Así lo destaca GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 470 y 473; en igual sentido DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*. Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Yaguez.pdf>, última visita 25 de enero de 2014, quien destaca que, “*el punto de partida, regla general o, si se quiere, “principio”, es el de que al médico que incurre en culpa en el deber de información le es objetivamente imputable el daño experimentado por el paciente. No importa decir, en otra expresión, que el médico asume todos los riesgos de su actuación. Sólo pensando así se puede explicar, a mi juicio, lo que vengo apuntando en varios lugares: lo “extraño” que es que un médico que no informa de todos los riesgos de una intervención quirúrgica responda de la misma manera que el que lleva a cabo esa operación de forma incorrecta*”.

<sup>862</sup> En esta misma línea, señala la STS de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396), en su fundamento de derecho tercero, que “*las consecuencias derivadas para el médico por la falta de información al paciente, no son necesariamente las mismas que las que resultan de una mala praxis ni, consecuentemente, con el daño corporal que se origina por la intervención médica negligente*”.

una paciente una tiroidectomía de la que sobreviene como secuela una parálisis en sus cuerdas vocales. Habiéndose interpuesto demanda contra el facultativo y la aseguradora; en primera instancia se estimó íntegramente la demanda y se concedieron 42.525,41 euros por concepto de indemnización. Pasada a segunda instancia, la Audiencia estima parcialmente el recurso y fija la indemnización en 7.200 euros. Dentro de su justificación cabe resaltar lo señalado en el fundamento de derecho cuarto, el cual expresa que: *“la inexistencia de consentimiento informado supone que el paciente ha sido privado de la oportunidad de decidir que las cosas fueran de otra manera; El bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación. Por consiguiente, la indemnización por “pérdida de oportunidad” no puede coincidir con la que corresponda por los daños derivados del padecimiento final que sufre el paciente a consecuencia de la actuación curativa (...) De ahí que la indemnización haya de modularse en función de la existencia o no de alternativas, del estado clínico previo, de la previsible evolución de la enfermedad y de las circunstancias personales, sociales y profesionales, con el fin de deducir razonablemente, a partir de las mismas, si el enfermo –caso de haber sido informado– hubiese optado por someterse a la intervención quirúrgica o, en otro caso, hubiese decidido no someterse a ella. En el concreto caso examinado, la operación era prácticamente necesaria, las posibilidades de postergar la intervención eran limitadas (tres o cuatro meses), por lo que cabe razonablemente deducir que la demandante hubiese prestado igualmente un consentimiento informado, aunque, en este último caso, el debido conocimiento de los riesgos de la cirugía la hubiese permitido recabar otras opiniones médicas, meditar sobre la elección de un cirujano de su confianza y, en última instancia, asumir, con la necesaria preparación psicológica, unas secuelas que, a falta de la preceptiva información previa, se han percibido como un daño sorpresivo, incomprensible e inesperado, con el inevitable desasosiego”*<sup>863</sup>.

En similar sentido se pronuncia el Supremo español en sentencia de 10 mayo 2006, donde los hechos discutidos radican en que se diagnostica a un

---

<sup>863</sup> SAP de Cantabria de 19 noviembre 2004 (AC 2005, 84). El subrayado es nuestro.

menor un tumor en una pierna, y ante el gran riesgo de que éste se malignizara se aconsejó su extirpación, la cual es realizada correctamente. En meses posteriores se le presenta al menor una alteración severa del nervio ciático poplíteo que en definitiva es la lesión por la que se reclama. Planteada la demanda, tanto en primera como segunda instancia se desestimó la pretensión por ausencia de causalidad, debido a que de haberse informado adecuadamente, el daño se habría producido de todas formas pues era estrictamente necesaria la operación, destacándose además el hecho que ella fue correctamente realizada. No obstante, el Tribunal Supremo revocó la sentencia de instancia estimando el recurso, fundado en que el derecho de prestar un consentimiento informado o de “autonomía decisoria”, fue vulnerado por el facultativo que omitió su deber de informar, aun cuando la operación era necesaria y era la única alternativa posible para obtener la curación del paciente, señalando al respecto que: *“Esta suerte de circunstancias resultan relevantes para fundamentar una indemnización de cinco millones de pesetas, derivada de la pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño en función de las secuelas que le quedaron al paciente en la forma que esta Sala ha resuelto, para supuestos que no son del caso, amparados bien en que la intervención no era ineludible y necesaria, bien porque se privó al paciente de poder desistir de la misma, al no presentarse como urgencia quirúrgica, o bien por tratarse de un supuesto de medicina voluntaria... Antes el Alto Tribunal había dicho que el daño que debe ponerse a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa (que se considera probado que no lo fue) sino que daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información... así como de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, puesto que con ello se impidió a la madre del menor poder tener debido conocimiento del mismo y actuar en consecuencia antes de dar la autorización”* <sup>864</sup>.

Con argumentos similares, la STS de 4 abril de 2000, se pronuncia en el caso en que un menor fue sometido a una intervención quirúrgica para remediar una coartación aórtica, presentándole posteriormente secuelas

---

<sup>864</sup> STS de 10 mayo 2006 (RJ 2006, 2399).

permanentes de hemiplejía en sus extremidades inferiores. Ante la demanda indemnizatoria incoada por los padres del paciente, en primera y segunda instancia se desestima la petición de los actores, argumentándose que cualquier persona en esas circunstancias se habría arriesgado a la intervención considerando un porcentaje tan mínimo de riesgo. Ante los pronunciamientos adversos, los demandantes plantearon recurso de casación, ante el cual el Tribunal Supremo revocó la resolución cuestionada, dando lugar al recurso con base en la ausencia de información y consentimiento informado, pues se había materializado uno de los riesgos propios de la citada cirugía, y a los padres del menor se les había privado de sustraerse a la misma, aun cuando fuere la única alternativa viable, destacando en concreto la sala que: *“no cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención...”*<sup>865</sup>.

Por su parte el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en sentencia de 14 mayo 2007 se pronuncia en clave de pérdida de oportunidad, respecto de un caso en que una mujer sufrió una lesión en su muñeca izquierda, debiéndose someter a una serie de intervenciones de artroscopia, de reducción de cúbito, una colocación de osteosíntesis y placa DPD y su posterior retirada. Después de esta serie de intervenciones a su mano, los resultados no fueron satisfactorios, por lo que ésta interpone la respectiva demanda indemnizatoria. Sobre el particular, el Tribunal estimó que, aun cuando las terapias y tratamientos clínicos que se efectuaron eran los que aconsejaba la *lex artis*, las situaciones vividas por la demandante, *“...implican sufrimientos en alguna medida no justificados y resarcibles por pérdida de oportunidad legítima de optar, por no someterse a todas o a algunas de ellas en caso de haber conocido en el momento hábil su escasa fiabilidad, lo que en el iter modulatorio de tal tipo de causalidad en el ámbito de la responsabilidad*

---

<sup>865</sup> STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258).

*patrimonial sanitaria de las administraciones públicas, hace procedente condenar a la demandada al pago del 56% de las sumas impetradas en los términos del informe del Sr. Médico Forense”<sup>866</sup>.*

---

<sup>866</sup> STSJ Castilla-La Mancha 14 mayo 2007 (JUR 2007, 278672).

### III. EL DAÑO

Como lo hemos venido diciendo a lo largo de nuestra investigación, para que se configure la responsabilidad del facultativo en el ámbito de la medicina curativa es necesaria la confluencia de los distintos elementos que configuran la responsabilidad civil, en otras palabras, de nada sirve una actuación negligente del facultativo si a raíz de ella no se provoca un perjuicio para el paciente o tampoco cabría hablar de responsabilidad del médico cuando existe daño pero la actuación del facultativo se ciñó a la *lex artis ad hoc*, o cuando existe una actuación negligente por parte del facultativo pero el daño tiene un origen causal distinto de la culpa del galeno. Es así como resulta fundamental el estudio de los distintos elementos de la responsabilidad civil que vienen a establecer en qué casos el facultativo deberá responder por los perjuicios provocados. Hemos visto que la determinación de la culpa y del nexo causal en materia médica es de mucha complejidad si tenemos en consideración de las particularidades del arte médico, pero miramos con buenos ojos aquellas creaciones doctrinales y jurisprudenciales que tienden a aligerar la carga probatoria que en principio caería sobre el paciente.

El daño, como elemento de la responsabilidad extracontractual en general y como presupuesto de la responsabilidad médica en particular, sigue provocando discusiones tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial respecto a su entidad, configuración, especies, valoración y reparación, no siendo un tema para nada pacífico, teniendo presente lo anterior en los apartados siguientes y como última parte de nuestro trabajo nos dedicaremos a intentar establecer aquellos contornos que vendrían a configurar este elemento en el ámbito de la responsabilidad médica.

## 1.- PREMISAS GENERALES.

En la actualidad nadie duda que el daño sea el elemento esencial de toda acción de responsabilidad civil<sup>867</sup> desde que, para buena parte de la doctrina, ésta tendría una función exclusivamente resarcitoria o compensatoria<sup>868</sup>. Se trata, por ende, del elemento clave del sistema, en el que obviamente se incluye la responsabilidad civil médico-sanitaria, ya que sin la existencia del perjuicio no puede hablarse de obligación de resarcir<sup>869</sup>. Tal es su importancia en la responsabilidad civil que, últimamente, dicha disciplina se

---

<sup>867</sup> Como afirma YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 146. “Por mucho o poco protagonismo que, según las épocas, pueda tener en el campo de la responsabilidad civil la culpa o negligencia, el daño constituirá por ello, y siempre, el elemento principal de la responsabilidad civil, y con tal papel se nos presenta en el artículo 1101 Código civil (responsabilidad contractual) y en el 1902 (responsabilidad extracontractual)”. En igual sentido, por todos, VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 303 y 304.

<sup>868</sup> Cuestión que por lo menos en el derecho español no ha sido del todo pacífica, puesto que algunos pretenden adicionar a la función compensatoria, una finalidad preventiva. Incluso hay quienes han intentado justificar sin muchos resultados la inclusión de una función punitiva de la responsabilidad civil, importando dicha figura de los *punitive damages* del *Common Law*. Sobre las funciones de la responsabilidad civil y su debate en el derecho español, pueden verse entre otros a: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* pp. 41 y ss.; NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2006, pp. 285 a 319; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)*... pp. 193 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1971 y ss.; LLAMAS POMBO, Eugenio. *Prevención y reparación las dos caras del derecho de daños* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 443 y ss.; MARTÍN-CASALS, Miquel. *Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la L.O. 1/1982* /en/ Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1990, pp. 1256 y ss.; REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación...* p. 75 y ss.; PENA LÓPEZ, José María. Prólogo a PEÑA LÓPEZ, Francisco. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada: Comares, 2002, p. XXII; DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*... pp. 231 y ss.; En el sistema francés, por todos VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* pp. 5 y ss.

<sup>869</sup> Cabe destacar que esta afirmación no ha estado desde siempre fuera de controversia, pues ciertos autores de principios de siglo mantuvieron una opinión contraria, en el entendido que la inexistencia de un daño no supone obstáculo alguno a la existencia de la responsabilidad. Esta es la posición sostenida entre otros por el clásico tratadista italiano CHIRONI, quien resalta que: “para que nazca la responsabilidad del autor basta demostrar que se ha cometido injuria (objetiva o subjetiva), la prueba del daño causado solo toca a la liquidación de la indemnización, por lo que ciertamente el demandado podrá oponer la falta no solo de daño, sino hasta de la posibilidad de éste; pero no es argumento contrario para la teoría propuesta, advirtiéndose en el caso sólo una excepción encaminada a demostrar que inútilmente declararían el juez la obligación de responder”. Sobre esta interesante afirmación véase a CHIRONI, Gianpietro. *La culpa en el derecho civil moderno*. Barcelona: Reus, 1978, (Traducción de Adolfo Posada), pp. 88 a 91. En este mismo sentido, el francés LALOU, HENRI. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 6ª edición. Paris: Dalloz, 1962, pp. 86 y 484 y ss.

viene estudiando desde la exclusiva perspectiva del daño, dejando de lado al clásico prisma de la culpa como centro de ésta, de allí que, por ejemplo, buena parte de los autores al estudiar la responsabilidad extracontractual prefieran el calificativo de “responsabilidad por daños” o “derecho de daños”<sup>870</sup>.

Lo ya expresado no hace más que resaltar tanto la importancia del daño como también su absoluta imprescindibilidad dentro de toda la responsabilidad civil, ya que a la luz de una marcada tendencia objetivadora de ésta, tendencia que como vimos todavía no logra calar plenamente en el ámbito de la responsabilidad médica, la creación de un riesgo no constituye por sí sola un acto jurídicamente ilícito mientras una regla genérica o específica no prohíba o castigue la conducta correspondiente<sup>871</sup>.

De esta forma, como ilustra el tratadista francés CARBONNIER, si un automovilista consigue circular a contracorriente sobre una autopista sin ocasionar ningún accidente, no incurre en absoluto en responsabilidad civil (para la responsabilidad penal, es otra cosa): cometió una falta, pero no causó en absoluto daño, perteneciendo al demandante la carga de probar el daño cuya reparación persigue<sup>872</sup>.

Por otro lado, se ha destacado que desde un punto de vista teórico y en comparación con las dificultades que entrañan tanto la culpa como la relación de causalidad, el daño, dentro de los requisitos esenciales de toda acción de responsabilidad, se constituye como el elemento menos controvertido, lo cual vendría a justificar la cierta falta de interés por parte de la doctrina en delimitar

---

<sup>870</sup> En este sentido, por todos, se pronuncian los españoles: VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 304 y DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil...* p. 599; y el chileno DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista* /en/ Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 188, 1990, p. 126. Cabe destacar que en la doctrina española, tradicionalmente se ha denominado al estudio de esta materia como derecho de daños, destacándose a modo ejemplar, las siguientes obras: CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños*. Barcelona: Bosch, 2009; ROCA i TRÍAS, Encarna. *Derecho de daños: Textos y Materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 1999.

<sup>871</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín (et al.). *Elementos de Derecho Civil...* p. 457.

<sup>872</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 377.



tanto su concepto como sus requisitos<sup>873</sup>. Sin embargo, como bien se ha advertido, más que falta de complejidad en la determinación de lo que jurídicamente ha de entenderse por daño, lo que ha habido es una simple despreocupación doctrinal por el perjuicio, destacándose que la problemática referida al concepto de daño, por lo menos en el Derecho español, “sigue siendo una asignatura pendiente dentro de la responsabilidad civil”<sup>874</sup>.

Continuando con la configuración, en general, del perjuicio como elemento de la responsabilidad civil, salta a la vista una importante cuestión que se resume en la siguiente premisa: “no todo daño sufrido por la víctima podrá ser reparado”. En este sentido cabe apreciar que el daño como fenómeno existencial es propio de la vida humana, así, la convivencia reporta un sinnúmero de pérdidas, molestias o situaciones desfavorables que pueden ser calificadas ordinariamente como daños o perjuicios, pero lo que no ofrece duda alguna, es que nunca el derecho se ha visto en la necesidad de reaccionar indiscriminadamente ante cualquier menoscabo, es por ello que constantemente se plantea la necesidad de establecer un criterio adecuado para distinguir el daño, como hecho jurídico, del daño como simple fenómeno del orden físico<sup>875</sup>.

De esta forma, como no pocos advierten, resulta complejo señalar cuál es el factor que “juridiza” al daño, haciéndolo idóneo para solicitar su resarcimiento. Así, en los sistemas típicos de responsabilidad civil, sólo hay daño resarcible en la medida que el perjuicio lesiona un derecho subjetivo de la víctima previamente establecido en la norma<sup>876</sup>. Regulación anterior que, por lo

---

<sup>873</sup> LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos...* p. 231; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños...* p. 209.

<sup>874</sup> Así lo advierte el catedrático español, LLAMAS POMBO, Eugenio. *Formas de reparación del daño (I) /en/ Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 80, 2010, p. 6.

<sup>875</sup> DE CUPIS, Adriano. *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil...* pp. 83 y 84. Similar postura es adoptada en Chile por CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 138.

<sup>876</sup> En estos sistemas, el daño antijurídico el objeto general de reparación, exigiéndose frecuentemente además la lesión de un *derecho subjetivo* para que haya lugar a la indemnización. En este sentido destaca al respecto el ordenamiento alemán donde el parágrafo 823 BGB prescribe: (1) *Quien dolosa o negligentemente lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, queda*

demás, da cuenta de una serie de dificultades debido principalmente al escaso ámbito de adecuación de la rígida normativa a nuevas realidades de perjuicios (sobre todo en materia de daños no patrimoniales)<sup>877</sup>.

Por su parte, en los sistemas de cláusulas generales o abiertos<sup>878</sup> cabe destacar una marcada tendencia jurisprudencial que apunta a ampliar la noción del daño resarcible a la lesión o afectación, sea de un derecho subjetivo reconocido formalmente, sea de un interés en la satisfacción de necesidades o bienes humanos de carácter privado. Dicha interpretación también ha sido objeto de críticas, destacándose una excesiva instrumentalización de los denominados daños no patrimoniales, en cuya virtud erróneamente se otorgarían indemnizaciones a perjuicios que no necesariamente son indemnizables, llegando en algunos casos esta situación a tener ribetes de escandalosa<sup>879</sup>.

Teniendo en consideración las dificultades que implica establecer cuándo el perjuicio ha de ser digno de resarcimiento, consideramos pertinente traer a colación lo planteado al respecto por la doctrina francesa donde, identificando al daño jurídicamente relevante con la *lesión a un interés* del demandante, entienden que el perjuicio se torna de relevancia jurídica cuando una persona sufre “una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su

---

*obligado frente a ésta al resarcimiento del daño que de ello resulta. (2) La misma obligación incumbe a aquél que contraviene una ley que tiene por finalidad la protección de otro. Si de acuerdo con el contenido de la ley también es posible una contravención de la misma sin culpa, entonces el deber de resarcimiento sólo surge en caso de culpa.*

<sup>877</sup> Así lo subrayan entre otros: en España, VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 307 y 308; DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Regulación de conductas y responsabilidad por daños /en/* Fernández García, Eusebio et. al. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 384 y 385. En Chile, BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 220.

<sup>878</sup> Los cuales contienen una cláusula abierta, en la que sólo se mencionan los requisitos esenciales que dan lugar a la correspondiente responsabilidad aquiliana, siendo integrada esta categoría por aquellos ordenamientos que siguieron primitivamente el modelo del *Code*. VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 308. Sobre las distinciones entre ambos sistemas, puede consultarse a: PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* pp. 1994 y ss.

<sup>879</sup> De esto dan cuenta entre otros: VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 346 y 347 y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *El escándalo del daño moral*, Madrid: Civitas, 2008, pp. 13 a 16.

persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales”<sup>880</sup>.

Una vez resaltadas las cuestiones anteriores, intentaremos esbozar aquellas características que, a nuestro juicio, se configuran como esenciales para que el daño pueda ser objeto de reparación. De esta forma, cabe subrayar que para que el perjuicio sufrido por la víctima sea indemnizable habrán de concurrir copulativamente a lo menos los siguientes requisitos: Una lesión a un interés; Que el interés lesionado sea legítimo; Que el daño no esté reparado; Que el daño sea significativo o anormal; Que el daño sea cierto. A continuación haremos una breve referencia a cada uno de estos requisitos:

a) *Lesión a un interés*: Al aclarar la noción de interés, puede observarse la estrecha relación que dicho concepto tiene con el de bien. En este sentido, resulta indispensable hacer alusión al concepto de bien, señalando que es todo aquello que puede satisfacer una necesidad humana y comprende no solamente las cosas materiales, sino también los derechos y los llamados bienes de la personalidad (salud, honor, libertad, etc.)<sup>881</sup>. Así, dentro del estudio de la problemática que encierra el daño es determinante centrarnos, más que en los bienes lesionados, en los intereses afectados, ya que desde un punto de vista estrictamente jurídico, sólo será objeto de daño lo que es objeto de protección jurídica, y lo que protege el Derecho no son los bienes que producen una satisfacción de necesidades, sino los intereses hacia esta satisfacción. En otras palabras, estimamos que el objeto del daño ha de estar constituido por el interés y no por el bien sobre el que éste se proyecta<sup>882</sup>. Más aún, como algunos afirman, es incorrecto calificar la naturaleza del daño en razón de la naturaleza del bien u objeto de satisfacción que ha sufrido

---

<sup>880</sup> Así, se pronuncian los clásicos tratadistas franceses, COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de derecho civil*. Tomo III. Madrid: Reus, 1952. (Traducción de Demófilo de Buen), p. 74; CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1983, p. 1; y más reciente: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* pp. 15 y ss.; PRADEL, Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la responsabilité*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, pp. 17 y ss. En igual sentido el español, MARTÍN-CASALS, Miquel. *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual...* p. 33.

<sup>881</sup> NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 43.

<sup>882</sup> En este sentido se pronuncia el español PENA LÓPEZ, José María. Prólogo a *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* pp. 26 y 27.

menoscabo, puesto que no es verdad que el daño sea patrimonial porque el bien dañado es un objeto de satisfacción patrimonial y que el daño sea extrapatrimonial cuando el bien u objeto de satisfacción afectado es extrapatrimonial<sup>883</sup>.

En igual sentido cabe resaltar que el artículo 2:102 de los principios propuestos por el *European Group on Tort Law*, considera a la lesión de un interés jurídicamente protegido como presupuesto fundamental para que proceda la indemnización, destacándose una clara jerarquía sobre algunos grupos de intereses cuya lesión dará lugar a indemnización, jerarquía que en ningún caso constituye un listado cerrado, sino que ha de resultar meramente orientativa para el juez<sup>884</sup>.

b) *Que el interés lesionado sea legítimo*: Dentro de las exigencias del daño para que sea objeto de indemnización, es necesario agregar que el interés lesionado además sea legítimo. De esta forma, entendemos que todo perjuicio ocasionado a un interés valioso para la víctima es considerado daño reparable, siempre que dicho interés no resulte contrario a la ley o a la moral

---

<sup>883</sup> De esto da cuenta en Argentina, ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª Ed., Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 27, quien plantea el siguiente ejemplo para clarificar la situación: las lesiones corporales, constituyen menoscabo de un bien extrapatrimonial (la integridad física de la persona, su salud, etc.) y, sin embargo, provocan daños patrimoniales (gastos de curación, médicos, hospitalarios, lucro cesante o ganancias frustradas, etcétera).

<sup>884</sup> Art. 2:102. Intereses protegidos: (1) El alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad.

(2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia.

(3) Se otorga una amplia protección a los derechos reales, incluidos los que se refieren a las cosas incorpóreas.

(4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho que el agente es consciente que causará un daño a la víctima a pesar que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de ésta.

(5) El alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos.

(6) Para establecer el alcance de la protección también deberán tenerse en cuenta los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos. Un análisis detallado del citado precepto lo encontramos en: MARTÍN-CASALS, Miquel. *Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil* /en/ InDret 2/2005, Working Paper nº 284. Disponible en: <http://www.indret.com>.

social<sup>885 886</sup>. Sobre la entidad de dicha legitimidad, podemos apreciar que ésta no está preponderantemente dada por criterios positivos, por el contrario, dicha legitimidad se configuraría en forma negativa, lo cual implica considerar que serán legítimos todos los intereses que no sean contrarios a derecho, a la ley o a la moral social<sup>887</sup>.

En este punto, interesante resulta traer a colación lo establecido en el artículo 2:103 de los ya aludidos Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, precepto que bajo el epígrafe de “Legitimidad del daño” señala: “*Las pérdidas relacionadas con actividades o fuentes que se consideran ilegítimas no pueden ser resarcidas*”. Como puede apreciarse, el citado artículo en términos generales considera que no es daño resarcible la pérdida relacionada con un actividad o fuente de beneficios o ingresos que el derecho considera ilegal o reprobable (p. ej. el lucro cesante que sufre el ladrón por no poder dedicarse a su actividad delictiva habitual debido a un accidente), en otras palabras, la compensación del daño requiere que la pérdida no sólo deba resultar de la violación de un interés jurídicamente protegido, como se desprende del ya analizado artículo 2:102, sino también que las pérdidas surgidas de tal violación sean reconocidas de igual forma por la ley. Así las cosas, cuando una actividad es ilegítima o desaprobada por la ley, la pérdida no constituirá un daño resarcible<sup>888</sup>.

---

<sup>885</sup> Posición destacada, entre otros, por los españoles: PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español...* p. 1994; ROGEL VIDE, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil español*. Madrid: Civitas, 1976, p. 61. El francés CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 379. Y los chilenos: BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 223; y RODRÍGUEZ GREZ., Pablo: *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 262.

<sup>886</sup> Sobre intereses que por ser ilegítimos no deben ser completamente tomados en consideración por el derecho, podemos citar por ejemplo aquellos casos en que la víctima del hecho dañoso se encuentra en una situación ilícita, pero cuyo interés lesionado es lícito. Este sería el caso de quien viaja en un autobús sin haber pagado el pasaje y reclama indemnización por los daños corporales sufridos en el transporte; o del autor de un hurto menor que demanda reparación por una reacción de la víctima que sobrepasa los límites de proporcionalidad de la legítima defensa.

<sup>887</sup> Así lo destaca el argentino, ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil...* pp. 27 y ss. En igual sentido se pronuncia el chileno BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 223. Quien precisa que el ámbito de protección del interés no está definido de manera positiva, sino negativamente, por lo que en términos generales, cualquier interés es objeto de tutela, a menos que resulte ilegítimo.

<sup>888</sup> Al respecto, vid. MARTÍN-CASALS, Miquel. *Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil...”* p. 9.

c) *Que el daño no esté reparado:* Sobre este requisito, rige plenamente el principio que no es posible exigir la reparación de un perjuicio ya reparado, en otros términos, no puede ser indemnizado un daño dos veces, puesto que habría un enriquecimiento injusto por parte de la víctima. Debido a lo anterior, cuando quien causa el perjuicio ya lo ha reparado de forma espontánea, no procederá la indemnización. No obstante, esto último no ocurrirá si quien repara el daño es la propia víctima o un tercero que no es el responsable. En dichos casos, hay acuerdo en que el daño subsiste, por lo que el autor del daño se encuentra obligado a indemnizarlo, no pudiendo excusar su reparación en que el daño ya no existe<sup>889</sup>.

d) *Que el daño sea significativo o anormal:* Lo que se busca con el establecimiento del requisito propuesto es poner acento en que no toda perturbación o molestia causada a un sujeto es constitutiva de un daño resarcible, por cuanto necesariamente la vida en sociedad implica ciertas limitaciones o molestias que es preciso soportar sin que se pueda pretender obtener una indemnización por ellas<sup>890</sup>. En la misma línea se ha sostenido que si cada perjuicio, molestia o turbación que experimentase un individuo pudiera justificar una acción de resarcimiento por daños, lo más seguro es que se paralizaría la comunicación social en muchas esferas de la vida<sup>891</sup>. Como puede observarse, es claro que no hay posibilidad de hacer coincidir el concepto vulgar con el concepto jurídico de daño y es aquí donde se aprecia la importancia del criterio propuesto para determinar cuándo un perjuicio sufrido ha de ser indemnizado. La pregunta por el umbral a partir del cual el daño pasa a ser significativo se plantea principalmente respecto de los daños morales, puesto que como sostienen algunos, por lo general consisten en una lotería de valores inciertos, principalmente en atención a la dificultad que existe para

---

<sup>889</sup> Así, el chileno, CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual...* p. 144.

<sup>890</sup> Así, lo exponen entre otros, los españoles: VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 346 y 347; BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 41; SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal...* p. 151. En Chile: DÍEZ SCHWERTER, José Luis. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 33 y BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 226.

<sup>891</sup> BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 41.

valorarlos en dinero y la relativa dispersión de las indemnizaciones reconocidas por los jueces<sup>892 893</sup>.

e) *Que el daño sea cierto*: La certeza se presenta, a los ojos de la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, como indispensable para que pueda tener lugar la acción de resarcimiento del perjuicio<sup>894</sup>. En otras palabras, sólo serán reparables aquellos daños que sean daños ciertos y efectivos, no siendo resarcibles los perjuicios que presenten caracteres de inciertos,

---

<sup>892</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 226, quien sostiene que La jurisprudencia alemana habla de *daños de bagatela* y los circunscribe al daño moral consistente en turbaciones pequeñas y temporales del bienestar del demandante. Esta limitación de los perjuicios reparables incluso alcanza pequeñas heridas y privaciones de libertad por un par de horas con ocasión de redadas o de incidentes.

<sup>893</sup> En este sentido y como prueba patente de lo sostenido, en tono de crítica, anteriormente cabe destacar lo resuelto por el máximo Tribunal español en sentencia de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3431), en la cual el Supremo condena a la parte demandada a indemnizar a una de las actrices el daño moral que ésta habría sufrido producto de la alteración del paisaje que podía disfrutar desde su hogar hasta antes de la realización de las obras dañosas. Los hechos en que se funda la citada resolución son los siguientes: Los actores, un propietario y un arrendatario de dos viviendas contiguas a un trazado ferroviario que se construía con el objeto de unir a dos factorías (Avilés y Gijón) de la compañía ACERALIA CORPORACIÓN SIDERÚRGICA, S.A. demandan respectivamente: a) indemnización por la depreciación que la obra de ingeniería ha provocado a sus propiedades; b) la reparación del perjuicio moral sufrido a consecuencia de las referidas obras; c) que se condene al demandado a adoptar las medidas necesarias para evitar la continuación del daño, eliminando, o reduciendo en lo posible, los ruidos y vibraciones derivados del paso de los trenes por la vía construida. El tribunal de primera instancia concede parcialmente la demanda, condenando a la demandada por una parte a adoptar las medidas necesarias para eliminar los ruidos y vibraciones, y por otra a una indemnización sólo al propietario de la vivienda por la depreciación de las propiedades, no acogiendo la demanda por daño moral. Resolviendo las respectivas apelaciones, la Audiencia Provincial de Asturias. Revoca la resolución del tribunal a quo y condena a la demandada a enterar a ambos actores la suma de 2.500.000.- de pesetas (€15.000) por la depreciación de sus propiedades y la suma de 2.000.000.- de pesetas (€12.000) por concepto de daño moral sólo para el propietario de una de las propiedades por la "contaminación visual" que implica la afectación del paisaje que podía disfrutar antes de las obras y que se modificó para siempre. Formulado el respectivo recurso de casación, el Tribunal Supremo casa la sentencia pero sólo en el sentido de modificar las sumas decretadas por la Audiencia provincial, condenándose en consecuencia a la demandada a pagar la suma €12.000 por la depreciación de sus propiedades (a ambos actores) y la suma de 2.000.000 de pesetas (€9.000) por concepto de daño moral (sólo para el propietario).

<sup>894</sup> En este sentido, por todos, se pronuncian en España: ROCA i TRIAS, Encarna. *Derecho de daños: Textos y materiales...* p. 137; VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 316; NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 50; LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín (et al.). *Elementos de Derecho Civil...* pp. 458 y 459; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *La responsabilidad civil contractual y extracontractual...* p. 144. En Francia: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* p. 82 y ss.; PRADEL Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la responsabilité...* p. 213 y ss.; CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 378, entre otros.

hipotéticos o eventuales<sup>895</sup>. Sin embargo no hay que entender este carácter de forma absoluta, admitiéndose en la actualidad que la certeza del daño perfectamente puede quedar diferida en el tiempo<sup>896</sup>, destacándose así, que la certidumbre del daño, como requisito de su resarcibilidad, se refiere más a su *existencia* que a su actualidad<sup>897</sup>. Por tanto, el daño podrá ser presente (actual) o futuro<sup>898</sup>, resaltándose como elemento fundamental de éste que no exista duda alguna sobre si el perjuicio existe o existirá en un tiempo próximo<sup>899</sup>. Con relación a la prueba de la certeza del daño, se plantea que este requisito implica para el perjudicado una doble carga de aportar la prueba necesaria para demostrar: a) Que el daño es real en cuanto a su existencia, lo que no

---

<sup>895</sup> Así: CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños...* p. 74; NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 51; SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal...* p. 152; Similar sentido también es defendido por los tratadistas franceses: CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 377; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* p. 82; MAZEAUD, Henri; Léon et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* pp. 268 a 270 y el clásico, JOSSERAND, Louis. *Curso de derecho civil positivo francés*. Buenos Aires: Bosch, 1950. (Traducción de Santiago Cunchillos), p. 327.

<sup>896</sup> Vid. VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 41.

<sup>897</sup> Así lo destaca en Argentina, ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil...* p. 27.

<sup>898</sup> Mención aparte recae sobre el daño futuro, (no actual) el cual será indemnizable sólo en la medida en que, al momento en que se dicte la sentencia (laudo o transacción), haya certeza de que necesariamente sobrevendrá, en otras palabras, el daño futuro también puede estar seguro (por lo menos, de una certeza suficiente para el derecho) si aparece como inevitable. Su reparación en este caso, puede ser perfectamente ordenada por anticipado, como sucede por ejemplo con la indemnización concedida (sea en capital o en forma de renta) a la víctima que ha quedado invalida a raíz del hecho dañoso. Entendemos que ésta deberá cubrir tanto las consecuencias acaecidas al momento de la dictación de la sentencia, como las que surgirán en los años venideros. En igual sentido se ha pronunciado el clásico tratadista Alemán VON TUHR, quien da los siguientes ejemplos de daños futuros: “cuando se trate de daños causados a la propiedad inmueble que menoscaben el rendimiento de un predio o ensucien una fuente, y por sobre todo, en las lesiones corporales que atentan a la capacidad del trabajo de una persona, como indemnización de estos daños futuros, puede el juez, a su libre arbitrio conceder una cantidad global o una renta periódica, que es lo más frecuente en los casos de la última categoría”. VON TUHR, Andrea. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Madrid: Reus, 1934. (Traducción de Wenceslao Roces), p. 88. Otra cuestión interesante respecto de esta especie de perjuicios, consiste en determinar cuando el daño futuro se considerará cierto, asunto íntimamente relacionado con la existencia de una causa que conduzca lógica y racionalmente a un resultado dañoso. Entendiéndose que es cierto el daño que conforme a las leyes de la causalidad, sobrevendrá razonablemente en condiciones normales, a partir de su antecedente causal. Por lo mismo, los daños futuros son una proyección razonable del hecho dañoso, que realiza el juez sobre unas bases indicadas, debiendo tener en consideración dos factores primordiales; por un lado la relación causal entre el hecho y sus consecuencias; y por el otro, la racionalidad de ocurrencia de estas últimas. Así los Chilenos: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *Responsabilidad extracontractual...* p. 265 y CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual...* p. 142.

<sup>899</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín (et al.). *Elementos de Derecho Civil...* p. 459.



implica que el daño deba haber sido verificado en el momento en que se ejercita la acción dirigida a la declaración de responsabilidad, puesto que es perfectamente posible la existencia de un daño futuro que a su vez sea cierto; y b) Acreditar que el daño es cierto en su cuantía<sup>900</sup>.

En lo que dice relación con el requisito de certeza del daño puede observarse una evolución en el derecho moderno. Mientras clásicamente se ha entendido que el daño ha de ser cierto, no admitiéndose la indemnización de daños eventuales. No obstante la rigidez apuntada, puede observarse una evolución en el derecho moderno la cual, de mano de la jurisprudencia, apunta hacia la moderación del criterio de certidumbre del daño para permitir la reparación de atentados en contra de situaciones jurídicas que, sin lugar a dudas, tienen un valor económico o a lo menos psicológico para la víctima, valor que resulta de toda justicia que sea considerado<sup>901</sup>. Sobre este punto resulta interesante destacar la utilidad de las teorías de la probabilidad estadística y de la de la pérdida de oportunidad –estudiadas como expedientes facilitadores de la prueba del nexo causal–, no sólo para aquellos casos en que no exista certeza respecto del nexo causal, sino que también podrían ser utilizadas en aquellos casos en que la certeza del daño sea discutible. Volveremos sobre la pérdida de oportunidad cuando la analicemos como una especie de perjuicio independiente del daño final.

## **2.- EL DAÑO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA.**

Ya aclaradas algunas de las cuestiones que se plantean respecto del daño como principal de la responsabilidad civil, nos corresponde ahora determinar dentro del ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria dos cuestiones, a nuestro entender, fundamentales: a) qué tipo de perjuicio en concreto recibe el paciente a raíz de una defectuosa actuación médica, b) aclarar cómo ha de establecerse la valoración de estos perjuicios a efectos de la correspondiente indemnización.

---

<sup>900</sup> NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 52.

<sup>901</sup> En este sentido también se pronuncia VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 321.

Como bien se ha destacado, en los sistemas civiles denominados de cláusula general o atípicos, donde destaca el ordenamiento jurídico español debido al amplio tenor del artículo 1902 de su Código Civil, se acepta que todo tipo de daño resulte reparable, lo cual trae la importante consecuencia que para que haya un daño susceptible de ser indemnizado o reparado *in natura*, basta que el hecho de un tercero produzca una alteración negativa en cualquiera de los intereses legítimos y relevantes (bienes jurídicos) de otra persona<sup>902</sup>.

Es así como llegamos a preguntarnos por la naturaleza de los intereses que resultan lesionados a raíz de una defectuosa actuación sanitaria. La respuesta que emerge a primera vista es que como consecuencia directa de la acción u omisión del facultativo o de sus auxiliares en la persona del paciente, necesariamente se producirán para éste o sus familiares unos perjuicios de índole extrapatrimonial, los cuales podrán ser encuadrados dentro de las categorías de daños corporales y/o morales. Sin embargo, una cosa es el bien jurídico o interés legítimo que resulta directamente perjudicado a raíz del hecho dañoso de un tercero y otra completamente distinta son las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales que pueden derivar de la lesión de ese bien o interés. De esta forma, si bien en términos generales se habla de daño patrimonial para aludir a aquellos perjuicios que afectan directamente a un bien susceptible de valoración económica, no puede desconocerse que en algunos casos la lesión de un bien o interés no susceptible de estimación pecuniaria (honor, salud, etc.), puede producir también ciertos daños de índole patrimonial, como sucede por ejemplo en los daños corporales, en donde si bien su entidad es de naturaleza extrapatrimonial, usualmente con la lesión de dichos intereses se producen para la víctima una serie de pérdidas patrimoniales indirectas (v. gr. gastos médicos, lucro cesante, etc.), las que a efectos de nuestro trabajo denominaremos consecuencias económicas del daño corporal y serán analizadas al desarrollar este tipo de perjuicios<sup>903</sup>.

---

<sup>902</sup> Así lo destaca el tratadista chileno, BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 230.

<sup>903</sup> En similar sentido se pronuncia la española NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* pp. 81 y 82. Agrega esta autora, que existen muchos ejemplos en los que un bien patrimonial sirve para satisfacer simultáneamente un interés económico y otro extrapatrimonial, como ocurre por ejemplo con el cuadro propiedad de un sujeto, el que como bien económico que es, tendrá un valor pecuniario, siendo útil para

En similar sentido, destaca GALÁN CORTÉS que debido a que la extensión de la obligación de indemnizar ha de responder al principio de la reparación “integral”<sup>904</sup>, también llamado *restitutio in integrum*<sup>905</sup>, la reparación de los perjuicios sufridos por el paciente a raíz del actuar del facultativo afectará a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, incluyéndose no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, sino que comprendiendo de especial manera a aquellos perjuicios de índole extrapatrimonial<sup>906</sup>.

## 2.1. DAÑOS PATRIMONIALES.

Como primera aproximación, podemos afirmar que habrá daño patrimonial o económico cada vez que se produzca la pérdida, menoscabo,

---

satisfacer un interés patrimonial de su propietario. Pero es posible que, además e, incluso, de forma primaria, satisfaga un interés no patrimonial de aquél, cual puede ser el placer que le causa su contemplación. Ahora con relación a los bienes no patrimoniales que pueden satisfacer intereses económicos, el ejemplo recurrente es el que alude al honor comercial o mercantil, cuya concurrencia suele implicar el aumento o, al menos, el mantenimiento de la clientela, reportando, de este modo, beneficios patrimoniales a su titular. Comparten este argumento, en Francia, BACACHE-GIBELI, Mireille. *Droit Civil: Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle...* p. 376.

<sup>904</sup> En este sentido, el principio número 1 de la Resolución 75/7, relativa a la reparación de los daños en caso de lesiones corporales y de muerte, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 14 de marzo de 1975, dispone lo siguiente: “*Teniendo en consideración las normas referentes a la responsabilidad, la persona que ha sufrido un perjuicio tiene derecho al resarcimiento del mismo, en el sentido de que debe ser reintegrada a una situación lo más semejante posible a aquella en que se habría encontrado, si el hecho dañoso no se hubiese producido*”.

<sup>905</sup> Dentro del derecho español, MEDINA CRESPO nos da un concepto de que ha de entenderse por este principio, señalando que, “*cuando se dice que nuestro ordenamiento está presidido por el principio de reparación íntegra, se está afirmando que el instituto de las responsabilidades civiles está marcado por un principio institucional de indemnidad, que se realiza con una completa restauración que, por equivalencia o por compensación, haga el daño jurídicamente inexistente, evitando, a su vez cualquier enriquecimiento injusto*”. MEDINA CRESPO, Mariano. *La valoración civil del daño corporal: Bases para un tratado*, Tomo I. Madrid: Dykinson, 1999, p. 144. Una noción similar a la citada anteriormente, es sostenida por DE ÁNGEL, para quien “*la función reparadora de la responsabilidad civil, se traduce en la necesidad que el causante del daño resarza a la víctima de todas las consecuencias que aquél le acarrea*”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*... p. 55. Por su parte en el derecho francés, VINEY y JOURDAIN explican que este principio tiene por objeto lograr el más exacto equilibrio entre los perjuicios sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que se reponga a la víctima en la situación donde se habría encontrado si el acto dañoso no se hubiera efectuado. VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les effets de la responsabilité /en/ Jacques Ghestin, Dir. Traite de Droit Civil, 2ª Ed. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 112.*

<sup>906</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 645.

perturbación o molestia de un interés legítimo de naturaleza patrimonial<sup>907</sup>. En otras palabras el daño es de naturaleza patrimonial, cuando el hecho dañoso del que ha de responder su causante provoca directa o indirectamente una pérdida patrimonial o económica para la víctima del perjuicio, lesionando en consecuencia un interés económico.

Por otro lado, puede apreciarse que no siempre el daño patrimonial consistirá en el deterioro o destrucción de algún bien material integrado en el patrimonio de quien lo sufre (como un automóvil, un inmueble). Puesto que existen una serie de perjuicios de índole patrimonial que derivan de una agresión tanto a la esfera espiritual como a la esfera física de la persona<sup>908</sup>. Por lo que en algunas oportunidades, también nos encontraremos frente a daños patrimoniales que sean resultado de la lesión de intereses no patrimoniales (por ejemplo: la pérdida de clientela de un comerciante, producto de una difamación) o que sean consecuencia de daños corporales (v. gr. la pérdida de ganancias a consecuencia de una lesión invalidante).

Con relación a los efectos de la determinación, valoración y reparación de los daños patrimoniales se distinguen nítidamente dos partidas diferenciadas, aunque no siempre se manifiesten ambas en todos los casos, siendo perfectamente posible que concorra sólo una de ellas<sup>909</sup>. Nos referimos a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, los cuales se distinguen ya desde la época del Derecho romano a través de las *actio legis Aquiliae*<sup>910</sup> y que

---

<sup>907</sup> Como puede apreciarse, parte de la doctrina también ha denominado a este tipo de daños como materiales, definiéndolos como aquellos causados al patrimonio o a los bienes que lo integran, contraponiéndolos a los daños morales, los cuales por su naturaleza extrapatrimonial, carecen de todo contenido económico. En este sentido, por todos, los españoles ROCA i TRIAS, Encarna. *Derecho de daños: Textos y materiales...* p. 139; LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín (et al.). *Elementos de Derecho Civil...* p. 454; ROGEL VIDE, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil español...* p. 61; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...* p. 762; también los franceses CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 380; BACACHE-GIBELI, Mireille. *Droit Civil: Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle...* p. 736; MAZEAUD, Henri et León, TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* p. 267.

<sup>908</sup> SABATER BAYLE, Elsa. *El baremo para la valoración de los daños corporales*. Navarra: Aranzadi, 1998, pp. 15 y 16.

<sup>909</sup> En igual sentido el francés LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2004. (Traducción de Javier Tamayo), p. 70.

<sup>910</sup> Así lo enseña el connotado romanista, BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. 3ra ed., Madrid: Reus, 1965, pp. 531 a 533.

con claridad lo enseñan las *Institutas* de Justiniano (IV, III, 10), al comentar precisamente la *Lex Aquilia*<sup>911 912</sup>.

Como advierte DIEZ-PICAZO, una antigua tradición escolástica que ha llegado hasta nosotros estableció, para medir el alcance del daño patrimonial indemnizable, los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*. Comprendiéndose en el primero, todas las pérdidas efectivamente sufridas y los desembolsos realizados en atención al daño; y en el segundo, las ganancias dejadas de obtener<sup>913</sup>. Así, en el ordenamiento jurídico español el artículo 1106 del Código Civil<sup>914</sup>, que regula la llamada responsabilidad contractual, hace una expresa referencia al *damnum emergens* y *lucrum cessans*, al señalar que la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que se haya sufrido, sino también el de la ganancia dejada de obtener. Dicho precepto, a pesar de su ubicación sistemática en el Título Primero (*De las obligaciones*) del Libro Cuarto (*De las obligaciones y contratos*) del cuerpo legal en comento, se considera aplicable no solamente a

---

<sup>911</sup> Como puede apreciarse en las *Institutas* (IV, III, 10): “*Se estableció no según las palabras de la ley, sino por interpretación, que no solamente debe percibirse la estimación del cuerpo muerto, conforme á lo que hemos dicho, sino también cualquier otro daño que además del de aquel cuerpo muerto se os hubiere causado, como si a tu esclavo, instituido heredero por alguien, lo hubiere matado alguno antes de que por tu mandato adiese la herencia; porque es constante que también debe tenerse cuenta de la herencia perdida. De la misma manera, si de un par de mulas hubiere matado una, o de una cuadruga de caballos uno de éstos, o si hubiere sido muerto un esclavo de una compañía de comediantes, no solamente se hace la estimación del muerto, sino que además se computa también aquello en que han sido depreciados los que sobreviven*”. JUSTINIANO. *Cuerpo Del Derecho Civil Romano*. Tomo I. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889, P, 131. (traducido por GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso).

<sup>912</sup> Se puede agregar que la distinción contenida en el digesto fue recogida del mismo modo en las Partidas, en concreto, en la Partida V, Título VI, Ley III: “*Tal fuerza ha el cambio que es fecho por palabras (...) la otra parte que lo quiere acabar e aver por firme, puede pedir al juez, que le mande a la otra parte quel cumpla el cambio o quel peche los daños, e los menoscabos, que le vinieron por aquello que no quiso cumplir (...) E estos menoscabos a tales llaman en latin interesse*”. y en la Partida VII, Título XV, Ley XIX: “*(...) aquel que el daño fiziere en otra cosa semejante, non es tenuto tan solamente de fazer emienda de aquella cosa que empeorasse o matasse. Mas aun le deve facer emienda del menoscabo que se sigue al señor por razón de aquella cosa quel matassen*”.

<sup>913</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños...* pp. 322 y 323.

<sup>914</sup> Precepto que proviene del artículo 1149 del Código Civil francés, el que, a su vez, sigue el clásico concepto dado por Pothier en su tratado de las obligaciones: “*Se llama daños y perjuicios la pérdida que uno tiene, o la ganancia que uno deja de hacer*”. POTHIER, Robert. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 91.

la responsabilidad civil derivada de contrato, sino también a la responsabilidad civil extracontractual<sup>915</sup>.

Sobre el daño emergente, podemos apuntar que esta especie de perjuicio supone una efectiva pérdida sufrida, una disminución del patrimonio de la víctima que se ve empobrecido, o como sostiene el francés LE TOURNEAU, el *damnum emergens* es el corazón mismo del daño, el cual consiste en una disminución efectiva del patrimonio, sea como consecuencia de un desfallecimiento contractual (ejemplo, el bloqueo del sistema informático suministrado que conduce a la empresa a no cumplir con los pedidos de sus clientes) o de un hecho delictual dañino (v. gr. la depreciación del valor de una marca por su utilización sin derecho por un tercero)<sup>916</sup>.

Sobre la entidad del daño emergente en la responsabilidad médica, a modo ejemplar cabe citar lo dispuesto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia dictada el 4 de mayo de 2012, donde el alto tribunal conoce de una demanda por responsabilidad civil en contra de una clínica estética por la cantidad de 38.500 € por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la intervención quirúrgica de mamoplastia de aumento a la que se sometió la demandante. Respecto de la entidad del daño emergente, entiende el tribunal que este estará integrado no sólo por el importe pagado por la intervención que provocó el perjuicio, sino que también por aquellos gastos de traslado y aquellos realizados con objeto de comprobar el estado de salud de la víctima, al sostener que: *“la sentencia apelada no incurre en error en la valoración y determinación del “ quantum ” indemnizatorio que determina por importe de 18.000 €, comprensivo de la restitución de lo pagado por la intervención quirúrgica, de la ecografía que le fue realizada en diciembre de*

---

<sup>915</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: Sistema de responsabilidad civil *contractual y extracontractual...* p. 150. Agrega este autor que *“ni siquiera los autores más reacios a entender que los artículos 1101 y ss. del Código Civil son también aplicables a la responsabilidad extracontractual niegan que el daño emergente y el lucro cesante son indemnizables en ambas esferas”*. En igual sentido PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil...* p. 182.

<sup>916</sup> LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil...* p. 70.

2008 y de los gastos de traslado a Alicante, en el marco de las negociaciones extrajudiciales que se llevaron a cabo”<sup>917</sup>.

En igual sentido la Audiencia Provincial de las Palmas en sentencia de 22 de octubre de 2008, entiende que el daño emergente también estaría integrado no sólo por aquellos gastos que el paciente tuvo que asumir para componer el tratamiento dental defectuoso que realizó la demandada, sino que también por aquellos gastos realizados por la demandante para comprobar si los trabajos realizados por la demandada fueron correctos. Sosteniendo en consecuencia lo siguiente: “... hemos de considerar, al igual que lo hizo la juzgadora a quo, que la prueba practicada no fue la pericial, y que los gastos que dichos informes ocasionaron a la demandante fueron gastos absolutamente necesarios para conocer si los trabajos efectuados por la demandada fueron correctos o no y para posteriormente solicitarle la indemnización por daños y perjuicios que plasma este proceso, por lo que es procedente que los mismos sean incluidos en la condena final a la demandada...”<sup>918</sup>.

Por último, para concluir esta referencia, subrayamos la opinión de quienes advierten que no debe confundirse el daño emergente con el daño actual, ni el lucro cesante con el daño futuro, pues, como explica el Tratadista argentino ZANNONI, puede existir tanto un daño emergente actual y futuro, como un lucro cesante actual y futuro: así, en un accidente de automóvil con lesiones corporales serán *daño emergente actual* el coste de reposición de un automóvil de características similares al destruido y los gastos de hospital, médicos y farmacia; serán *lucro cesante actual* los perjuicios derivados de la imposibilidad de víctima para trabajar mientras duró la convalecencia. Constituirán además la partida de *daño emergente futuro* los gastos que deberá acometer para afrontar el tratamiento de las secuelas permanentes, y la

---

<sup>917</sup> SAP de Murcia de 4 de Mayo de 2012 (AC 2012, 995).

<sup>918</sup> SAP de Las Palmas de 22 de Octubre de 2008 (AC 2009, 42).

de *lucro cesante futuro* las ganancias que quedarán sin percibir por la incapacidad permanente<sup>919</sup>.

Una vez explicitado en que consiste el daño emergente, cabe destacar que conjuntamente con este tipo de perjuicio puede identificarse en ocasiones un lucro cesante, entendido como la ganancia que se ha dejado o va a dejarse de obtener, o la pérdida de ingresos<sup>920</sup>.

Suele destacarse como característica del *lucrum cessans*, que tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre, debido a que como consecuencia de la ocurrencia del daño, realmente no se llegó a obtener una ganancia. Es por ello que para la estimación de esta especie de daño, algunos plantean manejarse en términos de probabilidad objetiva de acuerdo con las circunstancias concretas<sup>921</sup>, para evitar principalmente que bajo este perjuicio pretenda el perjudicado obtener la compensación por futuras ganancias que nunca se hubieran producido<sup>922</sup>, en otras palabras, como deja de manifiesto DE ÁNGEL, la estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido<sup>923</sup>.

---

<sup>919</sup> ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil...* pp. 51 y 52; comparte este argumento el autor español, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: Sistema de responsabilidad civil *contractual y extracontractual...* p. 150.

<sup>920</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 332; Una noción más específica de este tipo de daño patrimonial, nos la enseña el francés LE TOURNEAU, para quien el lucro cesante, es la desaparición, por el hecho del acto del responsable, de una esperanza legítima de beneficio (ejemplo, una cantera es paralizada: unos cheques han sido robados, privando así a la víctima de la posibilidad de suscribir una colocación financiera ventajosa que se le ofrecía). LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil...* p. 70.

<sup>921</sup> En esta línea podemos citar lo establecido en el parágrafo 252, del BGB Alemán, según el cual: “*El daño resarcible comprende también el lucro cesante. Como lucro cesante se entiende la ganancia que, de acuerdo con el curso normal de las cosas o con las circunstancias particulares, en especial de acuerdo con las disposiciones y precauciones adoptadas, podía ser verosímilmente esperada*”. Como puede extraerse de la simple lectura de este precepto, para estar frente a un lucro cesante no se exige una absoluta certeza de que la ganancia se habría verificado, sino que lo determinante a nuestro juicio es la existencia de una cierta probabilidad objetiva y razonable.

<sup>922</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 333.

<sup>923</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Comentario del Código civil Español /en/ Comentario del Código Civil, PAZ-ARES, Candido et al. Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pág. 50; En igual sentido se ha pronunciado el tratadista chileno PABLO RODRÍGUEZ, quien estima que puede sostenerse que la certeza y realidad del lucro cesante se deduce de una sucesión causal normal y deducible, aplicando los estándares normalmente aceptados, así por ejemplo: La destrucción de un sembrado, permite deducir las utilidades que éste habría generado si hubiere podido madurar normalmente; por otro lado, la pérdida de una mano permitiría deducir*



Con respecto a la dificultad que plantea la determinación y valoración del lucro cesante, la jurisprudencia española se ha mostrado tradicionalmente estricta o restrictiva en orden a su estimación, prueba patente de ello es la antigua sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 22 de junio de 1967, en que expone la doctrina general sobre la estimación del lucro cesante, declarando expresamente que: *“el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la posibilidad de realizar la simple ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte el curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante...”*<sup>924</sup>.

En igual sentido la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 19 de Mayo de 2006, frente a un caso de intervención defectuosa de cirugía estética, se pronuncia en términos bastante restrictivos a efectos de rechazar la existencia del lucro cesante alegado por la actora, señalando que: *“Por lo que hace a la indemnización por lucro cesante la misma no puede ser efectiva. Así El Tribunal Supremo en sentencias de 30 ene. 1993 (RJ 1992, 1518) y 8 jun. 1996 (RJ 1996, 4831) ya estableció que el lucro cesante o las ganancias frustradas ofrecen muchas dificultades para su determinación y límites por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios. No basta, por tanto, para ser acogida la simple posibilidad de realizar la ganancia sino que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de*

---

las utilidades que habría podido obtener un pianista, un pintor o un dactilógrafo, entre otros. RODRÍGUEZ GREZ., Pablo: *Responsabilidad extracontractual...* p. 291.

<sup>924</sup> STS de 22 de junio de 1967 (RJ 1967, 2926); en igual sentido se pronuncia el máximo tribunal en sentencia de 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 5019).

*obtener las mismas. Esto es, el rigor probatorio excluye el lucro cesante posible pero dudoso o contingente o aquél que sólo está fundado en esperanzas, pero no aquellas como dicen las STS 8 jul. (RJ 1996, 5662) y 4 dic. 1996 (RJ 1996, 8810) en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables en su aproximación a la certeza efectiva y sobre las que existe prueba suficiente en la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo. En definitiva, la doctrina jurisprudencial viene a determinar que para que prospere la petición de indemnización por lucro cesante, no basta con la existencia de la posibilidad más o menos cierta de ganancias frustradas, sino que esa posibilidad ha de ser clara e indudable. Por ello la jurisprudencia se orienta hacia un prudente criterio restrictivo a la hora de la estimación de una reclamación por lucro cesante, y así han de probarse rigurosamente las ganancias que no se percibieron, y ha de dejarse de lado la mera expectativa o posibilidad, por ser estas cuestiones de hecho*<sup>925</sup>.

## 2.2. DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES.

Con el objeto de precisar qué ha de entenderse por esta especie de perjuicios resulta necesario retomar la relevancia dada anteriormente al interés lesionado como elemento clave en la división entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales. Destacándose estos últimos como aquellos perjuicios que lesionan intereses que afectan a la persona, su salud, su integridad corporal, sus atributos de la personalidad, sus sentimientos y lo que ésta posee, pero que no pueden ser medidos pecuniariamente<sup>926</sup>.

---

<sup>925</sup> SAP de Madrid de 19 de Mayo de 2006 (AC 2007, 200). Resumidamente los hechos sobre los que versa el juicio son los siguientes: Se trata de una operación de cirugía estética consistente en una rinoplastia, como consecuencia de dicha operación se han producido al demandante unas secuelas funcionales que afectan a la respiración, además de las secuelas estéticas.

<sup>926</sup> Cuando hay que enfrentar la apreciación de los daños de carácter no patrimonial bajo el prisma de la *restitutio in integrum*, las dificultades que surgen, dicen relación con que por regla general estos perjuicios recaen sobre intereses de personas, los cuales son por definición insustituibles y no susceptibles de valoración pecuniaria, complejidades que por lo demás hacen imposible alcanzar una equivalencia entre el perjuicio y su reparación, quedando por ende los daños extrapatrimoniales al margen de la "*restitutio in integrum*", principalmente por carecer de un valor de referencia o comparación. En este sentido DE ÁNGEL, para quien la reparación íntegra consiste en tener un módulo de referencia o comparación, sostiene que lo que en verdad ocurre en el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales, es que tal módulo de

Al respecto resulta importante mencionar que dentro de esta especie de perjuicios se plantea una interesante sub-clasificación la cual tiene en consideración si el interés lesionado recae en la esfera de la persona y sus respectivos atributos ya sea corporales o espirituales, afectando en consecuencia intereses que no son objeto de transacciones comerciales y cuya estimación pecuniaria no puede sujetarse a valores de mercado<sup>927</sup>. Es así como dentro de los denominados daños extrapatrimoniales se distinguen, por una parte, *los daños corporales*, entendidos éstos como atentados o lesiones a la salud, tanto física como psíquica, de las personas<sup>928</sup>, y por otra, los *daños morales*, que vendrían a ser aquellos en que el interés afectado recae en la esfera puramente espiritual, identificándose con las lesiones o atentados a los sentimientos y afectos más íntimos de la persona o a los derechos de la personalidad (libertad, honor, intimidad, propia imagen, etc.).

### **2.2.1.- Los daños corporales.**

Dentro de la evolución del derecho de la responsabilidad civil, cada vez más creciente ha sido la atención dada a las lesiones contra la integridad del cuerpo humano. De esta forma el daño corporal se ha venido perfilando como un daño extrapatrimonial y personal que recae en la esfera del propio cuerpo o en la integridad física y psíquica de la persona, configurándose así como un daño esencialmente reparable puesto que, como se ha señalado, el no considerar al daño corporal en sí mismo como un coste que ha de ser resarcido, supone tomar la decisión de que lo soporte, en definitiva, el que lo

---

comparación no es siquiera imaginable, debido a la propia naturaleza del daño experimentado por la víctima (que es un daño inmaterial); significa que la determinación de su equivalente en dinero será siempre por estimación, cualquiera que sea su monto o cuantía. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)... p. 59.

<sup>927</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* p. 49.

<sup>928</sup> Ídem, pp. 49 y 50. Comparte esta visión SAINZ MORENO, Fernando. *Transmisión hereditaria de la indemnización por daños morales (Sobre la reforma del párrafo 847 del Código Civil alemán y la situación en el Derecho español)* /en/ Revista de Administración Pública, n.º 124, 1991, p. 445, nota n.º 2 y GARCÍA SERRANO, Francisco de Asís. *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil* /en/ Anuario de Derecho Civil, Madrid, Tomo XXV, 1972, pp. 802 y 803, 808.

sufre, porque de lo que no hay duda es que cuando hablamos de daño corporal el perjuicio adquiere una existencia real<sup>929</sup>.

En este sentido resulta significativo subrayar lo señalado por el *European Group on Tort Law*<sup>930</sup> al respecto. Este grupo en mayo del año 2005 presentó los denominados Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, que vienen a ser el fruto de más de diez años de trabajo. Dichos principios, como destaca MARTÍN-CASALS, no pretenden convertirse en normas que desplacen las que hoy se hallan en los Derechos privados nacionales y, por lo tanto, no aspiran a tener carácter vinculante para los ciudadanos de la Unión, por el contrario, lo que sí pretenderían es establecer un marco que facilite la discusión y el debate entre los privatistas de los distintos países europeos que les permita superar los límites que el carácter nacional del Derecho impone a su perspectiva y enfoque<sup>931</sup>.

Así, al hablar de la protección de los daños corporales cobra vital importancia la redacción del artículo 2:102 de los referenciados Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil<sup>932</sup>, destacándose que si el ordenamiento jurídico reconoce la protección de los derechos e intereses de

---

<sup>929</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 348; en igual sentido DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencias al Derecho comparado* /en/ Revista Española de Seguros, nº 57, 1989, p. 48.

<sup>930</sup> Grupo de trabajo formado por juristas de diversos países de Europa, que de uno u otro modo persiguen la una aproximación del Derecho privado de los distintos países europeos.

<sup>931</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *Una primera aproximación a los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil"* /en/ InDret 2/2005, Working Paper nº 284, pp. 3 y 4.

<sup>932</sup> Art. 2:102. Intereses protegidos: (1) El alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad.

(2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia.

(3) Se otorga una amplia protección a los derechos reales, incluidos los que se refieren a las cosas incorpóreas.

(4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho que el agente es consciente que causará un daño a la víctima a pesar que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de ésta.

(5) El alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos.

(6) Para establecer el alcance de la protección también deberán tenerse en cuenta los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos.

una persona, requiere que todos los demás respeten estos derechos e intereses hasta un punto razonable. Lo anterior trae como consecuencia que el titular del derecho o interés protegido no tiene por qué tolerar injerencias sin justificación; para ello el propio ordenamiento debe otorgarle una serie de herramientas, entre las que destacan el derecho a ejercer una acción de cesación y el derecho de legítima defensa. Como resultado de lo anterior, cada reconocimiento de esferas protegidas conlleva una restricción a la libertad de todos los demás. Por lo tanto, el establecimiento del alcance de la protección requiere sopesar los diversos intereses opuestos: por un lado, el interés en gozar de una amplia protección; por otro, el interés en gozar de la mayor libertad posible<sup>933</sup>.

Sobre el precepto en cuestión, podemos observar que bajo el epígrafe “intereses protegidos”, el citado artículo 2:102, párrafo (1) señala que: “el alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza” y que “su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad”. Respecto de esta cuestión se ha sostenido que el grupo europeo estableció los siguientes factores como relevantes para determinar el alcance de la protección de los intereses: el valor del interés protegido, la precisión de su definición y su obviedad; la naturaleza de la responsabilidad del demandado; el interés del agente, especialmente en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como el interés público. Se agrega además, que el ámbito de protección de los intereses dependerá de si se dan uno o más factores, así como del peso de esos factores y su combinación con otros<sup>934</sup>.

Siguiendo con lo establecido en el artículo 2:102 vemos como entre sus párrafos dos a cuatro, se establece una marcada jerarquización de los intereses tutelados, jerarquía que en el caso de los principios no constituye ningún listado cerrado y resulta meramente orientativa para el juez<sup>935</sup>,

---

<sup>933</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *Principios europeos de la responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi, 2008, p. 67.

<sup>934</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil...”* p. 8.

<sup>935</sup> Ídem, p. 9.

destacándose lo preceptuado en el párrafo (2) donde se subraya que la vida, la integridad corporal y la libertad no sólo ocupan el rango más alto dentro de los intereses protegidos, sino que además “gozan de la protección más amplia”.

Por su parte en el artículo 10:202 de los citados Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil<sup>936</sup>, precepto que se ubica en el capítulo 10 relativo a las indemnizaciones, bajo el título daño corporal y muerte establece reglas especiales para la compensación de las denominadas consecuencias económicas del daño corporal y de la muerte de las que el agente sea responsable<sup>937</sup>, normativa que complementada con el ya referenciado artículo 2:102 constituyen una clara manifestación de la importancia y vigencia de este tipo de perjuicios.

Como ya se habrá advertido, es en ámbito sanitario donde los daños corporales adquieren especial relevancia, debido a que los efectos de la actividad médica necesariamente se han de producir en el cuerpo del paciente, afectando para bien o para mal su integridad física y psíquica, quien entrega su humanidad al buen criterio del galeno para que éste aplicando sus conocimientos en el arte médica, pueda lograr sanarlo de su enfermedad o, en caso de medicina satisfactiva, lograr, por ejemplo, un beneficio estético o reproductor.

Avanzando ahora en la configuración de los perjuicios corporales, podemos sostener que cuando se dice que un paciente, a raíz de una actuación galénica contraria a la *lex artis ad hoc* ha sufrido un daño corporal, en concreto se está refiriendo, por una parte, a las llamadas *lesiones anatómicas*, que son aquellas que afectan cualquier tejido, órgano, aparato o sistema de la economía corporal, con independencia de su función, dentro de las que se incluyen: quemaduras, hematomas, heridas en general, fracturas,

---

<sup>936</sup> Art. 10:202. Daño Corporal y Muerte: (1) En el caso de daño corporal, lo que incluye el daño a la salud física y a la psíquica sí comporta una enfermedad reconocida, el daño patrimonial incluye la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica. (2) En el caso de muerte, se considera que han sufrido un daño resarcible, en la medida de su pérdida de sostenimiento, las personas que, como los familiares, el difunto había mantenido o habría mantenido si la muerte no se hubiera producido.

<sup>937</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. Principios europeos de la responsabilidad civil... p. 219.

esguinces, roturas, extirpaciones, acortamiento de miembros, por mencionar algunas. Y por otra, a las denominadas *lesiones funcionales*, las que normalmente son una consecuencia de la lesión anatómica pero con una repercusión específica sobre la función de algún tejido, órgano o sistema<sup>938</sup>.

Otra cuestión que debe ser tenida en cuenta al hablar de daños corporales, es que el perjuicio más inmediato que sufre la víctima es el denominado deterioro de su integridad psicofísica, cuya magnitud e importancia se conocen como el grado de incapacidad funcional. Esta incapacidad se clasifica en dos categorías principales, las cuales apuntan a su duración y a la consolidación de las heridas. En consecuencia, se ha planeado que la incapacidad funcional se dividida en: a) *Incapacidad temporal* (la cual su vez puede ser parcial o total)<sup>939</sup>; y b) *Incapacidad permanente* (la que también podrá ser parcial o total)<sup>940</sup>.

Como punto aparte y digno de ser destacado, estimamos que nuestro trabajo no estaría completo sin hacer una referencia a esta interesante categorización del Derecho comparado, es por ello que en los párrafos que siguen daremos un vistazo a esta categoría de daños en que se encuentra por un lado el *danno alla salute y por otro el danno biológico*, cuyo nacimiento y evolución se encuentra circunscrito al Ordenamiento jurídico italiano, y que como podremos apreciar comparte más de algún rasgo característico con el ya analizado daño corporal, adelantando que el concepto de daño a la salud

---

<sup>938</sup> GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Manuel. *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal:(especialmente concebido para jueces, fiscales y abogados)*, 16ª Ed., Granada: Comares, 2009, pp. 2 y 3.

<sup>939</sup> Sobre la denominada incapacidad temporal, podemos subrayar que ésta ocurre en los momentos inmediatos y posteriores a la lesión, cuando la víctima no puede continuar con las actividades normales que venía realizando hasta la producción del daño. Por regla general, es en esta etapa donde se realiza la curación de las heridas y recuperación de los traumas. Así, VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* p. 143. Con similares argumentos se pronuncia GARCÍA-BLÁZQUEZ, calificando a este tipo de incapacidad como transitoria y definiéndola como “*aquella que impide el trabajo parcial o totalmente durante un periodo de tiempo variable, según el proceso patológico*”. GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Manuel. *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal:(especialmente concebido para jueces, fiscales y abogados)*... p. 53.

<sup>940</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* pp. 142 y 143; GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Manuel. *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal:(especialmente concebido para jueces, fiscales y abogados)*... pp. 53 y 54.

(como más amplio que el daño biológico) permite abarcar también al daño moral derivado del daño corporal.

Como primer tópico a destacar, durante los últimos treinta años el concepto de daño extrapatrimonial en el ordenamiento italiano ha sufrido una serie de cambios profundos, tendentes a ampliar las categorías de perjuicios a ser indemnizados, adecuando así la normativa civil a las nuevas realidades sociales<sup>941</sup>. Es por ello que dentro de la evolución referida puede apreciarse que las indemnizaciones del *danno alla salute* ha encontrado un fundamento eficaz debido al reconocimiento constitucional del Derecho a la salud del individuo<sup>942</sup>.

Así las cosas, para referirse al daño que afecta a la integridad física y psíquica del individuo, la doctrina italiana ha popularizado la expresión *danno alla salute*, justificando su utilización en que esta categoría de daños viene a afectar principalmente la esfera funcional del sujeto con independencia de la pérdida de rentas que le pudiese ocasionar<sup>943</sup>. Sobre este punto es necesario hacer una importante apreciación, no obstante que a veces el *danno alla salute* ha sido utilizado por parte de la doctrina italiana como sinónimo del *danno biológico*<sup>944</sup>, en realidad, y según es advertido por algunos tratadistas, este último tipo de daños es un concepto más bien de índole médico-legal, mientras que el *danno alla salute* resulta un concepto eminentemente jurídico, consagrado en la Constitución italiana<sup>945</sup>.

---

<sup>941</sup> La principal dificultad que ha motivado dicha evolución, se encuentra en el artículo 2059 del Código civil italiano, el cual declara resarcibles solamente los daños extrapatrimoniales en los casos determinados en la ley, estableciendo para ello un sistema típico de responsabilidad respecto de estos tipos de daños en específico.

<sup>942</sup> Principalmente la doctrina italiana ha encontrado fundamento para el daño a la salud en el en el artículo 32 de su constitución, el cual establece expresamente que: “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*”

*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.*

<sup>943</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* p. 139.

<sup>944</sup> Sobre este punto véase el trabajo de ALPA, Guido. *Il danno biológico. percorso di un'idea.* 3ª Ed. Padua: C.E.D.A.M, 2003.

<sup>945</sup> Se refiere expresamente a esta diferencia, GÁZQUEZ SERRANO, Laura. *La indemnización por causa de muerte.* Madrid: Dykinson, 2000, p. 141.



De esta forma se puede sostener que el daño biológico se refiere esencialmente a los aspectos anatómicos y fisiológicos<sup>946</sup>, consistiendo en las lesiones causadas a la integridad psicosomática de un sujeto con independencia de sus consecuencias o repercusiones de carácter patrimonial<sup>947</sup>. Sin embargo, la salud presenta una acepción mucho más completa, siendo considerada como el instrumento necesario para el desarrollo de la personalidad del individuo. Esta acepción se encontraría acorde con la noción adoptada por la organización mundial de la salud desde 1946 y que conceptualiza la salud como: “*un estado completo de bienestar físico, mental y social, que consiste solamente en una ausencia de malestar o enfermedad*”.

En virtud de lo expresado en las líneas anteriores, y en concordancia con lo sostenido por el italiano BARGAGNA, podemos concluir que el *danno alla salute* comprende, por tanto, las normales actividades del sujeto sean ellas ordinarias, laborales, recreacionales, sexuales, de relación social, entre otras<sup>948</sup>. Es decir, el daño a la salud compromete el modo de ser y vivir de la persona lesionada, significando por ello un déficit en lo que concierne al estado de bienestar integral de la persona humana<sup>949</sup>.

Otra diferencia que puede apreciarse entre estos dos tipos de daños es que la lesión que constituye el daño biológico, por su carácter especial debe

---

<sup>946</sup> Es de esta opinión, entre otros, el Italiano BUSNELLI, Francesco. *Danno biologico e danno alla salute* /in/ Bargagna Marino et Busnelli Francesco (Ed.) La valutazione del *danno alla salute*, 2ª Ed., Padua: CEDAM, 1988, pp. 6 y ss.; y los españoles VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* p. 139 y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...* pp. 693 y 694, autor que además destaca que: “Una novedad significativa en la doctrina italiana es que ya no se reduce el daño personal al daño biológico, sino que se amplía al derecho a la Salud, que es un concepto más amplio”.

<sup>947</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 328.

<sup>948</sup> Así lo expresa el autor italiano, BARGAGNA, Marino. *Rilievi critici de spunti ricostruttivi* /in/ Bargagna Marino et Busnelli Francesco (Ed.) La valutazione del danno alla salute, 2ª Ed., Padua: CEDAM, 1988, pp. 170 y ss.

<sup>949</sup> Sin perjuicio de lo sostenido, puede precisarse que algunos autores Italianos, con un cierto apoyo jurisprudencial, rechazan que trastornos psíquicos leves como el desasosiego o la inquietud, puedan considerarse como *danno alla salute*, exigiendo que dichos trastornos reúnan los requisitos necesarios para que pueda ser calificada de patología médica. de esta forma, los trastornos psíquicos leves no calificables como enfermedades no podrán ser incluidos dentro del *danno alla salute*, sino que se configurarán como un simple *danno morale*, regidos por el artículo 2059 del Código Civil italiano, quedando en consecuencia restringidos a los casos determinados por la ley y, principalmente causados por un hecho tipificado como delito. En este sentido MONATERI, Giuseppe. *La responsabilità civile*. Torino: UTET, 2006, pp. 300 y 301.

ser apreciada necesariamente por el médico forense, quien determinará su magnitud y precisará sus características. En cambio, respecto de la valoración del daño a la salud (en cuanto comprende el estado de bienestar integral del sujeto), cabe destacar que ésta ha de ser debe ser global y normalmente será realizada por el juez sobre la base de los informes técnicos proporcionados por los médicos que dictaminaron sobre la entidad y los alcances de la lesión inferida.

Por otro lado, respecto de la evolución y el amplio desarrollo que alcanza el daño a la salud en Italia, podemos destacar que éste se debe, en gran parte, a la necesidad de superar los estrechos límites que el artículo 2059 del Código Civil italiano<sup>950</sup> imponía a la indemnización del daño moral, la cual en un principio sólo se otorgaba si el ilícito civil era a su vez constitutivo de un ilícito penal<sup>951</sup>. Como bien describe MARTÍN-CASALS, ese modelo identificaba la regla general relativa a la responsabilidad civil del artículo 2043 del Código Civil italiano con los daños patrimoniales y comportaba que en los supuestos de lesiones corporales sólo era indemnizable: a) el daño patrimonial compuesto por el daño emergente (por ejemplo: gastos médicos) y el lucro cesante (por ejemplo: pérdida de salarios o de capacidad laboral); y b) el daño moral o *pretium doloris* pero sólo en aquellos casos en que el hecho dañoso fuera a su vez delictivo<sup>952</sup>.

En efecto, dentro de las motivaciones que llevan al establecimiento del *danno alla salute* en el sistema italiano de responsabilidad civil, se destaca una asimetría en la regulación entre los daños patrimoniales y los perjuicios extrapatrimoniales. Así, los daños no patrimoniales en el sistema italiano, encontraban su cauce protector particularmente en el artículo 2059 de su Código Civil, el cual consagra un sistema típico o cerrado de responsabilidad,

---

<sup>950</sup> Art. 2059: "Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge".

<sup>951</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* pp. 80 y 81; MARTÍN-CASALS, Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?: consideraciones generales sobre el proyecto Busnelli-Lucas* /en/ Revista de derecho patrimonial, nº 8, 2002, pp.21 a 34; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa...* pp. 97 y 98.

<sup>952</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?: consideraciones generales sobre el proyecto Busnelli-Lucas...* p. 21 a 34.

aplicándose esta rigidez sólo respecto de los *danni non patrimoniali*, lo cual es fruto de la reforma de 1942, marcada por una fuerte influencia del BGB alemán<sup>953</sup>. Por su parte, los daños patrimoniales encuentran su regulación principal en el artículo 2043 del mismo cuerpo legal, precepto que por lo demás mantuvo la clásica atipicidad iusnaturalista, producto de sus antiguas raíces codificadoras<sup>954</sup>.

De esta forma nos encontramos con que, en un primer momento, el daño corporal en Italia es valorado según el sistema tradicional que se identificaba la incapacidad funcional con la incapacidad laboral, admitiendo que las personas valen según ganan. Con ello se producían casos en los que las más graves lesiones corporales eran indemnizadas con sumas muy reducidas debido a su escasa repercusión en el patrimonio de víctimas que por ejemplo, debido a su edad, enfermedad o escasa formación, eran incapaces de generar ingresos de una cierta entidad<sup>955</sup>.

A raíz de la anterior situación, que por lo demás producía un resultado evidentemente insatisfactorio e injusto, se propone replantear la naturaleza del daño a la salud teniendo particularmente en cuenta los dos tipos de efectos que derivan de aquel: los estrictamente patrimoniales y los morales. Por otro lado se encuentran importantes fundamentos y apoyos para esta evolución en diversos principios constitucionales, como el de igualdad, el de respeto a la dignidad de la persona humana y, de un modo muy especial, el de protección a la salud establecido por el artículo 32 de la Constitución italiana<sup>956</sup>.

---

<sup>953</sup> Código que al momento de producirse la reforma de 1942 del Código Civil Italiano, era valorado de forma muy positiva por la doctrina italiana, llegando incluso a calificarlo como el más perfecto de la época. Sobre la citada perfección del sistema alemán en materia de responsabilidad extracontractual se pronuncia el Italiano DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de derecho civil*, vol. II. Madrid: Reus, 1931. (Traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro), p. 114.

<sup>954</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* p. 83.

<sup>955</sup> Ídem, p. 83; en similar sentido MARTÍN-CASALS, Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?: consideraciones generales sobre el proyecto Busnelli-Lucas...* pp. 21 a 34.

<sup>956</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?: consideraciones generales sobre el proyecto Busnelli-Lucas...* pp. 21 a 34. Opinión compartida por VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* p. 84.

De esta forma a comienzos de los años 80 la Corte Constitucional, proclamó que la tutela de la salud como un derecho fundamental del individuo, consagrada en el artículo 32 de la Constitución italiana, era un derecho de carácter absoluto y de autónoma resarcibilidad<sup>957</sup>, se llega por tanto a redefinir el concepto de daño previsto por el artículo 2043 del Código Civil italiano (*danno ingiusto*), para incluir en éste la lesión a la integridad psicofísica como “*danno evento*” o interés jurídicamente protegido, con independencia de las repercusiones perjudiciales que comporte en las actividades laborales, profesionales y de cualquier otro tipo de la víctima<sup>958</sup>.

Es así como llegamos a que en la actualidad, en el ordenamiento jurídico italiano, sea admitido que esta clase de perjuicios tengan principalmente dos tipos de consecuencias o efectos: unas consecuencias patrimoniales y otras puramente morales o espirituales, las que coinciden con las que anteriormente denominamos, consecuencias económicas y no económicas de los daños corporales. En cuanto a las primeras se destaca la pérdida de la capacidad de ganancias que priva al sujeto víctima del perjuicio de determinadas rentas – *lucrum cessans*–, que vienen a ser distintas de la incapacidad funcional, la cual integra el denominado *damnum emergens*. Respecto de las segundas – consecuencias no económicas– se destaca el llamado *danno alla vita di relazione*, el cual consiste en la “imposibilidad y dificultad de quien ha sufrido una disminución física de reinsertarse en las relaciones sociales y de mantener éstas en un nivel normal”<sup>959</sup>.

Por último y para concluir con la referencia a este tipo de perjuicios, resulta interesante destacar otra similitud entre el daño a la salud del sistema italiano y los daños corporales estudiados por nosotros. Lo anterior queda de manifiesto al centrar nuestra atención en el llamado *danno alla vita di relazione*, respecto del cual, debido a su amplio concepto, se ha sostenido que englobaría tanto a supuestos de daños que se centran en la integridad física de

---

<sup>957</sup> Sentencia nº 3675 del 06 de junio de 1981, citada en VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* p. 84.

<sup>958</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?: consideraciones generales sobre el proyecto Busnelli-Lucas...* pp. 21 a 34.

<sup>959</sup> Así lo destaca la sentencia de Casación nº 2142, del 27 de Mayo de 1975, citada por VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* p. 85.

la persona (v. gr. como los daños estéticos o a la vida sexual), como a daños que afecten la integridad psíquica del sujeto, (por ejemplo daños morales y los daños psíquicos)<sup>960</sup>. Figura que como podemos apreciar, se asemejan a las consecuencias no económicas de los daños corporales que estudiaremos en los apartados posteriores.

Por último, al referirnos a las características de este tipo de daño, cabe subrayar que si bien el atentado corporal acarrea toda suerte de perjuicios extrapatrimoniales<sup>961</sup>, no puede desconocerse que al mismo tiempo ha de originar algunos daños de naturaleza económica, los cuales pueden ir desde, por ejemplo, gastos farmacéuticos, médicos y hospitalarios, hasta la pérdida de salarios y de otras ganancias profesionales causadas por la incapacidad de trabajo, parcial o total, temporal o permanente, que el perjuicio ha de provocar a la víctima<sup>962</sup>.

Así las cosas, es debido a estas particularidades apuntadas que resulta imprescindible que cuando hablemos de perjuicios corporales debemos distinguir previamente aquellas consecuencias de naturaleza pecuniaria, las que a su vez pueden revestir el carácter de presentes o futuras, de otras cuya entidad es ajena a lo económico, pero que también merecen ser reparadas<sup>963</sup>.

---

<sup>960</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* p. 86.

<sup>961</sup> En este orden de ideas, resulta pertinente resaltar la imposibilidad práctica de aplicar la *restitutio in integrum* respecto de quien ha sufrido, por ejemplo, la amputación de un brazo, ya que ni la reposición de otro ortopédico, o el pago de una elevada suma de dinero, constituirían una indemnización íntegra para la víctima en el sentido apuntado. Como puede apreciarse en el caso anterior y en muchos otros similares, en los que el perjuicio recae sobre intereses extrapatrimoniales, no será posible indemnizar en estricto rigor. Aspirándose sólo a una compensación para la víctima, puesto que el bien agredido se encontraría fuera del comercio humano, no integrando en consecuencia el concepto económico de activo patrimonial. Así, SABATER BAYLE, Elsa. *El baremo para la valoración de los daños corporales*. Navarra: Aranzadi, 1998, p. 17.

<sup>962</sup> Así lo destacan entre otros, los franceses: LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2004. (Traducción de Javier Tamayo), p. 71; CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* pp. 381 y 382; PRADEL, Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la responsabilité...* p. 299 y ss., agrega este último autor que el perjuicio corporal es considerado como el daño que más importa en su sistema jurídico, ocurriendo lo mismo en la mayoría de los derechos extranjeros. Resaltando además que es la dignidad eminente de la persona humana y la inviolabilidad de su cuerpo que justifican la protección reforzada consagrada a la indemnización del perjuicio corporal.

<sup>963</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 355. Comparten esta idea los franceses: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* pp. 46 y ss.; BACACHE-GIBELI, Mireille. *Droit Civil: Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle...* pp. 376 y 377 y PRADEL, Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la*

Es por ello que en los párrafos que siguen destacaremos aquellos puntos que consideramos relevantes de las llamadas consecuencias económicas – pecuniarias– y no económicas –no pecuniarias– de los daños corporales.

#### 2.2.1.1.- Consecuencias económicas del daño corporal.

Como esbozamos al finalizar el apartado anterior, resulta importante tener en cuenta que de la lesión que sufre el paciente en su integridad psicofísica, fruto del actuar negligente del facultativo, junto a ciertas consecuencias de orden extrapatrimonial, necesariamente se generarán para éste unas consecuencias de orden estrictamente económico dentro de las que pueden distinguirse con nitidez fundamentalmente dos: a) En primer lugar estarían las tendentes a subsanar la lesión sufrida y que consisten en gastos médicos, de rehabilitación, de ambulancia, de taxi, de hospitalización, de farmacia y otros similares a los que éste –o sus familiares– ha hecho frente con su patrimonio, constituyendo estas consecuencias una suerte de *daño emergente* para la víctima del daño corporal<sup>964</sup>; b) En segundo lugar se encontrarían las pérdidas de rentas o ingresos correlativos a la incapacidad física padecida o que padece aún la víctima, las que a su vez reúnen las características del llamado *lucro cesante*<sup>965</sup>.

Sobre las consecuencias económicas del daño corporal que asemejamos en el párrafo anterior al *damnum emergens*, cabe mencionar que estas no presentan mayor complejidad en cuando a su entidad y prueba, aplicándose a su respecto las reglas generales que rigen respecto de los daños patrimoniales. Sin embargo nos parece pertinente apuntar, como lo hace el

---

*responsabilité...* pp. 304 y ss., quienes por su parte tratan a las consecuencias de los daños corporales como una sub categoría propia, distinguiendo así a los perjuicios corporales económicos de los perjuicios corporales no económicos, distinción que nos parece del todo apropiada.

<sup>964</sup> Cabe destacar que el tratadista francés CARBONNIER, califica a esta especie de consecuencias que acarrea el daño corporal, directamente como un *damnum emergens*, para la víctima, así, CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 381. En similares términos la española VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 355.

<sup>965</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 355. También los franceses LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile...* p. 71; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* pp. 46 y 47; PRADEL, Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la responsabilité...* p. 305; BACACHE-GIBELI, Mireille. *Droit Civil: Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle...* pp. 376 y 377.

francés PRADEL, que la parte que reclama la indemnización por este concepto deberá consignar el detalle de no sólo los gastos médicos que ya han sido realizados, sino que también el de los futuros tratamientos<sup>966</sup> cuya realización es necesaria para el buen restablecimiento fisiológico de la víctima, no debiendo olvidar que habrá ocasiones (las que dependerán del grado de incapacidad que padezca la víctima), en que el paciente dañado quedará condicionado a seguir un determinado tratamiento de por vida.

Más problemas plantea el lucro cesante que se genera como consecuencia económica del daño corporal, el cual viene a materializarse en una pérdida de rentas y ganancias para el perjudicado o en una supresión o disminución de su capacidad de trabajo<sup>967</sup>, que podrá ser objeto de indemnización como partida independiente en la medida en que se puedan probar efectivamente las pérdidas sufridas por la víctima del accidente o hecho dañoso<sup>968</sup>. Respecto de su determinación y valoración, se advierte que la disminución de la actividad comercial a menudo hay que evaluarla trasladándose a los volúmenes de negocios de los meses que preceden al accidente. Por otro lado puede también arrastrar repercusiones sobre la imagen comercial de la actividad que realizaba la víctima, es decir, sobre su reputación. Otros perjuicios que pueden resultar en cascada son: reducción del otorgamiento de contratos y la mala ejecución de contratos anteriormente pactados, despidos de empleados, entre otros. No hay que descuidar tampoco las pérdidas de futuras rentas profesionales, puesto que se trata de la pérdida de capacidad de trabajo de la víctima, quien se ve forzada, debido a su discapacidad, a trabajar en condiciones más difíciles, por lo que en estos casos debería también contemplarse dentro de este *lucrum cessans* una readaptación profesional<sup>969</sup>.

---

<sup>966</sup> PRADEL, Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la responsabilité...* p. 305.

<sup>967</sup> Es de este pensar el francés CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 381.

<sup>968</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 358; en igual sentido los franceses: PRADEL, Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la responsabilité...* p. 305; LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civil...* p. 71.

<sup>969</sup> Idea desarrollada por el francés PRADEL en su obra, al respecto puede consultarse a PRADEL, Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la responsabilité...* p. 306.

### 2.2.1.2.- Consecuencias no económicas del daño corporal (daños morales).

Hemos sostenido que el ataque a la integridad corporal arrastra indiscutiblemente, además de perjuicios materiales, una serie de perjuicios extrapatrimoniales. En otras palabras, el daño corporal no sólo no se agota en sí mismo y además produce consecuencias en el orden patrimonial o pecuniario, sino que también causa diversos perjuicios de carácter estrictamente moral<sup>970</sup>. De allí que los perjuicios sexuales, estéticos o como se plantea en Francia *le préjudice d'agrément*, se han venido desarrollando desde las consecuencias de índole no económico o extrapatrimonial del daño corporal<sup>971</sup>.

Como primer acercamiento a las denominadas consecuencias no económicas de este tipo de perjuicios, resulta interesante traer a colación lo dispuesto en el principio número 11 de la Resolución 75/7 de 14 de marzo de 1975 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre compensación de perjuicios en caso de daños corporales y muerte, donde se establece que: “*La víctima debe ser indemnizada del perjuicio estético, de los dolores físicos y de los sufrimientos psíquicos. Esta última categoría comprende en cuanto concierne a la víctima, diversas perturbaciones y desagradados tales como malestares, insomnios, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causados especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado*”<sup>972</sup>. Como puede apreciarse, del principio anotado se pueden extraer un interesante catálogo de daños no patrimoniales a indemnizar, destacándose a modo ejemplar: los dolores físicos, los sufrimientos psíquicos y el perjuicio estético.

---

<sup>970</sup> VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 359.

<sup>971</sup> Como anota BACACHE-GIBELI, La jurisprudencia francesa, mantiene respecto de este tipo de perjuicio una definición amplia, entendiéndolo como la “privación de los placeres de una vida normal”. Se trata por tanto de la privación provisional o definitiva total o parcial de los placeres de la vida o de las alegrías de la existencia. En esta acepción amplia y objetiva, del *préjudice d'agrément* engloba todas las dificultades y las confusiones sentidas por la víctima en su vida cotidiana, tales como pérdida del gusto y del olfato, la privación de la lectura, la imposibilidad de pasear, de practicar un deporte o de viajar. BACACHE-GIBELI, Mireille. *Droit Civil: Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle...* p. 380.

<sup>972</sup> Como complemento de la normativa europea, véase los artículos 10:202 y 10:301 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.



Es en razón de lo apuntado que no resulta difícil subrayar que dentro de estas consecuencias no económicas del daño corporal la lista de perjuicios que pueden incluirse dentro de esta categoría, por su especial naturaleza extrapatrimonial, se torna en principio bastante extensa y compleja de agotar, debido principalmente a que ella se encontraría completamente integrada por daños morales, lo cual viene a dificultar la tarea de confeccionar un inventario exhaustivo con los diversos tipos de perjuicios que pueden incluirse dentro de este ámbito, por tanto, en lo que sigue nos referiremos a los daños morales referenciando aquellas categorías que a nuestro entender normalmente vienen a ser consecuencia de una actuación médica defectuosa.

#### 2.2.1.2.1.- Los daños morales.

Ya anotados aquellos rasgos distintivos de los perjuicios de carácter corporal que como consecuencia de una defectuosa actuación médica ha de sufrir el paciente, valga la redundancia, en su propio cuerpo, nos resta ahora, referirnos someramente a la segunda clase de perjuicios de carácter extrapatrimonial que dentro del ámbito médico pueden generarse tanto para el paciente como para sus familiares. Daños que, como apuntamos en los párrafos anteriores, además de su categoría de perjuicios no patrimoniales pueden ser entendidos como complementarios de las llamadas consecuencias no económicas de los perjuicios corporales. Nos referimos así a la controvertida creación jurisprudencial de los daños morales.

Antes de la pertinente reseña a algunas categorías que de este tipo de perjuicio se han propuesto, no podemos dejar de referirnos a las dificultades que implica dar una noción clara de daño moral, lo cual ha llevado a que éste sea uno de los problemas más oscuros dentro de la responsabilidad civil. No en vano se trata de uno de los tópicos más controvertidos dentro de la doctrina nacional y comparada, pese a la amplia aceptación de la reparación del daño moral en los ordenamientos jurídicos modernos<sup>973</sup>.

---

<sup>973</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El daño moral...* p. 43.

De esta forma, como uno de los primeros problemas para entregar una definición clara de daño moral, cabe destacar su capacidad para englobar un sinnúmero de supuestos diversos, cuestión que pone de relieve MARTÍN-CASALS al señalar que, “la amplitud de la tipología de daños que puede tener cabida dentro de la genérica categoría de daño moral, dificulta una definición precisa y válida para todos los ordenamientos de nuestro entorno”<sup>974</sup>. Como consecuencia de la problemática apuntada, cabe subrayar que debido a la manifiesta imprecisión tipológica que gobernaría esta especie de perjuicios, cada vez resulta más habitual que en la práctica se demande una cifra global de indemnización en la que se comprenden tanto los daños patrimoniales como los morales sin la necesaria especificación<sup>975</sup>.

Otra dificultad con la que nos encontramos al intentar dar una noción uniforme del mismo, es la escasa identificación de la voz daño moral con las diversas situaciones que engloba, lo cual, en palabras del tratadista Chileno BARROS BOURIE, tiende a oscurecer la pregunta por el tipo de daños a que se hace referencia., ya que si bien la idea de un daño moral alude en buena forma a la lesión de ciertos intereses como el honor y la privacidad, no logra expresar de buena forma a otros daños no patrimoniales, como por ejemplo, el dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida<sup>976</sup>.

Una tercera cuestión que vendría a enturbiar aún más el cauce de agua en el que circularía el daño moral, dice relación con las consecuencias pecuniarias que eventualmente puede acarrear esta especie de perjuicio, ya que como destaca ALBALADEJO, son distintas del daño moral las consecuencias económicas del mismo (v. gr. se difama a un comerciante y ello provoca que pierda su clientela)<sup>977</sup>. Así, dichas consecuencias económicas

---

<sup>974</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *El daño moral /en/* Cámara Sergio (coord.), Derecho Privado Europeo, Madrid: Colex, 2003, p. 857.

<sup>975</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños...* p. 240.

<sup>976</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 231.

<sup>977</sup> Como ejemplo de lo anterior, vemos como en algunas situaciones se califican como daños morales, aquellos perjuicios que no son sino daños patrimoniales, problemática que se plantea con mayor frecuencia cuando se lesiona el supuesto “honor” de las personas jurídicas. Es por ello que compartimos con DE ÁNGEL la siguiente apreciación, “*hay que tener cuidado en no confundir al daño moral con el daño patrimonial indirecto, puesto que en la práctica*

constituyen un daño patrimonial reparable específicamente, reparación que puede ser impuesta al que lo causó o ser realizada a costa de éste, pero en ninguna circunstancia constituyen un daño moral<sup>978</sup>.

Asumiendo los múltiples obstáculos que deben ser sorteados antes de entregar una noción de daño moral y excusando un tratamiento concienzudo de esta problemática en las limitaciones propias de nuestra investigación, con el objeto de limitar su excesivamente amplio rango de aplicación, creemos útil identificar a los daños morales con aquellos daños en que el interés afectado recae en la esfera puramente espiritual del individuo, vinculándose, en consecuencia, con las lesiones o atentados a los sentimientos y afectos más íntimos de la persona o a los derechos de la personalidad (libertad, honor, intimidad, propia imagen, etc.).

Ahora, sobre la posible categorización de los perjuicios que integrarían la noción de daños morales, la tendencia actual a lo menos en España y Francia, es admitir en general la reparación de todo daño que afecte a la esfera

---

*siempre se está corriendo el riesgo de incurrir en dicho error; nótese en la dificultad que implica hablar del “daño moral” infligido por las “injurias” vertidas contra una sociedad mercantil, pues lo que a primera vista llamaríamos su “honor” quizá no sea más que su crédito comercial dañado, esto es, el reflejo del perjuicio patrimonial consistente en la disminución de sus posibilidades o expectativas comerciales”.* DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...* p. 688. Sobre la interesante discusión que se ha dado en el Derecho español sobre el honor de las personas jurídicas, pueden consultarse entre otros, los siguientes trabajos: LARRAIN PÁEZ Cristian. *El daño moral en las personas jurídicas de derecho privado*. Tesis doctoral inédita. Universidad Carlos III de Madrid, 2009; HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Abelardo. *El honor la intimidad y la imagen como derechos fundamentales: Su protección civil en la jurisprudencia del tribunal constitucional y del tribunal supremo*. Madrid: Colex, 2009; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. *El derecho al honor de las personas jurídicas*. /en/ De Verda y Beamonde, José Ramón (Dir.). Veinticinco años de aplicación de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Navarra: Aranzadi, 2007; RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. *Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?* /en/ Indret, vol. 2, n° 334, 2006. Disponible en: <http://www.indret.com>; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil, 4ª Ed.*, Tomo III, Cizur Menor: Aranzadi, 2008; GÓMEZ POMAR, Fernando. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002, el daño moral de las personas jurídicas* /en/ Indret, vol. 4, n° 105, 2002. Disponible en: <http://www.indret.com>; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Intromisión ilegítima. Antijuricidad, culpabilidad, daño y su resarcimiento. Los sujetos activo y pasivo* /en/ Honor, Intimidad y Propia Imagen. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994; FELIU REY, Manuel Ignacio. *¿Tienen honor las personas jurídicas?* Madrid: Tecnos, 1990.

<sup>978</sup> ALBADALEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil II, derecho de obligaciones...* p. 979. En igual sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...* p. 688.

espiritual del individuo, lo que comprende prácticamente toda molestia; maltrato; zozobra; atentado; perturbación; ofensa; perjuicio o menoscabo, por lo que no es de extrañar la amplitud de las indemnizaciones que se pueden llegar a otorgar.

Teniendo presente lo apuntado en los párrafos anteriores, a continuación realizaremos una ejemplificación de aquellos tipos de daños morales que usualmente serían consecuencia de la actividad médica y cuya entidad ha sido reconocida por la jurisprudencia. Nos referiremos así: al *pretium doloris*, al perjuicio de afecto, al perjuicio estético y a ciertos padecimientos psíquicos que normalmente sufren los pacientes como consecuencia de un actuar médico negligente, advirtiendo que la enumeración que se intenta realizar no pretende bajo ningún punto ser taxativa, ya que como se ha señalado, “cualquier clasificación de los daños morales no puede ser exhaustiva y desde luego su principal finalidad es didáctica”<sup>979</sup>.

*a. – Pretium doloris.*

Como primera referencia y sin temor a calificarla como la más importante dentro de las diversas tipologías de daños morales que existen en la actualidad, es necesario hacer alusión a la identificación que tradicionalmente ha sido utilizada para referirse a este tipo de perjuicio, así nos encontramos con la clásica conceptualización del daño moral entendido como *pretium doloris* o *pecunia doloris*, es decir, el precio del dolor.

El denominado *pretium doloris* resulta ser una de las nociones más básicas de daño moral que ha sido aceptada por la jurisprudencia desde antiguo. Aquí el daño moral sólo equivale al dolor, afección física o espiritual, a la angustia, molestia y humillación que pueda sufrir el sujeto lesionado producto del evento nocivo. Es por ello que usualmente se conceptualiza a este tipo de daños, como aquellos que “consisten exclusivamente en el dolor, pesar o

---

<sup>979</sup> MACIAS CASTILLO, Agustín. *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid: La ley, 2004, p. 399.

molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, sentimientos, creencias o afectos<sup>980 981</sup>.

A modo ejemplar podemos citar algunas sentencias del Supremo español donde –en casos de responsabilidad civil médica– asume expresamente existencia de este tipo de perjuicio. Así, en la sentencia de 18 de noviembre de 2002, la cual conoce y rechaza un recurso de casación interpuesto por el facultativo quien es condenado a pagar a su paciente una indemnización de \$500.000 pesetas, debido a que por error inexcusable opera primeramente la rodilla derecha cuando la operación estaba presupuestada para la izquierda, puesto que ésta era la que más dolor le producía a la paciente, declara el alto tribunal en este caso que: “...lo cierto es que no se ha puesto en duda que la operación se realizara correctamente, pero la cuestión no es ésta sino que se operó, en contra de lo previsto, la rodilla derecha de la demandante en vez de la izquierda, lo cual se ha declarado probado, así como que ello fue debido a un error del demandado; la existencia de daño también se declara probada en la sentencia recurrida (Fundamento de Derecho quinto) con base en los antecedentes del caso, y la relación de causalidad entre el error producido y el daño por "haber padecido el mayor dolor de la pierna izquierda

---

<sup>980</sup> Así lo destaca el autor chileno, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. 2ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 160. En igual sentido los clásicos franceses: COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de derecho civil...* pp. 832 y 833; JOSSERAND, Louis. *Curso de derecho civil positivo francés...* p. 330.

<sup>981</sup> Al respecto, podemos destacar que hace no muchos años el Tribunal Supremo señalaba, en sentencia de 3 de noviembre de 1995: “así el daño moral ha de integrarse por los dolores y sufrimientos que repetidas secuelas hayan producido al recurrente (y que, por naturaleza, se refieren, según la línea seguida por esta sala a toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho dañoso. Así cabe comprender como conceptos integradores del daño moral eventualidades como las siguientes: si el hecho ilícito causó, teniendo en cuenta la mayor o menor intensidad o gravedad de éste, el propio padecimiento que cualquier persona experimente desde que se produjo la lesión hasta su total curación, si por las características de la lesión, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral, así como la existencia de ese dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en su organismo, o el dolor psíquico que puede ser también relevante si esa lesión corporal afecta a cualquier elemento del cuerpo del dañador que, a su vez, produzca cualquier deformidad pues que le depare a la víctima dolor o desazón al verse privado en el futuro de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba...”. STS de 3 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 4089).

*hasta que pudiera ser intervenida" no ofrece tampoco la menor duda y éste es el daño moral (pretium doloris) que se indemniza...<sup>982</sup>.*

Similar recepción del *pretium doloris* encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004, la cual resuelve la petición de la víctima quien se sometió voluntariamente a una intervención quirúrgica de reducción de mamas orientada a remediar los dolores de espalda derivados de una hipertrofia mamaria así como una osteoporosis en fase inicial, intervención de la que se derivó una necrosis masiva del único pecho intervenido con la consecuencia final de pérdida total de la zona areola-pezón, condenando al facultativo demandado a pagar a la paciente-recurrente la suma de 147.443 euros, al sostener que: *"Así las cosas, siendo indiscutible que ésta pasó por un trance prolongado en el tiempo y verdaderamente angustioso, con episodios tan crudos como presenciar la eliminación del tejido necrosado, y estando probado que el grado posible de reconstrucción de la mama afectada nunca es total, la Sala entiende que la indemnización procedente por secuelas y daños moral, englobando todas las peticiones de la demanda reseñadas en el párrafo anterior, debe cifrarse en 23.000.000 de ptas...<sup>983</sup>.*

En otro orden de ideas, al apreciar las particularidades que nos ofrece el *Common Law*, cabe destacar la existencia de una figura que en dicho sistema podría ser calificada como el equivalente del *pretium doloris*, nos referimos así a la figura inglesa del *pain and suffering* en cuya virtud se ordena la reparación de todo sufrimiento, sea mental o físico, experimentado a consecuencia de lesiones personales o de otro modo. En este sentido se destaca que el dolor físico a consecuencia de lesiones ha sido indemnizado desde antiguo en el *Common Law*, indemnización que posteriormente fue extendida al sufrimiento, por lo que en términos generales se puede afirmar que no existen grandes diferencias entre dolor y sufrimiento, y así también lo ha entendido la

---

<sup>982</sup> STS de 18 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9769).

<sup>983</sup> STS de 22 de junio de 2004 (RJ 2004, 3958).

jurisprudencia de este sistema, donde usualmente no se hace diferencias entre estos tipos de daños<sup>984</sup>.

Sin embargo, se ha planteado una diferenciación más teórica que práctica sobre estos dos tipos de padecimientos, destacándose por un lado, que *pain* alude al dolor físico y a la molestia atribuible al daño en sí mismo, al dolor causado por la lesión y su posterior tratamiento, al dolor ocasionado por la incapacidad física y las molestias que todo ello conlleva, e incluso ingresan en este concepto lo desfigurada que pueda quedar la persona producto de la lesión. Y por otro, que *suffering* estaría más relacionado con el estado mental o problema mental que la víctima sufre como consecuencia del daño. Nos referimos a la ansiedad, preocupación, miedo, tormento, en definitiva cualquier problema de este tipo<sup>985</sup>.

Por último, dentro de los problemas que deben incluirse en los *pain and suffering*, las jurisprudencia inglesa ha señalado, entre otros: dolor extremo padecido bajo un tratamiento médico realizado sin anestesia –en *Kralji v McGrath*–; temor a un embarazo futuro que puede resultar problemático –en *Kralji v McGrath*–; el estrés mental producido a una persona al no saber si uno de sus ojos parcialmente dañado presentará deterioros irreversibles en el futuro –en *Rourke v Barton*–; estado depresivo agudo posterior a una desfiguración – en *Comber v Greater*– entre otras<sup>986</sup>.

*b. – Perjuicio de afecto (préjudice d'affection).*

Un segundo tipo de perjuicios morales que normalmente deriva de un actuar médico defectuoso vendría a ser el denominado perjuicio de afecto. Esta clase de perjuicios se encuentran asociados a la angustia que se produce usualmente en los parientes cercanos debido a las lesiones o al fallecimiento

---

<sup>984</sup> Así es destacado por el autor chileno, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista...*p. 164.

<sup>985</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa...* p. 147.

<sup>986</sup> Para un detalle de la casuística citada véase a BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa...* p. 147 y 149.

de la víctima. En la actualidad, como observa la tratadista francesa BACACHE-GIBELI, los tribunales de justicia galos están por admitir ampliamente la reparación del *préjudice d'affection*<sup>987</sup>, no existiendo dudas que cuando la víctima inmediata ha fallecido o cuando ésta ha sobrevivido al hecho dañoso quedando con una discapacidad, deba repararse el perjuicio sufrido por los parientes cercanos de la víctima<sup>988</sup>.

Por su parte en el Derecho español, este tipo de perjuicio moral cobra importancia respecto de los denominados daños morales por repercusión o rebote a raíz de la muerte de un ser querido<sup>989</sup>, ya que siendo el daño moral en este específico caso reconducible a la esfera psíquica, y alterando en mayor o menor medida el elemento afectivo, no resulta fácil determinar si ha de aceptarse el reconocimiento de una titularidad en favor de todos aquellos que puedan acreditar tener o haber tenido una relación de amor, de afecto o incluso solamente de estima y admiración por la persona directamente perjudicada.

Para dar respuesta a la interrogante planteada resulta pertinente una breve alusión a lo que en doctrina se ha denominado daño moral por repercusión derivado de la muerte de la víctima principal. Así las cosas, cabe preguntarnos quiénes tienen derecho a demandar la indemnización de los daños morales causados por la muerte de la víctima directa. En la actualidad la respuesta que emerge, parece ser la más sencilla y coherente, en el sentido que tendrían derecho a demandar el resarcimiento de los daños morales, todos aquellos que a consecuencia de la pérdida o lesión grave de un ser querido, hayan padecido un sufrimiento moral<sup>990</sup>.

---

<sup>987</sup> Cuestión que, por lo demás, no ha estado ajena a las críticas por parte de la doctrina, Así, los franceses, VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* p. 60, quienes destacan el carácter particularmente indecente que reviste la "comercialización" de los sentimientos de afección, señalando que "*Battre monnaie de ses larmes est une étrange alchimie*".

<sup>988</sup> Incluso como describe la citada autora, la Cour de Cassation en más de alguna ocasión aceptó reparar el perjuicio de afección que resultaba de la muerte de un animal para su amo. Sobre el particular véase a BACACHE-GIBELI, Mireille. *Droit Civil: Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle...* p. 385.

<sup>989</sup> Al respecto véase a GARCÍA LÓPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona: Bosch, 1990, pp. 252 y ss.

<sup>990</sup> En este sentido se pronuncian en Chile: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Del daño por repercusión o rebote...* p. 385 y el clásico tratadista ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno...* p. 463, quien asumiendo un



Sin embargo, no siempre la postura anterior fue ampliamente aceptada, apreciándose una evolución (iniciada como casi siempre en el derecho francés), desde una posición restrictiva que limitaba a los titulares de la acción de resarcimiento por daño moral exclusivamente a los parientes más próximos o que tuviesen derecho a reclamar alimentos de la víctima inicial, hasta la aceptada en la actualidad tanto por la doctrina como la jurisprudencia<sup>991</sup>.

Como adelantamos, respecto de la tendencia que otorga legitimidad para reclamar el daño moral por repercusión sufrido a cualquier persona que haya padecido un perjuicio moral a consecuencia de la muerte de la víctima inmediata, en una primera etapa existe un amplio rechazo, debido fundamentalmente a que bajo este prisma podrían ser numerosísimas las personas que sufran sinceramente el daño causado a la víctima inmediata, lo cual traería aparejado, inevitablemente, la multiplicación de demandas en contra del agente del hecho dañoso por todos los sujetos que se encuentren en esta situación<sup>992</sup>. Circunstancia que llevó a que la jurisprudencia de esa época se mostrara reticente a conceder este tipo de indemnizaciones principalmente porque se pensaba podía desembocar inevitablemente un colapso de los tribunales.

En efecto, bajo el panorama descrito anteriormente, comienzan a aparecer las primeras acciones reclamando daño moral a consecuencia de la muerte de un ser querido en Francia. Como explican VINEY y JOURDAIN, los tribunales franceses exigieron durante mucho tiempo la prueba de un daño de una gravedad excepcional, lo que les permitía realizar una suerte de limitante de la mayoría de las peticiones. Esta actitud restrictiva, adoptada por la

---

concepto de daño moral como *pretium doloris*, sostiene que pueden demandar la respectiva indemnización los que sufren en razón del suceso y que los hiere en sus propios sentimientos y afectos, aunque no sean parientes ni herederos, puesto que la ley no tiene en cuenta un vínculo particular, ni limita la reparación de este daño a determinadas personas.

<sup>991</sup> En esta misma línea, las españolas NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 175; VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 223 y 224 y los franceses BACACHE-GIBELI, Mireille. *Droit Civil: Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle...* p. 566; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* p. 168; MAZEAUD, Henri et León, TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* p. 415.

<sup>992</sup> De esto da cuenta el chileno ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Del daño por repercusión o rebote...* p. 386. En igual sentido se pronuncian los franceses; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* p. 168.

jurisprudencia francesa, estaba conforme con el principio número 13 de la resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Y sin embargo, en dos decisiones muy nítidas resueltas en 1977 y 1978, la *Cour de Cassation*<sup>993</sup> al amparo de los amplios términos en que se expresa el artículo 1382 del *code*, que por lo demás no establece ni límites ni condiciones a los daños resarcible, apartó esta restricción y decidió que la prueba de un cierto perjuicio había bastado para justificar la petición de reparación sin que sea necesario establecer el carácter excepcional de los sufrimientos soportados<sup>994</sup>. De esta forma como pudimos ver en el camino recorrido, los tribunales civiles franceses se muestran cada vez más acogedores a las peticiones presentadas por las víctimas de rebote, llegando a admitir que cualquier persona que acredite el perjuicio moral a consecuencia del daño inferido a la víctima directa debe ser indemnizado, independientemente de sus relaciones de parentesco con aquella<sup>995</sup>. Concluyéndose que lo único que deben tener en cuenta los tribunales, a estos efectos, es la existencia real y efectiva del pesar invocado más que la relación de parentesco, por lo tanto, si existe daño moral, deberá procederse a su indemnización<sup>996</sup>.

Por su parte la jurisprudencia española<sup>997</sup> no tuvo problemas en asumir la solución adoptada por la jurisprudencia de su vecino país, puesto que como sabemos el artículo 1902 del Código Civil Español se expresa en idénticos términos que su homólogo francés 1382, adoptando el Tribunal Supremo una

---

<sup>993</sup> Detalle de estas resoluciones se encuentran en: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* pp. 168 y ss.

<sup>994</sup> VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* p. 168.

<sup>995</sup> Respecto de esta posición, se destaca una importante defensa desde su planteamiento por los tradicionales autores franceses MAZEAUD y TUNC, quienes rechazando cualquier tesis restrictiva, sostienen que “no cabe reservar la acción de indemnización sólo a los parientes consanguíneos y afines que sean acreedores de alimentos. El pesar experimentado, cuya reparación se asegura, no se limita a unas u otras de esas categorías, puesto que rebasa el círculo mismo de la familia, y es susceptible de afectar a cualquier otra persona”. MAZEAUD, Henri et León, TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* p. 415; en igual sentido más recientemente se pronuncia la autora francesa, BACACHE-GIBELI, Mireille. *Droit Civil: Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle...* p. 566.

<sup>996</sup> Son de esta opinión los franceses, MAZEAUD, Henri et León, TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* p. 416.

<sup>997</sup> Un detallado y actualizado análisis de la casuística judicial española sobre este tipo de daños, lo encontramos en: GÓMEZ CALLE, Esther. *Los sujetos de la responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno...* pp. 463 a 471.

interpretación extensiva al respecto, similar a la realizada por los Tribunales franceses sobre el mismo punto<sup>998</sup>.

No obstante lo anterior, como ha destacado GARCÍA LÓPEZ, en su monografía referente al daño moral, si bien una primera orientación jurisprudencial parecía subordinar la aceptación de la titularidad a la existencia de una obligación alimenticia entre las dos víctimas<sup>999</sup>, una evolución posterior ha centrado su atención en la calidad e intensidad del vínculo afectivo y ha ensanchado considerablemente el círculo en el que las relaciones interpersonales pueden desenvolverse<sup>1000</sup>. Es en virtud de dicha evolución, que los tribunales españoles en reiteradas ocasiones han establecido que cualquiera que acredite este tipo de daños puede exigir *iure proprio* su indemnización<sup>1001</sup> independiente de su condición de heredero o no de la víctima. De esta forma podemos concluir que en el sistema español ya no es necesaria la existencia de un vínculo de parentesco entre el fallecido, perjudicado inicial, y el reclamante perjudicado por rebote, y cuando tal relación de parentesco exista, cumplirá el papel de una presunción de hecho del daño

---

<sup>998</sup> NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 175.

<sup>999</sup> Citando este autor para justificar su observación la Sentencia de la primera sala del Tribunal Supremo de 27 abril 1953, la cual expresa: “siendo uno de los principales fundamentos de la Sociedad paterno-filial la limitación humana, de la que es consecuencia que al no poder ninguna persona, unas veces por su edad y otras por enfermedades u otras causas, satisfacer y remediar siempre con sus propios medios todas sus necesidades se ven obligados a auxiliarse entre sí padres e hijos, obligación moral que se convierte en jurídica originando un derecho cuando alguno de ellos por encontrarse en esas circunstancias se ve forzado a reclamar ante los Tribunales con el nombre genérico de alimentos la ayuda material correspondiente; por lo que resulta indudable que, salvo casos excepcionales que exigen prueba en contrario, la muerte de un hijo ocasiona un evidente perjuicio a sus padres, que ven desaparecer por esa causa el auxilio que les prestaba o podía prestarles más adelante en caso necesario, naciendo de este evidente perjuicio el indiscutible derecho que les asiste cuando su muerte se ha ocasionado por culpa o negligencia de otra persona para exigirla”.

<sup>1000</sup> GARCÍA LÓPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y jurisprudencia...* p. 252.

<sup>1001</sup> Vid. STS de 12 Mayo de 1990 (RJ 1990, 3916); STS 19 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8799); STS 24 de Junio de 2002 (RJ 2002, 5970) y STS 15 Noviembre de 2002 (RJ 2002, 10600), entre otras. Por su parte, la doctrina española también se ha pronunciado en este sentido, así: VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 386 y ss.; GÓMEZ CALLE, Esther. *Los sujetos de la responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno...* pp. 463 y ss.; NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 175; VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* pp. 223 y ss.

moral padecido por este último<sup>1002</sup>, de modo que corresponderá al demandado desvirtuarla<sup>1003</sup>.

Ahora, con respecto al Common Law, encontramos una interesante figura que comparte importantes similitudes con aquella que venimos mencionando, este es el caso del *loss of consortium*, que prácticamente equivale al ya citado *préjudice d'affection* francés pero limitado sólo al cónyuge y al hijo. En efecto, con esta denominación se concede en el *Common Law* norteamericano el derecho a ser indemnizado por las circunstancias de perder al cónyuge o a un hijo, de no poder contar con ellos para las atenciones físicas y morales, así como también por la pérdida de la vida común que se tenía. No se trata del daño por el dolor experimentado por la pérdida, ya que tal perjuicio se encuentra dentro de los *pain and suffering*. Se trata en cambio de un daño causado a algo más complejo de precisar que se comprende bajo la idea de vida conyugal o familiar<sup>1004</sup>.

---

<sup>1002</sup> Un ejemplo de que la consideración de los vínculos de parentesco actúan como una presunción de hecho de los perjuicios morales causados a los allegados de la víctima principal lo encontramos en la STS de 04 de Octubre de 1999 (RJ 1999, 8539) en la que se declara la responsabilidad de la administración por el suicidio en un centro hospitalario de un paciente con problemas psiquiátricos. En relación con la indemnización que corresponde a sus familiares en concepto de los daños morales sufridos por ellos a causa de la muerte de aquel, afirma el Tribunal Supremo que “*los vínculos de afecto y económicos propios de la unidad familiar existen en tanto no se produzca prueba en contrario, la cual corresponde a la administración*”. Un ejemplo más reciente lo encontramos en la STS (sala penal) de 19 de Octubre de 2001 (RJ 2001, 9424), en la que en relación por el daño causado a los hermanos de la víctima por la muerte culposa de ésta, se afirma que “*para no indemnizar a los hermanos por daño moral y en defecto de otros familiares más cercanos, no hay que probar la falta de dependencia económica, sino la rotura del afecto familiar, pues el ser hermano, en un orden natural genera aquel afecto, tradicionalmente reconocido por el Código Penal y por el Código Civil*”. Para un detallado análisis de jurisprudencia al respecto y con referencia al interesante caso de la transmisibilidad de la acción indemnizatoria por daño moral, en España véase PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *La indemnización por causa de lesiones o de muerte...* pp. 613 y ss.; VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* pp. 223 a 248; VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 386 a 390; GARCÍA LÓPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona: Bosch, 1990, pp. 201 a 239; GÁZQUEZ S., Laura: *La indemnización por causa de muerte*. Madrid: Dykinson, 2000; GÓMEZ CALLE, Esther. *Los sujetos de la responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno...* pp. 473 a 477.

<sup>1003</sup> NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 175; VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración...* pp. 228 y 229; GÓMEZ CALLE, Esther. *Los sujetos de la responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno...* p. 464; En Francia, por todos CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 383.

<sup>1004</sup> PROSSER y KEETON. *Law of Tort...* pp. 931 y ss. También destaca esta particularidad del *Common Law*, el chileno, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista...*p. 166.

La comentada figura originalmente nació como el derecho del marido a ser indemnizado por la pérdida de las atenciones o servicios de toda especie que tenía sobre su mujer, específicamente los sexuales, bajo la noción de poder o control marital, pero hoy se le concibe bajo el supuesto que marido y mujer forman una unidad que se ve afectada por el daño causado a uno de ellos<sup>1005</sup>. Con relación a esta categoría, cabe destacar que, en el derecho norteamericano, se la ha considerado como un tanto oscura, debido a que originalmente nació como una variedad de daño patrimonial que se concedía como la pérdida de los servicios a que tenía derecho el marido, de allí que algunos tribunales de este sistema conserven la calificación de *loss of society* para referirse a este tipo de daños. La concepción de pérdida de una relación de contenido más sociológico y moral es de tiempo reciente y de allí el nombre más usual de *loss of consortium*<sup>1006</sup>.

*c. – Perjuicio estético.*

Usualmente los perjuicios estéticos son tratados como una consecuencia de la responsabilidad del facultativo en la medicina voluntaria, es más, casi naturalmente se relaciona la responsabilidad medica dentro de la medicina voluntaria con esta subespecie de perjuicios morales. Sin embargo es de notar que también a consecuencia de una actividad sanitaria realizada con miras terapéuticas nos encontraremos con consecuencias dañosas de este tipo, siendo la entidad del perjuicio y no el ámbito dentro del cual se produzca lo determinante a objeto de su indemnización.

Como característica de esta especie de perjuicio moral cabe apreciar que las lesiones sufridas por la víctima en su cuerpo dejan a menudo graves deformaciones y aunque estas no sean objetivamente tan importantes hacen que quien las padece sienta que tiene un defecto que es notorio ante los demás.

---

<sup>1005</sup> PROSSER y KEETON. *Law of Tort...* pp. 931 y ss.

<sup>1006</sup> Sobre esta distinción, véase el trabajo del chileno, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista...*p. 167.

Dentro de la normativa comunitaria, cabe destacar la ya referenciada Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre compensación de perjuicios en caso de daños corporales y muerte, la cual, como ya tuvimos la oportunidad de apreciar, contempla de forma expresa la indemnización del perjuicio estético en su principio número 11.

Por otro lado, cabe destacar que esta clase de perjuicio se producirá con mayor frecuencia en aquellos casos de medicina satisfactiva y en especial respecto de las cirugías estéticas configurándose para algunos en estos casos una verdadera obligación de resultado para el facultativo. Sin embargo también debemos dejar constancia que el perjuicio estético también se puede derivar de una actuación médica curativa siendo lo relevante no la finalidad de la intervención sanitaria, sino que la exterioridad del perjuicio.

Sobre la entidad de este tipo de daño corporal, hay quienes han señalado, que se constituye por alteraciones en la armonía física o fisonomía, que repercute en la simetría física, atentando contra la belleza o la grata presencia. Las cicatrices o alteraciones morfológicas agudizadas, consecuencia de la pérdida de miembros o elementos fisiológicos, son parte de sus manifestaciones. Esta irregularidad no tiene por qué afectar a partes determinadas del cuerpo, pero ellas tendrán que ser, en todo caso, al menos visibles<sup>1007</sup>.

Por su parte, los Tribunales españoles han mostrado una especial atención por los perjuicios estéticos, configurando una serie de supuestos en los que se aprecia esta clase de daños y destacando como su principal ventaja el hecho de que puede probarse por sí mismo, cumpliendo plenamente los requisitos de realidad y certeza del daño que posibilitan su apreciación. Es por ello que el juez, normalmente no necesitará ayuda técnica para determinar la realidad y magnitud de un perjuicio estético, puesto que en buena parte de los

---

<sup>1007</sup> Sobre este punto véase a BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2007, pp. 87 y 88.

casos sometidos a su conocimiento, él mismo estará en condiciones de constatar su existencia<sup>1008</sup>.

En concordancia con lo anterior, resulta interesante traer a colación lo dispuesto por la sala penal del Tribunal Supremo en la interesante sentencia de 30 de mayo de 1988, que pronunciándose directamente sobre la problemática del perjuicio estético establece que, *“el valor de lo estético lo expresa de manera plástica la conocida pregunta de Pascal, “¿qué curso hubiera seguido la historia del mundo si la nariz de Cleopatra hubiera sido más corta?”. Hoy se sabe que la morfología humana tiene consecuencias graves en el aspecto económico, social, individual, psicológico e, incluso, psiquiátrico de la persona. Y tanto de una mujer, como de un varón, con independencia de su profesión o edad. Limitada durante mucho tiempo la noción de deformidad al rostro, hoy se ha extendido a la generalidad del cuerpo, quizá porque éste se expone con más frecuencia que antes en su práctica integridad a la contemplación ajena. Tampoco se exige ahora que el ofendido quede notablemente deforme, como exigió el Código penal de 1848. Adverbio que desapareció ya en el Texto fundamental penal de 1870. Rechazada en nuestros días la bondad del adagio respecto al “hombre y el oso”, más bello en cuanto menos agraciado, es evidente que la tutela alcanza también a la eventual deformidad ocasionada al varón, sin que quepa distinguir -como ironizaba alguno de nuestros más agudos tratadistas-, entre la cicatriz en la comisura del labio de un bigotudo carabinero y en la de una grácil estrella de la pantalla. Tampoco es decisiva la edad. Para evitar excesos la doctrina recomienda establecer el límite de que la deformidad sea sentida por el sujeto que la sufre. Ello, empero, no es necesario por tratarse de un delito perseguible de oficio, aunque sea lo habitual. Y la realidad es que el recurrente en esta causa es el Ministerio Fiscal. A esta Sala no le es posible contemplar la cicatriz. Ahora bien, por la extensión -cuatro centímetros-, y por el lugar -arco superciliar izquierdo-, es decir, muy visible, es evidente que sí afea al perjudicado -según reconoce la sentencia de instancia-,*

---

<sup>1008</sup> Sobre los criterios utilizados por la jurisprudencia española respecto del perjuicio estético, véase por todos a: VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 366 a 372; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *Responsabilidad civil derivada de asistencia médica...* pp.1074 y ss.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La cirugía estética y su responsabilidad*. Granada: Comares, 1997.

*aunque no de modo sensible, la edad de 52 años -que en ningún caso puede calificarse de avanzada- y el sexo masculino del lesionado no pueden impedir valorarla de deforme por las consideraciones más arriba expuestas*<sup>1009</sup>.

Respecto de la indemnización o compensación este tipo de perjuicios cabe concluir una marcada tendencia que tiende a incluir a dichos perjuicios dentro del amplio catálogo de daños morales, fundamentando en dicho concepto las indemnizaciones por los perjuicios de carácter estéticos que a raíz de un hecho dañoso se le provocaron a la víctima.

Por último, cabe destacar que los tribunales franceses indemnizan desde hace bastante tiempo el perjuicio estético en general y sus variantes como el denominado perjuicio juvenil o *préjudice juvenile*, el que está asociado a valoraciones personales relativas al daño que percibe un sujeto joven, al evidenciar su desgracia, viendo mermada su expectativa de una vida normal en el futuro<sup>1010</sup>.

*d. – Otros padecimientos psíquicos.*

Como última categoría de daño moral derivado de la actividad médica podemos incluir a todos aquellos problemas y desagradados que ha de sufrir el paciente tales como: insomnio, sentimiento de inferioridad, disminución de placeres de la vida causados especialmente por la imposibilidad de realizar ciertas actividades agradables, entre otros. Al respecto, como señala GARCÍA-BLÁZQUEZ, el hombre es un ser esencialmente armónico, es debido a ello que toda lesión física tiene una manifestación psíquica y su expresión más intensa sería el dolor. El hombre a diferencia de los otros seres vivos tiene capacidad

---

<sup>1009</sup> STS 30 de Mayo de 1988 (Sala penal) (RJ 1988, 4111). Particular referencia merece la sentencia de 15 de noviembre de 1991, la que sin ocultar la realidad pero con poco gusto, deja entrever que el perjuicio estético no está asociado necesariamente a la belleza: "*Doctrina constante y pacífica de esta Sala es que la belleza en abstracto constituye un valor cultural básico. Y que, en lo que al hombre respecta, su morfología puede tener consecuencias graves en el aspecto económico, social, individual, psicológico e incluso, psiquiátrico de la persona. Se trate de una mujer o de un varón. Y con independencia de su profesión o edad, puesto que toda persona tiene derecho a mantener su belleza o a que no se acentúe su fealdad*". STS (sala penal) 15 de Noviembre de 1990 (RJ 1990, 8919).

<sup>1010</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa...* p. 86.



para sentir el dolor en el presente (manifestación puntual de la lesión), en el pasado (recuerdo del dolor y la lesión sufrida), y en el futuro (miedo o angustia a que se repita la situación lesiva). De esta forma, podemos agregar que el dolor físico, por regla general, tiende a manifestarse de ciertas formas que comparten cierta uniformidad, como quejidos, llanto, gritos, lamentos, etc. En cambio el dolor psíquico suele ser menos puntual, menos expresivo, menos externo y más emocional, por lo que normalmente se manifiesta de forma de tristeza, depresión, desesperación, angustia, etc.<sup>1011</sup>.

Por otra parte, cabe subrayar que el dolor físico suele tener una correlación directa con la lesión sufrida, por lo tanto es más fácil de cuantificar, en cambio el dolor psíquico o también llamado dolor moral, no siempre guarda correlación con la lesión ni se manifiesta en períodos de tiempo que permitan identificarlo con el perjuicio sufrido, ya que aquí intervienen factores externos como la sensibilidad personal, recuerdos, vivencias, situación familiar, hábitos de vida, entre otros<sup>1012</sup>.

Es por lo explicado anteriormente que surge la inmensa complejidad de su categorización, por lo que no pretendiendo hacer exhaustiva esta clasificación, a continuación haremos una breve referencia a dos tipos de perjuicios desarrollados principalmente en el derecho francés y el *Common Law*, pero que a nuestro entender grafican de buena forma la manifestación del daño moral derivado del dolor psíquico. Hablamos del *préjudice d'agrément* francés y al *loss of amenity* del *Common Law*.

El *préjudice d'agrément*, consistente en la pérdida o limitación de satisfacciones de la vida que la persona lesionada tenía o podía tener normalmente, antes de la ocurrencia del acto dañoso<sup>1013</sup>, dicho daño ha sido tratado por la doctrina bajo los términos de pérdida de agrado, pérdida de

---

<sup>1011</sup> GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Manuel. *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal: (especialmente concebido para jueces, fiscales y abogados)*... pp. 3 y 4.

<sup>1012</sup> Ídem, p. 4.

<sup>1013</sup> Como por ejemplo sucedería en el caso en que un hombre de negocios que disfrutaba de dibujar paisajes los fines de semana producto de un accidente automovilístico pierde sus manos. Cuestión que además del perjuicio corporal, le provoca una pérdida de agrado al quedar limitado, entre muchas otras cosas, de practicar su pasatiempo favorito.

amenidad o *préjudice d'agrément*. En una etapa inicial este tipo perjuicio era sólo indemnizable para aquellos que por su particular actividad tenían condiciones para disfrutar de ciertos goces, los cuales presentaban como diversos de aquellos que una persona común obtiene de la vida<sup>1014</sup>. Sin embargo, actualmente en Francia ha sido abandonada la limitación mencionada, por lo que ahora, bajo la noción de *préjudice d'agrément* cualquier persona lesionada puede demandar la reparación de la limitación que sufre en los placeres o goces usuales de la vida<sup>1015</sup>.

Por su parte, en el Derecho español tanto la doctrina como la jurisprudencia comparten la tendencia de otorgar un carácter amplio a esta clase de perjuicios<sup>1016</sup>. Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 febrero 2001, después de asimilar este tipo de perjuicios al daño moral, lo conceptualiza como: "*la privación para el resto de la vida del disfrute pleno de las propias energías y del desarrollo de la personalidad en el medio social*"<sup>1017</sup>.

A mayor abundamiento, podemos citar una clásica sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de mayo de 1987, en donde se explica el carácter amplio de la pérdida de amenidad en los siguientes términos: "*el daño resultando evidente que la pérdida funcional de una pierna no sólo ha reportado a la víctima una disminución importante de su potencialidad para el trabajo y, consecuentemente, de su rendimiento económico -prudencialmente compensada en el apartado anterior-, sino que le ha privado para el resto de su vida de la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la*

---

<sup>1014</sup> Concepción destacada por el chileno, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista...* p. 159. El ejemplo clásico hace referencia al caso de los artistas o deportistas que tienen una habilidad particular que les proporciona ciertos goces distintos de los que normalmente se indemnizan bajo la idea de daño moral, goce que se ve disminuido o suprimido por el hecho dañoso. Este podría ser el caso del gran esquiador que ya no podrá esquiar, o del gran pianista que ya no podrá tocar etc....

<sup>1015</sup> VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les effets de la responsabilité...* pp. 261 y ss.

<sup>1016</sup> Así lo destaca la española, VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 364.

<sup>1017</sup> STS de 22 febrero 2001 (RJ 2001, 2242).

*depresión, una inevitable inclinación al desánimo, en definitiva, una situación de parcial desvalimiento...*<sup>1018</sup>.

Así las cosas, y a modo de conclusión, cabe destacar que la pérdida de cualquier acto de la vida cotidiana tan corriente como levantarse, lavarse, vestirse, comer, pasear, etc., es susceptible de ser englobado bajo este epígrafe<sup>1019</sup>.

Ahora respecto del sistema del *Common Law*, y particularmente respecto del Derecho inglés, se encuentra una especie de perjuicio cuyas características serían equivalentes a la pérdida de agrado del sistema Continental Europeo, nos referimos en este caso al *loss of amenity*.

Como ya adelantamos, este tipo de daño es similar a la pérdida del agrado, pero se desarrolla en el *Common Law*, entendiéndose que esta clase de daños puede causar una serie de privaciones en las víctimas especialmente en la capacidad para hacer cosas que antes del accidente estaban habilitadas para realizar y, por sobre todo, disfrutar. De esta forma, una persona que no pueda realizar tales actividades, no pudiendo además disfrutarlas a causa de un daño, habrá sufrido un *loss of amenity*, por lo que han de considerarse dentro de este concepto a: la pérdida de la vista que imposibilite leer o pintar; pérdida de una pierna que no le habilite nunca más a practicar un deporte o a caminar; pérdida de una o ambas manos o dedos que impidan al lesionado tocar el piano si lo hacía habitualmente o cargar cosas fácilmente; pérdida de la capacidad de disfrutar de vacaciones o días libres; inhabilidad sobreviniente para jugar con los hijos; pérdida de los planes matrimoniales del futuro; pérdida de la función sexual, entre otras<sup>1020</sup>.

---

<sup>1018</sup> STS (Sala penal) de 7 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3022).

<sup>1019</sup> En este sentido la española VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 364. En Francia VINEY, Geneviève y MARKESINIS, Basil. *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*. Paris: Economica, 1985, p. 71.

<sup>1020</sup> Así lo destaca, entre otros, el tratadista chileno DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista...* pp. 152 y 153.

Antes de finalizar con el desarrollo de este tópico, creemos pertinente referirnos brevemente a una reciente problemática que se ha planteado, la cual versa sobre si procede la indemnización por pérdida de amenidad de una víctima en estado vegetativo o en coma<sup>1021</sup>.

Desde el punto de vista del resarcimiento, han salido las primeras objeciones, estimando inviable indemnizar a una persona que no se sabe si siente y que aparentemente no tiene conciencia del estado en el que se encuentra. Agregan aquellos que, no estando de acuerdo en otorgar dinero como indemnización, en estos casos se desvirtuaría un propósito de la indemnización, cual es que la suma otorgada como indemnización sea utilizada por la víctima, perdiéndose así la función reparadora que tendría la suma otorgada<sup>1022</sup>.

A la postura anterior, se le ha respondido señalando que lo que realmente se busca con la indemnización es proporcionar a la víctima que se encuentra en estado vegetativo, una serie de satisfacciones cualitativamente comparables con aquellas respecto de las cuales fue privada<sup>1023</sup>. En esta misma línea se argumenta que, el hecho de que la víctima a raíz de la lesión corporal haya quedado incapacitada para sentir, no obsta a que con la indemnización pueda proporcionársele una serie de cuidados que hagan que para su familia y principalmente para ella logre llevar una vida digna como ser humano, cuestión que difícilmente podría lograrse si se rechaza esta indemnización<sup>1024</sup>.

---

<sup>1021</sup> Sobre este interesante punto véase entre otros a BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa...* pp. 76 y 85; en Francia, VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* pp. 56 y ss.

<sup>1022</sup> VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* pp. 57 y ss.

<sup>1023</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa...* p. 78.

<sup>1024</sup> LE TOURNEAU, Philippe et CADIET, Loïc *Droit de la responsabilité et des contrats...* pp. 352 y 353; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa...* p. 79.

### 2.3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO.

Como tuvimos la oportunidad de apreciar, la determinación del perjuicio sufrido por el paciente no siempre es una cuestión sencilla, y más aún si consideramos que la clásica visión del requisito de certeza del daño ha sufrido una interesante evolución la cual ha pasado desde una absoluta rigidez, a la admisión de la reparación de perjuicios cuya entidad se encuentra entre la certeza y la eventualidad, y donde no hay objeciones para que su determinación puede darse bajo criterios probabilísticos. Nos referimos así a la denominada *perte d'une chance* o *pérdida de oportunidad*, doctrina que, como vimos en su momento<sup>1025</sup>, tiene sus orígenes en el derecho francés, donde en una primera etapa toda posibilidad de resarcimiento era negada por faltar el requisito de certeza, no apreciándose que una probabilidad tuviese en sí un valor económico merecedor de atención por parte de los tribunales al momento de determinar los daños reparables<sup>1026</sup>.

En respuesta a lo anterior, particularmente en la doctrina francesa<sup>1027</sup>, seguida por la italiana<sup>1028</sup>, con unos indicios en la doctrina española y con interesantes aportaciones del *Common Law*<sup>1029</sup>, se ha acuñado la expresión *perte d'une chance*, *pérdida de oportunidad* o *lost of chance*, para referirse a aquellos casos en los que el demandante pide una indemnización porque la conducta negligente del demandado le impidió aprovechar una oportunidad o ejercer un derecho del cual, con mayor o menor probabilidad, pero no con certeza, obtendría un beneficio. En esta materia, por ejemplo, pueden citarse casos de negligencia profesional del abogado por la cual el cliente no pudo

---

<sup>1025</sup> Vid. pp. 294 a 324 y 380 a 385 respectivamente.

<sup>1026</sup> Así explica los orígenes de esta teoría el autor chileno, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Aspectos de daño como elemento de la responsabilidad civil...* p. 334.

<sup>1027</sup> Dentro de los que destacan: BACACHE-GIBELI, Mireille. *Droit Civil. Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle...* pp. 347 a 354; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité...* pp. 87 a 97; PRADEL, Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la responsabilité...* pp. 237 a 245; CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations...* p. 387 y ss.; CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice...* pp. 31 a 52 y los clásicos LALOU, HENRI. *Traité pratique de la responsabilité civile...*p. 99 y 100; MAZEAUD, Henri; LÉON et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle...* pp. 273 a 279.

<sup>1028</sup> Entre otros: CHINDEMI, Domenico. *Il danno da perdita di chance*. Milano: Giuffrè, 2007; MONTICELLI Nicola. *La perdita di chance...* pp. 175 y ss.; DE CUPIS, Adriano. *Il risarcimento della perdita di una chance* /in/ *Giurisprudenza italiana* vol. I, 1986, pp. 1181 y ss.

<sup>1029</sup> Pp. 294 a 324 y 380 a 385 respectivamente.

ejercer una acción y por lo tanto pierde la oportunidad de ganar el litigio, o en el ámbito sanitario, cuando debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento se priva al paciente de los cuidados médicos debidos lo que importa una disminución de sus posibilidades de curación.

Según esta doctrina los tribunales se ven enfrentados a la reconstrucción ficticia de qué habría sucedido si se hubiera ejercido la *chance*<sup>1030</sup>, determinando y declarando la correspondiente indemnización, no del valor total que implica la pérdida del beneficio alegado, sino de la frustración de la oportunidad de obtener dicho beneficio<sup>1031</sup>, puesto que como bien se ha sostenido, esta *chance* o posibilidad de obtener un beneficio o de evitar un resultado adverso se concibe como un nuevo tipo de daño perfectamente distinguible del “daño final”, entendiendo a éste como aquel perjuicio corporal o económico efectivamente producido<sup>1032</sup>. En otras palabras, el daño en la pérdida de *chance* es, la pérdida de oportunidad y no la oportunidad perdida<sup>1033</sup>.

Así las cosas, cabe sostener que cuando se trata de reparar la *perte d'une chance*, no se pretende que se repare ese derecho eventual en su valor, como si hubiese sido efectivamente adquirido, sino de atribuir un valor a esa posibilidad perdida, de este modo: la imposibilidad de someterse a un tratamiento médico, de acceder a un medicamento determinado, de optar entre varias opciones médicas, la imposibilidad de presentarse a una licitación, a un examen, a una oposición, son reparables en la medida en que existía una seria y razonable esperanza de obtenerlo, puesto que esa oportunidad posee un

---

<sup>1030</sup> Así lo hace la Corte de Casación francesa que en tales supuestos exige a los jueces de instancia que reconstruyan el proceso que no ha tenido lugar, con el fin de determinar las posibilidades de éxito de la acción no ejercitada. Para una explicación más detallada, véase a VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 321 y 322.

<sup>1031</sup> En este sentido el chileno, CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual...* p. 142.

<sup>1032</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel. *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual...* pp. 42 y 43; GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 399; VICENTE DOMINGO, Elena: *El daño...* pp. 263 y 278; LLAMAS POMBO, Eugenio. *El daño por pérdida de oportunidad...* p. 4.

<sup>1033</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* p. 399.

valor económico<sup>1034</sup> o a lo menos moral, es por ello que la pérdida de oportunidad o *perte d'une chance* es hoy en día un perjuicio reparable, puesto que como se ha apuntado “existía una chance y se ha perdido definitivamente, ha salido del patrimonio del perjudicado”<sup>1035</sup>.

Entendiendo a la chance perdida como un daño probabilístico e independiente del denominado daño final, dos son las interrogantes que han de surgir; por una parte aquella referida a su naturaleza jurídica, y por otra, aquella que apunta a determinar cómo ha de calcularse esta especie de perjuicio.

Sobre la primera de las problemáticas apuntadas, cabe destacar que no es una cuestión en la que exista acuerdo, dividiéndose las opiniones entre aquellos que ven en este perjuicio como un daño patrimonial y quienes catalogan a la pérdida de oportunidad como un perjuicio de índole extrapatrimonial, circunscripción que dependerá en gran medida de la naturaleza de la oportunidad perdida.

De este modo, como apunta ASÚA GONZÁLEZ, la noción de pérdida de oportunidad resulta de una imprecisión tal que admite distintas comprensiones sobre el daño a indemnizar. Es así como entre las distintas opciones posibles, destaca esta autora que debe existir una inclinación hacia el daño moral<sup>1036</sup>, no porque lo que se ha perdido en una oportunidad corresponda a bienes de naturaleza personal como la salud, la integridad física o la vida, o porque lo que se trató de proteger sean bienes de naturaleza moral, sino porque “en perspectiva general de pérdida de oportunidad, la forma quizás menos incoherente de explicar el resarcimiento con base en la probabilidad de otros

---

<sup>1034</sup> Sobre el particular se ha destacado que de manera abstracta se entiende que la *chance* o eventualidad de ganancia tiene un valor patrimonial, es una expresión matemática, pues “al menos, la eventualidad vale lo que darían por ella en el mercado, en el caso de que no se hubiera perjudicado”. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil...* p. 459.

<sup>1035</sup> VICENTE DOMINGO, Elena: *El daño...* pp. 263 y 278; LLAMAS POMBO, Eugenio. *El daño por pérdida de oportunidad...* p. 4.

<sup>1036</sup> Esta sería la opción adoptada en alguna ocasión por: STS de 17 de abril 2007 (RJ 2007, 2322); STSJ de la Comunidad de Madrid de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007, 166246).

daños distintos del daño final es calificándolos de morales y vinculando los mismos a la situación provocada por la propia incertidumbre”<sup>1037</sup>.

Por otro lado, bajo el prisma del análisis económico del derecho, sostiene GÓMEZ POMAR, centrándose su análisis en la problemática de la pérdida de oportunidad procesal –razonamiento que también resultaría válido para la pérdida de oportunidad aplicada al ámbito sanitario–, que este tipo de daño viene a configurarse como un perjuicio esencialmente material sin descartar absolutamente un componente moral. Ello, según el citado autor, debido principalmente a la excesiva discrecionalidad que se le entregaría a los jueces si se llegase a calificar de morales esta clase de perjuicios, lo cual traería como resultado una falta de interés por parte del juzgador en valorar el daño realmente sufrido por la víctima<sup>1038</sup>.

Por último, una tercera visión de la problemática apuntada asume que lo correcto es condicionar la calificación jurídica de la pérdida de oportunidad al concreto interés que resulte frustrado, pudiendo ser patrimonial o extrapatrimonial<sup>1039</sup>. De manera que cuando lo perdido es la oportunidad de reclamar la indemnización de un daño emergente, la pérdida de oportunidad será de naturaleza patrimonial, pues lo frustrado significa la posibilidad de recuperar un gasto; y cuando lo que se ha perdido es la posibilidad de un reimplante, de la desaparición de la enfermedad concreta por la terapia adecuada, o de realizarla por un error en el diagnóstico, la naturaleza de la pérdida de oportunidad de curación o sobrevida es extrapatrimonial<sup>1040</sup>.

Teniendo en consideración las posiciones apuntadas, en el caso de la responsabilidad médica resulta claro que la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad se explica sólo desde la perspectiva del interés lesionado, no pudiendo ser catalogada a *priori* como un daño puramente patrimonial o

---

<sup>1037</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* pp. 82 y 83.

<sup>1038</sup> GÓMEZ POMAR, Fernando. *Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral, Comentario a la STS, 1ª, de 8 de abril de 2003...* p. 6.

<sup>1039</sup> NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual...* p. 94.

<sup>1040</sup> VICENTE DOMINGO, Elena: *El daño...* p. 278.



puramente moral, puesto que los daños que normalmente son consecuencia de la actividad médica, pueden ser patrimoniales (v. gr. Gastos hospitalarios, pérdida de ingresos por incapacidad) y morales (sufrimiento, temor, etc.) a la vez.

Para concluir este apartado nos referiremos a la segunda interrogante planteada, la que apunta a determinar cómo ha de calcularse esta especie de perjuicio a efectos de establecer su indemnización.

Al respecto, interesante resultan los argumentos esgrimidos por GÓMEZ POMAR quien pronunciándose respecto de la pérdida de oportunidad procesal, estima que la valoración en caso de pérdida de oportunidad en dicho ámbito se realiza mediante las posibilidades de éxito de un pleito frustrado, para lo cual, más que un estudio a fondo del litigio, lo que debe realizarse es un cálculo de la probabilidad media de éxito en un pleito de la misma clase del que se perdió, multiplicándose dicha probabilidad por la cuantía del pleito para obtener el daño resarcible<sup>1041 1042</sup>, al que puede agregársele, según proceda, el respectivo daño moral.

Extrapolando el argumento anterior al ámbito sanitario y teniendo en consideración lo apuntado al analizar la doctrina de la pérdida de oportunidad como posible solución a la incertidumbre del nexo causal, a efectos de valorar el daño que implica la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médico-sanitaria nos centraremos en dos situaciones donde la doctrina de la pérdida de oportunidad tiene real utilidad práctica, nos referimos al caso de la pérdida

---

<sup>1041</sup> Son de esta opinión, entre otros: MARTÍ MARTÍ, Joaquim. *La responsabilidad civil del abogado y procurador: estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y procurador: cuantificación de los daños y estudio de la casuística jurisprudencial*, 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2009, pp. 81 y ss. y GÓMEZ POMAR, Fernando. *Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral, Comentario a la STS, 1ª, de 8 de abril de 2003...* p. 7.

<sup>1042</sup> Desde esa perspectiva es pertinente traer a colación lo dispuesto en la STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548), donde se resalta que: "... el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones -y, desde luego, en el caso enjuiciado- tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza. La decisión contrapone a este daño patrimonial, calculado con base en probabilidades, un daño moral de valoración discrecional. Pero ese daño moral es el que se conecta con la lesión del derecho a obtener un pronunciamiento judicial".

de oportunidad de curación y a la situación en donde la pérdida de oportunidad es utilizada como expediente moderador del *quantum* cuando el riesgo que no fue informado se materializa.

En la primera de las situaciones debido a un error en el diagnóstico el daño que sufre el paciente viene dado por la pérdida de la oportunidad de sanarse. En tal caso, y a efectos de poder establecer el perjuicio sufrido por éste habrá que hacer un cálculo de las probabilidades de curación para lo cual, primeramente, habrá de calcularse el daño final, perjuicio que usualmente tendrá una configuración tanto patrimonial (pérdida de ingresos, gastos hospitalarios, etc.), como extrapatrimonial (sufrimiento, angustia, etc.), y una vez realizado el ejercicio anterior corresponderá cifrar la indemnización en un porcentaje de tal daño final en función de las probabilidades de curación que se han perdido (v. gr. 30 %, 25%, etc.).

Por su parte, cuando la doctrina de la pérdida de oportunidad se utiliza en la moderación del *quantum* indemnizatorio de un perjuicio que consiste en el riesgo materializado en una intervención que no fue debidamente informado, y sólo en el evento que dicho riesgo se materialice, puesto que la lesión a la autodeterminación implica un perjuicio autónomo el cual para ser exigible se basta con la omisión de alguno de los deberes de información, constituyéndose al respecto dos partidas indemnizatorias completamente autónomas. Cabe precisar que su determinación se realizará primeramente estableciendo el daño total producto del riesgo materializado y luego habrá de calcularse, en función de la probabilidad de que se materializara el riesgo no informado, el porcentaje del daño que corresponde indemnizar por la pérdida de oportunidad.

#### 2.4. LA LESIÓN A LA AUTODETERMINACIÓN COMO DAÑO AUTÓNOMO.

Sobre la trascendencia de la autodeterminación del paciente, no pocos han planteado que es esto lo que realmente se busca proteger con el establecimiento de la doble carga que pesa sobre el facultativo<sup>1043</sup> –informar

---

<sup>1043</sup> En este sentido, se pronuncia la reciente sentencia del Tribunal Supremo español de 13 de mayo de 2011, señalando que: “La falta de información configura en este caso un daño

suficientemente y recabar previo a su actuar el consentimiento informado por parte del paciente<sup>1044</sup>. De esta forma, y teniendo claro que el respeto de la autonomía de las personas se mantiene hasta nuestros días como uno de los principios más robustos de la tradición liberal en el mundo occidental, no resulta complejo visualizar, como lo ha sugerido SCHUCK, que la protección de la autonomía personal se hace más intensa en la medida que las decisiones conciernen más directamente a la integridad de los propios proyectos del sujeto<sup>1045</sup>.

Sobre este punto nos parece necesario insistir en que la correcta información es presupuesto necesario para que el paciente pueda emitir un verdadero consentimiento “informado”, ya que la ausencia de ésta, por correcto que pueda el consentimiento entregado por el paciente, necesariamente implicará una transgresión de este deber fundamental que pesa sobre el facultativo<sup>1046</sup>.

En este orden de ideas, se sostiene que con la exigencia de información y consentimiento se trata de fomentar la idea de autonomía individual de la persona y de estimular la toma de decisiones propias de modo racional, ayudando al paciente en el proceso de toma de decisiones, entendiendo al

---

*moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”.* STS de 11 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279). Volvemos sobre esta particular jurisprudencia al tratar la problemática de la pérdida de oportunidad en caso de incumplimiento de los deberes de información, pp. 315 y ss.

<sup>1044</sup> Al respecto véase a: FADEN, Ruth and BEAUCHAMP, Tom. *A History and Theory of Informed Consent*. Nueva York: Oxford University Press, 1986, pp. 7 a 9; SHAW, Josephine, *Informed Consent: A German Lesson* /in/ *The International and Comparative Law Quarterly* vol. 35 n° 4, 1986, pp. 924 y 925; BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 683, CASTELLETTA, Ángelo. *Responsabilité Médicale, Droits des Malades*. París: Dalloz, 2002, p. 79, LORENZETTI, Ricardo. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Grijley, 1997, pp. 231 a 235.

<sup>1045</sup> SCHUCK, Peter. *Rethinking Informed Consent* /in/ *The Yale Law Journal* vol. 103 n. 4, 1994, p. 924; SHAW, Josephine, *Informed Consent: A German Lesson...* pp. 866 y ss.; DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Consentimiento informado, una visión panorámica* /en/ *Revista Ius et Praxis*, n° 2, 2010, p. 95.

<sup>1046</sup> Sobre los deberes relativos a la información véase pp. 144 y ss.

proceso de información no como una concesión graciable del médico, sino como un verdadero derecho del paciente<sup>1047 1048</sup>.

Así las cosas y como lo vimos al analizar las consecuencias del incumplimiento de los deberes relativos a la información<sup>1049</sup>, la posición que se adopte respecto de la entidad y autonomía del perjuicio que implica la lesión a la autodeterminación del paciente producirá importantes consecuencias en la configuración de la responsabilidad del médico. Reiteramos por tanto nuestra posición al entender que no cabe duda que la infracción de los deberes relativos a la información –entrega de información y obtención del consentimiento informado–priva al paciente de decidir libremente por el sometimiento o no a dicha intervención justificando a nuestro entender un perjuicio independiente de que se materialice o no el riesgo del que no se ha informado, perjuicio que consiste en la lesión de su derecho a la autodeterminación, el cual es un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial (moral) con entidad suficiente para ser tenido en cuenta por el derecho, ya que de no ser así caeríamos en la injusticia de entregar esta carga al paciente-víctima.

En igual sentido se pronuncia DE ÁNGEL, al resaltar que *“poco importa, a estos efectos (precisamente porque sólo hablamos de causalidad material), que la actuación curativa del médico fuese irreprochable con arreglo a criterios de la lex artis propia del caso. Esta circunstancia sólo sirve para no imponer al médico responsabilidad por el concepto de imputación de culpa en la actuación curativa. Por este último concepto (culpa en la actividad de curar), el médico no merece reproche alguno, pero sí lo merece la circunstancia de que tal*

---

<sup>1047</sup> GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, 4ª Ed., Valladolid: Lex nova, 2004, p. 47.

<sup>1048</sup> Resulta interesante traer a colación lo resuelto, en similar sentido, en fechas recientes por el Tribunal constitucional español, quien declara en su sentencia de 28 de marzo 2011 (RTC 2011, 37), que el consentimiento informado se configura como “un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de la autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental”. (lo destacado es nuestro).

<sup>1049</sup> Vid. pp. 204 y ss.

*actuación curativa fuera consecuencia de que el paciente no hubiese tenido oportunidad de decidir que las cosas fueran de otra manera. No debe perderse de vista que el médico estaba obligado a informar íntegramente y que el bien jurídico lesionado es, en estos casos, el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación. Si el paciente se vio privado de ese derecho, lo que el médico realizó luego, aunque fuese correcto con arreglo a la lex artis, significó “la causa” de lo que al paciente acabó aconteciendo”<sup>1050</sup>.*

En esta misma línea cabe destacar más de algún pronunciamiento de la jurisprudencia española donde, como bien observa ASÚA GONZÁLEZ, pareciera que lo que realmente se quiere resarcir es la pérdida de la posibilidad de autodeterminarse<sup>1051</sup> o el daño moral que se derivaría de la lesión del derecho a la autodeterminación.

En este orden de ideas y a modo ejemplar, cabe destacar el considerando quinto de la ya citada sentencia del tribunal supremo español de 4 de abril de 2000, donde la sala con respecto a la valorización de los perjuicios sufridos por la víctima, entiende que: *“Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención...”<sup>1052</sup>.*

---

<sup>1050</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*. Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Yaguez.pdf>, última visita 25 de enero de 2014. En igual sentido se pronuncia PANTALEÓN PRIETO al referirse al criterio de imputación objetiva denominado ámbito de protección de la norma, citando al alemán ZEUNER en los siguientes términos: “El fin de protección del deber de información, del que hay que partir como decisivo a este respecto, se tiene suficientemente en cuenta cuando... en los casos de graves infracciones del deber de información, se concede una indemnización de daño no patrimonial por la intervención in consentida, a causa de la lesión del derecho de autodeterminación. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación...* p. 1589.

<sup>1051</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria...* pp. 103 y ss.

<sup>1052</sup> STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258), citada en las pp. 323 y 324.

Otro interesante ejemplo de la configuración de la lesión a la autodeterminación como un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial y autónoma lo encontramos en el fundamento de derecho cuarto del también citado pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 noviembre 2004 el cual expresa que: “la inexistencia de consentimiento informado supone que el paciente ha sido privado de la oportunidad de decidir que las cosas fueran de otra manera; El bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación(... )En el concreto caso examinado, la operación era prácticamente necesaria, las posibilidades de postergar la intervención eran limitadas (tres o cuatro meses), por lo que cabe razonablemente deducir que la demandante hubiese prestado igualmente un consentimiento informado, aunque, en este último caso, el debido conocimiento de los riesgos de la cirugía la hubiese permitido recabar otras opiniones médicas, meditar sobre la elección de un cirujano de su confianza y, en última instancia, asumir, con la necesaria preparación psicológica, unas secuelas que, a falta de la preceptiva información previa, se han percibido como un daño sorpresivo, incomprensible e inesperado, con el inevitable desasosiego; En todo caso, esta privación de la facultad de decidir en cuestiones atinentes a la salud personal genera, por sí sola, unos daños morales que deben ser resarcidos, ya que el derecho a la dignidad exige que nadie pueda ser ignorado y preterido en el acto de tomar decisiones que afectan a su esfera más íntima y personal, por incidir en el derecho de autodisposición sobre el propio cuerpo”<sup>1053</sup>.

Por último, resulta interesante destacar el pronunciamiento que el Tribunal Supremo hace en la ya citada STS de 13 de mayo de 2011, en donde a raíz de la reclamación que realiza la actora en contra del médico tratante y la compañía aseguradora por una negligencia en la realización de intervención quirúrgica no autorizada ni informada en su menisco izquierdo, el alto tribunal español entiende que la omisión del deber de información configura por sí sola un perjuicio autónomo –lesión a la autodeterminación– que debe ser indemnizado, al destacar que “...No es el daño que resulta de la intervención

---

<sup>1053</sup> SAP de Cantabria de 19 noviembre 2004 (AC 2005, 84). El subrayado es nuestro, sentencia citada en las pp. 321 y 322.

*programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía. La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad"<sup>1054</sup>*

1055

En realidad, como puede verse, la conceptualización de la lesión del derecho de autodeterminación como un perjuicio indemnizable de manera autónoma -en los casos de falta de información y/o falta de consentimiento informado- tiene relevancia, sobre todo, en aquellos supuestos en que el paciente no sufre daño físico alguno como consecuencia de la intervención, por no materializarse el riesgo del que no se informó. Aun cuando en tales circunstancias no exista daño corporal puede, sin embargo, considerarse que se ha producido un daño moral por lesión del derecho de autodeterminación.

En los casos, en cambio, en que se materializa el riesgo del que no se informó o el paciente no consintió, puede acudir, bien a la teoría de la pérdida de la oportunidad –entendiéndose que existe un daño equivalente a la pérdida de una “chance”-, bien a la lesión del derecho de autodeterminación -considerándose que el daño indemnizable es el daño moral consecuencia de la

---

<sup>1054</sup> STS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279), el subrayado es nuestro.

<sup>1055</sup> Dentro de las resoluciones en las que fundamenta su decisión, cita el supremo, respecto de la obligatoriedad de prestar consentimiento expreso por parte del paciente respecto de la intervención quirúrgica efectivamente realizada, lo dispuesto por la STC de 28 de marzo 2011 (RTC 2011, 37), la cual declara que dicho consentimiento informado se configura como “*un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de la autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental*”.

lesión a la autonomía personal-. Pero difícilmente pueden aplicarse ambas conjuntamente porque, de ser así, podría llegar a indemnizarse un mismo daño por dos vías distintas.

### 3.- VALORACIÓN DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

Una vez acreditada la ocurrencia del perjuicio alegado, corresponderá al juez entrar a valorar el daño y señalar sus consecuencias reparatorias, siendo ésta una de las cuestiones más difíciles en su determinación, sobre todo si tenemos clara la idea de que reparar el perjuicio causado no consiste en borrarlo completamente<sup>1056</sup>. Si a esto le agregamos que respecto de los daños no patrimoniales (daños corporales y morales), se entiende que por su particular naturaleza, la indemnización sólo tiene por finalidad ofrecer a la víctima un tipo de satisfacción que le compense de alguna forma el perjuicio sufrido, vemos como se avecina un complejo panorama respecto de la valoración de los perjuicios en la responsabilidad civil médico-sanitaria, sobre todo si tenemos presente que dentro del ámbito médico los daños que usualmente se producen para el paciente serán de índole corporal.

Pero las dificultades no terminan ahí, sino que se acrecientan cuando la determinación del *quantum* indemnizatorio ha de recaer en las denominadas consecuencias no económicas de los daños corporales, debido principalmente a que los atributos de la personalidad (vida, salud o integridad física y psíquica) por definición carecen de valor económico<sup>1057</sup>. De esta forma, se ha sostenido

---

<sup>1056</sup> Como bien ha explicado el clásico tratadista alemán FISCHER, “no está en la mano del hombre descartar del mundo de la realidad los hechos acaecidos. A lo sumo, se podrán detener sus efectos presentes y futuros, mediante ciertas providencias y precauciones, pero nunca borrar los ya ocurridos y realizados”. FISCHER, Hans. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B, Vol. V, 1927. (Traducción de Wenceslao Roces), p. 132. En la misma línea advierte PANTALEÓN PRIETO que, “indemnizar no borra el daño del mundo, sino simplemente lo cambia de bolsillo”. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)*, p. 197.

<sup>1057</sup> Haciéndonos cargo de los problemas presentes tanto en la evaluación como en la reparación de las consecuencias no económicas del perjuicio corporal, queda patente la inviabilidad de una reparación integral en esta clase de daños, debiendo conformarse el juzgador con entregar una compensación a la víctima por el padecimiento sufrido. En la práctica el resarcimiento de este tipo de consecuencias, ordinariamente debiese tomar la forma de una suma de dinero entregada a la víctima, con la cual si bien no se repara todo el daño sufrido, se intenta que con ella, el lesionado pueda darse otro tipo de satisfacciones que le



que por mucho que se pretenda asignar un valor pecuniario a un sujeto, lo cierto es que tal valoración será por esencia inexacta o meramente consensual, puesto que la vida humana, la integridad física, la salud o los órganos de una persona tienen por su naturaleza un valor incalculable y menos en dinero<sup>1058</sup>.

Un último elemento que debe agregarse a este caldo de cultivo, y que a nuestro parecer es el que más complejiza el asunto, dice relación con que en materia médica, a diferencia de lo que puede ocurrir en otras áreas<sup>1059</sup>, la determinación del *quantum* indemnizatorio de los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por el paciente ha de quedar entregada absolutamente a la discrecionalidad judicial<sup>1060</sup>, cuestión que termina por oscurecer un panorama que parecía sombrío, puesto que, como bien lo grafica DE ÁNGEL, “la valoración del daño corporal constituye un gravísimo problema en la práctica, pues la discrecional apreciación por parte del juez de los daños sufridos, y de la suma de dinero con la que deben ser indemnizados, supone, de un lado, una necesidad: la de atender las particularidades del caso concreto, tan diferentes en cada asunto. Pero, de otra parte, se hace imprescindible un mínimo de

---

ayuden a aligerar en lo posible las consecuencias negativas del perjuicio. Es así como, a grosso modo, toma forma la función compensatoria o satisfactiva de la indemnización pecuniaria, respecto de esta clase de daños no patrimoniales.

<sup>1058</sup> SABATER BAYLE, Elsa. *El baremo para la valoración de los daños corporales...* p. 16, sentido que es compartido por DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...* p. 692.

<sup>1059</sup> Como ocurre, por ejemplo, en materia de daños corporales derivados de accidentes de circulación.

<sup>1060</sup> La excesiva discrecionalidad que gozan, en algunos ordenamientos jurídicos, los tribunales de justicia para la determinación del *quantum* resarcitorio en caso de daños corporales, trae una serie de consecuencias negativas entre las que a modo ejemplar podemos destacar: A) Atenta contra el principio de igualdad en virtud del cual a daños iguales debiesen atribuírseles indemnizaciones semejantes, con absoluta independencia de la condición de la víctima ; B) El establecer como reparación de los daños no patrimoniales sumas excesivas y dispares lleva a un aumento considerable de las primas de seguro, lo que trae como consecuencia el incremento de los precios de ciertas actividades productivas riesgosas, lo que se traduce en que sea la sociedad en su conjunto, y no el autor del perjuicio, quien termine soportando casi la totalidad del peso económico de la indemnización; C) Se produce una mercantilización de este tipo de perjuicios, constituyéndose en definitiva su reparación en una fuente de lucro y especulación ; D) Acarrea una situación de inseguridad jurídica que dificulta la posibilidad de asegurar estos daños, creando incentivos imprecisos al cuidado que deben emplear los agentes de riesgo ; E) Se produce una perversa tendencia de emplear a este tipo de menoscabos para dar soporte a demandas infundadas e injustificadas o para palear ausencias e insuficiencias de pruebas de daños materiales , lo cual se traduce en un aumento nocivo de la litigiosidad. VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* p. 305; BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 316 y 317; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El daño moral...* p. 711; CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual...* p. 168.

homogeneidad (no uniformidad), pues de otro modo se pueden conceder (y de hecho se conceden) indemnizaciones pecuniarias de cuantía muy distante en situaciones muy parecidas entre sí”<sup>1061</sup>.

Así las cosas, vemos como entregar a la absoluta discrecionalidad de los órganos judiciales la valoración de esta clase de perjuicios derivados de una actuación médica deficiente no soluciona la problemática descrita, al contrario, genera una serie de inequidades e inseguridades que algunos sistemas jurídicos europeos han intentado corregir con el establecimiento de sistemas racionales de valoración de los perjuicios, denominados generalmente como baremos<sup>1062</sup>.

Sin embargo, el establecimiento de un sistema de baremación de los daños de naturaleza extrapatrimonial que pudieran ocurrir dentro del ámbito sanitario no implica necesariamente cantar victoria sobre los múltiples problemas que la valoración de estos trae aparejados. En este sentido, un ejemplo de que no cualquier sistema racional de valoración de perjuicios viene a solucionar las múltiples dificultades que la determinación del *quantum* indemnizatorio implica, lo encontramos en el sistema de valoración de los daños corporales derivados de accidentes de circulación instaurado por la ley 30/1995 de ordenación y supervisión de los seguros privados en el ordenamiento jurídico español de cuyos problemas la doctrina y jurisprudencia ha hecho eco en numerosas ocasiones<sup>1063</sup>.

---

<sup>1061</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil...* p. 692.

<sup>1062</sup> Como características generales de los sistemas de baremación de daños, cabe destacar que estos pueden ser confeccionados con la ayuda conjunta de distintos profesionales del área –médicos, juristas, jueces–, o sobre la base de análisis estadísticos –precedentes judiciales de los tribunales superiores–. Por otro lado, las tablas en algunos sistemas son recogidas directamente por el legislador –Francia, Bélgica, Italia– y en otros, las prácticas judiciales previas son ordenadas y recogidas de forma sistematizada en publicaciones especializadas, sin una baremación médica anterior –Alemania, Austria, Países Bajos, Inglaterra–. Al respecto, véase a: BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa...* p. 465; BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual...* p. 318.

<sup>1063</sup> Sobre esta interesante cuestión, puede verse entre otros a: SABATER BAYLE, Elsa. *El baremo para la valoración de los daños corporales...* pp. 19 y ss.; ROCA i TRIAS, Encarna. *Derecho de daños: Textos y materiales...* pp. 143 y 144; MARTÍN DEL PESO, Rafael. *La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil...* p. 111; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)...* pp. 180 y 181; VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño...* pp. 404 y 405; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Sobre la inconstitucionalidad del*

A modo de conclusión, y entendiendo por una parte, al régimen de baremos como una de las herramientas que los ordenamientos jurídicos disponen para limitar la excesiva discrecionalidad judicial en la determinación del *quantum* indemnizatorio de los perjuicios de naturaleza extrapatrimonial; y constatando por otra, que los tribunales de justicia al pronunciarse sobre casos de daños derivados del actuar médico se han ido alejando del principio de igualdad hasta llegar, en algunos casos, a rayar en la arbitrariedad (fijando cuantías muy diferentes para compensar supuestos similares y cantidades semejantes para compensar supuestos completamente diferentes), consideramos de *lege ferenda* la necesidad de que en el sistema español, y en otros similares, se adopten mecanismos tendentes a la racionalización del sistema general de valoración de daños, estableciendo así, límites objetivos a la amplia discrecionalidad judicial que imperaría respecto de los perjuicios extrapatrimoniales derivados de la actividad médica, que a fin de cuentas produce para el sistema efectos mucho más perniciosos que positivos.

No obstante nuestro apoyo al establecimiento de sistemas racionales de valoración de perjuicios de naturaleza no patrimonial, no apoyamos la admisión de cualquier sistema de baremación. Así, somos críticos del sistema de tasación legal obligatoria de los perjuicios como rige actualmente en el derecho español, a efecto de los daños corporales derivados de accidentes de circulación<sup>1064</sup>. Más bien somos partidarios de la adopción de un sistema de

---

*sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor* /en/ Revista Actualidad Jurídica Civil Aranzadi, nº 245, 1996, pp. 1 y ss.; con similar tono; REGLERO CAMPOS, Fernando. *Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 3ª Ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 1075; MEDINA CRESPO, Mariano. *La valoración legal del daño corporal: análisis jurídico del sistema incluido en la ley 30/1995...* pp. 47 y ss.; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa...* pp. 473 a 483, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. *Derecho de daños...* pp. 223 a 234; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor* /en/ Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, 1997, pp. 2080 a 2084; MARTÍN-CASALS, Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?: consideraciones generales sobre el proyecto Busnelli-Lucas...* pp. 21 a 34.

<sup>1064</sup> Las críticas que se han planteado al sistema, siguiendo al profesor PANTALEÓN PRIETO pueden sistematizarse de la siguiente forma: A) el sistema de valoración adolece de numerosas imperfecciones, así, en lugar de una reforma parcial, plantea este autor que sería deseable la elaboración de una ley de indemnizaciones para el caso de lesiones corporales o muerte de general aplicación a los responsables, particulares o administraciones públicas, englobando tanto a la responsabilidad civil contractual como la extracontractual. Por otro lado

baremación: no legal; de periodicidad anual; meramente orientativo; de aplicación general a todos los tipos de perjuicios personales, y no sólo a los producidos en el ámbito médico; dividido por tipos de lesiones y órganos lesionados; y en el que en su elaboración participen conjuntamente médicos, juristas y jueces. Consideramos además, que su difusión, financiamiento y control debe estar a cargo de entidades públicas y no de empresas aseguradoras, lo cual permitirá independencia, transparencia y aportará la legitimidad de origen necesaria para una utilización adecuada por parte de los órganos judiciales<sup>1065</sup>.

---

la valoración de los daños no patrimoniales derivados de lesiones o muerte, por el contrario deberían quedar sujeta a baremos preestablecidos conforme a unos criterios determinados, legalmente; B) la ley, en lo tocante a las indemnizaciones, debería establecer, a juicio de este autor, con claridad una serie de extremos que se encontrarían en una situación de grave incertidumbre. En concreto sería conveniente fijar los conceptos y partidas indemnizatorias, además de las personas que tendrían derecho a indemnización, de forma tal que toda persona o toda lesión no incluida en la ley como indemnizable, quedara indudablemente excluida de la posibilidad de ser indemnizada por alguna otra vía. Así los daños de carácter patrimonial derivados de lesiones y muerte deberían ser valorados caso por caso bajo el principio de resarcimiento integral. En cuanto a los daños no patrimoniales, deberían someterse a unas tablas o baremos en los que fueran tenidos en cuenta como factores correctores circunstancias tales como el salario o edad de la víctima, así como las cantidades compensatorias que ésta pudiera percibir por otros conceptos (v. gr. seguridad social), las cuales deberían deducirse de la cantidad asignada en concepto de compensación ; C) el nuevo baremo no solucionará el problema del respeto al principio constitucional de igualdad ante la ley, ya que no existe mayor falta de respeto a dicho principio que tratar igual a casos desiguales, de forma tal que el nuevo sistema basado en el mal entendimiento del principio de igualdad, vulnera frontalmente al aludido precepto constitucional; D) los perjuicios de naturaleza patrimonial derivados de daños a las personas no pueden estar sometidos a baremos indemnizatorios de ningún tipo, fundamentalmente porque la institución de la responsabilidad civil no tiene una función punitiva, ni tampoco la consistente en lograr la redistribución de la renta. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor... pp. 1 y ss. y PANTALEÓN PRIETO, Fernando. De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor /en/ Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, 1997, pp. 2080 a 2084. En similar sentido se ha pronunciado Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. Derecho de daños... pp. 233 y 234.

<sup>1065</sup> En similares términos a los propuestos se pronuncia GALÁN CORTÉS, al destacar que: *“En nuestro criterio, la existencia de un baremo general de daños –no un baremo específico y exclusivo para las reclamaciones médicas–, de carácter orientativo y flexible, puede resultar de gran utilidad en esta materia para cuantificar el daño no patrimonial, pues el lucro cesante debe fijarse en función de lo probado en cada caso, habiéndose observado, en realidad, como gran parte de nuestros Tribunales han tomado, con carácter, insistimos, orientativo, el baremo dispuesto ex lege para la valoración económica de los daños personales sufridos con ocasión de los accidentes de circulación, acomodándolo al caso concreto en función de todas y cada una de las circunstancias concurrentes, evitando, con este proceder, esas enormes diferencias, muchas veces injustificadas, entre las indemnizaciones fijadas en diferentes Tribunales para supuestos similares”*. GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica...* pp. 651 y 652.

# CONCLUSIONES

## CAPÍTULO PRIMERO

1. La determinación del régimen de responsabilidad aplicable a la actividad médica es una cuestión que sólo podrá ser respondida a la vista del caso concreto y cuya respuesta, en buena parte de los casos, no podrá ser unívoca debido a la existencia de muchas zonas grises en donde no resulta claro apreciar si estamos dentro de los márgenes de uno u otro tipo responsabilidad. Así la respuesta será diferente según el tipo de prestación que se realice pudiendo darse los siguientes supuestos en la actividad privada: a) Prestación de servicios médicos en virtud de un contrato celebrado entre el facultativo y el paciente; b) Prestación de servicios médicos en virtud de un contrato celebrado entre el paciente y la clínica privada; c) Prestación de servicios médicos en virtud de un seguro de salud privado; d) Actividad médica realizada sin mediar contrato alguno.
2. Para dar respuesta a la interrogante sobre la naturaleza de las obligaciones que emanarían del contrato celebrado entre médico y paciente, resulta útil acudir a la diferenciación entre medicina voluntaria o satisfactiva y medicina curativa o asistencial, según sea la finalidad buscada por la respectiva actuación médica.
3. A efectos de calificar una determinada actividad médica como curativa o voluntaria es fundamental centrarse más en la existencia o no de una necesidad terapéutica en el paciente que en la actividad concreta a realizar, de esta forma podemos encontrarnos en algunos casos con cirugías estéticas (reconstructivas por ejemplo) que tendrán el carácter de curativas, no por la particular actuación médica, sino porque existe una real necesidad terapéutica en la actuación.
4. Tanto en la medicina curativa como en la voluntaria, la respuesta sobre la configuración de la obligación del médico como de medios o de

resultado no es una respuesta con una solución unívoca, por el contrario, son muchos los matices que confluyen en el caso concreto, por lo que dicha calificación dependerá de lo que se haya pactado expresamente y de lo que el paciente o cliente (según proceda), aunque no haya pacto expreso, puede esperar de acuerdo con la naturaleza del contrato y las características de la prestación.

5. Cuando estemos frente a un caso de medicina satisfactiva o voluntaria la información que el médico pueda suministrar al cliente con relación a la intervención a efectuar (posibilidades de éxito, existencia de secuelas, etc.), tendrá la virtud de delimitar la respectiva prestación en el entendido que si de la información proporcionada se desprende que no se está garantizando este o aquél resultado, en dicho ámbito existirá una obligación de medios. Por lo tanto, la información entregada por el facultativo con ocasión de una intervención de medicina voluntaria permite deducir en qué medida el galeno se compromete a la obtención del resultado pretendido.
6. Cuando nos encontremos ante un caso de medicina curativa o terapéutica, por regla general y salvo pacto en contrario, el contrato celebrado entre médico y paciente tendrá las características de un contrato de asistencia sanitaria, asumiendo el facultativo una obligación de medios para con su paciente, por lo que el médico no garantizará la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas apropiadas según al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso –de las personas, del tiempo y del lugar–.
7. La posición probatoria en la que se encontraría el paciente de una intervención desarrollada dentro del ámbito de la medicina asistencial o curativa donde medie un contrato entre éste y el facultativo –daño derivado del incumplimiento contractual– es sustancialmente idéntica a la que tendría en caso de ausencia de vínculo contractual –víctima de daño aquiliano–, puesto que en ambos casos, para configurar la responsabilidad del médico en cualquiera de las sedes señaladas, el

paciente tendrá la carga de acreditar: el daño, el nexo causal y la culpa o negligencia.

8. Respecto de la denominada medicina curativa, resulta prácticamente indiferente para la víctima de un perjuicio (salvo el conocido plazo de prescripción) el ejercicio de una acción de naturaleza contractual o aquiliana, puesto que lo fundamental a la hora de establecer la responsabilidad del galeno en las actividades médicas que se realizan con una finalidad terapéutica es determinar bajo qué supuestos se puede entender que la conducta del facultativo ha sido negligente, para lo cual, con absoluta independencia del régimen de responsabilidad aplicable, bastará con recurrir a la comparación de su actuar con aquellos parámetros de conducta que determina la denominada *lex artis ad hoc*.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

1. La responsabilidad civil médica no es una rara avis del firmamento jurídico, sino que más bien se perfila como una parte especial de la responsabilidad profesional a la que le serán íntegramente aplicables aquellos principios y preceptos que gobiernan los supuestos genéricos de la responsabilidad civil, por lo tanto, para que se configure la responsabilidad del facultativo en el ámbito de la medicina curativa es necesaria la confluencia de los distintos elementos que configuran la responsabilidad civil, no bastándole al actor con acreditar la existencia de un daño y su vinculación causal con una determinada acción u omisión del facultativo, sino que además deberá probar la concurrencia de culpa en la conducta del médico.
2. Rechazamos toda tendencia objetivadora de la responsabilidad médica principalmente por: a) al no ser la medicina una ciencia exacta, su buen cometido puede verse frustrado por la interferencia de toda una serie de factores aleatorios e inevitables, aun cuando alguno de ellos pueda ser previsible, por lo que asumir dichas tendencias que apuntan hacia la

objetivización pueden traer consecuencias muchos más injustas que las que se pretenden remediar, b) sólo así se evitaría la denominada “medicina defensiva”, donde el actuar del médico está más orientado a evitar la asunción de riesgos que puedan materializarse en daños, que a aplicar al paciente todos los medios y técnicas que conforme al estado de la ciencia puedan ayudar a éste a recuperar su salud, con los evidentes perjuicios que ello traería para la sociedad en su conjunto.

## I. CULPA

3. Sobre la posibilidad que la culpa en materia médica tenga un tratamiento diferente de la culpa en general cabe concluir que no existe diferencia entre éstas, no pudiendo sostenerse, desde el prisma culpabilístico, un tratamiento privilegiado del facultativo por el sólo hecho de su condición.
4. A efectos de determinar si la conducta del facultativo que actúa dentro del ámbito de la medicina curativa o terapéutica ha sido negligente o no, cabe recurrir a los criterios de medición consagrados en el artículo 1104 del Código Civil español, así, nos parece correcto seguir aquella interpretación que establece que el parámetro general de conducta se encontraría en el inciso segundo del citado precepto, lo cual nos lleva a ciertos modelos de comportamiento como el del hombre medio, hombre razonable o, siguiendo el texto de la norma referenciada, el del buen padre de familia, en el ámbito médico dicho modelo de comparación apunta al del buen profesional de la medicina. Sin embargo, el criterio anterior debe ser necesariamente complementado con lo establecido en el inciso primero del citado precepto, el cual permite exigir un parámetro de conducta concreto.
5. A la hora de fijar el modelo de conducta por el cual se han de regir las actuaciones de los profesionales sanitarios en el ejercicio de su actividad, necesariamente deberán tenerse en cuenta las capacidades y conocimientos típicos del grupo profesional al que pertenece el agente, lo cual viene a poner de relieve que no existe una única *lex artis* en el



ámbito sanitario, sino que tantas como diversas sub-especializaciones médicas existan, de esta forma, para determinar la diligencia o negligencia de un determinado facultativo será necesaria previamente la remisión de éste a un determinado grupo profesional, destacando que cada grupo ha de regirse por su propia normativa y procedimientos de actuación.

6. Resulta por tanto de especial interés la determinación de los denominados deberes médicos, ya que que éstos vienen a integrar la denominada diligencia profesional, y permiten concretar cuándo un profesional de la salud ha actuado de forma negligente. Los deberes médicos pueden sistematizarse de la siguiente forma: a) deberes céntricos o primarios del facultativo que estriban por una parte en la asistencia médica propiamente tal, la que estaría comprendida por los deberes de actuación médica y de competencia profesional respectivamente, y por otra por aquellas actuaciones tendentes a la entrega de información y obtención del consentimiento informado; b) deberes secundarios de conducta –aplicados a la actividad médica–, atañen principalmente a obligaciones anexas que, al igual que aquellos deberes céntricos o primarios, integrarían la denominada *lex artis* o diligencia propia de la profesión médica, constituyendo en su conjunto el modelo con el que deberá ser comparado el actuar del facultativo a efectos de establecer su culpa o negligencia. Dentro de estos deberes secundarios de conducta pueden destacarse: el deber de guardar secreto médico; el deber de reducir los riesgos a que somete al paciente; el deber de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente; el deber progresivo de continuar con el tratamiento iniciado; el deber de diligenciar y conservar la historia clínica, entre otros.
7. Respecto de la infracción del deber de actuación médica, cabe destacar que para que pueda exigirse la responsabilidad del facultativo se precisa, además, la existencia de un perjuicio para el paciente y que éste sea consecuencia de una acción u omisión circunscrita al ámbito

médico-sanitario, ya que la mera inobservancia del deber de actuación médica sin la respectiva acreditación del perjuicio de ninguna manera acarreará responsabilidad para el galeno. Como características del acto médico pueden destacarse: a) Que esté ligado al ejercicio de la profesión médica; b) Que esté directamente vinculado a la actividad – sea de medicina curativa o satisfactiva– que se desarrolla en el cuerpo del paciente. Ejemplos de actos médicos: actos de prevención, actos de diagnóstico, actos de prescripción, el tratamiento y la rehabilitación.

8. El deber de competencia profesional, que en nuestro concepto integra el de asistencia médica, abarcaría tres aspectos: en primer lugar, haría referencia a la exigencia de conocimientos básicos por parte del facultativo en razón de su especialidad; en segundo, implicaría el deber de actualización de dichos conocimientos; y en tercer lugar, incluiría la obligación de ejercer la actividad médica según estos conocimientos.
9. Sobre los denominados deberes relativos a la información, cabe concluir que al exigirle al facultativo la entrega de información y/o de obtención del consentimiento del paciente, lo que se busca proteger es la idea de autonomía individual de la persona, es decir, la posibilidad de que el paciente pueda autodeterminarse y elegir libremente si desea o no una intromisión en su propio cuerpo.
10. La información ha de ser entregada antes de la intervención o el tratamiento de que se trate, siempre y cuando sea proporcionada con una antelación suficiente y en condiciones que permitan la adecuada reflexión por parte del paciente. No obstante, si el paciente ha sido previamente informado no tiene por qué serlo nuevamente, salvo que se trate de una intervención completamente nueva no prevista. Pero en aquellos casos en los que se presume que el paciente dispone de una información adecuada, el médico tiene la carga de comprobar que el paciente dispone de esa información razonable.

11. El deber de información del médico no se agota, en nuestra opinión, con la simple transmisión de datos, sino que precisa además, una cierta toma de posición respecto de la información entregada, aconsejando o desaconsejando la respectiva intervención. En cualquier caso, la información debe abarcar: A) la información relativa a la autodeterminación del paciente, que es aquella dirigida a obtener su consentimiento para la intervención debiendo permitir a éste ponderar los pros y los contras de la respectiva intervención, abarcando ésta tres grandes ámbitos: *información sobre el diagnóstico, información sobre el curso del proceso e información sobre los riesgos de la intervención*; y B) la denominada información terapéutica o de seguridad, la cual incluiría aquellas medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, dentro de las que se destacan informaciones sobre la medicación a tomar, las pruebas ulteriores que convenga realizar y medidas de prevención adicionales.
12. Respecto de los riesgos que deben ser informados: A) en la medicina satisfactiva se requiere que se informe al paciente-cliente tanto de los riesgos típicos como de los atípicos, de esta forma la información debe abarcar todos los riesgos previsibles, incluso aquellos que sólo se verifican excepcionalmente. La frecuencia o infrecuencia de un riesgo es absolutamente indiferente de su previsibilidad, en otras palabras, cabe la posibilidad de encontrarnos frente a un riesgo poco frecuente que puede ser perfectamente previsible; B) en la medicina asistencial el facultativo estaría obligado a informar al paciente sólo respecto de los riesgos típicos que conlleva una determinada actuación médica, siendo aquellos que usualmente son asociados a la intervención médica a realizar.
13. La inobservancia de los deberes de entrega de información y/o de obtención del consentimiento informado, como parte integrante de la *lex artis* médica, implican necesariamente una conducta negligente por parte del facultativo, debido a su alejamiento del estándar de conducta exigido para estos casos, lo cual sin duda ha de generar responsabilidad

para éste, siempre y cuando, como es lógico se produzca un perjuicio para el paciente.

14. En el supuesto en que los deberes de información incumplidos son los relativos a la información previa a la obtención del consentimiento del paciente, entendemos que la sola lesión del derecho a la autodeterminación que se verifica con la omisión de alguno de esos deberes de información o de obtención del consentimiento informado por si sola ha de generar un perjuicio de carácter extrapatrimonial para el paciente, el cual puede ser indemnizado aunque no se materialice el riesgo no informado o no consentido. En los casos en que se materialice el riesgo no informado o no consentido por el paciente, puede aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad a fin de que el facultativo no sea condenado a la indemnización íntegra del perjuicio, de modo que el quantum deberá ser morigerado, indemnizándose un porcentaje del daño total producido en función de la probabilidad de que se materializará el riesgo no informado.
  
15. Cuando el incumplimiento se refiere a la información terapéutica, que es aquella que se entrega con posterioridad a la intervención tanto en la medicina voluntaria como en la curativa, concluimos que omitir la entrega de esta clase de información supondrá para el facultativo incurrir en negligencia en la ejecución del tratamiento. El facultativo deberá responder por exponer negligentemente al paciente al riesgo de que con sus propios actos u omisiones impida una previsible curación o mejoría o de que no adopte las medidas adicionales para asegurar el resultado esperado (siempre y cuando, lógicamente, no se produzca la curación o el resultado esperado)
  
16. La carga de la prueba del cumplimiento del deber de informar y de obtener el consentimiento por parte del paciente, pesa sobre el facultativo o el centro de salud según proceda

17. Por aplicación del art. 217 LEC, tanto la carga de la prueba del daño y la relación de causalidad, como la carga de la prueba de la infracción de la *lex artis ad hoc*, le corresponde al actor. No obstante, teniendo a la vista la dificultad que implica fundamentar en términos de justicia material el sostenimiento férreo de la responsabilidad médica por culpa con prueba a cargo de la víctima, nos parece imprescindible suavizar el esquema probatorio mediante la utilización de expedientes probatorios.
18. De los expedientes probatorios analizados (*Prima facie*, *Res ipsa loquitur*, *Faute virtuelle* y La doctrina del daño desproporcionado) cabe concluir respecto de ellos la inexistencia de diferencias fundamentales a parte del ordenamiento del cual se originan (Alemania, EEUU, Francia y España). De esta forma cabe apreciar que estos mecanismos más bien se configuran como modalidades del mismo principio que en términos generales establece que debe entenderse que el agente actuó con culpa (eximiendo por ello de dicha prueba a la víctima), cuando según las máximas de la experiencia, el curso normal de los acontecimientos o el curso lógico de las cosas, el resultado dañoso no pudo haberse producido de no mediar negligencia por parte de éste.

## II. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

19. Como regla general, es la víctima del perjuicio quien deberá acreditar necesariamente la conexión causal entre la conducta del facultativo y el daño sufrido. Sin embargo, la afirmación anterior puede ser matizada en el siguiente sentido: el que *onus probandi* deba correr a cargo de la víctima del daño no implica que dicha carga probatoria no pueda quedar aliviada a través de ciertos mecanismos, por lo que más que afirmar que el perjudicado debe probar la relación de causalidad, lo importante es destacar que la relación de causalidad debe quedar probada. De esta forma, consideramos que se dejan abiertas las puertas para que a lo menos en el ámbito sanitario, y en virtud del principio *pro damnato*, se puedan, al igual como ocurre con la prueba de la culpa, establecer

ciertas herramientas probatorias que en caso de incertidumbre del nexo causal puedan aliviar la prueba que le correspondería al paciente.

20. A efectos de dar solución a la compleja situación probatoria que debido a la incertidumbre del nexo causal se encontraría la víctima de un daño derivado de una deficiente actuación médica, se sugiere tanto la utilización de expedientes similares a los propuestos al analizar la problemática de la prueba de la culpa (*Prima facie*, *Res ipsa loquitur*, *Faute virtuelle* y La doctrina del daño desproporcionado), como la utilización de criterios probabilísticos a efectos de la determinación del nexo causal en materia de responsabilidad médica, los cuales estarían conformados por un conjunto de reglas de umbral de probabilidad según las cuales se impone al eventual causante de un daño la obligación de reparar los perjuicios sufridos por la víctima si la probabilidad de que los hubiera causado excede un umbral determinado.

21. Por otra parte, consideramos correcto analizar la relación causalidad también desde la teoría de la imputación objetiva. Los criterios de imputación objetiva que mayor utilidad prestan a efectos de establecer el nexo causal en materia sanitaria son el del consentimiento de la víctima o asunción del propio riesgo y al denominado criterio de la causalidad adecuada o adecuación, si bien descartamos en esta materia la real utilidad del criterio denominado comportamiento lícito alternativo.

22. Como herramientas probabilísticas que pueden ser útiles en la determinación del nexo causal en la responsabilidad civil médica, han de citarse: a) la *doctrina de la probabilidad estadística*, la cual plantea que en aquellos casos en que resulta imposible esperar certeza en materia de nexo causal el Tribunal puede dictar sentencia condenatoria del demandado, dando por probada la relación de causalidad, cuando los elementos de juicio que le son suministrados lo conducen a un grado suficiente de probabilidad (probabilidad cualificada) de la relación habida entre el actuar del demandado y el daño producido, aquí lo que se busca indemnizar es el daño final; y b) *la teoría de la pérdida de oportunidad* la

que, si bien persigue indemnizar un daño distinto del daño final, pretende dar solución a aquellos casos en que a pesar de no poder establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño existen motivos suficientes para entender que con el comportamiento debido habría existido a lo menos una posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido.

23. Sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad, cabe destacar que la pérdida de la posibilidad de obtener un resultado favorable o evitar un resultado desfavorable, se concibe como un nuevo tipo de daño que perfectamente puede distinguirse del “daño final”, es decir, del perjuicio corporal o económico efectivamente producidos. Si bien el daño al que se refiere la doctrina de la pérdida de oportunidad tiene una configuración (probabilística) diferente del “daño final”, no puede pretenderse que cualquier tipo de probabilidad ha de resultar con entidad suficiente para ser indemnizada, debiendo por ello exigirse, a efectos de que la pérdida de oportunidad de origen a una reparación, que la *chance* goce de cierta seriedad, pretendiéndose con esta exigencia cautelar uno de los requisitos necesarios para que el daño sea reparable, cual es la certeza de éste.

24. Cuando hablamos de la doctrina de pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica, dos son los casos en que mayor utilidad tiene esta teoría: a) la denominada pérdida de oportunidad de curación y b) la pérdida de oportunidad debido a la infracción de los deberes de información.

25. Respecto de la pérdida de oportunidad de curación, cabe concluir que ésta se limita a los casos en que no hay duda de la eficacia causal del comportamiento del médico, que, con su actuación incorrecta (por ejemplo diagnóstico erróneo), ha despojado al paciente, ya en riesgo de vida, de la probabilidad favorable de curación o sobrevivencia. De esta forma, desde un criterio probabilístico, el juez tendrá por probado el nexo causal siempre que el actuar correcto del médico hubiese tenido

posibilidades de éxito en relación a la salud o vida del paciente, de modo que si el médico omitió la conducta debida o la realizó negligentemente deba ser condenado a indemnizar la respectiva probabilidad perdida.

26. Con relación a la pérdida de oportunidad por infracción a los deberes de información, cabe destacar que esta doctrina presenta utilidad para resolver aquellos casos en donde se cristaliza el riesgo típico que no fue debidamente informado o respecto del cual no se obtuvo debidamente el consentimiento por parte del paciente. En tales casos, pese a no existir reproche alguno desde la perspectiva de la actuación técnica del facultativo ha sobrevenido un resultado dañoso para la salud, la integridad física o la vida del paciente, perjuicio que, si bien hay certeza que no se debe a una deficiente actuación técnica del profesional sanitario, no está claro si se ha producido a raíz de la constatada falta o deficiencia de información y/o consentimiento informado.

27. En nuestra opinión en esta hipótesis la cuestión no se resuelve por aplicación del criterio de imputación objetiva de la “asunción del riesgo” porque no creemos que deban serle imputables al facultativo infractor todos los resultados dañosos que impliquen la materialización de los riesgos no informados o no consentidos. Nos parece dable concluir en que el médico no deba ser condenado a indemnizar todo el perjuicio sufrido por el paciente, debiendo utilizarse al respecto la teoría de la pérdida de oportunidad en la modulación de la cuantía indemnizatoria del daño final,

28. La utilidad de esta teoría es doble: por una parte permite obviar el problema que se plantea cuando no se sabe si, de haber tenido la información omitida, el paciente se habría o no sometido a la intervención; y por otra, ayuda en la moderación del *quantum* indemnizatorio de un perjuicio que consiste en el riesgo materializado en una intervención que no fue debidamente informado, lo cual implica indemnizar sólo un porcentaje del daño total sufrido en función de la probabilidad que se produjera el riesgo que se ha materializado.



29. Esta teoría, por otra parte, tendrá aplicación sólo en el evento que dicho riesgo se materialice. En caso de no ser así, existirá en cualquier caso un perjuicio autónomo consistente en la lesión a la autodeterminación el cual se basta con la omisión de alguno de los deberes de información, para constituir un daño indemnizable.

### **III. DAÑO.**

30. Al referirnos al daño en la responsabilidad médica, cabe destacar que la configuración del perjuicio derivado de una actuación dentro del ámbito médico provocará para el paciente usualmente perjuicios de carácter mixto, entremezclándose los perjuicios de carácter patrimonial (gastos hospitalarios, gastos de rehabilitación, traslados, pérdida de beneficios debido a incapacidad del paciente) como de carácter extrapatrimonial (lesiones corporales, sufrimientos, angustias, temores, lesión del derecho a la autodeterminación).

31. Dentro de la clasificación de los daños que pueden producirse a raíz de la actividad médica, entendemos que los daños extrapatrimoniales están integrados no sólo por los daños morales, sino también por los daños corporales, si bien estos últimos pueden tener distintas consecuencias según la naturaleza del interés lesionado (consecuencias económicas y no económicas de los daños corporales).

32. En cualquier caso, para que el daño sea resarcible es necesario que se produzca la lesión de un interés legítimo, debiendo ser el daño, de carácter cierto, no haber sido reparado previamente, y constituir un daño significativo o anormal. Respecto del requisito de certeza, cabe concluir su actual flexibilidad lo que ha permitido que la doctrina de la pérdida de oportunidad tenga cabida en el derecho español, no existiendo objeciones para que pueda determinarse la existencia de ciertos perjuicios bajo criterios probabilísticos.

33. Sobre la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad, entendida como daño distinto del daño final, defendemos que ésta se explica sólo desde la perspectiva del interés lesionado, no pudiendo ser catalogada a priori como un daño puramente patrimonial o puramente moral, puesto que los daños que normalmente son consecuencia de la actividad médica, usualmente pueden ser catalogados de patrimoniales (v. gr. Gastos hospitalarios, pérdida de ingresos por incapacidad) y morales (sufrimiento, temor, etc.) a la vez.
34. En los casos de error de diagnóstico, puede considerarse que el daño viene dado por la pérdida de la oportunidad de curación. En tal caso, y a efectos de poder determinar la entidad del perjuicio sufrido por el paciente, habrá que hacer un cálculo de las probabilidades de curación para lo cual, primeramente, habrá de calcularse el daño final, perjuicio que usualmente tendrá una configuración tanto patrimonial (pérdida de ingresos, gastos hospitalarios, etc.), como extrapatrimonial (sufrimiento, angustia, etc.), y una vez realizado el ejercicio anterior corresponderá cifrar la indemnización en un porcentaje de tal daño final en función de las probabilidades de curación que se han perdido (v. gr. 30 %, 25%, etc.).
35. Cuando la doctrina de la pérdida de oportunidad se utiliza en la moderación del *quantum* indemnizatorio de un perjuicio que consiste en el riesgo materializado en una intervención que no fue debidamente informado, y sólo en el evento que dicho riesgo se materialice, cabe precisar que la determinación del daño a ser indemnizado por aplicación de dicha teoría se realizará primeramente estableciendo el daño total producto del riesgo materializado y luego habrá de calcularse, en función de la probabilidad de que se materializara el riesgo no informado, el porcentaje del daño que corresponde indemnizar por la pérdida de oportunidad.
36. Sobre la valoración de los perjuicios en la responsabilidad médica es criticable la excesiva discrecionalidad judicial que respecto de los

perjuicios extrapatrimoniales (consecuencias no económicas de los daños corporales y daños morales) existe en el ordenamiento español, abogando por el establecimiento de un sistema de baremos al respecto, estableciendo así, límites objetivos a la amplia discrecionalidad judicial que imperaría respecto de los perjuicios extrapatrimoniales derivados de la actividad médica, que a fin de cuentas produce para el sistema efectos mucho más perniciosos que positivos.

37. Somos partidarios de un posible sistema de baremación de daño corporales –diverso al instaurado para los daños derivados de accidentes de circulación- de carácter no legal; de periodicidad anual; meramente orientativo; de aplicación general a todos los tipos de perjuicios personales, y no sólo a los producidos en el ámbito médico; dividido por tipos de lesiones y órganos lesionados; y en el que en su elaboración participen conjuntamente médicos, juristas y jueces. Consideramos además, que su difusión, financiamiento y control debe estar a cargo de entidades públicas y no de empresas aseguradoras, lo cual permitirá independencia, transparencia y aportará la legitimidad de origen necesaria para una utilización adecuada por parte de los órganos judiciales.

# JURISPRUDENCIA CITADA

## I.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 17 de enero de 1994 (RTC 1994, 7).
- STC de 28 de marzo 2011 (RTC 2011, 37).

## II.- TRIBUNAL SUPREMO

- STS 26 de abril de 1966 (RJ 1966, 2164).
- STS 22 de junio de 1967 (RJ 1967, 2926).
- STS 26 de junio de 1980 (Sentencia Número 820/1980).
- STS 30 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4815).
- STS 26 de enero de 1984, (RJ 1984, 386).
- STS 26 de mayo de 1986 (Sentencia Número 319/1986).
- STS 7 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3022).
- STS 13 de julio de 1987 (RJ 1987, 5488).
- STS 12 de febrero de 1988 (RJ 1988, 943).
- STS 12 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4089).
- STS 30 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4111).
- STS 7 de junio de 1988 (RJ 1988, 4825).
- STS 17 de junio de 1989 (Sentencia Número 476/1989).
- STS 20 de junio de 1989, (RJ 1989, 4702).
- STS 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668).
- STS 12 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3916).
- STS 6 de julio de 1990.

- STS 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8919).
- STS 22 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1587).
- STS 8 de marzo de 1991 (Sentencia Número 183/1991).
- STS 11 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2209).
- STS 22 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8399).
- STS 29 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8178).
- STS 30 de enero de de 1993 (RJ 1993, 3551).
- STS 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 771).
- STS 7 de julio de 1993 (RJ 1993, 6057).
- STS 1 de febrero de 1994 (RJ 1994, 854).
- STS 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073).
- STS 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7307).
- STS 6 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7465).
- STS 10 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7475).
- STS 20 de febrero de 1995 (RJ 1995, 886).
- STS 22 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4089).
- STS 15 de julio de 1995 (RJ 1995, 6167).
- STS 3 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 4089).
- STS 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8938)
- STS 8 de abril de 1996 (RJ 1996, 2882).
- STS 8 de abril de 1996 (RJ 1996, 2988).
- STS 31 de julio de 1996 (Sentencia Número 695/1996).
- STS 15 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7110).
- STS 15 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7112).
- STS 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8967).

- STS 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971).
- STS 11 de febrero de 1997 (RJ 1997, 940).
- STS 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240).
- STS 7 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3874).
- STS 26 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4114).
- STS 28 de junio de 1997 (RJ 1997, 5151).
- STS 1 de julio de 1997 (RJ 1997, 5471).
- STS 21 de julio de 1997 (RJ 1997, 5523).
- STS 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6458).
- STS 2 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7405).
- STS 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8690).
- STS 19 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8799).
- STS 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9493).
- STS 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357).
- STS 4 de febrero de 1998 (RJ 1999, 748).
- STS 19 de febrero de 1998 (RJ 1998, 634).
- STS 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1169).
- STS 12 de marzo de 1998 (1998, 1286).
- STS 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934).
- STS 9 de junio de 1998 (RJ 1998, 3717).
- STS 18 de junio de 1998 (RJ 1998, 5290).
- STS 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 5019).
- STS 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 6141).
- STS 8 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7548).
- STS 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371).

- STS 16 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7565).
- STS 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8819).
- STS 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9427).
- STS 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161).
- STS 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10164).
- STS 1 de abril de 1999 (RJ 1999, 2253)
- STS 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2660).
- STS 13 de abril de 1999 (RJ 1999, 2583).
- STS 14 de abril de 1999 (RJ 1999, 2615).
- STS 11 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4802).
- STS 28 de junio de 1999 (RJ 1999, 4894).
- STS 29 de junio de 1999 (RJ 1999, 4895).
- STS 4 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8539)
- STS 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8057).
- STS 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8173).
- STS 2 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1235).
- STS 12 de febrero de 2000, (RJ 2000, 820).
- STS 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258).
- STS 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8126).
- STS 3 de octubre de 2000 (RJ 2000, 7799).
- STS 23 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9197).
- STS 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3).
- STS 27 de enero de 2001 (RJ 2001, 5377).
- STS 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541).
- STS 6 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2233).

- STS 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242).
- STS 24 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3986).
- STS 4 de abril de 2001 (RJ 2001, 2016).
- STS 27 de abril de 2001 (RJ 2001, 6891).
- STS 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6571).
- STS 19 de junio de 2001 (RJ 2001, 4974).
- STS 27 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7130).
- STS 9 de octubre de 2001(RJ 2001, 8731).
- STS 17 de octubre de 2001 (RJ 2001, 33580).
- STS 19 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9424).
- STS 3 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9856).
- STS 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2711).
- STS 4 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1593).
- STS 11 de abril de 2002 (RJ 2002, 3288).
- STS 2 de julio de 2002 (RJ 2002, 5514).
- STS 24 de Junio de 2002 (RJ 2002, 5970).
- STS 15 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10600).
- STS 18 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9769).
- STS 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10404).
- STS 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003. 914).
- STS 31 de enero de 2003 (RJ 2003, 646).
- STS 8 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3890).
- STS 27 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3929).
- STS 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916).
- STS 25 de junio de 2003 (RJ 2003, 4261).



- STS 22 de julio de 2003 (RJ 2003, 5391).
- STS 23 de julio de 2003 (RJ 2003, 80469).
- STS 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6065).
- STS 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6418).
- STS 10 de febrero de 2004 (RJ 2004, 456).
- STS 12 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2146).
- STS 26 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1668).
- STS 27 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2068).
- STS 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 2717).
- STS 27 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3548).
- STS 10 de junio de 2004 (RJ 2004, 3605).
- STS 22 de junio de 2004 (RJ 2004, 3958).
- STS 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5890).
- STS 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7218).
- STS 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238).
- STS 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8212).
- STS 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 82).
- STS 10 de mayo de 2005 (RJ 2005, 9332).
- STS 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8891).
- STS 6 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8763).
- STS 21 de octubre de 2005. RJ 2004, 8547).
- STS 17 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7636).
- STS 24 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7855).
- STS 24 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 111).
- STS 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 10149).

- STS 8 de febrero de 2006 (RJ 2006, 544).
- STS 15 de febrero de 2006 (RJ 2006, 692).
- STS 23 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1823).
- STS 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5291).
- STS 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2399).
- STS 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 5152).
- STS 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 5554).
- STS 26 de julio de 2006. (Número Recurso 3442/1999).
- STS 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548).
- STS 4 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6428).
- STS 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059).
- STS 5 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 232).
- STS 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9172).
- STS 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 396).
- STS 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 552).
- STS 6 de febrero de 2007 (RJ 2007, 922).
- STS 17 de abril de 2007 (RJ 2007, 2322).
- STS 30 de abril de 2007 (RJ 2007, 2397).
- STS 7 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3553).
- STS 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3273).
- STS 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 3871).
- STS 6 de julio de 2007 (RJ 2007, 3658).
- STS 19 de julio de 2007 (RJ 2007, 4692).
- STS 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8254).
- STS 15 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8110).

- STS 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8428).
- STS 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 4256).
- STS 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638).
- STS 17 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5517).
- STS 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789).
- STS 21 de enero de 2009 (RJ 2009, 1481).
- STS 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4323).
- STS 8 de julio de 2009 (RJ 2009, 4459).
- STS 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138).
- STS 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778).
- STS 29 de octubre de 2010 (RJ 2010, 76177).
- STS 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 1313).
- STS 11 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279).
- STS 13 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3279).
- STS 8 de junio de 2013 (RJ 2013, 4376).

### **III.- AUDIENCIAS PROVINCIALES**

- SAP de Ourense de 8 de noviembre de 1997 (AC 1997, 2311).
- SAP de Ourense de 6 de abril de 1999 (AC 1999, 741).
- SAP de Islas Baleares de 13 de febrero de 2001 (AC 2001, 2250).
- SAP de Barcelona de 03 de febrero de 2003 (JUR 2003, 140939).
- SAP de Zaragoza de 12 de mayo de 2003 (JUR 2003, 151749).
- SAP de Barcelona de 29 de septiembre de 2004 (AC 2004, 317).
- SAP de Cantabria de 19 noviembre 2004 (AC 2005, 84).

- SAP de Badajoz de 07 de febrero de 2005 (AC 2005, 290).
- SAP de Madrid de 16 de mayo de 2005 (AC 2005, 1089).
- SAP de Madrid de 19 de mayo de 2006 (AC 2007, 200).
- SAP de León de 5 de septiembre de 2006 (JUR 2009,194465).
- SAP de Barcelona 13 de marzo de 2007 (AC 2007, 732).
- SAP de Murcia 13 de marzo de 2008 (AC 2008, 978).
- SAP de Madrid 8 de julio de 2008 (AC 2008, 1587).
- SAP de Las Palmas de 22 de octubre de 2008 (AC 2009, 42).
- SAP de Madrid 24 de octubre de 2008 (AC 2008, 2118).
- SAP de Islas Baleares de 2 de marzo de 2012 (AC 2012, 731).
- SAP de Murcia de 4 de mayo de 2012 (AC 2012, 995).

#### **IV.- TRIBUNALES SUPERIORES**

- STSJ Castilla-La Mancha 14 mayo 2007 (JUR 2007, 278672).
- STSJ Comunidad de Madrid de 23 de octubre 2006 (JUR 2007, 166246).

## BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier. *El derecho de información sanitaria /en/ Revista jurídica La Ley*, nº 5.698 de 16 de enero de 2003.

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y SANTOS BRIZ, Jaime. *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo IV. Madrid: Trivium, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana /en/ Antonio Cabanillas et. al., Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis DÍEZ-PICAZO*, Tomo II, Madrid: Civitas, 2003.

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 11ª Ed., Barcelona: Bosch, 2002, (actualizada por Reglero Campos Fernando).

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. *El derecho a la autodeterminación de los pacientes /en/ Antonio Cabanillas et. al., Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis DÍEZ-PICAZO*, Tomo I, Madrid: Civitas, 2003.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. 2ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Teoría de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988.

ALMAGRO NOSETE, José. *Reflexiones acerca del arcano de las anotaciones subjetivas /en/ Diario Médico, Sección de Normativa*, 21 de marzo de 2003.

ALONSO PÉREZ, María Teresa. *Contratos de Servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos*. Barcelona: Bosch, 1997.

ALONSO PÉREZ, María Teresa. *La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997)* /en/ Anuario de Derecho Civil, abril-junio 1998.

ALONSO PÉREZ, Mariano. *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.). *Perfiles de responsabilidad civil del nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.

ALONSO PÉREZ, Mariano. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona: Bosch, 1997.

ALPA, Guido. *Il danno biológico. percorso di un' idea*. 3ª Ed. Padua: C.E.D.A.M, 2003.

ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Carga de la prueba en las obligaciones de medios (aplicación a la responsabilidad profesional)* /en/ Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto *Derecho de daños (y otros estudios)*. Buenos Aires: La ley, 1992.

ALTERINI, Atilio. *Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual* /en/ Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto *Derecho de daños (y otros estudios)*. Buenos Aires: La ley, 1992.

ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada: Comares, 1998.

ANRYS, Henry. *Le Responsabilité civile médicale*. Bruxelles: Ferdinand Larcier, 1974.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado* /en/ Reglero Campos, Fernando y Herrador Guardia Mariano (Coord.), Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros. Ponencias VII Congreso Nacional, Úbeda – Noviembre 2007. Madrid: Sepin, 2007.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad civil médica* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 4ª Ed., Tomo II, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad sanitaria* /en/ Díaz Alabart Silvia y Asúa González Clara, Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza. Madrid: Montecorvo, 2000.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), La responsabilidad civil y su problemática actual. Madrid: Dykinson, 2007.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985;

AUBRY, Charles y RAU Charles. *Cours de Droit Civil français*, Tomo IV. París, 1871.

AULLÓ CHAVES, Manuel y PELAYO PARDOS, Santiago. *La historia clínica* /en/ De Lorenzo y Montero, Ricardo (Coord.) Responsabilidad legal del profesional sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid: Edicomplet, 2000.

BACACHE-GIBEILI, Mireille. *Les obligations, La Responsabilité civile extracontractuelle* /en/ Larroumet, Christian (Dir.), *Droit Civil*. Tomo V. Paris: Economica, 2007.

BADOSA COLL, Ferrán. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *La causa del daño en la jurisprudencia reciente* /en/ Revista Chilena de Derecho, vol. 30, nº 2, 2003.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: panorama de derecho comparado* /en/ Revista Chilena de Derecho, vol. 31, nº 2, 2004.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *Peculiaridades de la culpa del profesional liberal: consideraciones dogmáticas* /en/ Revista Anales Derecho UC. Temas de responsabilidad civil, nº 1, 2006.

BARGAGNA, Marino. *Rilievi critici de spunti ricostruttivi* /in/ Bargagna Marino et Busnelli Francesco (Ed.) *La valutazione del danno alla salute*, 2ª Ed., Padua: CEDAM, 1988.

BARNES, David. *Too Many Probabilities: Statistical Evidence of Tort Causation* /in/ Law and Contemporary Problems, vol. 64, 2001.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2007.

BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BELBEY, José. *Responsabilidad de los Médicos* /en/ Revista de Derecho Español y Americano, 1963.



BELLO JANEIRO, Domingo. *Comentario a la STS de 23 de octubre de 2008* /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

BELLO JANEIRO, Domingo. *Comentario a la STS de 8 de noviembre de 2007* /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

BELLO JANEIRO, Domingo. *La responsabilidad civil del médico y la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario en el derecho español* /en/ López Mesa, Marcelo (Dir.). Tratado de Responsabilidad Médica. Buenos Aires: Legis, 2007.

BELLO JANEIRO, Domingo. *La responsabilidad sanitaria* /en/ Bello Janeiro, Domingo (Coord.) Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil. Madrid: Reus, 2009.

BENZO CANO, Eduardo. *La responsabilidad profesional del médico*. Madrid, 1950.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Capítulo VIII, Artículos 25 a 30 LGCDU* /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo y Salas Hernández, Javier (Coord.). Comentarios a la ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Madrid: Civitas, 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentario a la STS 1 de julio de 1997* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 45, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentario a la STS de 4 de febrero de 1999* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 50, 1999.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile. La responsabilità*, vol. 5º. Milano: Giuffrè, 2002.

BILANCETTI, Mauro. *La responsabilità del chirurgo estético* /in/ *Giurisprudenza italiana*, Vol. IV, 1997.

BILLANCETTI, Mauro. *La responsabilità penale e civile del medico*, 5ª Ed., Padua CEDAM, 2003.

BLANCO GÓMEZ Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso* /en/ *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, nº 3, 2004.

BLANCO GÓMEZ, Juan José. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en el derecho sustantivo español*, Madrid: Dykinson, 1996.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. *El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva* /en/ Llamas Pombo Eugenio (Coord.). *Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso*, Tomo I, Madrid: La Ley, 2006.

BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el siglo XXI*. Barcelona: Bosch, 2003.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. Madrid: Editorial Reus, 1979. (Traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa).

BRUER, Robert. *Loss of a Chance As a Cause of Action in Medical Malpractice Cases* /in/ *Missouri Law Review*, vol. 59, 1994.

BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. 3ª Ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2006.

BUSNELLI, Francesco. *Danno biologico e danno alla salute* /in/ Bargagna Marino et Busnelli Francesco (Ed.) *La valutazione del danno alla salute*, 2ª Ed., Padua: CEDAM, 1988.

BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, 1998.

BUSTO LAGO, José Manuel. *La responsabilidad civil de las administraciones públicas* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª Ed., Tomo III, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la sentencia del TS de 24 de mayo de 1990)* /en/ *Anuario de Derecho Civil*, 1991.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch, 1993.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 274 y ss.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge. *La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen* /en/ Caffarena Laporta Jorge y Ataz López Joaquín (coord.). *Las obligaciones solidarias: Jornadas de Derecho civil en Murcia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge. *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva* /en/ *Revista de Derecho Privado*, 1980.

CANTERO RIVAS, Roberto; MARTÍNEZ AGUADO, Luis Carlos y MORENO VERNIS, Miguel. *La historia clínica*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les obligations*, 22ª Ed., Tomo IV. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

CARRASCO GÓMEZ, Juan José. *Responsabilidad médica y psiquiatría*, 2ª Ed., Madrid: Colex, 1998.

CARRASCO PERERA, Ángel. *Artículo 1104 /en/ Albaladejo García Manuel (Dir.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Tomo XV, Vol. 1º*, Madrid: Edersa, 1989.

CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

CARRASCO PERERA, Ángel. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual (1990-1992) /en/ Aranzadi Civil, vol. I, nº 5*, 1993.

CASAS PLANES María Dolores. *Daños médicos causados por error de diagnóstico /en/ Llamas Pombo, Eugenio (Dir.) Estudio de jurisprudencia sobre daños*, Madrid: La ley: 2006.

CASTELLETTA, Ángelo. *Responsabilité Médicale, Droits des Malades*. París: Dalloz, 2002.

CASTILLA BAREA, Margarita. *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid: Dykinson, 2000.

CATAUDELLA, Antonio. *Sul Contenutto del Contratto*. Milán: Giuffré, 1974.

CATTANEO Giovanni. *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in Collana della Rivista Responsabilità Civile e Previdenza /in/ *La responsabilità medica*, Milano: Giuffrè, 1982.

CATTANEO, Giovanni. *Il Consenso del Paziente al Trattamento Medico-chirurgico* /in/ Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milán: Giuffré, 1957.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1992.

CAVANILLAS MÚJICA, Santiago. *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1987.

CERDÁ OLMEDO, Miguel. *Responsabilidad Civil por daños futuros* /en/ Anuario de Derecho Civil, Nº 3, 1985.

CHABAS, François. *Cien años de responsabilidad civil en Francia*. Paris: Van Dieren, 2004. (Traducción y anotaciones de Mauricio Tapia).

CHABAS, François. *La pérdida de chance en el derecho francés*. (Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci) /en/ Jurisprudencia Argentina, vol. 4, 1994.

CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1983.

CHINDEMI, Domenico. *Il danno da perdita di chance*. Milano: Giuffré, 2007.

CHIRONI, Gianpietro. *La culpa en el derecho civil moderno*. Barcelona: Reus, 1978, (Traducción de Adolfo Posada).

CICCITTI, Luigi. *Il bróker di assicurazione e di riassicurazione. Dirittie doveri, quid facti, quid iuris?* Milano: Giuffrè, 2005.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de derecho civil*. Tomo III. Madrid: Reus, 1952. (Traducción de Demófilo de Buen).

COLINA GAREA, Rafael. *La relación de causalidad* /en/ Pena López, José María (Dir.). Derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Madrid: Cálamo, 2004.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Derecho de daños*. Barcelona: Bosch, 2009.

CONTE, Philippe et MAISTRE DU CHAMBON, Patrick. *La responsabilité civile délictuelle*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.

COOPER, Glenn. *Damages for the Loss of a Chance in Contract and Tort* /in/ 6 Auckland University Law Review 39 (1988 – 1991).

CORBELLA DUCH, Josep. *Manual de derecho sanitario*. Barcelona: Atelier, 2006.

CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

CORSARO, Luigi. *Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.). Perfiles de responsabilidad civil del nuevo milenio. Madrid: Dykinson, 2000.

CRESPO MORA, María Carmen. *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*. Cizur Menor: Civitas, 2005.

CRESPO MORA, María. *La prestación debida por el personal médico-sanitario en el ámbito de la medicina voluntaria* /en/ Revista de derecho patrimonial, nº 30, 2013.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel. *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito común*. Barcelona: Bosch, 1985.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Civitas, 1995.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preparatorias* /en/ Derecho y Salud, nº 1, vol. 3, enero-junio 1995.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Comentario del artículo 1902*, /en/ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Dir.). *Comentarios del Código Civil de los Magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y otros*, tomo VIII, 8, 2000.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Comentario del Código civil Español* /en/ Comentario del Código Civil, PAZ-ARES, Cándido et al. Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Consentimiento informado: Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño* /en/ Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Yaguez.pdf>, última visita 25 de enero de 2014.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *El “resultado” en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?* /en/ Llamas Pombo Eugenio (Coord.). *Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso*, Tomo I, Madrid: La Ley, 2006.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (III)* /en/ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 2008.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Intromisión ilegítima. Antijuricidad, culpabilidad, daño y su resarcimiento. Los sujetos activo y pasivo /en/ Honor, Intimidad y Propia Imagen.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencias al Derecho comparado /en/ Revista Española de Seguros, nº 57, 1989.*

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos /en/ Martínez-Calcerrada, Luis y De Lorenzo y Montero, Ricardo (Directores). Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario.* Madrid. Colex. 2001.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario /en/ Revista La ley, nº 1647, 1987.*

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Responsabilidad por actos médicos. Problemas de prueba.* Madrid: Civitas, 1999.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil,* Madrid: Civitas, 1993.

DE COSSÍO CORRAL, Alfonso. *La causalidad en la responsabilidad civil, estudio del derecho español /en/ Anuario de Derecho Civil, vol. 19, nº 3, 1966.*

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

DE CUPIS, Adriano. *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil, 2ª ed.,* Barcelona: Bosch, 1975. (Traducción de Ángel Martínez Sarrión).



DE CUPIS, Adriano. *Il risarcimento della perdita di una chance* /in/ Giurisprudenza italiana vol. I, 1986.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Consentimiento informado y relación de causalidad* /en/ De la Maza Gazmuri, Iñigo (Comp.), Cuadernos de análisis jurídico, colección derecho privado IV, Responsabilidad Médica. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Consentimiento informado, una visión panorámica* /en/ Revista Ius et Praxis, nº 2, 2010.

DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel. *La responsabilidad civil del médico*. Madrid, 1949.

DE LORENZO SÁNCHEZ, Antonio. *De quién son propiedad las historias clínicas* /en/ Deontología derecho y medicina, Colegio oficial de médicos de Madrid, 1977.

DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro et al. *Curso de Derecho civil (II). Obligaciones y contratos*. (Coord.) Carlos Martínez de Aguirre, 3ª ed., Madrid: COLEX, 2011.

DE PACE, Henry. *Traite elementaire de Droit Civil belge*. Bruxelles: Emile Bruylant, 1953.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de derecho civil*, vol. II. Madrid: Reus, 1931. (Traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro).

DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Regulación de conductas y responsabilidad por daños* /en/ Fernández García, Eusebio et. al. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II. Madrid: Dykinson, 2008.

DELL'OSSO, Giuseppe. *Responsabilità e progresso medico*. Milano: Giuffré, 1984.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations*. París: Arthur Rousseau, 1923 – 1933.

DEUTSCH, Erwin. *Medizinrecht*. Berlin: Springer, 1999.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *Comentario a la STS de 8 de mayo de 2003* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 63, 2003.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*. Cizur Menor: Aranzadi, 1996.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto. *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*. Granada: Comares, 2006.

DÍEZ SCHWERTER, José Luis. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis et al. *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual* /en/ Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, La responsabilidad en el Derecho. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2000.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado (dos esbozos)*. Madrid: Civitas, 1979.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Estudios sobre la jurisprudencia Civil*, Vol. I, Madrid: Tecnos, 1973.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, 2ª ed., vol. I, Madrid: Tecnos, 1973.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual* /en/ De Ángel Yágüez, Ricardo e Yzquierdo Tolsada, Mariano (Coord.). *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Madrid: Dykinson, 2001.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La responsabilidad civil hoy* /en/ *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 32, Nº 4, Madrid, 1979.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *El escándalo del daño moral*, Madrid: Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, 9ª Ed., Vol. II. Madrid: Tecnos, 2002.

DOBBS, Dan. *The Law of Torts: Hornbook series*. St. Paul (Minn.): West Publishing, 2000.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista* /en/ *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Nº 188, 1990.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica* /en/ De la Maza Gazmuri, Iñigo (Comp.), Cuadernos de análisis jurídico, colección derecho privado IV, Responsabilidad Médica. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*. 2ª Ed. Valladolid: Lex Nova, 2008.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. 2ª Ed., Valladolid: Lex Nova, 2007.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras*. Ponencia presentada en las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebradas los días 8 y 9 de abril de 2011 en la Coruña. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC-2011-Ponencia-LUELMO.pdf>, última visita 30 de Junio de 2011.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. 11ª revisión por Lehmann Heinrich. Tomo II, vol. II, 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1950 (Traducción de la 35va edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer).

EPSTEIN, Richard. *Torts*. Aspen: New York, 1999.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation i information dans les contrats. Essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992.

FADEN, Ruth and BEAUCHAMP, Tom. *A History and Theory of Informed Consent*. Nueva York: Oxford University Press, 1986.

FELIU REY, Manuel Ignacio. *¿Tienen honor las personas jurídicas?* Madrid: Tecnos, 1990.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *El contrato de servicios médicos*. Madrid: Civitas, 1988.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente* /en/ De Ángel Yágüez, Ricardo e Yzquierdo Tolsada, Mariano (Coord.). Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana, Madrid: Dykinson, 2001.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *Estado actual de la casuística de la responsabilidad sanitaria, a la luz de los Consejos Consultivos, del Consejo de Estado y de la Jurisprudencia* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), La responsabilidad civil y su problemática actual. Madrid: Dykinson, 2007.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*. Madrid: La ley, 1995.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: La Ley, 1987

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Responsabilidad civil médico-sanitaria*. Pamplona: Aranzadi, 1983.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2007.

FERRARA, Francesco. *Teoría del negozio illecito*, Roma, 1914.

FERREIRA SINDE MONTEIRO, Jorge, *Responsabilidade por conselhos, recomendações au informações*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

FIERRO, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

FISCHER, David. *Tort Recovery for Loss of a Chance* /in/ Wake Forest Law Review, vol. 36, nº 3, 2001.

FISCHER, Hans. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B, Vol. V, 1927. (Traducción de Wenceslao Roces).

FLEMING, John G. *The law of torts*, 7ª Ed. Sydney: Law Book Company, 1987.

FLEMING, John. *The Law of Torts*, 9ª Ed., Sidney: Law Book Company, 1998.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Comentario a la STS de 21 de octubre de 2005* /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*, 2ª Ed., Cizur Menor: Civitas, 2007.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*, 3ª Ed., Cizur Menor: Civitas, 2011.

GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel y MOLINOS COBO, Juan. *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*. Granada: Comares, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12ª Ed., Madrid: Civitas, 2011.

GARCÍA GARNICA, María Carmen. *La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial* /en/ Orti Vallejo, Antonio (Dir.). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a actos médicos y a intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*. Cizur Menor: Aranzadi, 2004.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás y MARZO MARTÍNEZ, Blanca. *La propiedad de la Historia clínica* /en Revista La ley, nº 5, 1996.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás y PEREZ-ACCINO PICAPOSTE, Carlos. *La relación médico enfermo ante el derecho* /en/ Actualidad y Derecho, 1993, Tomo I, D-129.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás. *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*. Madrid: Edisofer, 2002.

GARCÍA LÓPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona: Bosch, 1990.

GARCÍA RUBIO, María Paz. *Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica* /en/ Llamas Pombo Eugenio (Coord.). Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso, Tomo I, Madrid: La Ley, 2006.

GARCÍA SERRANO, Francisco de Asís. *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil* /en/ Anuario de Derecho Civil, Madrid Tomo XXV, 1972.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español* /en/ Revista de Derecho Privado, Octubre, 1962.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español* /en/ Revista de Derecho Privado, Tomo XLVI, 1962.

GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Manuel. *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal:(especialmente concebido para jueces, fiscales y abogados)*, 16ª Ed., Granada: Comares, 2009.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO Martín. *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*. Granada: Comares, 2008.

GÁZQUEZ SERRANO, Laura. *La indemnización por causa de muerte*. Madrid: Dykinson, 2000.

GHESTIN, Jacques. *La formation du contrat* /en/ Jacques Ghestin, (Dir.) Traite de Droit Civil. 3ª Ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Reus, 1966.



GIORGI, Jorge: *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Vol. V. Madrid: Reus, 1929 (Traducción de Eduardo Dato Iradier).

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *En la convergencia de dos humanismos: Medicina y derecho* /en/ Anuario de Derecho Civil, 1977.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Configuración jurídica de los servicios médicos* /en/ Estudios de Derecho Público y Privado, Homenaje al Profesor Ignacio Serrano, Tomo I. Valladolid, 1965.

GOLDENBERG Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

GÓMEZ CALERO, Juan. *Responsabilidad civil por productos defectuosos*. Madrid: Dykinson, 1996.

GÓMEZ CALLE, Ester. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 mayo 1998 /en/ Comentario Civitas de Jurisprudencia Civil, num. 48, 1998.

GÓMEZ CALLE, Ester. *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario* /en/ Anuario de Derecho Civil, nº 51, 1998.

GÓMEZ CALLE, Ester. *Responsabilidad civil extracontractual: el desplazamiento de la culpa al nexo causal. Prueba del nexo causal* /en/ Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil octubre-diciembre de 2001, n.º 57.

GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales*. Madrid: La Ley, 1994.

GÓMEZ CALLE, Esther. *Los sujetos de la responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 4ª Ed., Tomo I, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio. *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*. Cizur Menor: Civitas, 2007.

GÓMEZ POMAR, Fernando. *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva* /en/ Revista Indret 1/2001. Disponible en: <http://www.indret.com>.

GÓMEZ POMAR, Fernando. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002, el daño moral de las personas jurídicas* /en/ Indret, vol. 4, nº 105, 2002. Disponible en: <http://www.indret.com>.

GÓMEZ POMAR, Fernando. *Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral, Comentario a la STS, 1ª, de 8 de abril de 2003* /en/ Revista Indret 3/2003, (julio 2003). Disponible en: <http://www.indret.com>.

GONZÁLEZ ANDÍA, Miguel. *Actos de disposición del propio cuerpo y los límites al principio de autonomía* /en/ Revista La Ley (Argentina), 2003-B.

GONZÁLEZ MORAN, Luis. *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona: Bosch, 1990.

GRACIETA ROYO, Luis Pedro e IBARRA GARCÍA, Nuria. *La confidencialidad de la historia clínica: una aportación desde el contrato de seguro* /en/ Revista La Ley (España), nº 3, 2000.

GUERRERO ZAPLANA, José. *El consentimiento informado: Su valoración en la jurisprudencia*. Valladolid: Lex Nova, 2004.

GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, 4ª Ed., Valladolid: Lex nova, 2004.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *La moderación de la culpa por los tribunales*. Valladolid: Lex Nova, 1999.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Abelardo. *El honor la intimidad y la imagen como derechos fundamentales: Su protección civil en la jurisprudencia del tribunal constitucional y del tribunal supremo*. Madrid: Colex, 2009.

HONORÉ, Tony. *Causation and Remoteness of Damage* /in/ Tunc, André (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, The Hague: Martinus Nijhoff, 1971.

JACKSON, Rupert and POWELL John. *On Professional Negligence*, 4ª Ed., London: Sweet & Maxwell, 2000.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Pontificia universidad javeriana, 2008.

JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las nieves. *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid: Tecnos, 2011.

JONES, Michael. *Medical negligence*. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.

JONES, Michael. *Textbook on Torts*, 8ª Ed., Oxford: Oxford University Press, 2002.

JORDANO FRAGA, Francisco. *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico* /en/ Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero 1985.

JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987.

JORDANO FRAGA, Francisco. *Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)* /en/ Anuario de Derecho Civil, enero-marzo 1991.

JOSSERAND, Louis. *Curso de derecho civil positivo francés*. Buenos Aires: Bosch, 1950. (Traducción de Santiago Cunchillos).

JOSSERAND, Louis. *La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*. Paris: Dalloz, 1939.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2007.

JOURDAIN, Patrice. *Limitation thérapeutique de l'information médicale en matière de diagnostic /en/ Recueil Dalloz, sec. Sommaires commentés*, 2001.

KATZENMEIER, Christian. *Artzhaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

KING, Joseph. *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences /in/ Yale Law Journal*, Nº 90, 1981.

KNUTZEN, Erik. *Ambiguous Cause-in-fact and Structured Causation: A Multi-jurisdictional Approach /in/ Texas International Law Journal*, Vol. 38, nº 249, 2003.

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín (et al.). *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II, Madrid: Dykinson, 2009.

LALOU, HENRI. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 6ª edición. Paris: Dalloz, 1962.

LAMARCA MARQUÉS, Albert. *Código civil alemán y ley de introducción al código civil*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LARENZ, Karl: Derecho de obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, (Traducción de Jaime Santos Briz).

LARENZ, Karl: Derecho de obligaciones. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, (Traducción de Jaime Santos Briz).

LARRAIN PÁEZ Cristian. *El daño moral en las personas jurídicas de derecho privado*. Tesis doctoral inédita. Universidad Carlos III de Madrid, 2009.

LAUFS, Adolf y UHLENBRUCK, Wilhelm. *Handbuch des Arztrecht*. München: Beck, 1999.

LE TOURNEAU, Philippe et CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 1996.

LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 6ª Ed., Paris: Dalloz, 2006.

LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2004. (Traducción de Javier Tamayo).

LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1982,

LE TOURNEAU, Philippe. *Responsabilité civile professionnelle*. Paris : Dalloz, 2005.

LEGA, Carlos. *La Libera Professione*. Milano: Guiuffrè, 1952.

LEÓN ALONSO, José. *La categoría de la obligación "in solidum"*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Comentario a la STS de 25 de abril de 1994* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 36, 1994.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *El daño por pérdida de oportunidad* /en/ Práctica de Derecho de Daños. Año VII, Nº 69, marzo 2009.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Formas de reparación del daño (I)* /en/ Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nº 80, 2010.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas* /en/ Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, nº 2, 2002.

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

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Prevención y reparación las dos caras del derecho de daños* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), La responsabilidad civil y su problemática actual. Madrid: Dykinson, 2007.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid: La Ley, 2010.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Reflexiones sobre el derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid: La Ley, 2010.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Responsabilidad médica. Culpa y carga de la prueba* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.). Perfiles de responsabilidad civil del nuevo milenio. Madrid: Dykinson, 2000.

LOBATO GÓMEZ, José Miguel. *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad médica* /en/ Antonio Cabanillas (et. al.), Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis DÍEZ-PICAZO, Tomo II, Madrid: Civitas, 2003.

LOBATO GÓMEZ, José Miguel. *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado* /en/ Anuario de Derecho Civil, 1992.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

LÓPEZ MESA, Marcelo. *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado* /en/ López Mesa, Marcelo (Dir.). Tratado de Responsabilidad Médica. Buenos Aires: Legis, 2007.

LORENZETTI, Ricardo. *Responsabilidad civil de los médicos*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Jurídica Grijley, 1997.

LORENZETTI, Ricardo. *Responsabilidad civil de los médicos*. Tomo II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1997.

LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid: Civitas, 2004.

LUNA YERGA, Álvaro. *Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria* /en/ Revista *Indret*, n° 288, (mayo 2005). Disponible en: <http://www.indret.com>.

LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen. *Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MACIAS CASTILLO, Agustín. *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid: La ley, 2004.

MAGNUS-MICKLITZ. *Comparative analysis of national liability systems for remedying damage caused by defective consumer services*, abril 2004, Institut fur Europäisches Wirtschafts - und Verbraucherrecht.

MALAURIE, Philippe y AYNÈS, Laurent. *Cours de droit civil: Les obligations*. 6ª Ed., Paris: Cujas, 1995.

MARAÑÓN Y POSADILLO, Gregorio. *Vocación y Ética y otros ensayos*, 6.1 ed., Madrid: Colección Austral, 1976.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa. *El derecho al honor de las personas jurídicas*. /en/ De Verda y Beaumonde, José Ramón (Dir.). Veinticinco años de aplicación de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Navarra: Aranzadi, 2007.

MARKESINIS, Basil and DEAKIN, Simon. *Tort law*, 4ª Ed., Oxford: Clarendon Press, 1999.

MARKESINIS, Basil. *The German Law of Torts: A Comparative Introduction*. 2ª Ed., Oxford: University Press, 1990.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim. *La responsabilidad civil del abogado y procurador: estudio y definición de la responsabilidad profesional por error de abogado y procurador: cuantificación de los daños y estudio de la casuística jurisprudencial*, 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 81 y ss.

MARTIN BERNAL. José Manuel. *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*. Madrid: La ley, 1998.

MARTÍN DEL PESO, Rafael. *La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil* /en/ Seijas, José Antonio (coord.), Responsabilidad civil, Aspectos fundamentales. SEPIN: Madrid, 2007.



MARTÍN REBOLLO, Luis. *Voz, Responsabilidad de la Administración (Dº Administrativo)* /en/ Montoya Melgar, Alfredo (Dir.), Enciclopedia Jurídica Básica, vol. IV, Madrid: Civitas, 1995.

MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Comentario a la STS de 29 de Mayo de 2003* /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Comentario a los artículos 1902 a 1910 del Código Civil* /en / Domínguez Luelmo, Andrés (Dir.) Comentarios al Código civil. Valladolid: Lex Nova, 2010.

MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)* /en/ Revista La Ley (España), nº 5249 de 16 de febrero de 2001.

MARTÍN-CASALS, Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?: consideraciones generales sobre el proyecto Busnelli-Lucas* /en/ Revista de derecho patrimonial, nº 8, 2002.

MARTÍN-CASALS, Miquel. *El daño moral* /en/ Cámara Lapuente, Sergio (coord.), Derecho Privado Europeo, Madrid: Colex, 2003.

MARTÍN-CASALS, Miquel. *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual*. Ponencia presentada en las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebradas los días 8 y 9 de abril de 2011 en la Coruña. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC-2011-Ponencia-CASALS.pdf>, última visita 30 de Diciembre de 2011.

MARTÍN-CASALS, Miquel. *Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la L.O. 1/1982* /en/ Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1990.

MARTÍN-CASALS, Miquel. *Principios europeos de la responsabilidad civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

MARTÍN-CASALS, Miquel. *Una lectura de la sentencia del tribunal constitucional sobre el baremo* /en/ La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 6, 2000.

MARTÍN-CASALS, Miquel. *Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil* /en/ InDret 2/2005.

MARTÍN-CASALS, Miquel. *Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil* /en/ InDret 2/2005, Working Paper nº 284. Disponible en: <http://www.indret.com>.

MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT IGUALADA, Jordi and SOLÉ FELIU, Josep. *Medical Malpractice Liability in Spain: Cases, Trends and Developments* /in/ European Journal of Health Law, Vol. I, 2003.

MARTÍN-CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep and SEUBA TORREBLANCA, Joan. *Compensation in the Spanish Health Care Sector* /in/ Jos Dute; Michael Faure and Helmut Koziol (Ed.), No-Fault Compensation in the Health Care Sector (Tort and Insurance Law, vol. 8). New York: Springer, 2004.

MARTÍNEZ AGUADO, Luis. *Aspectos éticos de la historia clínica* /en/ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel (Coord.) La historia clínica. Granada: comares, 2002.

MARTINEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *Relaciones entre la medicina y el derecho binomio interdisciplinar* /en/ ciclo de conferencias pronunciadas en la fundación ramón areces. Disponible en: [http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/Libros/1767925622\\_17112009122954.pdf](http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/Libros/1767925622_17112009122954.pdf), última visita 6 de octubre de 2011.

MARTINEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *Responsabilidad civil profesional del abogado* /en/ Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.). *Perfiles de responsabilidad civil del nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.

MARTINEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *Responsabilidad civil versus extracontractual* /en/ Revista la ley, mayo de 1998, nº 4533.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *El médico en el derecho civil* /en/ Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis (Dir.), *Derecho médico*. Vol. I, Madrid: Tecnos, 1986.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *La responsabilidad Civil*, 3ª Ed., Madrid: Colex, 2004.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *La sanidad tecnificada y el derecho* /en/ Martínez-Calcerrada, Luis y De Lorenzo y Montero, Ricardo (Directores). *Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario*. Madrid. Colex. 2001.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *Sistemas de protección a la salud* /en/ Martínez-Calcerrada, Luis y De Lorenzo y Montero, Ricardo (Directores). *Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario*. Madrid. Colex. 2001.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ José Manuel. *Algunos efectos producidos por la implantación del consentimiento informado en España* /en/ Diario La Ley, nº 6524, de 12 de julio de 2006.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *La cirugía estética y su responsabilidad*. Granada: Comares, 1997.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. *Responsabilidad civil derivada de asistencia médica* /en/ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II. Barcelona: Bosch, 2008.

MARTY y RAYNAUD. *Droit civil, les obligations*, París, 1988.

MASSIS, Thierry. *Violation de la vie privée d'un président de la république décédé et de sa famille par la révélation post mortem de son état de santé par son propre médecin* /en/ Recueil Dalloz, secc. Sommaires commentés, 1998.

MAYAUD, Yves. *La condamnation de l'évêque de bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César* /en/ Recueil Dalloz, secc. Chroniques, 2001.

MAZEAUD, Henri, León, Jean y CHABAS, François. *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*. Tomo II, vol. I, 9ª Ed. París: Montchrestien, 1998.

MAZEAUD, Henri. *Essai de classification des obligations* /en/ Revue Trimestrielle de Droit Civil, vol. 35, París, 1936,

MAZEAUD, Henri; León et TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tomo I, 6ª Ed. París: Éditions Montchrestien, 1965.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I. Barcelona: Bosch, 1995. (Traducción de Martínez Sarrión).

MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.

MEDINA ALCOZ, María. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2003.

MEDINA CRESPO, Mariano. *La valoración civil del daño corporal: Bases para un tratado*, Tomo I. Madrid: Dykinson, 1999.

MEDINA CRESPO, Mariano. *La valoración legal del daño corporal: análisis jurídico del sistema incluido en la ley 30/1995*. Madrid: Dykinson, 1997.

MÉLENNEC, Louis. *Traite de Droit Medical: Le Contrat Medical*. Paris: Maloine S.A Editeur, 1982.

MÉMETEAU, Gérard. *La Responsabilité Civile Médicale en Droit Comparé Français et Québécois*. Montreal, 1990.

MÉNDEZ SERRANO, María del Mar. *Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2007 /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

MENGONI, Luigi. *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi /in/ Rivista di Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Vol. I, 1954*.

MIGNOT, Marc. *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*. Paris: Dalloz, 2002.

MIOLA, José. *Medical ethics and medical law a symbiotic relationship*. Oxford: Hard publishing, 2007.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias* /en/ *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 19, Madrid, 1993.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 8ª Ed., Barcelona: Reppertor, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Ppu, 1984.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Madrid: Civitas, 2000.

MOBILIA, Marcia y Clifford, Elias. *The Law of Medical Liability*. St. Paul (Minn.): West Publishing, 1995.

MOISSET DE ESPANES, Luis. *Curso de obligaciones*, 2ª Ed., Tomo I, Córdoba: Advocatus, 2001.

MONATERI, Giuseppe. *La responsabilità civile*. Torino: UTET, 2006.

MONTICELLI, Nicola. *La perdita di chance* /in/ Alpa, Guido et. Al., *Casi scelti in tema di responsabilità civile*. Milano: Cassa Editrice Dott Antonio Milani, 2004.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *El deber de secreto del profesional* /en/ Romeo Casabona, Carlos María (Coord.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, XXII Coloquio de derecho europeo, Canarias: Universidad de La Laguna, 1993.

MOSSET ITURRASPE Jorge. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1985.

MOURE GONZÁLEZ, Eugenio. *El fundamento ético de la responsabilidad Sanitaria* /en/ *Revista de responsabilidad civil y seguro*, nº 28, año 2008.

MUNAR BERNAT, Pedro. *Daños causados por actos médicos* /en/ Llamas Pombo, Eugenio (Dir.) Estudios de jurisprudencia sobre daños. Madrid: La ley, 2006.

NAVARRO MICHEL, Mónica. *Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005* /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

NAVARRO MICHEL, Mónica. *Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario* /en/ Anuario de Derecho Civil, vol. 56, nº 3, 2003.

NAVEIRA ZARRA, Maita. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2006.

O'CALLAGHAN MUÑOS, Xavier. *Compendio de Derecho civil*, Tomo II, 3ª ed., 2001.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica* /en/ Actualidad Civil, nº 1, 2001.

ORTI VALLEJO, Antonio. *La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios* /en/ Orti Vallejo, Antonio (Dir.). La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

PALOMARES BAYO, Magdalena y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier. *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital: análisis de la legislación europea, nacional y autonómica: estudio de su evolución jurisprudencial*. Granada: Comares, 2002.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación* /en/ Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1990.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentario del artículo 1902 del Código civil Español* /en/ Comentario del Código Civil, PAZ-ARES, Cándido *et al.* Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)* /en/ De Ángel Yágüez, Ricardo e Yzquierdo Tolsada, Mariano (Coord.). Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana, Madrid: Dykinson, 2001.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)* /en/ Moreno, Juan Antonio (coord.), Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Madrid: Dykinson, 2000.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor* /en/ Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 1, 1997.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *El Sistema De Responsabilidad Contractual: (Materiales Para un Debate)* /en/ Anuario de Derecho Civil, Volumen 44, Nº 3, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas* /en/ Documentación Administrativa. nº 237 – 238, 1994.



PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Procreación artificial y responsabilidad civil. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II congreso mundial vasco). Madrid: Trivium, 1988.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración: (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*. Madrid: Civitas, 1995.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor* /en/ Revista Actualidad Jurídica Civil Aranzadi, nº 245, 1996.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Voz, Daño (Dº Civil)* /en/ Montoya Melgar, Alfredo (Dir.), Enciclopedia Jurídica Básica, vol. II, Madrid: Civitas, 1995.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Voz, Responsabilidad por hecho ajeno (Dº Civil)* /en/ Montoya Melgar, Alfredo (Dir.), Enciclopedia Jurídica Básica, vol. IV, Madrid: Civitas, 1995.

PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Comentario de sentencia de 19 de junio de 1990* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 24, 1990.

PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Daños por productos y protección del consumidor*. Barcelona: Bosch, 1990.

PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 4ª Ed., Tomo II, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

PASCUAL ESTEVILL, Luis. *Derecho de daños*. Vol. I., 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1995.

PASCUAL ESTEVILL, Luis. *Derecho de daños*. Vol. II, 1995.

PASCUAL ESTEVILL, Luis. *La responsabilidad contractual y la extracontractual, aquiliana o delictual* /en/ La Ley, n.º 2883, 26 de noviembre de 1991.

PENNEAU, Jean. *Comment une faute le médecin qui néglige les règles de l'art pour satisfaire le souci esthétique de son patient* /en/ Recueil Dalloz, sec. Sommaires commentés, 1995.

PENNEAU, Jean. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. Paris: L.G.D.J., 1973, nº 204, pp. 137.

PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*, 3ª Ed., Paris: Dalloz, 2004.

PENNEAU, Jean. *Le médecin est tenu d'une obligation de moyens et non de résultat quelle que soit la nature de son intervention* /en/ Recueil Dalloz, sec. sommaires commentés, 1991.

PENNEAU, Jean. *Responsabilité civile d'un médecin ayant pratiqué une circoncision sur un enfant dont le gland s'est nécrosé à la suite de complications* /en/ Recueil Dalloz, sec. Sommaires commentés, 1993.

PENNEAU, Michel. *Le défaut d'information en médecine* /en/ Recueil Dalloz, sec. Jurisprudence, 1999.

PEÑA LÓPEZ, Francisco. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada: Comares, 2002.

PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan. *La responsabilidad Civil Médico-Sanitaria en el derecho español: Significados y alcance del consentimiento informado* /en/ De la Maza Gazmuri, Iñigo (Comp.), Cuadernos de análisis jurídico, colección derecho privado IV, Responsabilidad Médica. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

PEYRANO, Jorge. *El derecho probatorio posible y su realización judicial* /en/ Peyrano Jorge y Chiappini, Julio, Tácticas en el proceso civil, Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1990.

PLAZA PENADÉS, Javier. *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

PLAZA PENADÉS, Javier. *Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria por contagio de VIH y VHC* /en/ Práctica Derecho de Daños, núm. 11, 2003.

POMMEROL, Adrien. *La Responsabilité médicale devant les tribunaux, étude théorique et pratique de jurisprudence médicale, mise au courant des décisions judiciaires les plus récentes*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931.

PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 1996.

POSNER, Richard. *An Economic Approach to the Law of Evidence* /in/ University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper, nº 66, 1999.

PRADEL, Xavier. *Le préjudice Dans le droit civil de la responsabilité*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004.

PRINCIGALLI, Anna María. *La responsabilità del medico*. Napoli: Editore Jovene, 1983.

PROSSER, William and KEETON, Robert, (et. al.) *Law of Tort*, 5ª Ed., St. Paul MN: West Publishing, 1984.

PUIG FERRIOL, Luis; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y GIL RODRÍGUEZ Jacinto. *Manual de derecho civil: Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Vol. II, 3ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PUIG FERROL Lluís, et al. *Manual de Derecho civil*, Tomo II, 2ª ed., 1998.

REAL PÉREZ, Alicia. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1991* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-marzo de 1991.

REGLERO CAMPOS, Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis. *El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª Ed., Tomo I, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

REGLERO CAMPOS, Fernando. *Conceptos generales y elementos de delimitación*/en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª Ed., Tomo I, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

REGLERO CAMPOS, Fernando. *Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª Ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

REISIG, Robert. *Loss of a Chance Theory in Medical Malpractice Cases: An Overview* /in/ 13 American Journal of trial Advocacy (1989 – 1990).

RETUERTO BUADES, Margarita y SISO MARTÍN Juan. *La salud, el sistema sanitario público. Su protagonista; el usuario. Derechos y deberes del usuario de la sanidad* /en/ Martínez-Calcerrada, Luis y De Lorenzo y Montero, Ricardo (Directores). Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario. Madrid. Colex. 2001.

RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario a la STS de 22 de Julio de 2003* /en/ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.) Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

RIBOT IGUALADA, Jordi. *Comentario de la sentencia de 2 de julio de 2002* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Vol. 60, 2002.

RIBOT Jordi and RUDA Albert. *Loss of a Chance. Spain* /in/ Winiger Bénédict; Helmut Koziol; Bernhard Koch and Reinhard Zimmermann (Eds.), Digest of European Tort Law, vol. 1: Essential Cases on Natural Causation. New York: Springer, 2007, pp. 567 y ss.

RICO PÉREZ, Francisco. *La responsabilidad civil del farmacéutico*. Madrid: Trivium, 1984.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ROCA i TRIAS, Encarna. *Derecho de daños: Textos y materiales*, 5ª Ed., Valencia: Tiran lo Blanch, 2007.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. *El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial* /en/ Diario La Ley, Nº 7358, 2010.

RODRÍGUEZ GREZ., Pablo: *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María. Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo? /en/ Indret, vol. 2, nº 334, 2006. Disponible en: <http://www.indret.com>.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Barcelona: Bosch, 2004.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción. *Medicina satisfactiva* /en/ Orti Vallejo, Antonio (Dir.). La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

ROGEL VIDE, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil español*. Madrid: Civitas, 1976.

ROGEL VIDE, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil español*. Madrid: Civitas, 1976.

ROGERS, Horton. *Causation under English law* /in/ Spier, Jaap (Ed.) *Unification on Tort Law: Causation*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2000.

ROGERS, Horton. *Winfield and Jolowicz on tort*. 17ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.

ROMEO CASABONA, Carlos María y CASTELLANO ARROYO, María. *La intimidad del paciente desde una perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica* /en/ Revista Derecho y salud, nº 1, 1993.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)* /en/ Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 2, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Negligencia y Riesgo, perspectivas* /en/ Diario La Ley, Tomo 4, 1993.

ROMEO MALANDA, Sergio. *Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (Parte I)* /en/ Revista Jurídica La Ley, nº 5703 del 23 de enero de 2003.

ROMERO COLOMA, María Aurelia. *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Montecorvo, 2002.

ROSELLO, Carlo. *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale ed extracottrattuale* /in/ Nuova Giurisprudenza civile comentata, Vol. II, 1985.

RUTE TEIXEIRA, PEDRO. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coímbra: Coímbra editora, 2008.

SABATER BAYLE, Elsa. *El baremo para la valoración de los daños corporales*. Navarra: Aranzadi, 1998.

SAINZ MORENO, Fernando. *Transmisión hereditaria de la indemnización por daños morales (Sobre la reforma del parágrafo 847 del Código Civil alemán y la situación en el Derecho español)* /en/ Revista de Administración Pública, n.º 124, 1991.

SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. *Causalidad y responsabilidad*. 3ª Ed. /en/ Revista Indret (Enero 2006). Disponible en: <http://www.indret.com>.

SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ LIGÜERRE Carlos Ignacio. *Respondeat superior II, de la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización* /en/ Indret, 3/2002. Disponible en: <http://www.indret.com>.

SALVADOR CODERCH, Pablo y RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. *Negligencia, causalidad y responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas*. Nota a las SSTs, 3ª, 24/7/2001 (La Ley 5391 y 5392) /en/ Revista Indret (Enero 2002). Disponible en: <http://www.indret.com>.

SALVI Cesare. *La responsabilità civile*, Milano: Giuffrè. 1993.

SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*, Milano: Giuffrè, 1998.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos. 1998.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Juan. *La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana* /en/ Revista de Derecho Privado, Tomo LVI, 1972.

SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELIAN, Fernando. *Derechos del médico en la relación clínica*, Madrid: Comares, 2006.

SÁNCHEZ-CARO, Javier. *Consentimiento informado y salud* /en/ Guerrero Zaplana, José (Dir.) *Salud pública y Derecho administrativo*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.



SÁNCHEZ-CARO, Javier. *El derecho de información en la relación sanitaria: Aspectos civiles* /en/ La ley, nº 3340, 1993.

SANTOS BRIZ, Jaime. *Comentario al artículo 1902 del Código Civil* /en/ Albaladejo García Manuel (Dir.). *Comentario al Código Civil*. Madrid: Edersa, 2007.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La relación causal y problemas relacionados con ella* /en/ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.) *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 2008.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español* /en/ *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1984.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español* /en/ *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto, 1984,

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 6ª Ed., Tomo. I. Madrid: Montecorvo, 1991.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 6ª Ed., Tomo II. Madrid: Montecorvo, 1991.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Manifestaciones actuales hacia la responsabilidad objetiva* /en/ *Revista del Poder Judicial*, n.º 54. 1999.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad Civil. Temas actuales*. Madrid: Montecorvo, 2001.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad Civil. Temas actuales*. Madrid: Montecorvo, 2001.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad profesional del médico* /en/ Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis (Dir.), *Derecho médico*. Vol. I, Madrid: Tecnos, 1986.

SANTOS BRIZ, Jaime. *Unidad del concepto de la culpa civil* /en/ Moreno, Juan Antonio (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.

SANTOS MORÓN, María José. *Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio* /en/ *Diario La Ley*, nº 5675 de 12 de diciembre de 2002.

SARGOS, Pierre. *Portée d' un revirement de jurisprudence au sujet de l' obligation d' information du médecin* /en/ *Recueil Dalloz*, Sec. Jurisprudence, 2001.

SARGOS, Pierre. *Tout fait maladroite d' un chirurgien engage sa responsabilité* /en/ *Recueil Dalloz*, sec. Jurisprudence, 1997.

SCHUCK, Peter. *Rethinking Informed Consent* /in/ *The Yale Law Journal* vol. 103 n. 4, 1994.

SCOGNAMIGLIO, *Novísimo Digesto Italiano, voz Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Vol. XV, UTET, Torino, 1968, p. 678.

SEIJAS QUINTANA, José Antonio. *Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados* /en/ Herrador Guardia, Mariano José (Coord.), *Derecho de Daños*. Madrid: Sepin, 2011.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela. *La responsabilidad civil del abogado*. Cizur Menor: Aranzadi, 2001.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles. *Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario* /en/ Indret, Abril 2002. Disponible en: <http://www.indret.com>.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia; LUNA YERGA, Álvaro. *Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades* /en/ Revista Indret 3/2002 (Julio 2002). Disponible en: <http://www.indret.com>.

SEUBA TORREBLANCA, Joan y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia. *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre* /en/ Indret, 2003. Disponible en: <http://www.indret.com>.

SEVERI, Cristina. *Perdita de chance e danno patrimoniale risarcibile* /in/ Responsabilità Civile e Previdenza, vol. LXVIII, Nº 2, Marzo-Abril 2003.

SGOBBIO, Riccardo. *Materiali per lo studio della responsabilità medica* /en/ Diritto e Giurisprudenza, 1987.

SHAW, Josephine, *Informed Consent: A German Lesson* /in/ The International and Comparative Law Quarterly vol. 35 nº 4, 1986.

SIERRA PÉREZ, Isabel. *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*. Madrid: Montecorvo, 1997.

SKEGG, P.D.G. *Law, Ethics and Medicine*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

SOLÉ FELIU, Josep. *The Reception of the Loss of a Chance Doctrine in Spanish Case-Law* /in/ European Review of Private Law, vol. 16, nº 6, 2008, pp. 1105 a 1117.

SPEISER Stuart. *The Negligence Case. Res Ipsa loquitur*, vol. I. New York: The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1972.

STAUCH Marc. *The law of medical negligence in England and Germany, a comparative analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Sobre la prueba de la culpa médica en Derecho civil y administrativo*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales* /en/ Revista de Derecho (Valdivia), vol. XV, 2003.

TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomo II, Buenos Aires: La Ley, 2004.

TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè, 1967.

TUNC, André. *La responsabilité civile*, 2ª Ed., París: Economica, 1989.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil de las obligaciones*. Tomo III, 9ª Ed. Bogotá: Temis, 2004.

VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

VAQUERO PINTO, María José. *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*. Granada: Comares, 2005.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Los daños de familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona* /en/ Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1990.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica* /en/ Revista La Ley (argentina), año XI, nº 60, 1996.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Prueba de la culpa médica*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

VICENTE DOMINGO, Elena. *Daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: José M<sup>a</sup> Bosch, 1994.

VICENTE DOMINGO, Elena. *El daño* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 4<sup>a</sup> Ed., Tomo I, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

VICENTE DOMINGO, Elena. *El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal* /en/ Revista de Derecho Privado, Nº 10, 1994.

VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *El alivio de la carga de la prueba al paciente contornos de la doctrina del daño desproporcionado* /en/ Gallardo Castillo, María Jesús (Dir.), La responsabilidad Jurídico-Sanitaria. Madrid: La Ley, 2011.

VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité* /en/ Jacques Ghestin, Dir. Traite de Droit Civil. 3<sup>a</sup> Ed., Paris: L.G.D.J, 2006.

VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les effets de la responsabilité* /en/ Jacques Ghestin, Dir. Traite de Droit Civil, 2<sup>a</sup> Ed. Paris: L.G.D.J., 2001.

VINEY, Geneviève y MARKESINIS, Basil. *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*. Paris: Economica, 1985.

VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité* /en/ Jacques Ghestin, Dir. *Traite de Droit Civil*, 3ª Ed. Paris: L.G.D.J., 2008.

VON TUHR, Andrea. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Madrid: Reus, 1934. (Traducción de Wenceslao Roces).

WEIGAND, Tory. *Loss of Chance in Medical Malpractice: A Look at Recent Developments* /in/ *Defense Counsel Journal*, Nº 70, vol. 3, 2003.

WELSCH, Sylvie. *Responsabilité du médecin: risques et réalités judiciaires*. Paris: Litec, 2000.

WUSSOW, Robert-Joachim. *Umfang and Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht*. Disponible en: <http://www.anwalt24.de/beitraege-news/fachartikel/umfang-und-grenzen-der-aerztlichen-aufklaerungspflicht>, última visita 10 de octubre de 2011.

YEPES RESTREPO, Sergio. *La responsabilidad civil médica*, 5ª Ed., Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2002.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: Los dogmas creíbles y los increíbles de la Jurisprudencia* /en/ *Derecho Sanitario*, vol. 9, nº 1, enero-junio 2001.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)* /en/ Bueres Alberto y Kemelmajer Aída (Coord.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini: teoría general del derecho de daños. Responsabilidades especiales. Derecho privado y procesal: perspectiva y prospectiva*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Comentario a la STS de 10 de octubre de 1998* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 50, 1999.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Comentario a la STS de 10 de octubre de 1998* /en/ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 50, 1999.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)* /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 4ª Ed., Tomo III, Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate* /en/ De Ángel Yágüez, Ricardo e Yzquierdo Tolsada, Mariano (Coord.). *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Madrid: Dykinson, 2001.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad Civil del profesional liberal*. Madrid: Reus, 1989.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación* /en/ RCDI, núm. 603, 1991.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Reus, 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001.

ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª Ed., Buenos Aires: Astrea, 1987.

ZORRILLA RUIZ, Manuel María. *Principio constitucional o derecho a la protección de la salud* /en/ Martínez-Calcerrada, Luis y De Lorenzo y Montero, Ricardo (Directores). Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario. Madrid. Colex. 2001.