



Departamento de Derecho Civil

Programa de doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

Análisis doctrinal y jurisprudencial del daño en la responsabilidad civil médica

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Elena Fernández Ruiz.

Codirigida por:

Dr. D. Javier Orduña Moreno.

Dr. D. Jesús Estruch Estruch.

Valencia, 2016.

Quiero dedicar este trabajo, en primer lugar, a los hombres de mi vida.

A mi marido, quien me ayuda a orientarme en los infinitos caminos que la vida me ofrece. Sin él, los seguiría todos a la vez y no podría llegar al final de ninguno.

A mi padre, capaz de encontrar el tiempo para escucharme y la paciencia para ayudarme cuando lo necesito.

Y a mi abuelo, quien me contagió la pasión por el refranero español y vive cada día en mi memoria.

También quiero dedicar esta obra a mis maravillosos hijos.

A Fernando, que con su ejemplo de generosidad, rectitud, altruismo y amor me devuelve día a día la fe en la humanidad. El mundo necesita muchas personas como tú para ser un lugar mejor.

Y a Isabel, mi pequeña artista, que tiene el valor de pensar de forma diferente y de ser ella misma en cada una de las cosas que hace. Aún no lo sabes, pero eres un ejemplo para nosotras, las mujeres. No cambies nunca, princesa.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer su colaboración a las muchas personas que me han ayudado desde distintos aspectos profesionales:

A Jesús Estruch, por la confianza, la paciencia y por saber decirme de un modo tan amable que mi trabajo necesitaba mejorar.

A Javier Orduña, por aceptar la codirección con el único aval de mi palabra.

A Remedios Sánchez, por los consejos sobre el manuscrito.

A José Manuel, por la ayuda con la estadística y los números.

A Apa, por enseñarme las fabulosas cosas que un ordenador tiene dentro y que me han ayudado a hacer de esta investigación un trabajo organizado y racional.

En el plano personal sois tantos los que me habéis ayudado...

Gracias Jorge, mi amigo y compañero, por estar ahí siempre.

Gracias, amigas *cum laude*, por el fabuloso grupo digital que hemos creado.

Gracias Tomasa, gran abogada y mejor persona, por ser tan buena amiga.

Gracias Bisa, por la tortilla de patatas, sin duda la mejor del mundo.

Gracias laia, por cuidar de los niños tantos fines de semana para que yo pudiera escribir.

Gracias Liliana, por ocuparte de mi casa y mi familia con tanto esmero que he logrado tener la concentración necesaria para terminar esta tesis.

Gracias Ana, por ayudarme en los bloqueos.

Y un millón de gracias a todos los que me ayudasteis a superar el accidente. En especial a Juan Gomis, mi médico de familia; Toni, mi fisioterapeuta y Pablo, mi traumatólogo. Entre todos habéis conseguido que volviera a entrenar y a confiar en mi misma.

VNIVERSITATIS VALÈNCIA



FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil

Programa de doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

Análisis doctrinal y jurisprudencial del daño en la responsabilidad civil médica

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Elena Fernández Ruiz.

Codirigida por:

Dr. D. Javier Orduña Moreno.

Dr. D. Jesús Estruch Estruch.

Valencia, 2016.

INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I. LA PROYECCIÓN DE LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ACTUACIÓN MÉDICA.	27
1. EL ACTO MÉDICO	27
1.1. Definición del acto médico. Su naturaleza jurídica: la obligación de medios.....	27
1.2. La fase de diagnóstico. La lex artis ad hoc.	35
1.3. El tratamiento médico y el error en el mismo. Referencia al protocolo, la historia clínica y el deber de secreto.	43
2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	54
2.1. Introducción.	54
2.2. Regulación del consentimiento informado.	60
2.3. Concepto y contenido del consentimiento informado.	67
2.4. Forma del consentimiento informado.....	78
2.5. Casos en que se permite la ausencia de consentimiento informado.....	82
2.6. La responsabilidad civil derivada del consentimiento informado.....	90
3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.	97
3.1. La relación de causalidad en el ámbito sanitario.....	97
3.2. La teoría del daño desproporcionado.	106
3.3. La teoría de la pérdida de la oportunidad.	114
4. LA CULPA.	119
4.1. La naturaleza de la relación médico-paciente. La unidad de culpa civil.....	119
4.2. Teoría general de la culpa médica. La responsabilidad subjetiva como norma general.	123
4.3. Responsabilidad por culpa propia y ajena.	134
4.4. Concurrencia de culpa de la víctima.	139
4.5. La prueba de la culpa médica. Los medios de prueba. La carga de la prueba.....	142
5. RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL ÁMBITO SANITARIO	151
5.1. La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Déficit asistencial y aplicación de la normativa de consumidores y usuarios.	151
5.2. La responsabilidad sanitaria de los entes jurídicos privados: Hospitales, Clínicas, Mutuas y aseguradoras.	172
6. ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	184
6.1 La vía jurisdiccional competente para reclamar daños causados por la Administración Sanitaria.....	184

6.2. Prescripción y legitimación de la acción para exigir responsabilidad médica ...	193
6.3. Especialidades de la prueba del daño: la inversión de la carga de la prueba.....	202
6.4. Competencia jurisdiccional para la fijación de la cuantía indemnizatoria.....	207
CAPÍTULO II.- EL DAÑO.....	211
1. CONCEPTO DE DAÑO.....	211
1.1. De la responsabilidad civil extracontractual al derecho de daños. El principio de <i>restitutio in integrum</i>	211
1.2. Concepto y requisitos del daño	218
2. CLASES DE DAÑOS RESARCIBLES.....	222
2.1. Daños patrimoniales.....	222
2.2. Daños morales.....	228
2.3. Daños presentes y futuros. Daños continuos y daños duraderos.....	236
2.4. Daños directos e indirectos. Daños y perjuicios. Daños <i>ex re ipsa</i> y punitivos....	240
2.5. Los daños causados por la propia víctima.....	244
3.UN SUPUESTO ESPECÍFICO: EL DAÑO RESARCIBLE EN LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE.....	245
3.1. Delimitación conceptual.....	245
3.2. El daño resarcible: las distintas teorías. El debate en torno al perjuicio indemnizable.....	250
3.3. El daño como imposibilidad de abortar de la madre gestante.....	253
3.4. El daño como nacimiento de un hijo discapacitado.....	261
3.5. El daño como incumplimiento del deber de información.....	267
3.6. El daño como imposibilidad de suficiente preparación psicológica para el nacimiento de un hijo discapacitado.....	268
3.7. Los daños patrimoniales.....	270
4. LA INFLUENCIA DE LOS BAREMOS EN LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO INDEMNIZABLE.....	277
4.1. Aplicación del Baremo de tráfico a la responsabilidad civil sanitaria.....	277
4.2. El nuevo Baremo de Tráfico: la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.....	288
4.3. Las últimas tendencias: hacia un nuevo Baremo para la responsabilidad civil médica.....	301
5. FORMA Y CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN EN RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	309
5.1. La cuantificación de los daños patrimoniales.....	309
5.2. La cuantificación del daño moral.....	318
5.3. La forma de la indemnización: tanto alzado o renta vitalicia.....	326

CAPÍTULO III: LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	333
1. Descripción de la muestra escogida.....	334
2. Resultados del análisis.....	337
2.1. Especialidad médica demandada.....	337
2.2. Clases de daño cuyo resarcimiento se solicita.....	339
2.3. Edad del lesionado.....	341
2.4. Cantidades solicitadas en la demanda y concedidas en la sentencia.....	343
2.5. Confirmación de la sentencia en el Tribunal Supremo.....	346
2.6. Aspecto subjetivo de las demandas.....	346
2.7. Fundamento de la sentencia estimatoria de la demanda.....	348
2.8. Carácter de la atención: sistema público de salud o sanidad privada.....	353
3. Sentencias analizadas en el capítulo III.....	355
CONCLUSIONES.....	373
BIBLIOGRAFÍA.....	383
LIBROS Y ARTÍCULOS.....	383
JURISPRUDENCIA.....	414

INTRODUCCIÓN.

El principio de supervivencia y la lucha contra la enfermedad y la muerte son una constante en la historia de la humanidad. Por esta causa la actividad médica en todas las sociedades humanas ha conllevado una gran consideración social y, como contrapunto, la existencia de responsabilidad en su quehacer médico¹. Así, en el Código de Hammurabi se castigaba con la amputación de la mano al médico que operaba a un hombre y le causaba la muerte². Sin llegar a tales extremos, durante muchos siglos la responsabilidad profesional del médico era de carácter cuasi objetivo, hasta que se suaviza en el siglo XIX y definitivamente se modera en el siglo XX. De hecho, no existe mención alguna a ella en nuestro Código Civil, alzándose voces en la profesión médica que reclaman un sistema diferenciado de responsabilidad civil como consecuencia de *“la enorme responsabilidad social”*³ que corresponde a los médicos.

En un primer momento de su evolución la responsabilidad civil se centra en instrumentos que tienen naturaleza exclusivamente sancionadora, cuyo único fin era castigar al causante del daño. Siglos después se tendrá en cuenta la reparación del daño, de modo que se podía sustituir la pena por la reparación. Finalmente el sistema de responsabilidad civil queda centrado en la reparación del daño causado, configurándose como fin principal del mismo. Esta evolución culmina en el sistema jurídico español con el artículo 1.089 del Código Civil, donde se establece la culpa o negligencia que causa daño a otro como fuente de las obligaciones⁴.

¹ JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N., *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria. Tecno-práctica jurídica*, 2011, pág. 19.

² Artículo 218 del Código de Hammurabi: *“si un médico hace una incisión profunda a un hombre con bisturí de bronce y le provoca la muerte o el médico que le corta la mano a un hombre con bisturí de bronce le provoca la muerte (...) que le corten la mano.”* Año 1670 A.C., Babilonia antigua. Ley del Talión.

³ FERNÁNDEZ RUIZ, J., *“La responsabilidad social del médico”*, en *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, C.D.P. Fundación de ciencias de la salud, Madrid, 1995, pág. 27.

⁴ CAMAS JIMENA, M., GÓMEZ RIVERO, M.C., SILLERO CROVETTO, B., SUCH MARTÍNEZ, J., *Responsabilidad médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 142.

En la sociedad española del siglo XXI está totalmente asentado el concepto indemnizatorio. Se han popularizado tanto el acceso a los tribunales de justicia⁵ como las reclamaciones en otras instancias (juntas de consumo, reclamación administrativa previa, exigencia del libro de reclamaciones en los locales...). Si volvemos la vista atrás, en la sociedad de hace treinta años, vemos a un ciudadano sometido a la acción de los poderes públicos y fácticos que no tiene la conciencia de poder exigir el ejercicio de aquellos derechos que la legislación le concede y mucho menos el resarcimiento de los daños causados por la Administración. No ha pasado tanto tiempo en términos cronológicos, pero en este aspecto la sociedad es irreconocible⁶.

Han sido múltiples y de muy diversa naturaleza los factores que han influido en dicha transformación. Desde la plasmación de los derechos en la Constitución de 1978 hasta el acceso libre a la información a través de Google, que supone el acceso inmediato al *know-how*⁷. Incluso la televisión ha influido en ella, pues nos ha invadido la cinematografía norteamericana, en la que los protagonistas reclaman y cobran indemnizaciones millonarias por los hechos más ridículos.

Por otro lado, se ha popularizado la contratación de seguros para cubrir cada vez más aspectos de nuestra vida, al tiempo que se han instaurado las coberturas obligatorias en actividades (p. ej. conducción de vehículos a motor) y bienes (como el seguro de incendio de inmuebles). Tenemos asegurado nuestro vehículo, nuestra casa, el trabajo que realizamos, las enfermedades, incluso nuestra vida, de modo que cuando sufrimos un daño buscamos a quién le corresponde indemnizarnos por él⁸. De hecho no solo se busca asegurar el

⁵ Se plantea ESTRUCH ESTRUCH, J. si la actitud ante el daño ha cambiado frente a otras épocas, resaltando la proliferación de reclamaciones contra las Administraciones Públicas, los fabricantes y las profesiones liberales. VERDERA SERVER, R., ESTRUCH ESTRUCH, J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 23.

⁶ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 23, "las reclamaciones por responsabilidad civil médico-sanitaria han experimentado un notorio crecimiento en las dos últimas décadas, al igual que ha sucedido con las demandas interpuestas frente a los profesionales en general".

⁷ No solamente me dice internet qué puedo reclamar y a quién, sino que me provee del formulario.

⁸ En este sentido se cuestiona: "¿es socialmente beneficioso el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la administración?", ARQUILLO COLET, B., *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración. Los problemas de aseguramiento de la responsabilidad civil de las administraciones públicas y sus soluciones jurídicas*. Tesis doctoral, 2006, consultar en Dialnet, pág. 87.

daño sino el mantenimiento de nuestro estatus y estilo de vida sin importar qué eventos ocurran. El seguro del coche no debe cubrir sus daños únicamente sino también proporcionar un vehículo de sustitución para que el asegurado pueda continuar como si nada hubiera sucedido a pesar del evento dañoso. Se contratan seguros que cubran las cuotas de la hipoteca para la contingencia de pérdida de empleo o para pagar los costes del colegio privado de los hijos si los ingresos de la familia disminuyen. Queremos tener un modelo de vida “blindado”, que pretendemos seguir teniendo sin importar las circunstancias dañosas que acontezcan en nuestra vida. En esta línea, si la intervención estética tiene a la paciente en cama una semana más de lo convenido, se pretende la indemnización por los días impedida más el lucro cesante por no haber desarrollado el trabajo y, por supuesto, el daño moral sufrido por no haber sido informada debidamente de una de las posibles consecuencias de la intervención. En nuestra moderna sociedad se tiene la idea de que cada daño tiene un responsable y, por tanto, un obligado a resarcirlo. A partir de la Revolución Industrial se aumentan las actividades peligrosas (el maquinismo, los automóviles, etc.) y los individuos *“dejan de resignarse ante el daño sufrido, dejan de creer en la concepción del daño como acto de Dios (...) para emprender la búsqueda de un culpable que se haga cargo del daño producido”*⁹.

Dentro del ámbito de la responsabilidad civil profesional se da otra vertiente, que podríamos llamar el sentimiento de agravio. Desde el punto de vista del cliente del letrado o del paciente del médico, es este profesional quien le ha causado el daño, en una acción personalizada *contra* él. En la mente del paciente/cliente agraviado se forma la idea de que el daño se le ha ocasionado por un comportamiento negligente del profesional. No es común que quien ha sufrido el perjuicio piense que había pocas probabilidades de salir victorioso del problema (la operación, el pleito, etc.) o que el desenlace ha ocurrido por otros factores que escapan al buen hacer del profesional¹⁰. Se considera que el médico, el letrado, el constructor, es una persona poco preocupada por el

⁹ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 34.

¹⁰ LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 20. Este autor para ejemplificar el dilema entre satisfacer al agraviado y, al tiempo, no culpabilizar al médico, cita un texto de Platón: *“un médico debe estar libre de todo castigo, ya que alguien es curado por el médico, pero muere por sí mismo”*.

correcto desempeño del encargo, con quejas similares en todos los supuestos: “no me hacía caso”, “se lo dije pero nunca me escuchó”, “solo atienden bien a los pacientes que pagan”, etc. Y ese ciudadano que ha sufrido un perjuicio personaliza su ira en el profesional, va creciendo en él un sentimiento de injusticia que debe repararse con la forma en que nuestra sociedad ha convertido en la medida de todas las cosas: con dinero¹¹. El agraviado busca directamente la indemnización y también algo que raramente nuestro sistema judicial convencional puede proporcionarle: una petición de perdón¹². En definitiva, no se persigue el castigo del causante, sino la reparación del agraviado.

En el ámbito del ejercicio de la medicina también se han producido cambios drásticos. Se ha pasado de una medicina paternalista¹³ a otra en la que el paciente tiene voz y voto en sus tratamientos¹⁴. En este momento el paciente debe consentir toda actuación que se realice sobre su cuerpo. Así, desde hace unos años el Tribunal Supremo viene afirmando que “*el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial*”¹⁵. También la evolución tecnológica y la especialización médica han convertido en reales posibilidades que antes eran solo imaginadas, como congelar óvulos de una paciente antes de una intervención de cáncer de útero y que pueda ser madre a partir de dichos óvulos diez años después o incluso operar una arteria rota en el cerebro sin abrir el cráneo, a través de una pequeña incisión en la ingle y subiendo por los vasos sanguíneos, hoy tecnología y medicina avanzan unidas de la mano.

¹¹ Lo denomina MARTÍN CASALS la “*compensación por consolación*”. MARTÍN CASALS, M., “Líneas generales de la propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas”, SEPIN Artículos monográficos, ref. SP/18912/DOCT, www.sepin.es, 2014, pág. 2.

¹² DE JORGE MESAS, L. F., “La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 498, www.aranzadi.es, 2001, pág. 4.

¹³ CAMAS JIMENA, M., GÓMEZ RIVERO, M.C., SILLERO CROVETTO, B., SUCH MARTÍNEZ, J., *Responsabilidad médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág.140.

¹⁴ Del “*principio de beneficencia*”, ejemplo de paternalismo médico al *principio de autodeterminación* del enfermo. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales”, Revista jurídica de Castilla y León, número 3, mayo, www.jcyl.es, 2004, pág.155.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de septiembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 575/2010, recurso número 2222/2006, El Derecho EDJ 2010/213607, CENDOJ ID: 28078110012010100594, Roj: STS 5151/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5151.

Por otro lado, la mayor oferta médica (medicina pública y privada) ha hecho que el paciente tenga la impresión de que el médico es un profesional “a la carta”. Entre el paciente de hace solo una generación, que aceptaba sin rechistar los dictados de su médico (el de su localidad, que no había podido elegir) y el de hoy, que exige le hagan una resonancia magnética para poder decidir si está de acuerdo con el diagnóstico del especialista antes de tomarse las pastillas que este le ha prescrito, hay un cambio cualitativo y no solo cuantitativo. El paciente tiene derechos y los ejerce, no quiere ser un mero destinatario de pruebas y tratamientos sin criterio ni opinión propia. La medicina paternalista y autoritaria ha pasado a cimentarse en el enfermo como titular del derecho a la salud¹⁶. Tampoco es ajeno a este cambio el sentir de la población de un “utópico derecho a la salud”¹⁷, de modo que el paciente cree firmemente que siempre es posible la curación a su dolencia, y, por tanto, se considera en posición de exigirla. Paralelamente, el mayor acceso a la información ha supuesto que el hombre medio crea que posee los conocimientos médicos necesarios para juzgar si el diagnóstico y tratamiento dados por el facultativo son o no correctos¹⁸, en un fenómeno denominado como “vulgarización de los conocimientos médicos”.

Como consecuencia de todo ello, se ha convertido en habitual que el paciente que esté disconforme con algún aspecto de su tratamiento acuda a la jurisdicción ordinaria interponiendo demanda civil o administrativa o denuncia penal y, por tanto, existe ya un abundante cuerpo jurisprudencial que trata dicha cuestión. En el ámbito médico, el aumento de los litigios ha llegado más tarde que en otros ámbitos del derecho de daños, pero su crecimiento ha sido

¹⁶ CASAS PLANES, M.D., “Daños médicos causados por error de diagnóstico”, *Práctica de Derecho de Daños* núm. 21, Sección informe de Jurisprudencia, noviembre de 2004, pág. 1.

¹⁷ GALÁN CORTÉS, J. C., “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, en *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 321. Continúa este autor diciendo que “la sociedad no se resigna (...) a aceptar cualquier fracaso de la atención sanitaria, sin distinguir entre una descuidada, imperita o negligente actuación médico-sanitaria y una inexorable intervención como consecuencia del inexorable declive o claudicación de la propia naturaleza humana”.

¹⁸ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 182. También en FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Navarra, 1984, pág.16.

más repentino y notorio¹⁹. Con todo, se aprecia una tendencia a la estabilización en las demandas judiciales²⁰.

El objeto de este trabajo no es otro que aportar luz al fenómeno de la judicialización de la práctica médica, sistematizando los múltiples casos que se plantean en la práctica y estructurando la jurisprudencia en los diversos conceptos jurídicos específicos de la responsabilidad civil médica. Al enfrentarnos al estudio de la responsabilidad civil médica hemos podido constatar que existen varios manuales teóricos que analizan el fenómeno completo (algunos con epígrafes de jurisprudencia), así como estudios jurisprudenciales sobre aspectos parciales, principalmente consentimiento informado o acciones *wrongful birth*, pero ningún tratado actualizado de base jurisprudencial. Por ello el fin de este trabajo es lograr una exposición completa de los criterios jurisprudenciales utilizados a día de hoy. Con esta idea se han estudiado cientos de Sentencias de diferentes órganos, principalmente del Tribunal Supremo, del que se han revisado la práctica totalidad de las dictadas entre los años 2.010 y 2.015 y, respecto de las resoluciones de otros órganos, aquellas que eran relevantes o destacadas en las bases de datos jurisprudenciales o en la bibliografía sobre la materia. En cada epígrafe se han plasmado las Sentencias que se consideran más relevantes de las líneas jurisprudenciales actuales, tratando, además, de hacer constar en cada una resoluciones absolutorias y condenatorias. En cada Sentencia se cita, como mínimo, el número de referencia del CENDOJ, por tratarse de una base de datos de libre acceso, y en muchas de ellas, además, las referencias de LA LEY, SEPIN y/o EL DERECHO, por ser las utilizadas para esta tesis, de modo que siempre sea posible encontrar las resoluciones reseñadas.

Ello responde a una inquietud nacida tras exponer al estamento médico, en distintas charlas, los conceptos básicos de la responsabilidad en que incurren con el ejercicio de su profesión. Se constató que los facultativos, con independencia de la especialidad que practiquen, se muestran temerosos ante

¹⁹ LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 19.

²⁰ PUJOL-ROBINAT, A., MARTÍ-FUMADÓ C., GIMÉNEZ PÉREZ, D., MEDALLO-MUÑIZ, J., "Criterios médico-legales en la valoración de la responsabilidad médica", *Revista española de medicina legal*, número 4, vol. 39, www.elsevier.es, 2013, pág. 136.

las demandas judiciales pero no alcanzan a entender cuáles son los riesgos reales a que se exponen a través de su práctica o cómo pueden minimizarlos. A día de hoy, los facultativos se manifiestan tan inseguros y confusos ante un proceso judicial como el paciente ante su enfermedad y desconocen los conceptos básicos del aseguramiento profesional.

En relación a la cuantía de la indemnización, a través del estudio de dicha jurisprudencia se puede observar que, si bien el baremo de tráfico se utiliza en multitud de ocasiones, hay una tendencia a la reparación íntegra del daño, por lo que las ocasiones en que la indemnización se personaliza su cuantía aumenta. Se estudiará la influencia del baremo de tráfico como medida del daño corporal, si se utiliza como norma general en la responsabilidad médica y qué criterios jurisprudenciales se siguen para resarcir el lucro cesante, junto a un somero estudio del nuevo Baremo de tráfico, dada su reciente aprobación. Asimismo se incluye un epígrafe sobre el Baremo sanitario, explicando su proceso de elaboración y en qué medida se considera probable su aprobación futura.

No existe en nuestro país la costumbre de publicar listados de indemnizaciones concedidas por los Tribunales, al contrario que en otros países europeos²¹. Por otro lado, es frecuente que las indemnizaciones se soliciten y se concedan a tanto alzado, incluyendo en la misma cantidad gastos, daños personales, morales y hasta lucro cesante pero en muchos casos sin especificar qué cuantía corresponde a cada concepto. Paralelamente, el principio procesal por el cual la función de cuantificar los daños está reservada a los tribunales de instancia²² supone que el Tribunal Supremo no ejerce su función unificadora de la jurisprudencia. Por ello la cantidad que decida conceder un tribunal no puede predecirse. A través del estudio de las cuantías, trataremos de averiguar si existen tendencias que ayuden a establecer líneas mínima y máxima de las indemnizaciones concedidas para así lograr prever, de alguna forma, la indemnización que podría ser otorgada en cada caso de acudir al Tribunal.

²¹ MARTÍN CASALS, M., "¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?", II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba, www.civil.udg.edu/cordoba/ponencias, 2001, pág. 2.

²² Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de noviembre de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 696/2012, recurso 894/2010, Roj: STS 7154/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7154, Id Cendoj: 28079110012012100638.

Por el contrario, si atendemos a otros aspectos de la responsabilidad médica en general (diferentes del daño), sí encontramos una jurisprudencia uniforme y consolidada. Así, el Tribunal Supremo ha sentado los parámetros en que se mueve la responsabilidad civil médica en la jurisprudencia, que son, siguiendo a SEIJAS QUINTANA ²³: la aplicación del criterio culpabilístico, la consideración de la prestación del médico como obligación de medios, la inversión de la carga de la prueba en el daño desproporcionado y la posibilidad aplicar la legislación de consumidores y usuarios únicamente a los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios. A estos se añade la necesidad del consentimiento informado y la aplicación de la teoría de la unidad de culpa civil.

El acto médico, entendido en sentido amplio, de acción y omisión, se compone de multitud de actuaciones continuadas y normalmente de diferentes agentes. Comienza con el estudio del paciente, pruebas diagnósticas, informar de la patología y posibles tratamientos, ejecución de los tratamientos, alta médica, seguimiento y posteriores controles. Durante todo este proceso pueden ocurrir fallos en cualquiera de las fases, que enumeraremos siguiendo las diversas fases de la atención médica. Tal y como veremos, la obligación de medios preside todo el instituto de la responsabilidad médica²⁴, de forma que no incurre en responsabilidad el médico que hierra el diagnóstico sino solo aquel que comete un error de patente y notoria gravedad. En cuanto al retraso en el diagnóstico, suele declararse como fuente de responsabilidad civil cuando causa un perjuicio indemnizable (por ejemplo, pautar una prueba diagnóstica con varios meses de retraso de forma que el cáncer incipiente ha crecido durante ese tiempo y el paciente presenta una metástasis inoperable). En estos

²³ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad sanitaria: identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad", en *Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 537.

²⁴ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 121; SEIJAS QUINTANA, J. A., *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, 2ª Edición, Sepin, Madrid, 2015, pág. 322; CRESPO MORA, M. C., "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*", INDRET, número 2, abril, www.indret.com, 2013, pág. 5; LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 28; VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 38.

casos no es al médico al que se considera culpable de dicho retraso, sino a la Administración sanitaria, en forma de responsabilidad patrimonial de la Administración por “déficit asistencial”²⁵.

En otro orden de cosas, la distinción entre medicina satisfactiva y curativa se ha mitigado en los últimos tiempos. Con anterioridad se afirmaba que en la medicina curativa regían los principios ordinarios de la responsabilidad civil profesional, de modo que se trataba de un contrato de arrendamiento de servicios y el médico contraía una obligación de medios. Por el contrario, se decía, en la medicina satisfactiva el contrato entre médico y paciente es un contrato de obra, de modo que se transforman en profesional liberal y cliente y aquel contrae una obligación de resultado. Esto afectaba sin duda a la valoración del daño.

Sin embargo en los momentos actuales la distinción se ha mitigado, de forma que jurisprudencia y doctrina afirman que la medicina no es una ciencia exacta puesto que existe siempre un factor aleatorio en el cuerpo humano, que reacciona de formas a veces inesperadas. No se puede exigir al médico un resultado a menos que así se hubiese comprometido expresamente mediante el pacto con el cliente-paciente, es decir; “*que el resultado se hubiese pactado y garantizado*”²⁶. Otro factor que ha ayudado a desdibujar los perfiles entre los distintos tipos de medicina es que la llamada “medicina satisfactiva” ha sobrepasado los límites estrictos de la cirugía estética para abarcar otros supuestos en los que la intervención es curativa pero también voluntaria, como las operaciones de miopía, los implantes dentales o la reproducción asistida.

²⁵ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de responsabilidad civil*, (Dir). BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1177; SEUBA TORREBLANCA, J. C., *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 260; ARQUILLO COLET, B., *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración. Los problemas de aseguramiento de la responsabilidad civil de las administraciones públicas y sus soluciones jurídicas*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2006, pág. 258.

²⁶ CAMAS JIMENA, M., GÓMEZ RIVERO, M.C., SILLERO CROVETTO, B., SUCH MARTÍNEZ, J., *Responsabilidad médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 154. Este es el criterio aplicado, por ejemplo, para desestimar la demanda en caso de una intervención de medicina totalmente voluntaria (de tipo estético), en que se produce una complicación en el proceso de curación (posterior e independiente de la cirugía) que produce una cicatriz u otra imperfección estética. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de septiembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 575/2010, recurso número 2222/2006, El Derecho EDJ 2010/213607, CENDOJ ID: 28078110012010100594, Roj: STS 5151/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5151.

También pueden citarse como ejemplos una reducción mamaria que alivia el dolor de espalda a la vez que proporciona una función estética o el implante dental que, al tiempo que ayuda a la masticación y digestión, dota a la persona de mejor aspecto físico. Hoy los términos de medicina curativa y satisfactiva están siendo sustituidos por medicina voluntaria o electiva y medicina necesaria. A pesar de esta tendencia a la unificación, lo cierto es que la jurisprudencia exige una mayor diligencia en el ámbito de la medicina voluntaria o satisfactiva.

La metodología utilizada para la elaboración de la tesis doctoral es la siguiente: la revisión de la bibliografía y jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil profesional, el daño y la mala praxis médica, para posteriormente focalizar el estudio en la jurisprudencia relativa a responsabilidad civil médica más reciente del Tribunal Supremo desde el año 2010 hasta el 2015 que, al final del trabajo se ha sistematizado en categorías, realizando un análisis estadístico.

Dado que la regulación positiva de la materia es francamente escasa²⁷, (artículos 1.902 y siguientes en relación a la responsabilidad extracontractual y 1.101 y siguientes sobre incumplimiento contractual) se tratará de hacer un trabajo de base jurisprudencial, que desvele cuáles son las líneas actuales y hacia dónde evoluciona. El conocimiento jurídico es una reproducción mental de la realidad objetiva, y si este se encuentra en continuo movimiento, el conocimiento sobre ella se tiene que ajustar, enriquecer o eliminar para dar paso a otro que abarque y explique mejor dicha realidad objetiva, de manera científica, en el tiempo y en el espacio²⁸. Por ello es tan importante el estudio actualizado de la Jurisprudencia, que es la aplicación viva del derecho en movimiento y que tiene incidencia real en la vida de los ciudadanos.

En cuanto al material utilizado, se han estudiado los manuales, monografías, artículos y tesis doctorales publicados sobre derecho de daños en general y

²⁷ "Nuestro Código Civil sigue sin contemplar (...) ningún precepto relativo a esta responsabilidad médica". CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 181.

²⁸ ÁLVAREZ UNDURRAGA, G., *Metodología de la investigación jurídica: hacia una nueva perspectiva*, Tesis doctoral, Facultad de ciencias jurídicas y sociales. Universidad central de Chile, Santiago de Chile, 2002, pág. 319.

responsabilidad civil médica en particular para explicar la base teórica de la tesis, completando con la jurisprudencia más reciente. Comparando supuestos iguales o similares (puesto que la realidad siempre tiene matices) se han tratado de encontrar las líneas comunes de las resoluciones, remarcando aquellos casos en que no haya una solución unánime y aquellas materias en que existe un cambio de tendencia jurisprudencial más reciente o en que se haya fijado doctrina, resaltando las Sentencias de Pleno de Sala del Tribunal Supremo. El análisis se ha centrado en la jurisprudencia de la Sala Primera (responsabilidad civil en sentido estricto) y de la Sala Tercera (ampliando a los supuestos de responsabilidad civil objetiva de la Administración), para determinar si existe evolución jurisprudencial de la materia en los últimos cinco años dentro de cada una de las Salas así como descubrir si se utilizan los mismos criterios en todas ellas.

En el último capítulo se ha realizado un análisis estadístico exhaustivo de toda la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de las Salas Primera y Tercera de los años 2010 a 2015 referidas a la materia objeto de la tesis y agrupada según diferentes parámetros, que refleja las líneas jurisprudenciales actuales y las tendencias. Se incluyen todas las Sentencias dictadas por el Alto Tribunal en esos seis años, reunidas en grupos similares para sistematizar el estudio (estimatorias/desestimatorias, según especialidades médicas, por el tipo de daño indemnizado, la Jurisdicción competente, la edad del lesionado, la gravedad de la lesión, el motivo de condena, etc.).

CAPÍTULO I. LA PROYECCIÓN DE LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ACTUACIÓN MÉDICA.

1. EL ACTO MÉDICO

1.1. Definición del acto médico. Su naturaleza jurídica: la obligación de medios.

En el curso del tratamiento médico el facultativo debe realizar una serie de acciones concatenadas que intenten la curación del paciente o la mejora de su estado, utilizando todos los medios que tenga a su alcance. En este proceso el facultativo deberá adoptar, de forma continuada, decisiones trascendentes para la vida humana. El acto médico, entendido en sentido amplio, de acción y omisión, es *“una intrincada maraña de elecciones de variada naturaleza, a veces vitales, a veces urgentes y frecuentemente en situación de incertidumbre”*²⁹. En conclusión, el acto médico engloba tanto el diagnóstico y el tratamiento como el pronóstico y el seguimiento posterior. Además de los deberes del médico, referentes al ámbito estrictamente asistencial, encontramos también otros, accesorios a la prestación médica en sí pero igualmente exigibles al profesional de la medicina actual. Nos referimos, entre otros, a la declaración de la responsabilidad por no cumplir el protocolo, errar en la confección de la historia clínica o violar el secreto profesional³⁰ referente a la misma.

En primer lugar es obligado hacer referencia a la regulación de la actuación médica, que encontramos en las normas siguientes: en la cúspide de la pirámide normativa, la proclamación de la salud en el artículo 43 de la Constitución española; a nivel estatal, la Ley 14/86, General de Sanidad y Ley

²⁹ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 186.

³⁰ PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pág. 112; MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M., "Análisis jurídico del consentimiento informado", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, (Dir). LLAMAS POMBO, E., LA LEY, Madrid, 2014, pág. 150.

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; en el Código Civil, la regulación contractual que encaja en la prestación de servicios médica (arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios) y la culpa extracontractual, artículos 1902 y siguientes. En cuanto a la valoración del daño, el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004 (Baremo de accidentes de tráfico³¹).

En cuanto a la responsabilidad de las Administraciones Públicas, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³² y la normativa reguladora de los derechos del consumidor y usuario. Fuera de la normativa estatal, también encontramos normas europeas y autonómicas que regulan diferentes aspectos de la prestación médica, siendo aplicables también el Derecho Europeo de Contratos y los Principios UNIDROIT. Es de resaltar que existen multitud de normas autonómicas: desde regulaciones generales³³ hasta aspectos tan puntuales como los requisitos del consentimiento de los menores de edad en operaciones de cirugía estética³⁴.

El principio general que imbuye toda la Jurisprudencia es que la del médico es una obligación de medios. Tal y como apunta NAVARRO MICHEL, *“una obligación de medios o actividad es aquella en la que el deudor se compromete a hacer todo lo posible para conseguir un resultado que no es directamente exigible, mientras que en una obligación de resultado el deudor se compromete a conseguirlo, de manera que si no lo hace, responde”*³⁵. Así lo ha repetido hasta la saciedad la Sala Primera, considerándose una cuestión consolidada

³¹ En la nueva redacción dada por la Ley 35/2015, que entró en vigor el 1 de enero de 2016.

³² Esta norma se encuentra derogada a partir del 2 de octubre de 2016, por la letra a) del número 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 2 octubre). Sin embargo, seguirán en vigor las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico hasta los dos años.

³³ Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, de la Comunidad Autónoma de la Rioja.

³⁴ Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía.

³⁵ De este modo, en las obligaciones de medios no se responde por no obtener el resultado si no ha existido culpa. Este es uno *“de los argumentos que ha manejado la Jurisprudencia para mantener la responsabilidad subjetiva del personal sanitario, incluso en aquellos momentos en que la tendencia era claramente objetiva”*. ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 121.

en la Jurisprudencia y también en la doctrina³⁶. Por lo tanto, el médico cumple con una actuación conforme a la *lex artis*³⁷ y suficientemente diligente, aunque no se consiga la curación del paciente³⁸. La *lex artis ad hoc* es la medida de la diligencia en la actuación médica, que es diferente de la culpa común o general³⁹. Como dice la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁴⁰: *"la obligación médica es una obligación de medios y no de resultados, por lo cual no se da la obligación de obtener el resultado pretendido si bien el mismo ha de ser perseguido con la máxima diligencia, previsión y dedicación"*. Esto se ve muy claramente en la Sentencia de 3 de marzo de 2010. Es el caso de un niño que acude a la clínica oftalmológica tras un golpe en un ojo. Ya tiene un historial médico con patología oftálmica muy grave. Tras muchas pruebas el oculista diagnostica un cáncer, entiende que puede extenderse y para evitarlo le extirpan el ojo. La biopsia posterior evidencia que no era cáncer y por tanto que no era necesario extirpar el ojo. El Tribunal entendió que no existió mala praxis,

³⁶ En este sentido GALÁN CORTÉS, J. C., "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 322. No fue así antes del 2005 en todos los casos, pero es a partir de la Sentencia de 21 de octubre de 2005 donde también se realiza esta aseveración en la medicina voluntaria, "excepción hecha de aquellos supuestos en que hubo por parte del médico un aseguramiento del resultado o que la información facilitada al paciente fuera sesgada e inadecuada", CRESPO MORA, M. C., "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el Draft Common Frame of Reference (DCFR)", INDRET, número 2, abril, 2013, pág. 5, LLAMAS POMBO, E., Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 28; VÁZQUEZ BARROS, S., Responsabilidad civil de los médicos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 38. También ASÚA GONZÁLEZ afirma: "La caracterización de una obligación como de medios afecta a las obligaciones de hacer y supone que el deudor no se obliga al logro de un concreto resultado sino al despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente (...) ello tiene como claro presupuesto la existencia de una obligación previa y esto sólo ocurre en el plano contractual. Por eso no es propio del extracontractual hablar de una obligación de medios (...). De este modo, si alguien contrata con un cirujano, la obligación de éste será de medios, pero si el cirujano es dependiente de una clínica que es con la que se establece la relación obligatoria, la invocación de una obligación de medios sólo podrá hacerse con propiedad respecto de aquella." ASÚA GONZÁLEZ, C. I., "Responsabilidad civil médica", en Tratado de responsabilidad civil, (Dir). BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1180.

³⁷ El concepto de *lex artis* se analiza con profundidad en el epígrafe correspondiente a la culpa.

³⁸ MACÍA GÓMEZ, R., "La previsible evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal en la profesión médica", Diario La Ley, núm. 6997, 25 de julio, Sección Tribuna, www.diariolaley.es, 2008, pág. 2. Apunta este autor que: "el médico no se compromete, por lo general, a la obtención de un resultado pero se compromete a: 1º) utilizar todos los conocimientos, técnicas, recursos y cualquier otro tipo de medio para la obtención de la curación del paciente 2º) nunca empeorar la salud del paciente, sea por acción, sea por omisión, sea por imprudencia, sea error inexcusable".

³⁹ LLAMAS POMBO, E., Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 42.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de septiembre de 2011, Ponente Antonio Martí García, número de recurso 6280/2009, STS 5922/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5922, Id CENDOJ 28079130042011100489.

sino que el médico realizó las pruebas exigibles y que el error en diagnóstico no significa mala praxis cuando no es un error inexcusable. En el presente caso, la grave patología del ojo, unida a la presencia de células cancerígenas en la biopsia, convertía el error en excusable⁴¹.

En palabras de GALÁN CORTÉS, *“el médico asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica, siendo deudor de una obligación de medios (...) no garantiza, por tanto, la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y de las circunstancias concurrentes en cada caso”*⁴². Con un razonamiento indiscutible, apunta LLAMAS POMBO⁴³ que es imposible exigirle un resultado al médico, puesto que al actuar sobre el cuerpo humano se esfuma la posibilidad de certeza del resultado, dado que *“conlleva una incertidumbre y un alea, de los cuales el facultativo nunca podrá desprenderse, por más que la ciencia avance y la técnica aporte nuevos y sofisticados medios”*. Y ello incluso en el caso de la cirugía estética. Lo vemos en la Sentencia, de 28 de junio de 2013⁴⁴, en que se absuelve por considerar la medicina una obligación de medios, también en este ámbito. En este supuesto una paciente con obesidad mórbida pacta con el equipo de cirujanos una serie de intervenciones para reducir volumen. Realizan mamoplastia reductora y abdominoplastia y, no satisfecha con el resultado, cambia de clínica y demanda daños y perjuicios y la devolución de lo pagado por las intervenciones. Se desestima la demanda en todas las instancias. Los peritos afirman que las intervenciones están bien realizadas y que el resultado era el que cabía esperar en relación con el estado de la paciente y las intervenciones.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 3 de marzo de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 127/2010, recurso 956/2006, CENDOJ: Roj: STS 976/2010 - ECLI:ES:TS:2010:976 Id Cendoj: 28079110012010100109.

⁴² GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 81.

⁴³ LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 29.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 28 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución número 463/2013, recurso 265/2011, El Derecho EDJ 127292/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100385.

En conclusión, al profesional sanitario se le exigirá que actúe con diligencia y siguiendo la *lex artis*, no siendo responsable del resultado dañoso si ha cumplido con estas premisas. Se debe tener en cuenta lo que la Jurisprudencia ha dado en llamar el “factor reaccional” del enfermo y el “componente aleatorio” de todo acto médico⁴⁵, que es como denomina la concreta evolución de cada paciente, diferente de la de otro aunque sufra la misma patología. MAGRO SERVET habla de “atención debida”⁴⁶, entendiendo que supone un concepto jurídico indeterminado puesto que habrá que valorar en cada caso concreto “adaptando el concepto a las circunstancias de tiempo y lugar” si se actuó debidamente, lo que termina de completar el concepto de “*lex artis ad hoc*”, es decir, la actuación de la *lex artis* para cada caso y cada paciente en concreto.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la obligación de medios, plantea CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ “*si ésta tiene su encaje en la previa existencia de un vínculo contractual, o por el contrario debe fundamentarse en la responsabilidad extracontractual o aquiliana que posibilita el artículo 1.902 de nuestro Código Civil*”⁴⁷. Se plantea este autor: “¿existe contrato entre médico y paciente?”⁴⁸. En general, está aceptado que la naturaleza de la relación médico-paciente es contractual⁴⁹, salvo en algunas situaciones. Las ejemplifica LLAMAS POMBO en las siguientes⁵⁰: 1. Los casos en que el médico se niega a dispensar asistencia médica. 2. El médico que actúa sobre un sujeto en la vía pública en una situación de urgencia vital. 3. Cuando el médico actúa como auxiliar de la aseguradora (está en el listado de especialistas). 4. El sanitario funcionario público. 5. Cuando el contrato entre médico y paciente es nulo. 6.

⁴⁵ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010, recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.

⁴⁶ MAGRO SERVET, V., “Las nuevas tecnologías aplicadas a la Medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica. ¿Más tecnología = más responsabilidad?.”, Diario La Ley, 7837, 13 de abril 2012, 2012, pág. 1.

⁴⁷ Responde afirmativamente en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 188.

⁴⁸ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 192.

⁴⁹ Como explica JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*, Tecnos-práctica jurídica, Madrid, 2011, pág. 51, “en sus orígenes se produjo un arduo debate doctrinal (...) para unos la responsabilidad civil del médico era siempre extracontractual por tratarse de una profesión liberal, para otros, ésta debía ser siempre calificada como contractual, pues entendían que entre el médico y el paciente se perfeccionaba siempre un auténtico contrato en el que el primero se obligaba, al menos, a poner los medios necesarios para intentar curar al enfermo”.

⁵⁰ LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 26.

Cuando el perjudicado por la actuación médica es un tercero (no es el paciente). 7. Cuando el facultativo cometa delito en su actuación profesional.

En cualquier caso, la responsabilidad civil del médico descansa sobre los mismos pilares que la responsabilidad contractual o extracontractual de cualquier profesional por hecho dañoso: *“una conducta profesional negligente, la producción de un daño efectivo, la necesaria relación de causalidad entre el daño y la conducta, y, finalmente, la imputación objetiva del daño”*⁵¹ al facultativo. Sin embargo, la relación médico-paciente, en cuanto a su naturaleza jurídica, es diferente en la medicina pública y en la medicina privada. Sin embargo, ¿muta la naturaleza jurídica de la relación cuando se trata de medicina pública? ¿Pasa el usuario de ser “paciente” a ser “ciudadano”? Algunos autores entienden que la relación continúa siendo contractual aunque la prestación se realice en la esfera pública⁵² pero, aunque no se tenga esta visión, el médico incurrirá o no en responsabilidad en función de los mismos criterios (diferente es la responsabilidad patrimonial de la Administración como empleadora del médico). Y ello porque, bien se considere contractual, extracontractual o se aplique la doctrina de la unidad de la culpa civil⁵³, el Tribunal juzgará la existencia de daño, culpa y relación de causalidad, según las especialidades de la responsabilidad civil médica que se expondrán a lo largo de este trabajo.

En la medicina privada debemos, asimismo, distinguir la medicina “de aseguradora” de la contratación directa con el médico. En este primer supuesto nos encontramos con un supuesto de arrendamiento de servicios, del mismo modo que el contrato con otro profesional liberal. En el segundo caso, el de la medicina privada que se practica a través de la aseguradora privada, el paciente no contrata directamente con el médico, sino con la compañía, siendo el médico un auxiliar de ésta. Así lo afirma el Tribunal Supremo: *“faltan todos*

⁵¹ ESTRUCH ESTRUCH, J., *La responsabilidad civil del Registrador*, Fundación Registral, Madrid, 2014, pág. 57.

⁵² PLAZA PENADÉS, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág.50. En contra GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica.*, 2005, pág. 69.

⁵³ Se remite al lector a la exposición de este trabajo sobre la culpa, Capítulo I, Epígrafe 4.1.

*los elementos imprescindibles para que tenga existencia el contrato de arrendamiento de servicios que sería el formalizado*⁵⁴.

Con independencia de su naturaleza jurídica y del carácter público o privado de la actuación del médico, la obligación de medios se divide, a su vez, en actuaciones concretas: *"A) En lo intelectual: preparación o conocimientos profesionales. B) En lo material: instrumental o aparataje apropiado y en buen estado. C) En lo personal: prestación de su asistencia, su continuidad y vigilancia"*⁵⁵. Vemos un ejemplo de la necesidad de dotar de medios adecuados en la Sentencia de 25 de mayo de 2010⁵⁶. El caso es el de una embarazada de 38 años y sin antecedentes médicos relevantes que lleva una gestación supuestamente normal hasta que, al nacer el bebé, descubren la infinidad de daños que padece (le faltan dedos, padece microcefalia, no le funciona el cerebro a nivel cognitivo, no sujeta cabeza, no fija mirada, no entiende, no habla... lo que supone una declaración de minusvalía del 78%. Estos daños podrían haberse detectado con una ecografía de nivel IV en la semana 20 de gestación. En el Hospital de Cabañuelas, donde le llevaban el control del embarazo no tienen una máquina tan avanzada, sino ecógrafos de Grado I, con lo que defienden que actuaron según sus medios. Sin embargo el tribunal considera que debían haberla remitido a otro centro, con la argumentación siguiente: *"dentro de la obligación de medios que debe disponer la Administración sanitaria en orden a preservar dicho derecho constitucional de la salud (art. 43 Constitución) se estima ésta precisamente el que se ponga a disposición del ciudadano los medios personales y materiales que mejor permitan velar por la efectiva protección de dicho derecho (...) se debió derivar a la gestante al lugar donde el servicio de salud estuviese en condiciones de practicar esa prueba esencial con las garantías exigibles"*.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de Pleno, de 13 de septiembre de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, recurso número 2019/2009, resolución 535/2012, Roj: STS 7648/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7648, Id Cendoj: 28079119912012100013.

⁵⁵ SANTA CRUZ AYO, M. J., "Evaluación, diagnóstico y formas de gestión de la responsabilidad civil médica", Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, número 79, <http://www.ravjl.com/ver/12/academicos--a%C3%B1o-de-posesion-y-discursos.html/>, 2011, pág. 16.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de mayo de 2010, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 3021/2008, ROJ: STS 3000/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3000, ID CENDOJ 28079130042010100281, LA LEY CJ: 86223/2010.

En algunos supuestos quiebra la obligación de medios para acercarse más a la obligación de resultado. Además de aquellos supuestos en que el profesional sanitario se obliga a conseguir un resultado (mutando la naturaleza del contrato de arrendamiento de servicios a arrendamiento de obra)⁵⁷, existen otros, que enumera la doctrina. No existiendo unanimidad se seguirá en este punto a LLAMAS POMBO⁵⁸:

1. La emisión de dictámenes y certificados.
2. Los análisis clínicos.
3. Dentro del contrato de clínica o de hospitalización, proporcionar seguridad al enfermo y tener en buen uso el material.
4. En odontología, las prótesis dentales.
5. En cirugía estética, cuando el profesional se obliga al resultado.
6. Intervenciones menores como fimosis, amígdalas, etc.

Vemos la aplicación de la doctrina general de la obligación de medios en la Sentencia de 3 de febrero de 2015, a pesar de tratarse de un caso de medicina estética y, por tanto, totalmente voluntaria. Se trata de una paciente que acude a una clínica privada a operarse el pecho porque lo tiene muy caído. En la consulta le informan de las cicatrices que deja la operación de subir el pecho y decide solo ponerse prótesis. En esa primera intervención no consigue el efecto deseado porque al aumentar el peso el pecho le queda aún más caído y, además, las prótesis son defectuosas. Por ello dos operaciones más y demanda el coste de la tercera operación (la segunda se la hacen gratuitamente) y daños morales. El Alto Tribunal, al deliberar sobre si la obligación del médico, en este caso particular, era de medios o de resultado, aplica el criterio general: *"La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto (...) los actos de*

⁵⁷ Incluso en este caso hay dudas sobre la naturaleza del contrato y sobre la licitud de la promesa. Se apunta que la *"promesa de curación (...) constituye la promesa de un hecho incierto cuya realización no depende sólo de la voluntad del deudor y cuyo efecto no es otro que la asunción del riesgo del fracaso producido por caso fortuito o fuerza mayor, posibilidad que ofrece el artículo 1.105 del Código Civil"*. LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 31.

⁵⁸ LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 30.

*medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida*⁵⁹.

1.2. La fase de diagnóstico. La lex artis ad hoc.

Podemos dividir las acciones en que consiste el acto médico atendiendo a diversos criterios. Desde el punto de vista del orden en que se desarrollan podríamos hablar de pruebas, diagnóstico, tratamiento, curación y rehabilitación⁶⁰. En teoría son fases que pueden distinguirse, sin embargo en la práctica esta división se desdibuja⁶¹. Desde otra óptica, en los manuales jurídicos suele estudiarse esta materia atendiendo a los diversos documentos en que se plasma la actividad médica: el protocolo (qué debía haberse hecho); la historia clínica⁶² (qué fue lo que se hizo) y el consentimiento informado (si el paciente consintió lo que se hizo). En ocasiones se añaden los certificados, los partes de alta y baja y las recetas⁶³.

En este trabajo seguiremos un criterio mixto, diferenciando la declaración de responsabilidad por error en la fase de diagnóstico o en el tratamiento y, dentro de ésta, por falta de consentimiento informado, por cuestiones relativas a la

⁵⁹ Por ello se condena únicamente a abonar los costes generados por las operaciones (15.000 Euros) y no el daño moral solicitado (60.000 Euros adicionales). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 3 de febrero de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 18/2015, recurso número 2434/2012, ROJ: STS 206/2015 - ECLI:ES:TS:2015:206 Id Cendoj: 28079110012015100031.

⁶⁰ SISO MARTÍN, J., *Las variables jurídicas del ejercicio de la Medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 265. Este autor divide los actos médicos en: prevención, diagnóstico, prescripción médica, tratamiento médico y rehabilitación.

⁶¹ En este sentido FEMENÍA LÓPEZ, P. J., "Responsabilidad médica derivada del diagnóstico preimplantacional", en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, (Dir). MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 1179 y también DE LAS HERAS GARCÍA, M., *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 461.

⁶² MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., "Análisis jurídico del consentimiento informado", en Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., LA LEY, Madrid, 2014, pág. 201; GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 170.

⁶³ SISO MARTÍN, J., *Las variables jurídicas del ejercicio de la Medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 266.

historia clínica (falta de cumplimentación correcta, violación de secreto), por error en la elección del tratamiento o su ejecución o por falta de seguimiento del paciente.

Para resolver supuestos de daño causados por la actuación médica no debemos perder de vista que la obligación del médico es siempre de medios y no de resultado (a excepción de unos pocos supuestos que luego se expondrán). En palabras de PARRA SEPÚLVEDA: *“el deber de competencia profesional haría referencia a la exigencia de conocimientos básicos por parte del facultativo en razón de su especialidad: en segundo (lugar), implicaría el deber de actualización de dichos conocimientos; y, en tercer lugar, incluiría la obligación de ejercer la actividad médica según estos conocimientos”*⁶⁴. Por lo tanto, el médico cumple lo exigible con poner los medios (conocimientos técnicos, instrumental, procedimientos médicos) que tiene a su disposición. No sería razonable castigar al médico por no conseguir curar, puesto que hay enfermedades que son incurables por propia definición y si hay algo seguro en esta vida es que, tarde o temprano, todos moriremos de accidente, enfermedad o puro deterioro físico causado por la vejez.

Por lo tanto, el médico debe procurar los mejores cuidados posibles a cada uno de sus pacientes, pero nunca le es exigible que cure. Como se verá más adelante, estas afirmaciones deberán ser matizadas en algunos supuestos como medicina satisfactiva o voluntaria, daño desproporcionado y los muy especiales supuestos de acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*. La medicina satisfactiva es, según Andreu Tena, *“la que tiene un carácter meramente voluntario(...)el interesado acude al médico no para la mejora de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica como es la actividad sexual”*⁶⁵.

⁶⁴ PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pág. 121.

⁶⁵ ANDREU TENA, E., AZPARREN LUCAS, A., DONAT LAPORTA, E., "Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva", *Revista española de medicina legal*, núm. 39, www.elsevier.es/mlegal, 2013, pág. 163.

Continuando con el concepto de *lex artis*⁶⁶ y siguiendo a FERNÁNDEZ ENTRALGO, pueden darse dos acepciones⁶⁷: una primera acepción general, que serán los criterios de actuación adecuados con carácter universal y una segunda acepción (*lex artis ad hoc*), que será la actuación correcta en una situación concreta⁶⁸. Por un lado, hay que tener en cuenta la diversidad en cuanto a medios materiales y humanos y, por otro lado, está la variabilidad humana intersubjetiva, tal que no puede aplicarse el mismo tratamiento a todos los enfermos, porque lo que a unas personas les beneficia a otras les perjudica.

En palabras de MACÍA GÓMEZ: *“la expresada lex artis está integrada en su contenido sustancial por la necesidad de observar los deberes profesionales, basados en normas amparadas por la lógica, los conocimientos médicos, las prácticas habituales y los criterios profesionales de genérica observancia, avalados por unas estadísticas que acrediten un efectivo resultado curativo. Y es que, además, dentro de la lex artis médica existen algunos criterios básicos de orden general, que se llegan a constituir en auténticos deberes jurídicos exigibles ante los Tribunales en caso de inaplicación”*⁶⁹.

Según consolidada doctrina del Tribunal Supremo, los deberes que integran el contenido de la *lex artis ad hoc* son los siguientes:

1. Utilizar cuantos remedios conozca la técnica médica⁷⁰ y que el profesional tenga a su alcance en el momento concreto⁷¹, de modo que

⁶⁶ Se conceptúa como “*ley del arte*” o “*ley artesanal*” en RODRÍGUEZ MARÍN, C., “Medicina satisfactiva”, en *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 en las personas*, (Dir). ORTI VALLEJO, A., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 309.

⁶⁷ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La *lex artis*. Criterios jurisprudenciales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, número 3, mayo, 2004, pág. 194.

⁶⁸ Lo define con carácter muy general el Código de Deontología Médica en su artículo 21: “*El médico tiene el deber de prestar a todos los pacientes una atención médica de calidad humana y científica*”.

⁶⁹ MACÍA GÓMEZ, R., “La previsible evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal en la profesión médica”, *Diario La Ley*, núm. 6997, 25 de julio, Sección Tribuna, 2008, pág. 2.

⁷⁰ “*Y es que en la sociedad en general sí que está extendido el concepto o la idea de que, en efecto, producido un daño en una persona que ha recibido una atención médica siempre habrá un responsable de forma categórica, debiendo hacer recaer sobre los profesionales de la Medicina y el centro sanitario la responsabilidad por el resultado dañoso producido (...). Nada más lejos de la realidad, porque (...) por muchos avances que se hayan producido en la Medicina hoy en día desde el punto de vista tecnológico, ello no va a derivar en un correlativo incremento de la responsabilidad médica*”. MAGRO SERVET, V., “Las nuevas tecnologías

no puede prestarse ni exigirse la misma actuación en un Hospital de nivel tres⁷² un día laborable a las diez de la mañana con todos los especialistas y las técnicas disponibles que en una urgencia en la consulta del médico rural una noche de sábado.

2. Informar al paciente del diagnóstico, del pronóstico, de los riesgos y de los medios disponibles.
3. Continuar el tratamiento del enfermo hasta el alta médica, advirtiéndole de los riesgos que la técnica pueda comportar⁷³.
4. Informar de pruebas o controles necesarios para el tratamiento o para evitar la reaparición de los síntomas o prevenir complicaciones.

Dentro del acto médico podemos referirnos al diagnóstico o al tratamiento. Diagnosticar significa poner nombre a la patología del paciente y supone un examen previo que puede consistir únicamente en un examen médico o en la realización de una batería de pruebas clínicas. El error de diagnóstico no es, como pudiera parecer a primera vista, la diferencia entre lo que se diagnosticó y lo realmente existía, sino que configura como un razonamiento entre lo que se diagnosticó y lo que *era posible diagnosticar* si se hubieran realizado todos los exámenes y pruebas pertinentes. El error profesional no da siempre lugar a

aplicadas a la medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica. ¿Más tecnologías = más responsabilidad?", Diario La Ley, número 7837, Sección Doctrina, 13 de abril, www.diariolaley.es, 2012, pág.1.

⁷¹ Según PARRA SEPÚLVEDA, los deberes médicos pueden clasificarse como los deberes contractuales en general, entre céntricos o primarios y los secundarios. En el caso de la actuación médica los deberes primarios serían la asistencia médica propiamente dicha (que a su vez comprende la actuación médica y el deber de competencia profesional), la entrega de información y el consentimiento informado y, como deberes secundarios, el secreto profesional, el deber de continuar con el tratamiento una vez iniciado y el deber de llevar en debida forma la historia clínica. PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pág. 112.

⁷² Los hospitales se clasifican según los medios de los que disponen. “*El Catálogo Nacional de Hospitales que edita anualmente el Ministerio de Sanidad (<http://www.msps.es/ciudadanos/prestaciones/centrosServiciosSNS/hospitales/home.htm>) utiliza el criterio básico de dimensionamiento estructural basado en el número de camas por lo que se refiere a hospitales de agudos. El propio Ministerio ha estado valorando la aplicación de otros criterios más rigurosos desde el punto de vista técnico*”. Algoritmo de clasificación de hospitales, Iasist, UBM Médica, Julio 2011, consultar en <http://www.iasist.com/files/Clasificaci%C3%B3n%20de%20Hospitales.pdf>.

⁷³ Se refiere al abandono de los cuidados al paciente el artículo 11 del Código de Deontología Médica, en los términos siguientes: “*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*”.

una indemnización, pues *“el error debe ser negligente y no todos los errores lo son”*⁷⁴. Como apunta ROMERO COLOMA, *“la problemática que hay que tratar viene referida a si el error en el diagnóstico implica, per se, responsabilidad”*⁷⁵. Para GALÁN CORTÉS, *“por mucho que la medicina avance, hay que abandonar esa vana, absurda e ilusoria presunción de querer convertir en exacta una ciencia que no lo es. El diagnóstico del médico no es infalible (...) no todo diagnóstico equivocado resulta reprochable y provoca inexcusablemente responsabilidad”*⁷⁶.

En conclusión, el médico no es infalible y no le es exigible acertar siempre. Se le puede pedir tener los conocimientos técnicos de su especialidad⁷⁷, debidamente actualizados y actuar con diligencia, de modo que *“solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad”*⁷⁸. Por lo tanto, dado que el error en diagnóstico no es *per se* causa de condena, para valorar la responsabilidad del médico debemos distinguir si el error fue excusable o inexcusable⁷⁹. Para determinar si el diagnóstico es excusable o inexcusable, también debemos atender al *“estado de la técnica”*, de modo que el juzgador y los peritos deben situarse en el lugar en que se realiza el examen del enfermo, las técnicas existentes en ese momento y la fiabilidad de las mismas, pues no tiene la misma definición una ecografía actual que una de hace 20 años. En conclusión, y siguiendo a GALÁN CORTÉS, el error en el diagnóstico será condenable cuando el médico

⁷⁴ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 124.

⁷⁵ ROMERO COLOMA, A. M., *El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pág. 113.

⁷⁶ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 194.

⁷⁷ VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 50.

⁷⁸ Con cita de otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de febrero de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 33/2015, recurso 194/2013, CENDOJ: Roj: STS 434/2015 - ECLI:ES:TS:2015:434, Id Cendoj: 28079110012015100054, SEPIN: SP/SENT/799467.

⁷⁹ SISO MARTÍN, J., *Las variables jurídicas del ejercicio de la Medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 275.

no haya realizado todas las comprobaciones necesarias o cuando se trate de “*un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas*”⁸⁰.

En general, la Jurisprudencia no condena por mala praxis en el simple error de diagnóstico tanto porque la obligación del médico es de medios y no de resultado como porque se entiende que *errare humanum est* y por tanto no se puede exigir la infalibilidad. Para ilustrar esta afirmación, vemos que LUNA YERGA comienza su tratado sobre la prueba en la responsabilidad civil médico-sanitaria titulado el primer capítulo: “*errar es humano*”⁸¹.

Del estudio de la Jurisprudencia se desprende que no abundan las condenas por simple error de diagnóstico, sino que las Sentencias condenatorias pueden agruparse en dos casos: por un lado, cuando la actuación del facultativo evidencia la falta de cuidado o interés (por ejemplo no prescribir pruebas necesarias) o en casos de error patente, manifiesto y notorio, que supone el desconocimiento más elemental de la ciencia médica.

Si examinamos las Sentencias condenatorias, vemos que destacan por su número aquellas que juzgan el error diagnóstico en casos de cáncer de mama y de diagnóstico prenatal. Ello puede ser debido, por un lado, a la cantidad de pruebas diagnósticas en ese sector de población, por la implantación de protocolos que obligan a la realización de pruebas diagnósticas a toda la población en ausencia de patología (mujeres mayores de 40 años en el caso de screening de mama y embarazadas en cualquier caso) y, por otro lado, a la facilidad con que se evidencia que el diagnóstico era erróneo (cuando aparece el cáncer o cuando el bebé nace con malformaciones)⁸².

Citaremos el caso de la Sentencia de 18 de junio de 2013. En primera Instancia se dictó sentencia absolutoria, pero el Tribunal Supremo la casó y condenó al ginecólogo al pago de 1.057.143,58 Euros más una pensión vitalicia anual de

⁸⁰ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 196.

⁸¹ LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 31.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de noviembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 669/2010, recurso 444/2007, Roj: STS 6363/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6363 Id Cendoj: 28079110012010100733. Ejemplo de resolución condenatoria, en que se juzga el caso de una niña que nace sin brazos, cuando las pruebas diagnósticas prenatales se informaron como normales. Es evidente el error de diagnóstico.

42.000 Euros. Se trata de una embarazada que se pone de parto y el ginecólogo intenta el parto vaginal a pesar que en los 15 meses anteriores había sufrido una cesárea y un aborto. El útero se rompe, el feto se asfixia y nace un bebé con parálisis cerebral. Como increíblemente ocurre en muchos supuestos similares, el monitor fetal desaparece de la historia clínica, testificando el anestesista que la paciente no estaba monitorizada salvo cuando entró en quirófano⁸³. La condena del Alto Tribunal se funda en: *"el médico incrementó el riesgo al intentar parto vaginal tras cesárea anterior en 15 meses"*, puesto que *"la diligencia del buen médico comporta no solo la elección adecuada (...) (entre distintos tratamientos, en este caso entre la cesárea y el parto vaginal) (...), sino el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas para cada uno conforme a una buena praxis médica y con el cuidado y precisión según la naturaleza y circunstancias"*⁸⁴.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007, de la Sala de lo Contencioso⁸⁵ se condena por mala praxis en el caso de una embarazada que da positivo en el control de toxoplasmosis y a la que, a pesar de estar sangrando, no se le realiza un nuevo control de la enfermedad a tiempo: *"la paciente no fue tratada con premura, dada la grave afección, una vez*

⁸³ El monitor fetal es un cinturón que se coloca a la paciente embarazada cuando comienza el trabajo de parto y mide los latidos del corazón del feto. De esta forma se obtiene un registro con la variación de la frecuencia del latido fetal durante las contracciones uterinas, que se imprime y se incorpora a la historia clínica. Si el feto sufre, se deberá practicar una cesárea urgente. El hecho de existir dos profesionales cualificados para vigilar el monitor fetal (comadrona y ginecólogo) pero solo uno para practicar el parto y la cesárea (ginecólogo) lleva a que la línea que delimita la responsabilidad de uno u otro se desdibuje. La prueba concluyente del sufrimiento fetal intraútero es el monitor, de modo que si el feto nace con daños y el registro del monitor ha desaparecido de la historia clínica, es imposible saber si se trató de un problema anterior al parto (por retrasar indebidamente éste) o si los daños se produjeron en el momento del nacimiento.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 403/2013, Recurso número 368/2011, SEPIN SP/SENT/723019. Resulta sorprendente la "facilidad" con que estos monitores de bienestar fetal "desaparecen". En torno al monitor convergen la responsabilidad de la matrona (que normalmente no es demandada), con la del ginecólogo (que es demandado prácticamente siempre). Tampoco aparece el monitor en la historia clínica. El monitor fetal desaparece de la historia clínica también en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 403/2013, recurso número 368/2011, Roj: STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247, Id Cendoj: 28079110012013100339, Base de datos SEPIN referencia SP/SENT/723019, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de abril de 2015, Ponente Jose Luis Requero Ibáñez, recurso 2114/2013, ROJ: STS 1713/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1713, Id Cendoj: 28079130042015100141.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de junio de 2007, Ponente Agustín Puente Prieto, número de recurso 4745/2003, Roj: STS 5117/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5117, Id Cendoj: 28079130062007100292.

constatada la positividad de toxoplasmosis y recogiendo que, según el propio informe de la inspección médica, una vez detectada esta patología debía de hacerse una segunda determinación entre una y tres semanas posteriores, pues si la infección para el feto se confirma la evolución de éste es muy problemática". El feto nace con graves daños a consecuencia de la enfermedad y se condena a pagar a los padres 270.000 Euros.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011, de lo Contencioso, condena a la Administración al pago de 30.000 Euros (cantidad que fue reducida en casación, siendo la condena de primera instancia más alta) en el caso de un paciente que acude a urgencias con patología renal y por un hallazgo casual le ven un nódulo en un pulmón. No le hacen más pruebas relativas al hallazgo casual por no tener síntomas respiratorios, pero sí tenía como factor de riesgo el haber trabajado con arbesto y disolventes orgánicos. Dice la Sentencia en cuanto a la obligación de medios que *"no se da la obligación de obtener el resultado pretendido si bien el mismo ha de ser perseguido con la máxima diligencia, previsión y dedicación"*⁸⁶.

La Sentencia de 16 de junio de 2010 del Tribunal Supremo condena en un caso de falso negativo en el diagnóstico prenatal, evidenciado al nacer el bebé con Síndrome de Down, sentenciando a pagar 1.500 Euros mensuales de pensión vitalicia al nacido y (75.000 Euros por daños al padre y lo mismo a la madre). La resolución fija en los hechos que *"al parecer el error se produjo en las extensiones de la muestra, al haberse hecho de una procedente de un tubo no correspondiente a la muestra extraída de (la actora)"*⁸⁷.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2015⁸⁸ se falla el caso de una mujer que presenta dolor en estómago tras habersele practicado

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de septiembre de 2011, Ponente Antonio Martí García, número de recurso 6280/2009, STS 5922/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5922, Id CENDOJ 28079130042011100489.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4403/2008, Roj: STS 3364/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3364, Id Cendoj: 28079130042010100315.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de febrero de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 33/2015, recurso 194/2013, CENDOJ: Roj: STS 434/2015 - ECLI:ES:TS:2015:434, Id Cendoj: 28079110012015100054, SEPIN: SP/SENT/799467.

una cesárea. Al remitir la fiebre, es dada de alta pero sin hacerle pruebas diagnósticas. Cuando vuelve a ingresar por persistir el dolor abdominal se ve una infección abdominal con necrosis. Ya lo único que se puede hacer es quitar lo necrosado, cuando, de haberlo detectado a tiempo se podía haber curado con antibióticos sin necesidad de cirugía. La primera y segunda instancia absuelven y en casación se condena, considerando como daños sufridos la intervención de histerectomía, las bridas, la oclusión intestinal y la cicatriz de la intervención que queda en el abdomen.

1.3. El tratamiento médico y el error en el mismo. Referencia al protocolo, la historia clínica y el deber de secreto.

El tratamiento médico implica, como se comentó más arriba, una serie de acciones que comienzan con el diagnóstico de la patología y que se extienden hasta la curación del paciente y aún más allá, abarcando las revisiones pautadas o el seguimiento. El error ocurre cuando el personal sanitario establece un tratamiento *“inadecuado o excesivo, o es aplicado incorrectamente”*⁸⁹. Dado que el tratamiento incluye variedad de acciones, dividiremos el estudio del error en cada una de las obligaciones que lo integran: seguir el protocolo, tratar a tiempo, continuar el tratamiento tras la primera visita o intervención y la correcta llevanza de la historia clínica (lo que incluye su cumplimentación, custodia y el deber de secreto).

El deber de prestación correcta de asistencia médica se mide en la actualidad por el cumplimiento de los Protocolos. La especialización y la tecnificación de la ciencia médica hace que cada doctor se especialice en una rama de la medicina y, por tanto, existen diferentes formas de prestar atención médica. Es por ello que surgen los protocolos médicos, que son *“un conjunto de recomendaciones sobre los procedimientos diagnósticos a utilizar ante todo enfermo con un determinado cuadro clínico, o sobre la actitud terapéutica más*

⁸⁹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 125.

adecuada ante un diagnóstico clínico o un problema de salud"⁹⁰. El protocolo trata de estandarizar el proceso de decisión del médico, en forma de árbol de decisión o de guía que se debe seguir, constituyen "*criterios de prudencia*"⁹¹, de seguimiento no obligatorio pero recomendable para una buena práctica clínica, fijando por escrito la medida de la *lex artis*. Dichos protocolos (con carácter general) fijan por escrito las normas que se deben seguir en el tratamiento de las diferentes enfermedades y los grupos de pacientes en los que se deben seguir cautelas específicas. Tienen carácter general y son elaborados por las Sociedades Científicas, bien a nivel mundial (p.ej. *Convenio Marco para el control del tabaco*, elaborado por la Organización Mundial de la Salud en 2005), bien a nivel local en la especialidad correspondiente⁹². Los protocolos tienen con carácter general valor orientativo, pero constituyen una guía muy útil para el juez en los juicios para valorar si en la actuación médica se siguió la *lex artis*.

Las decisiones del médico en el caso concreto versarán sobre la aplicación del protocolo a la concreta situación y especial patología del paciente. Apunta MACÍA GÓMEZ⁹³ que el seguimiento del protocolo y la *lex artis* constituyen un deber jurídico de cuidado exigible por el paciente. Sin entrar en disquisiciones sobre su naturaleza jurídica lo cierto es que la medida que el Juez aplicará para juzgar la actuación del profesional en relación a sus decisiones clínicas es, cada vez más, el seguimiento del protocolo.

El cumplimiento del protocolo puede entrar en conflicto con la libertad clínica, que "*alude al derecho del especialista sanitario para adoptar las decisiones y aplicar los medios que (en el marco de los conocimientos, técnicas y usos de la época) juzgue oportunos tanto en el campo de la evaluación como del tratamiento de la enfermedad*"⁹⁴. En este sentido se ha apuntado que si en el

⁹⁰ RODRÍGUEZ ARTALEJO, F., ORTÚN RUBIO, V., "Los protocolos clínicos", Revista de medicina clínica, vol. 65, núm. 8, págs. 309-316, www.elsevier.es, 1.990, pág. 309.

⁹¹ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 186.

⁹² Oncoguía del cáncer colorrectal de la Comunidad Valenciana, elaborada por la Generalitat Valenciana en el año 2007.

⁹³ MACÍA GÓMEZ, R., "La previsible evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal en la profesión médica", Diario La Ley, núm. 6997, 25 de julio, Sección Tribuna, 2008, pág. 2.

⁹⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, M. A., "Interdisciplinariedad y libertad clínica", Clínica y Salud, año 3, vol.3, núm 1, págs. 5 a 10, www.copmadrid.org/publicaciones/clínica, 1.992, pág. 7.

ejercicio de su libertad clínica el médico propone un tratamiento que el paciente no acepta, puede el profesional rechazar su tratamiento como profesional liberal que es. Se excluirán los supuestos en que viene obligado al tratamiento por su condición de funcionario público o cuando la acción médica se deba realizar *“en razón de la protección del superior derecho a la vida o a la integridad física y psíquica de quien requiera asistencia sanitaria”*⁹⁵, tal y como establece el artículo 6 del Código de Deontología Médica⁹⁶: *“1. Todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, debe prestar ayuda de urgencia al enfermo o al accidentado. 2. El médico no abandonará a ningún paciente que necesite sus cuidados, ni siquiera en situaciones de catástrofe o epidemia, salvo que fuese obligado a hacerlo por la autoridad competente o exista un riesgo vital inminente e inevitable para su persona. Se presentará voluntariamente a colaborar en las tareas de auxilio sanitario”*.

En relación al seguimiento del protocolo, es interesante la Sentencia de 30 de marzo de 2010⁹⁷. Se trata de una paciente con carcinoma de mama - que la llevará a la muerte segura - sigue tratamiento en hospital público y finalmente fallece. La familia demanda porque considera que ha sido sometida a ensayo clínico sin su consentimiento. Entienden que la medicación que se le administró no estaba prevista en el protocolo de actuación de esa enfermedad y que se la incluyó en un ensayo clínico sin su consentimiento. La Sentencia, sin embargo, entiende que la actuación médica fue correcta, afirmando que: *“La asignación de un paciente a una estrategia terapéutica concreta no estará decidida de antemano por un protocolo de ensayo, sino que estará determinada por la práctica habitual de la medicina, y la decisión de prescribir un medicamento determinado estará claramente dissociada de la decisión de incluir al paciente en el estudio”*. La resolución entiende que a la paciente se la observó, utilizando los resultados para afianzar el conocimiento de los médicos sobre los efectos de la medicación, que es un “estudio observacional”, pero medicándola tal y como consta en el protocolo, y que hubiera sido un ensayo clínico si el

⁹⁵ PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pág. 114.

⁹⁶ Suscrito por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos en Julio de 2011.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de marzo de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Sentencia número 211/2010, recurso 326/2006, El Derecho EDJ 2010/45218, CENDOJ ID: 280791100120100214.

tratamiento no fuera el protocolizado⁹⁸. No obstante, se condena por falta de consentimiento informado sobre los efectos adversos del tratamiento⁹⁹.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 2012¹⁰⁰, una paciente operada contrae una bacteria en los huesos, en la zona que quedó expuesta en la operación pero que no era la parte directamente afectada por la operación. A consecuencia de dicha bacteria es necesario que sea operada varias veces más. Funda la demanda en que esa bacteria no consta que la tuviera antes de la intervención y es de un tipo que solo se puede contraer por contacto directo. La Audiencia desestima la demanda porque entiende que la prueba pericial demuestra que el período de incubación de la bacteria no coincide con las fechas de la operación, habiéndose demostrado además que se siguió el protocolo de esterilización del quirófano. Dice así la resolución: *“de acuerdo con la observancia por parte del Hospital 9 de Octubre de los protocolos exigibles en relación con la conservación de las instalaciones e instrumental quirúrgico en las condiciones que impone la legislación vigente, sin que haya el más mínimo rastro de que la infección ha terminado por afectar a otros pacientes”*.

Otro ejemplo de Sentencia absolutoria en relación al Protocolo es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11^a, de 23 de diciembre de 2013¹⁰¹, se falla el caso de un paciente que es sometido a una prueba de esfuerzo prescrita por el cardiólogo y fallece, paradójicamente, a consecuencia

⁹⁸ Es oportuno recordar que la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biométrica, establece un sistema de responsabilidad objetiva (art. 18.3), por lo que no es necesario probar la culpa.

⁹⁹ Este es otro de los casos en que la condena por falta de consentimiento informado parece más una justificación del Tribunal, que tiene un ánimo de compensar el padecimiento sufrido por el paciente.

¹⁰⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 2012, Ponente Alejandro María Valiño Arcos, resolución 572/2012, recurso 1229/2011, CENDOJ: Roj: SAP V 4241/2012 - ECLI:ES:APV:2012:4241, Id Cendoj: 46250370112012100461, SEPIN SP/SENT/699150.

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11^a, de 23 de diciembre de 2013, Ponente Susana Catalán Muedra, resolución 578/2013, recurso 137/2013, CENDOJ: Roj: SAP V 5578/2013 - ECLI:ES:APV:2013:5578 Id Cendoj: 46250370112013100433, SEPIN: SP/SENT/759950. Dice así la resolución: *“resultando la prueba de esfuerzo a la que fue sometido el fallecido absolutamente indicada ya que, en base a los resultados ofrecidos por la misma, podía haberse tratado y curado la dolencia cardíaca que al tiempo de prescribirse padecía el paciente, pero que la oportunidad del sometimiento a tal prueba debía haberse decidido por el propio paciente”*.

del esfuerzo. La Sentencia es condenatoria por falta de consentimiento informado, pero no por haber sometido al paciente a la prueba, que está incluida en el protocolo de la enfermedad.

Como veíamos anteriormente, el tratamiento no finaliza con la prescripción de la medicación o medidas higiénico-dietéticas, sino que obliga a su continuación hasta la curación o estabilización del paciente. Hay muchas patologías que se solucionan en una única visita o acto médico, pero en algunos casos el factor tiempo es fundamental, puesto que el adecuado tratamiento, pero realizado con demora, supone un daño añadido. En la mayoría de las ocasiones esta tardanza no es debida al médico sino al funcionamiento del servicio sanitario, no tan ágil como debería.

En estos casos en que el daño es causado por el retraso en la actuación sin que exista culpa individualizable en un concreto profesional médico, se considera mal funcionamiento de la Administración y se indemniza. Como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso, de 30 de noviembre de 2012, en que un paciente acude al Hospital General de Valencia con glaucoma y desprendimiento de retina, dolencias de las que no es tratado inmediatamente, sino que transcurre más de un mes entre el diagnóstico y la intervención, por lo que se empeora su situación y queda ciego tras la operación. Dice así la resolución: *"si bien el proceso de asistencia se adecuó a la lex artis (...) (como consecuencia de la demora de más de un mes en la intervención), no puede negarse la existencia de nexo causal (...) entre la inactividad de la Administración y el daño causado (...) "en el caso de un desprendimiento de retina, sin lugar a duda uno de los principales factores que hay que controlar es el tiempo, ya que el pronóstico conforme pasan los días empeora"*¹⁰². No se demandó al médico sino únicamente a la administración sanitaria por el retraso, indemnizando en 99.787,60 Euros.

Esta responsabilidad, cuando se trata de la Administración Pública Sanitaria, se fundamenta en *"la lesión sufrida por los particulares en sus bienes y*

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de noviembre de 2012, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 5330/2011, ROJ: STS 8111/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8111, ID CENDOJ 28079130042012100792.

derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"¹⁰³. Cuando se trata de clínicas privadas, es necesaria la relación de causalidad entre el daño y la deficiente actuación de la misma. Así la Sentencia de 20 de julio de 2009¹⁰⁴: la paciente se pone de parto y acude a una clínica ginecológica con un sistema de guardia localizada. La matrona prescribe la cesárea por sufrimiento fetal y se activa el sistema de guardia para llamar al ginecólogo, pero éste no llega hasta pasados una hora y cuarenta y cinco minutos, por lo que el bebé sufre hipoxia y nace gran inválido.

En este caso, se condena a la clínica por responsabilidad por el artículo 1.903 del Código Civil, fundada en la culpa in vigilando y por la infracción de la legislación de consumidores y usuarios, porque *"la prestación de servicios médicos debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario"*, entendiéndose la Sentencia que *"la responsabilidad que se imputa (...) se produce abstracción hecha de que hubiera quedado acreditada la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo, y se concreta en la existencia de un daño ocasionado al menor bajo su control causalmente vinculado al fracaso del sistema organizativo de las guardias de disponibilidad establecido en el mismo, pues es evidente que un sanatorio que ofrece un servicio de «urgencias médico-quirúrgicas y tocológicas» está obligado a instrumentar las medidas adecuadas que permitan que una cesárea pueda practicarse en un tiempo prudencial, el cual no lo es un retraso de una hora y cuarenta y cinco minutos"*.

Como veíamos anteriormente, el deber del médico no acaba con la prescripción del tratamiento o la realización de la intervención, sino que debe continuar con el mismo y realizar el seguimiento posterior. Si bien esta premisa parece clara y razonable, la cuestión se complica con la atomización del trabajo, la especialización y la tecnificación. Dando por supuesto que el paciente tiene derecho a que se continúe con su tratamiento, ¿cuál es el facultativo sobre el

¹⁰³ LINDE PANIAGUA, E., "La responsabilidad de la Administración Sanitaria", en *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, (Dir). Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1993, pág.127.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2009, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 280/2009, recurso 173/2005, CENDOJ: Roj: STS 4866/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4866,Id Cendoj: 2807911001200910054, SEPIN: SP/SENT/469948.

que pesa tal deber?, ¿el médico general que derivó al especialista, éste o bien el cirujano que operó? Algunos autores apuntan a que la intervención del especialista que trató al paciente en la primera etapa debe continuar para evitar complicaciones cuando dicha intervención es especialmente compleja. Así lo afirman, LLAMAS POMBO¹⁰⁵ y FERNÁNDEZ HIERRO¹⁰⁶. Por otro lado, como también ha apuntado en otra sede LLAMAS POMBO¹⁰⁷, “*el médico no queda atado eterna e incondicionalmente por dicha relación*”, de modo que se trata de cumplir con el “deber de asistencia” del médico o de no “*dejarle (al paciente) en ningún momento abandonado*”¹⁰⁸.

Un ejemplo de Sentencia condenatoria por este motivo lo encontramos en la del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012¹⁰⁹, donde se falla sobre el caso de un paciente que tiene un tratamiento de sintrom, por una patología crónica. Acude a realizarse una operación de estética menor (arreglarse párpados) y para la cirugía el facultativo le retira el tratamiento (el anticoagulante resultaría peligroso para la cirugía). Sin embargo, no le prescribe la continuación del tratamiento una vez sea dado de alta de la cirugía, sufre un ictus y queda hemipléjico. A pesar de la absolución en casación porque en el caso concreto no queda probado que no estuviese tomando la medicación, en función de los análisis de sangre, sin embargo en primera instancia se condenó por considerar el Juez que vulneraba la *lex artis* no pautar de nuevo el tratamiento.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, de 25 de junio de 2010¹¹⁰ falla un caso en que se produce un defecto en el calendario de vacunaciones, de modo que algunos niños no siguen el protocolo y los

¹⁰⁵ LLAMAS POMBO, E., "La llamada culpa médica: doctrina general y especialidades problemáticas", Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, número II, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2002, pág. 514.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Sistema de responsabilidad médica*, 4ª Edición, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 268.

¹⁰⁷ LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág.55.

¹⁰⁸ PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pág. 205.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de mayo de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 333/2012, recurso 2002/2009, El Derecho EDJ 2012/89300, CENDOJ ID: 28079110012012100305.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de junio de 2010, Ponente Jose Manuel Sieira Miguez, recurso 5927/2007, Roj: STS 3463/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3463, Id Cendoj: 28079130062010100303.

nacidos en determinados años quedan sin refuerzo de vacunación. Una de estas niñas, vacunada pero no reforzada, contrae una meningitis C fulminante y sufre secuelas gravísimas. Estas secuelas que son, entre otras, sordera y amputación de ambos pies, suponiendo la declaración de minusvalía del 86 por ciento. Concede el tribunal una indemnización de 800.000 Euros a la lesionada por el fallo consistente en no seguir el Protocolo de vacunación.

Tal y como se expuso más arriba, el deber de tratamiento del facultativo incluye una serie de obligaciones en relación a la historia clínica. Su definición legal se encuentra en el artículo 3 de la Ley 41/2002¹¹¹, que la define 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”*. El contenido mínimo de la historia clínica será¹¹²: datos identificativos del paciente, centro, anamnesis médica, motivo de la consulta, antecedentes, exploraciones, diagnóstico, órdenes de exploración complementarias, tratamiento, observaciones clínicas sucesivas a la primera consulta, informe de alta y consentimiento del paciente. Cuáles son los datos que se harán constar en cada caso dependerá de la patología, el paciente y la aplicación del *“principio de calidad de los datos: (...) datos adecuados, exactos, pertinentes y no excesivos respecto a las finalidades legítimas (que son): asistencia adecuada al paciente, información veraz y actualizada del estado de salud”*¹¹³.

Dado su valor probatorio preeminente, afirma GALÁN CORTÉS¹¹⁴ que la carencia de la historia clínica *“priva de un elemento valioso para la prueba de la responsabilidad médica y debe perjudicar a quien le era exigible como deber de colaboración o cooperación en la difícil actividad probatoria y esclarecimiento de los hechos”*. Es decir, la ausencia de la historia clínica

¹¹¹ 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.

¹¹² MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., "Análisis jurídico del consentimiento informado", en Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., LA LEY, Madrid, 2014, pág. 201.

¹¹³ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "La autonomía del paciente y la protección de datos personales sensibles. Especial referencia a la historia clínica electrónica", Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, número 36, www.aranzadi.es, 2014, pág. 4.

¹¹⁴ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 170.

constituye, en sí misma, culpa del facultativo, porque su redacción es un deber del mismo.

En relación con la historia clínica, veremos algunas Sentencias esclarecedoras: en primer lugar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de junio de 2013¹¹⁵ falla un supuesto en que el bebé nace con parálisis cerebral, la historia clínica está incompleta y se condena por tal motivo, entendiendo que: *“la custodia de las historias clínicas está o estaba en el momento de los hechos - diciembre 2002- bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario que fue la que debió proveer a preservar dicha historia y concretamente el registro cardiotocográfico continuo (se trata del monitor de bienestar fetal que certifica que el corazón del bebé late con normalidad durante el trabajo de parto, si el corazón se acelera implica sufrimiento fetal y hay que practicar una cesárea urgente”*.

En segundo lugar, veremos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013¹¹⁶, que condena al médico y a la aseguradora por no haber detectado las malformaciones de la niña durante el embarazo (nace sin antebrazos ni manos), haciendo especial hincapié en que no consta dato alguno en la historia clínica de las tres primeras ecografías realizadas a la gestante, estando únicamente reseñadas las realizadas cuando ya no existía posibilidad legal de aborto. Vemos que pesa mucho en el razonamiento del tribunal la falta de cuidado con la historia clínica, más que el reproche de no haber visto las malformaciones, puesto que la misma sentencia argumenta que era difícil verlas con la evolución de la técnica existente en 1994 cuando nació la niña¹¹⁷.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 403/2013, recurso número 368/2011, Roj: STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247, Id Cendoj: 28079110012013100339, Base de datos SEPIN referencia SP/SENT/723019.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de marzo de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución número 157/2013, recurso número 1785/2010, Roj: STS 1136/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1136, Id Cendoj: 28079110012013100122.

¹¹⁷ *“La historia clínica de la paciente que aporta el demandado es incompleta, al no constar reseña alguna del curso del embarazo desde el 11 de diciembre de 1987 hasta el 29 de julio de 1988, fecha del parto, a pesar de que, según manifiesta la paciente, le realizó tres estudios ecográficos, con fechas 24 de abril, 23 de junio y 20 de julio de 1988 (...). A la actora se le practicaron siete ecografías en total, tres de ellas las llevó a cabo el demandado los días 24 de abril, 23 de junio y 20 de julio de 1988. De las tres ecografías no hay constancia alguna en la historia clínica abierta por el demandado a la actora.”*

Estrechamente relacionado con la historia clínica está el secreto médico, que se configura como una obligación legal del médico, quien no puede revelar aquellos datos de salud de su paciente que haya conocido en su condición de tal. Toda la información obtenida en el marco de la relación médico-paciente es confidencial y únicamente puede utilizarse *“con el propósito de mejorar la salud”*¹¹⁸ del paciente.

En cuanto a su regulación legal y de mayor a menor, con rango constitucional lo encontramos en el artículo 18 de la Constitución (derecho al honor, intimidad y propia imagen); con rango de Ley Orgánica la Ley Orgánica de Protección Civil de Honor, Intimidad y Propia imagen, de 5 de mayo de 1982 (art. 7.4); con rango legal en la Ley 41/2002, en la Ley General de Sanidad, 14/86, de 25 de abril, en el artículo 10.3 y en las diferentes leyes autonómicas que regulan esta materia y, por último, en el Código de Deontología médica en los artículos 16 a 20.

Doctrinalmente existe acuerdo en que su contenido abarca todos los datos que son conocidos por el médico a través de su relación médico-paciente con el enfermo, tanto los de carácter médico como cualesquiera otros¹¹⁹. En este sentido resulta interesante una consulta elevada a la Agencia Estatal de Protección de Datos, que da lugar al Informe 12/2013 de la Agencia Española de Protección de Datos. Se consulta si es conforme a *“la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en adelante LOPD, y su normativa de desarrollo, la inclusión de información personal de cualquier paciente en una pequeña medalla colgada del cuello en el que se pueda visualizar un Código QR con fines sanitarios. En particular, la consulta indica que se podrían incluir todos los datos personales del portador, incluyendo la historia clínica del paciente, de modo que ante cualquier emergencia o accidente que pueda tener un determinado paciente, los*

¹¹⁸ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., "Análisis jurídico del consentimiento informado", en Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., LA LEY, Madrid, 2014, pág. 150.

¹¹⁹ VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 111; ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 185, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 200; FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Sistema de responsabilidad médica*, 4ª Edición, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 201.

servicios sanitarios que le asistan, con un simple escaneo de un móvil (Smartphone) sobre el Código que cuelga de su cuello pueden conocer en breves minutos todo el historial médico sanitario del paciente". La protección de los datos médicos y el carácter reservado de la historia clínica es tan elevado, que se falla la consulta en el sentido de exigir, para la inclusión de dichos datos en un código QR:

- Consentimiento informado del portador de la medalla.
- Inclusión de los datos estrictamente médicos y sólo aquéllos necesarios para las finalidades de urgencia (es decir, no todos sino únicamente los que se refieran a la enfermedad que se trate de prevenir).
- Implantación de medidas de control de acceso limitadas al personal sanitario.

En relación con el secreto médico veremos a continuación una Sentencia condenatoria a un facultativo por divulgar datos médicos de otra compañera médico que conoció a través de su intervención como especialista¹²⁰. El caso es el siguiente: una neuróloga es ingresada y atendida por otra neuróloga . La enferma estaba embarazada y ambas se conocían por ser del mismo pueblo de Cuenca. A través del examen de la historia clínica, descubre que la paciente había abortado dos veces con anterioridad y se lo contó a su madre. A su vez, la madre de la neuróloga le contó a la hermana de la paciente que estaba embarazada y los dos abortos legales anteriores. La paciente denunció a la neuróloga por revelación de secretos y ésta fue absuelta en primera instancia pero condenada en casación a un año de prisión y multa de 12.000 Euros, otros 12.000 Euros de indemnización e inhabilitación especial por dos años con responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Valenciana.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Penal, de 4 de abril de 2001, Ponente Andrés Martínez Arrieta, recurso número 2338/1999, resolución 574/2001, Roj: STS 2826/2001 - ECLI:ES:TS:2001:2826, Id Cendoj: 28079120012001104026.

La Sala Penal del Supremo el 25 de septiembre de 2015¹²¹ condena de nuevo a un médico por vulnerar el secreto médico de otro. En este caso un médico de familia accede a los historiales médicos de sus compañeros de zona en más de 25 ocasiones en el plazo de un año. Es condenado por descubrimiento y revelación de secretos a la pena de dos años y seis meses de prisión y 17.000 Euros de multa. Afirma el Alto Tribunal que *“la historia clínica forma parte, como datos sensibles y reservados, del núcleo duro de la privacidad, cuyo mero acceso determina el perjuicio de tercero, elemento requerido por el tipo del art. 197.2 del Código Penal (...) vulnerando, por tanto, su derecho constitucional a la intimidad personal”*.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

2.1. Introducción.

Desde hace unos años el Tribunal Supremo viene afirmando que *“el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la ‘lex artis’ y como tal forma parte de toda actuación asistencial”*¹²². La más moderna doctrina centra el ejercicio de la medicina en el paciente como titular de su derecho a la salud. Por lo tanto, puede ejercitar este derecho de la forma que entienda más adecuada, decidiendo sobre el modo en que será o no tratado. Dado que carece de conocimientos médicos, para ser realmente consciente de sus opciones deberá ser informado exhaustivamente de las técnicas, proceso de curación y complicaciones o contraindicaciones más frecuentes o probables¹²³. Si posee toda la información, el consentimiento *“no nacerá*

¹²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Penal, de 25 de septiembre de 2015, Ponente Andrés Palomo del Arco, recurso 648/2015, sentencia 532/2015, Roj: STS 3874/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3874, Id Cendoj: 28079120012015100527.

¹²² Con cita de muchas otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de mayo de 2014, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Recurso 285/2012, resolución 226/2014, Roj: STS 1768/2014, Id Cendoj: 28079110012014100196.

¹²³ VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 136; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de diciembre de 2005, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 1002/2005, número de recurso 1986/1999, Referencia CENDOJ Roj: STS 7433/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7433, Id Cendoj: 28079110012005100983, Referencia EL DERECHO EDJ 2005/206730.

viciado en origen”¹²⁴ y realmente será el paciente quien decida la intervención médica con todas sus consecuencias. Así lo afirma el Tribunal Supremo: *“la sentencia (de instancia) parte de la consideración equivocada de calificar la información como una obligación accesoria (...) el consentimiento informado (...) hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico”*¹²⁵.

En este capítulo se estudiarán los requisitos del consentimiento informado, su regulación legal, la forma en que debe ser prestado, el contenido más o menos exhaustivo que debe tener en los diferentes supuestos, quién debe prestarlo y los casos en que no es necesaria la prestación del mismo para que el médico pueda ejecutar sus decisiones. Una vez sentados estos conceptos y vista la importante evolución que han sufrido los mismos, se expondrán los supuestos en que la falta de consentimiento informado genera responsabilidad civil del médico, hospital, aseguradora y administración sanitaria.

En general, en materia de consentimiento informado, se puede ver que no existe una línea clara en el Tribunal Supremo, ni siquiera dentro de cada una de las Salas, por lo que se genera una situación de incertidumbre tanto para el profesional médico como para la compañía aseguradora. Ello puede llevar a convertir el acto de prestación del consentimiento en una mera formalidad, un acto automático de enumeración de riesgos, que trate de ser lo más exhaustivo posible con el fin de ahorrar una posible condena por falta de información pero que realmente no informa, por lo que el paciente, en puridad, no consiente. El Tribunal Supremo, ha declarado tanto que no es necesario informar de todo¹²⁶

¹²⁴ VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 136.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de diciembre de 2005, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 1002/2005, número de recurso 1986/1999, Referencia CENDOJ Roj: STS 7433/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7433, Id Cendoj: 28079110012005100983, Referencia EL DERECHO EDJ 2005/206730.

¹²⁶ Afirma el Tribunal Supremo: *“Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria”*. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de octubre de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, resolución 5371/2008, recurso número 870/2003, ROJ STS 5371/2008, ID CENDOJ 28079110012008100895. Falla el Alto Tribunal en esta causa sobre el fallecimiento de mujer que queda embarazada por técnica *in vitro* y que fallece por eclampsia asociada a síndrome de Hellp. Si bien las técnicas *in vitro* para lograr un embarazo son consideradas medicina satisfactoria, el embarazo subsiguiente es un proceso natural, en cuyo desarrollo, si se aplican tratamientos, se considerarán medicina

como que es necesario informar de todo¹²⁷, por lo que nos encontramos en un momento de incertidumbre en que no existe la necesaria uniformidad que una materia tan trascendental requiere.

No consideramos beneficioso pasar del criterio de *“lo que un médico razonable considere procedente decir”* o bien *“un paciente razonable quisiera saber”*¹²⁸ a una mera enumeración formal de complicaciones a modo de prospecto medicamentoso, de forma que resulta incomprensible salvo para profesionales de la medicina. Más aún en la era de la información, donde está al alcance de cualquiera teclear en internet el nombre de una enfermedad o intervención y automáticamente encontramos toda la información que existe. De hecho, los profesionales de la medicina ya están acostumbrados a que el paciente acuda con una lista de dudas generadas por la navegación en páginas médicas, pseudomédicas y foros de temáticas varias, que así obtiene la información pero no posee los conocimientos médicos para procesarla y discriminar lo importante de lo accesorio. En la profesión médica se ha acuñado incluso el término de *“Dr. Google”* para referirse a esta conducta. Entiendo que no se debe perder de vista que el médico es el que sabe medicina y el que puede discriminar la información *necesaria y relevante* para nuestro proceso en particular.

curativa. Entiende aquí el Tribunal que la eclamsia es un riesgo excepcional (por su escasa frecuencia) del que no es necesario ser informada antes de someterse a técnicas in vitro.

¹²⁷ El mismo Ponente de la cita anterior afirma lo contrario en cuanto al contenido del consentimiento informado en otros supuestos, como en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de octubre de 2005, Ponente Jesús Corbal Fernández, Sentencia número 758, recurso número 1039/1999, El Derecho EDJ 2005/165831, SEPIN SP/SENT/121634. Al resolver un caso de medicina estética, afirma: *“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”*. El proceso versa sobre un paciente de estética acude a quitar con láser unas cicatrices en la cara que le produjo una depilación. Tras la cirugía para arreglar las cicatrices queda queloide. En primera instancia se desestima la demanda por entender que es un caso fortuito. La segunda instancia confirma por entender que no hay mala praxis y que no era necesario informar de la posibilidad del queloide por ser altamente improbable. El Tribunal Supremo, por el contrario, casa la Sentencia de segunda instancia, y concede indemnización por daños físicos y morales en cuantía de 60.000 Euros, al entender que en la medicina satisfactiva se debe informar de *todos* los riesgos que sean previsibles y que la ciencia médica pueda conocer aunque sean improbables.

¹²⁸ DAVID H. SOHN, J., (MD), "Informed Consent: A "New" Form of Medical Liability?", <http://www.aaos.org/news/aaosnow/may13/managing4.asp> American Academy of Orthopaedic Surgeons, AAOS., May, Electrónico, 2013, pág. 1.

Cuál es la información *necesaria y relevante* no es una cuestión sencilla. Los médicos parten de la base de que el paciente acude a la consulta a que le curen su patología, a menudo a cualquier precio (tratamientos cruentos o con muchos efectos secundarios). El facultativo proporciona información partiendo de esa idea, y entienden que cumplen con explicar el proceso fisiológico de la enfermedad y el tratamiento. Sin embargo, cada vez es más frecuente que la visita al médico persiga únicamente información de la patología que padece, confirmación de otro diagnóstico previo o consejos higiénico-dietéticos sobre su vida, con intención de mejorarla sin intervención medicamentosa o quirúrgica. La influencia de la ecología, el naturalismo y tendencias similares en la sociedad actual lleva a que, en ocasiones, el enfermo prefiera acudir a remedios alejados de la medicina tradicional para tratar de paliar sus patologías. El médico debe informar de las consecuencias que tiene el tratamiento y también la decisión de no tratarse, puesto que la verdadera autodeterminación del individuo puede ejercerse cuando se tiene la información necesaria y veraz. De esta forma el paciente hará aquello que considere mejor para su propia vida aunque ello implique un empeoramiento de la salud.

En otro orden de cosas, debemos apuntar que en las decisiones judiciales de los últimos años es cada vez más frecuente el recurso de los tribunales a la vulneración de la obligación de consentimiento informado para sustentar una condena a indemnizar a un paciente cuando no ha existido *mala praxis* en sentido estricto. Puede afirmarse que a veces es incluso una suerte de excusa para poder fundar una sentencia estimatoria cuando no existe imprudencia profesional o "*la negligencia de los demandados* (personal médico-sanitario) *no puede ser acreditada*"¹²⁹. Es, digamos, una forma de tratar de "hacer justicia"¹³⁰ en aquellos casos en que se ha producido un daño pero no hay culpa. Esta tendencia está desplazando la clásica responsabilidad por culpa y riesgo

¹²⁹ PÉREZ GARCÍA, M. J., "Significado y alcance del deber de información y del consentimiento informado en el ámbito de la medicina satisfactiva: breves reflexiones a propósito de la STS de 21 de octubre de 2005", Base de Datos El Derecho, 24 de julio, www.elderecho.com, 2006, pág. 1.

¹³⁰ Se generan así decisiones "*de carácter más bien voluntarista (...) dirigidas a obtener la decisión intuida como más apropiada* (estimación de la demanda o desestimación)". PASQUAU LIAÑO, M., "Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio", Base de datos SEPIN, SP/DOCT/17288, www.sepin.es, 2012, pág. 5.

previsible (se responde por aquellos riesgos previsible y evitables con mayor diligencia) hacia una responsabilidad por riesgos imprevisibles pero que no fueron advertidos (una complicación de la operación que no era evitable, en la que se actuó con diligencia pero que, al no apercibir de ella al paciente, pasa a ser un riesgo del que responde el médico). No debemos perder de vista que no en todos los supuestos se *debería* proporcionar la misma información, sino que *debería depender* del caso concreto: cuál es la enfermedad (si tiene o no cura, por ejemplo), de las características del paciente y su intención de conocer la realidad, de si estamos ante medicina curativa o satisfactiva¹³¹, etc....

Consideramos que en no pocos supuestos la condena por falta de consentimiento informado ha derivado en una responsabilidad objetiva o por riesgo, cuando el resultado es muy desfavorable para la víctima y el Tribunal no encuentra otra forma de sustentar la condena a la aseguradora o a la Administración Pública. Nos referimos a casos (algunos realmente trágicos), donde prima la justicia social o retributiva frente al principio culpabilista puro de nuestra Jurisprudencia, por lo que se podría afirmar la finalidad pietista de los Tribunales muta el sistema de responsabilidad civil hacia la objetivación.

Como ejemplo de lo expuesto, citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 4 de marzo de 2011¹³² en que se analiza el caso de una paciente de 30 años que es sometida a intervención necesaria de fístula anal quedando como secuela incontinencia fecal total. Se condena por no informar de la posibilidad de esta secuela, que está descrita en los tratados médicos. La indemnización se fija en 36.000,00 Euros, moderándola por aplicación del

¹³¹ *“La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva. Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (...) En la medicina satisfactiva la información debe ser objetiva, veraz, completa y accesible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria -prescindible- o de una necesidad relativa”.* Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de 23 de octubre de 2008, Ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández, Recurso 870/2003, Resolución 943/2008, Número de Sentencia 5371/2008.

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de marzo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 101/2011, recurso 1918/2007, El Derecho EDJ 2011/30414, CENDOJ ID: 28079110012011100176.

artículo 1.103 del Código Civil, por entender que la actitud de la paciente fue de dejadez y ello dificultó el tratamiento. Es reseñable que la Sentencia de la Audiencia Provincial se recurre en casación por vulnerar el principio de total indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad civil extracontractual. A este respecto, el Tribunal Supremo determina que *"la falta de información no es per se una causa de enriquecimiento pecuniario"*.

Como ejemplo de la que hemos llamado "finalidad pietista" o un intento de hacer justicia, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012¹³³. Se trata de un paciente que tiene fuertes dolores e incapacidad de espalda, que no mejora a pesar de intentar diversos tratamientos durante varios años y con diferentes equipos médicos. No quedando otra alternativa terapéutica, se le interviene de la espalda. A consecuencia de la operación queda tetrapléjico y denuncia primero (en vía penal) y demanda después (en vía civil), por mala praxis. El Alto Tribunal considera que no hay mala praxis pero sí falta de consentimiento por no haberle informado de la posible (aunque improbable) secuela que le quedó, que ocurre entre el 0,2 y el 0,4 de los casos. Para fijar la indemnización divide por mitad la que le correspondería (según Baremo de tráfico) si hubiese existido mala praxis, concediendo 293.323,41 Euros en total, por la lesión más los daños morales a los familiares. Resulta muy llamativo este razonamiento, porque se considera que la indemnización por falta de consentimiento debe ser el 50% que la correspondería por mala praxis.

Un caso desgraciado se falla en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 4 de julio de 2012¹³⁴. La paciente queda con una minusvalía del 75 por ciento como consecuencia de una lesión medular por un tratamiento de fertilidad. En Primera Instancia se absuelve al médico por considerar que no era necesario el consentimiento informado por tratarse de un procedimiento mínimamente invasivo. Sin embargo, en la apelación se considera que sí es necesario el consentimiento informado porque está descrito como efecto

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 16 de enero de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 948/2011, recurso 2243/2008, El Derecho EDJ 6926/2012, CENDOJ ID: 28079110012012100028.

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de julio de 2012, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Sentencia número 407/2012, recurso 67/2008, El Derecho EDJ 2012/228164, CENDOJ ID: 28079110012012100601.

adverso (aunque poco frecuente) el “síndrome de hiperestimulación ovárica”, que puede convertirse en un problema médico grave, como ocurrió en este caso. Coadyuva al resultado fatal que la paciente tenía una malformación congénita del canal medular, lo que unido a la administración de hormonas desencadenó la lesión. Por ello se condena al médico por falta de consentimiento informado y el Tribunal Supremo confirma dicha Sentencia. En cuanto a la indemnización, se concede pero no se concreta porque su cuantificación se difiere a proceso posterior por haberlo pedido así en la demanda (por ello no podemos valorar la cuantía de la indemnización).

2.2. Regulación del consentimiento informado.

El consentimiento informado posee una amplia regulación a nivel internacional, nacional y autonómico, incluso se ha afirmado su protección a nivel constitucional, al entender Jurisprudencia y doctrina que la autonomía del paciente forma parte de la integridad física y moral prevista en el artículo 15 de la Constitución. Se ha conceptuado como “*derecho humano fundamental*”¹³⁵ en una categoría *sui generis* ampliamente debatida.

En el ámbito internacional y ya en el año 1977 el consentimiento informado se protege en el llamado “Convenio de Oviedo”¹³⁶, que en el artículo 5 establece: “*Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias*”.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 12 de enero de 2001, Ponente Jose Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Sentencia número 3/2001, recurso 3688/1995, ROJ 74/2001-ECLI:ES:TS:2001:74, ID CENDOJ: 28079110012001277.

¹³⁶ “Convenio de Oviedo”, Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000.

Más adelante y continuando con el ámbito internacional, también se recoge la necesidad del consentimiento informado en el artículo 3.2 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*¹³⁷, en la *Declaración para la Promoción de los Derechos y los pacientes en Europa*¹³⁸ y en la Declaración de Helsinki¹³⁹.

Para comenzar con la exposición legal en el ámbito nacional es importante resaltar que la Jurisprudencia y la doctrina han reconocido relevancia constitucional al consentimiento informado, por lo que su regulación comenzaría en la cúspide de la pirámide normativa, a nivel constitucional. En este sentido el Tribunal Constitucional declara que “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su *persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física* (protegido en el artículo 15 de la Carta Magna)”.

De entre las decisiones judiciales destaca aquella en que fijó doctrina el Tribunal Constitucional en 2011¹⁴⁰ al otorgar amparo al recurrente por vulneración de su derecho fundamental a la integridad física, anulando las resoluciones de instancia y apelación, que habían desestimado la demanda del paciente. Es relevante este caso porque la intervención de cateterismo se llevó

¹³⁷ Artículo 3. Derecho a la integridad de la persona: 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18 de diciembre del 2000.

¹³⁸ La Declaración es fruto de una consulta Europea sobre los Derechos de los Pacientes, realizada en Amsterdam, en marzo de 1994, por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud. El objetivo de esta Consulta era definir principios y estrategias para promover los derechos de los pacientes, dentro del contexto del proceso de la reforma de la atención sanitaria que está teniendo lugar en la mayoría de los países. En cuanto a la finalidad del documento, los principios se ofrecen como una contribución para apoyar el creciente interés de muchos Estados Miembros por el tema de los derechos de los pacientes. En su alcance y eje central la Declaración intenta reflejar y expresar las aspiraciones de los ciudadanos, no sólo por mejorar la atención sanitaria de que son objeto, sino por un reconocimiento más amplio de sus derechos como pacientes. Sus resultados se basan en una amplísima encuesta realizada a nivel europeo. En torno al consentimiento informado, dedica diez principios, siendo el primero que: “*El consentimiento informado del paciente es el requisito previo a toda intervención médica*”.

¹³⁹ La Declaración de Helsinki ha sido promulgada por la Asociación Médica Mundial (WMA) como un cuerpo de principios éticos que deben guiar a la comunidad médica y otras personas que se dedican a la experimentación con seres humanos. Su autoridad emana del grado de codificación interna y de la influencia que ha ganado a nivel nacional e internacional y se revisa periódicamente, habiéndose realizado la última en el año 2013, en Fortaleza, Brasil.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo de 2011, Ponente Elisa Pérez Vela, BOE de 28 de abril de 2011.

a cabo en el servicio de urgencias, con la finalidad de salvar la vida al enfermo. A pesar de tratarse de una intervención con riesgo vital, el Tribunal Constitucional entiende vulnerado su derecho a la integridad física por no haber solicitado el consentimiento del paciente para la operación y anula las sentencias precedentes, devolviendo el caso al Juzgado de Instancia para que dicte una Sentencia que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado. Entendió el Constitucional que la intervención tenía *riesgo* vital pero no *urgencia* vital y que, por tanto, podía y debía haberse solicitado el consentimiento al paciente. La consecuencia secundaria de la intervención fue que la mano derecha quedó incapaz para las tareas de la vida diaria.

El cateterismo diagnóstico descubrió un problema en la aorta y se le instaló un stent en la misma intervención con *“resultado óptimo”*. ¿Acaso no se habría vulnerado más su integridad física de no haberle realizado la prueba o de haber pospuesto para una segunda intervención el stent precisamente por la falta de consentimiento informado? De no haberle operado, el paciente podría haber fallecido, siendo la pérdida de funcionalidad de algún miembro en el lado afectado uno de los posibles efectos secundarios de la técnica. No olvidemos que el paciente acudió a urgencias solicitando ayuda, ¿debían haberle dado el consentimiento y esperado veinticuatro horas para que el paciente, con tranquilidad, “meditase” si firmarlo o no? Entendemos que la Sentencia resulta desproporcionada al entender vulnerado el derecho a la integridad física del paciente.

El exceso de formalismo puede desvirtuar la esencia de la prestación médica y no se puede olvidar que este tipo de resoluciones acrecientan el miedo de la profesión médica a las denuncias (innato en este colectivo), fomentando la medicina defensiva, lo que deviene en perjuicio de la sociedad en general. Como profesionales de la justicia, debemos ayudar en la medida de nuestras posibilidades a evitar que la actuación del médico se “blinde” para evitar las demandas. Dice así GUERRERO ZAPLANA: *“lo que no tiene justificación suficiente es que la modificación de la lex artis la marque no el avance de la ciencia sino el hecho de que se practique una medicina cada vez de carácter más defensivo que lleve a convertir en normal cosas que no lo son desde el*

punto estrictamente científico y técnico”¹⁴¹. Si bien el autor se refiere a la práctica de pruebas tecnológicamente innovadoras de forma innecesaria, nosotros utilizamos el argumento desde el punto de vista jurídico, para no abusar del concepto de consentimiento informado.

No es el único caso que hemos encontrado de condena por falta de consentimiento informado en el servicio de urgencias. También en la jurisdicción Contencioso- Administrativa existe una Sentencia dictada en el año 2.012 por el Tribunal Supremo¹⁴². Si bien la indemnización concedida no es cuantiosa comparada con las que se conceden en el ámbito civil, sí es de las mayores que se conceden en el ámbito contencioso. Además resulta llamativo el planteamiento de este caso por el substrato fáctico, ya que el paciente demandante es médico y compañero del demandado. En su defensa, alega el doctor demandado que no es lícito condenar por falta de consentimiento informado a quien por su profesión es claro que conoce los efectos adversos del tratamiento y no puede considerarse desinformado¹⁴³. El Alto Tribunal llega a la siguiente conclusión: no se prevé una excepción a la exigencia escrita del consentimiento informado *“por ser médico el paciente o por tener una relación de amistad con los doctores responsables en su caso”*. Es más, concede la máxima indemnización que tiene por costumbre en esa Sala, 60.000 Euros: *“teniendo en cuenta que en supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado hemos venido fijando indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 Euros”* porque, unida a la falta de consentimiento, queda probada la relación de causalidad entre las pruebas realizadas y el daño sufrido. El paciente, acude a urgencias con disnea, se le practica cateterismo y una cardioversión eléctrica sin firmar el consentimiento para la realización de las pruebas. Posteriormente sufre un infarto cerebral y queda con daños graves y permanentes (no puede moverse

¹⁴¹ GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria*, 5ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 192.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de noviembre de 2012, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 5283/2011, Roj: STS 7388/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7388, Id Cendoj: 28079130042012100722, Base de datos Sepin SP/SENT/697965.

¹⁴³ Es un planteamiento similar al que se ha hecho en las demandas por acciones preferentes o subordinadas compradas por empleados de Banca que alegan vicio del consentimiento por no conocer las características del producto que están comprando y no haber sido informados.

ni hablar). Se considera que es una secuela de las pruebas realizadas y que no se obtuvo el consentimiento para su realización. No deja de ser llamativo que se condene por efectos adversos de las pruebas realizadas en el servicio de urgencias.

Continuando con la regulación del consentimiento informado, también parte de la doctrina lo sitúa a nivel constitucional pero en el artículo 10. En este sentido, CORCHETE MARTÍN¹⁴⁴ considera el consentimiento informado como “*derecho humano implícitamente fundamental*”, incardinado en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Otra parte de la doctrina, por el contrario, entiende que no constituye un derecho fundamental y que tampoco se pueden crear híbridos que no existen, aunque así se haya pretendido por la Jurisprudencia, puesto que los derechos recogidos en la Constitución, o son fundamentales o no lo son¹⁴⁵.

A nivel de ley ordinaria, está previsto en la Ley 41/2002¹⁴⁶ en su artículo 2 con carácter genérico: “*Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios*”. Esta Ley regula de forma monográfica la autonomía del paciente y el consentimiento informado, derogando los artículos correspondientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁴⁷.

También es necesario tener en cuenta que existe regulación de esta materia en las diferentes comunidades autónomas, que se enumerará a continuación en orden cronológico: Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente y a la documentación clínica, modificada por

¹⁴⁴ CORCHETE MARTÍN, M. J., “El consentimiento informado. Algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional”, LA LEY, 2014, pág. 72.

¹⁴⁵ ALONSO ÁLAMO, M., “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales”, en *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*, (Dir). MENDOZA BUERGO, B., Civitas, Madrid, 2010, pág. 102; GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 2005, pág. 547; BASTIDA FREIJEDO, F. J., XIOL RÍOS, J.A., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2012, pág.185.

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 552. Para este autor la regulación de la derogada Ley General de Sanidad era inapropiada por excesiva, puesto que la información que el profesional debe dar al paciente es *la adecuada*, no *toda* la información disponible.

la Ley 16/2010, de 3 de junio; Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de la Comunidad Autónoma de Galicia, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo de 2005; Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley 7/2002, del País Vasco, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, derogada por la reciente Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud, de la Generalitat Valenciana; Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; Ley 5/2003, de Andalucía, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada; Ley 3/2005, de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente; Ley 6/2005, de Castilla-La Mancha, de 7 de julio de 2005, sobre Declaración de Voluntades Anticipadas en material de propia salud; Ley 3/2005, de 8 de julio, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de información sanitaria y autonomía del paciente; Decreto 246/2005, de Andalucía, de 8 de noviembre, por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad; Ley 1/2006 de 3 de marzo, de las Islas Baleares, de voluntades anticipadas; Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia; Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía; Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha; Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud del País Vasco, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica.

Esta “dualidad normativa”¹⁴⁸ complica la prestación sanitaria puesto que el médico debe combinar las exigencias de la normativa básica y la autonómica¹⁴⁹, planteándose la situación paradójica del médico que trabaja u opera en diferentes comunidades autónomas -una práctica que se va extendiendo- que deberá recabar diferentes consentimientos por las mismas intervenciones a sus pacientes dependiendo del lugar donde se encuentre prestando servicios asistenciales. Además, el hecho de existir normas nacionales y autonómicas planteará conflicto cuando la regulación no sea idéntica. Para JIMÉNEZ MUÑOZ¹⁵⁰, cuando exista conflicto deberá aplicarse la normativa estatal con preferencia, puesto que la norma estatal tiene carácter de regulación básica, por lo que la autonómica no puede contradecirla. Sin embargo, plantea una cuestión más en torno al conflicto de normas, cual es el principio por el cual se aplica una y otra regulación.

Para terminar con el panorama legislativo nacional, también hay que mencionar el Código de Deontología Médica¹⁵¹, cuyo artículo 12 establece: *“El médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles. Es un deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado en todas y cada una de las fases del proceso asistencial. Como regla general, la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones”*.

Con independencia de la regulación específica de la materia, también la doctrina y la Jurisprudencia han entendido que el deber de informar forma parte del contenido de las obligaciones del médico, tanto si la relación con el paciente es contractual (artículo 1.258 del Código Civil) como si es

¹⁴⁸ Expresión utilizada en GUERRERO ZAPLANA, J., “El ¿nuevo? consentimiento informado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009”, Revista de Jurisprudencia El Derecho, número 2, www.aranzadi.es, 2009, pág. 2.

¹⁴⁹ Muy acertadamente se califica de “esquizofrenia legislativa” y se critica que: *“un sistema siempre proclive a adelgazar los atributos del Estado y a defender y potenciar los coros y danzas jurídico-regionales (...) perdiéndose la necesaria uniformidad que debería presidir esta cuestión, aún cuando resulte exigible e inexcusable un común denominador”*. GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 552.

¹⁵⁰ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o *testamento vital*”, Diario La Ley, número 7334, 3 de febrero, ref D-35, www.diariolaley.es, 2010, pág. 7. Se refiere este autor al conflicto de normas en el caso del testamento vital, pero entendemos que su punto de vista es aplicable al consentimiento informado ordinario, puesto que el primero no es más que una especie del segundo.

¹⁵¹ Código de Deontología Médica, Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, aprobado en 2011

extracontractual (artículo 1.902 del Código Civil)¹⁵².

2.3. Concepto y contenido del consentimiento informado.

La Real Academia Española proporciona un concepto de consentimiento informado en su vigesimotercera edición¹⁵³: *“Consentimiento que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento”*.

La definición, que toma como base la Ley 41/2002, configura el consentimiento como una obligación que el médico “ha de prestar” y tiene como correlativo el derecho del paciente a la información. Se ha superado el concepto patriarcal o “de beneficencia”¹⁵⁴ que la medicina tuvo en otros tiempos, de modo que es el paciente quien tiene la última palabra y no el médico. El propio artículo 3 de la citada Ley establece un concepto legal de consentimiento informado como: *“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”*. Doctrinalmente no se añaden más requisitos al concepto legal, sino que se remiten a él los diferentes autores al definirlo¹⁵⁵. El paciente tiene derecho a saber *“en qué consiste el acto médico, sus contraindicaciones, las alternativas (si existen) y las consecuencias relevantes que origina con seguridad, y los riesgos. Todo acto*

¹⁵² GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 551.

¹⁵³ Diccionario RAE 2014, 23ª Edición.

¹⁵⁴ CARRO GONZÁLEZ, F. J., *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*, Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 2013, pág. 142.

¹⁵⁵ CAMAS JIMENA, M., GÓMEZ RIVERO, M.C., SILLERO CROVETTO, B., SUCH MARTÍNEZ, J., *Responsabilidad médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 97; VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 136; MEDIURIS, S. L., *Obra colectiva, Derecho para el personal sanitario*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 905; SISO MARTÍN, J., *Las variables jurídicas del ejercicio de la Medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 29; GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 541 y pág. 547.

médico, del tipo que sea, puede conllevar riesgos”¹⁵⁶. De esta forma se evita la “cosificación”¹⁵⁷ del paciente, puesto que es él quien decide en cada momento.

En derecho anglosajón es clásica la cita del caso *Schoendorff v. Society of New York Hospital* como origen del concepto Jurisprudencial del consentimiento informado. El caso versa sobre una intervención quirúrgica ocurrida en 1914. El paciente mostró su consentimiento para una exploración abdominal, durante la que el médico encontró un tumor cancerígeno y lo extirpó con el convencimiento de estar salvando la vida al enfermo. El paciente demandó y ganó el pleito porque nunca prestó su consentimiento para la intervención. El Juez que falló el caso determinó que: “*Todo ser humano adulto y con la mente sana tiene el derecho a decidir qué será hecho con su propio cuerpo. El cirujano que lleva a cabo una operación sin el consentimiento de su paciente comete un ataque de cuyos daños es responsable*”¹⁵⁸.

En cuanto a su naturaleza, resulta jurídicamente debatida tras la Sentencia de la Sala Primera donde lo definió como “*derecho humano fundamental*”¹⁵⁹. Dice esta famosa Sentencia que el consentimiento informado constituye “*un derecho humano fundamental (...) . 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 auto disposición sobre el propio cuerpo*”. Y entiende que es “*consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia*”.

La apreciación del consentimiento informado como “derecho humano fundamental” da lugar a no pocos problemas de interpretación. La finalidad de la Sala Primera de recalcar su extraordinaria importancia ha tenido como

¹⁵⁶ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 126.

¹⁵⁷ GALÁN CORTÉS, J. C., “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, en *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 343.

¹⁵⁸ Otros autores, sin embargo, sitúan su origen moderno más adelante. SISO MARTÍN, J., *Las variables jurídicas del ejercicio de la Medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 295. Este autor entiende que el consentimiento informado nace a partir del Código de Núremberg en 1947 y es introducida “*a raíz de los excesos acaecidos, so pretexto de fines científicos, con personas, prisioneros indefensos, consideradas entonces como mera materia prima experimental*”.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 12 de enero de 2001, Ponente Jose Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Sentencia número 3/2001, recurso 3688/1995, ROJ 74/2001-ECLI:ES:TS:2001:74, ID CENDOJ: 28079110012001277.

consecuencia la indeterminación en torno a su naturaleza. No se sabe si con ello pretende incluirse en la categoría de “derecho fundamental”, con la especial protección que le confiere la Constitución a determinados derechos en función del artículo 53¹⁶⁰ o bien se trata de una categoría diferente. Siguiendo a SANCHO GARGALLO¹⁶¹, se podría haber incluido dentro de los “derechos de la personalidad” en contraposición a los “derechos patrimoniales” y que *“conlleva una serie de consecuencias en cuanto a su indisponibilidad y condicionamientos respecto de su ejercicio por representación, que se adecuan correctamente con la regulación legal del consentimiento informado”*. En cualquier caso, lo que está fuera de toda duda es que forma parte del contenido del artículo 15 de la Carta Magna.

Vemos que el concepto de consentimiento informado, salvedad hecha de su naturaleza jurídica, no entraña dificultad. La problemática se plantea en relación a su contenido, es decir, cuánta y cuál es la información que el médico está obligado a dar al paciente para no incurrir en mala praxis. Pensemos en un paciente que sufre una patología al que su médico recomienda realizar una intervención quirúrgica para sanar de dicha dolencia. Es indiscutible que el cirujano deberá informar al paciente de los *riesgos de la operación*. Pero, ¿cuáles son esos riesgos? Es decir, ¿debe informar el cirujano de una secuela cuya prevalencia es del 0,3%? De igual modo, ¿es necesario que el médico haga constar *expresamente* que al abrir el cuerpo del paciente en quirófano va a producir una herida –lo que es obvio– y que ésta sufre el riesgo de cicatrizar mal?

Como veremos después, nada es ni *tan* obvio ni *tan* evidente como para no ser señalado cuando se trata de la Jurisprudencia existente en esta materia. En derecho anglosajón está previsto que el médico proporcione únicamente la información que crea procedente y no toda la que tiene disponible¹⁶². Sin

¹⁶⁰ Derechos y libertades reconocidos en el artículo 14, Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I y artículo 30.

¹⁶¹ SANCHO GARGALLO, I., "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", INDRET, núm. 2, abril, www.indret.com, 2004, pág. 5.

¹⁶² *“En muchos países el consentimiento informado de los pacientes al tratamiento está basado en la idea de qué información es la que una persona razonable podría esperar en una situación determinada. En Reino Unido, sin embargo, el consentimiento informado está basado en la información que el profesional considera razonable dar al paciente”*. NG, N. Y., "Ethics and

embargo, no es ésta la tendencia en nuestro país. El contenido de la información que debe darse por el médico para considerar correctamente informado el consentimiento se va ampliando en la moderna Jurisprudencia, aún más en el caso de la medicina satisfactiva. Por otro lado, la amplitud del consentimiento informado también vendrá dada por la “*necesidad, gravedad y novedad de la intervención médica*”¹⁶³. Por ello cuanto menos necesaria sea una intervención, mayor será la cantidad de información que se deba proporcionar al paciente. Por este motivo el mayor grado de información se requiere en la medicina satisfactiva.

Si nos encontramos en un supuesto de MEDICINA CURATIVA, es necesario que el médico informe de:

1. Diagnóstico y pronóstico. La información que debe suministrar el médico debe ser una comunicación continuada¹⁶⁴. Además será objetiva, veraz y completa¹⁶⁵.
2. Alternativas de tratamiento. En especial, la posibilidad del tratamiento conservador antes de acudir a la cirugía¹⁶⁶.
3. La técnica a emplear de las varias existentes en la praxis médica¹⁶⁷.

Social Value Judgments in Public Health", en *Encyclopedia of Health Economics, Vol. 1.*, (Dir). RUGER, J.P., Elsevier, Melbourne, 2014, pág. 288.

¹⁶³ GALÁN CORTÉS, J. C., "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 347.

¹⁶⁴ PÉREZ GARCÍA, M. J., "Significado y alcance del deber de información y del consentimiento informado en el ámbito de la medicina satisfactiva: breves reflexiones a propósito de la STS de 21 de octubre de 2005", Base de Datos El Derecho, 24 de julio, 2006, pág. 3.

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de octubre de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, resolución 5371/2008, recurso número 870/2003, ROJ STS 5371/2008, ID CENDOJ 28079110012008100895.

¹⁶⁶ BOTANA GARCÍA, G. A., "Condenada administración sanitaria por falta de consentimiento de la paciente", Práctica de derecho de daños, Sección Administraciones Públicas, núm 120, referencia 4918/2014, laleydigital.laley.es, 2014, pág. 2.

¹⁶⁷ En lo que consideramos una exigencia excesiva, se condena por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias por falta de consentimiento en una operación de "hallux valgus" (juanetes) habiendo firmado la paciente un consentimiento con 18 apartados donde se describía la complicación y secuela que después sufrió y por la que demandó. La Sentencia se basa en la falta de información suficiente por no haber informado de otras alternativas de tratamiento y de cuál iba a ser la técnica quirúrgica de entre las varias existentes para tratar esa dolencia. Entendemos innecesaria para el paciente la exposición de las diferentes técnicas existentes para la operación de un juanete, siendo más propia de una clase de cirugía o podología que de una consulta médica. La decisión trascendental es si operar o no hacerlo, decisión para la que los 18 apartados que tenía el consentimiento informado parece suficiente explicación. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso, de 31 de marzo de 2014, Ponente Julio Gallego Otero, Sentencia número 276/2014, Recurso número

4. Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.¹⁶⁸
5. Las posibles secuelas de la intervención, incluyendo las recidivas de la enfermedad. La Ley 41/2002 se refiere en su artículo 10 c) a los “*riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y el estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención*”.
6. Los riesgos de la técnica quirúrgica. Las interpretaciones modernas consideran que debe informarse tanto de los riesgos con una prevalencia importante (10%, 20%) como de aquéllos que, poco frecuentes, son lo suficientemente graves¹⁶⁹ como para que el paciente deba conocerlos para asumir el riesgo, aunque su porcentaje de aplicación sea menor al 1%¹⁷⁰. Sin embargo, cabe plantearse: si un paciente va a someterse a una intervención quirúrgica, ¿es necesario informar de que la operación puede “salir mal”? Y más aún, si la operación es delicada y la dolencia no es curable de otra forma, ¿no es razonable pensar que el paciente debe ser consciente de lo que cualquier persona sabría?, ¿que algo puede no ir conforme al plan

1604/2011, Roj: STSJ AS 1006/2014-ECLI:ES:TSJAS:2014:1006, ID CENDOJ 33044330012014100318.

¹⁶⁸ Artículo 10 a) de 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. Por lo tanto, “*no será necesario informar de los riesgos remotos, infrecuentes o los improbables, porque, aun siendo graves, pueden distorsionar el alcance real de los riesgos*”. ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 126.

¹⁶⁹ En este sentido, BOTANA GARCÍA, G. A., “Lesión de paciente no atribuible a la mala praxis médica”, *Práctica de derecho de daños*, Sección Administraciones Públicas, número 121, revista tercer trimestre, referencia 5009/2014, laleydigital.laley.es, 2014, pág. 1.

¹⁷⁰ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 se condena a la Administración a indemnizar con 40.000 Euros por daños morales a una paciente que se intervino de una hernia inguinal (operación necesaria) a la que quedó una secuela de dolor permanente que devino en una incapacidad permanente absoluta. Es una complicación que surge en el 1% de los casos de este tipo de operación, de causa desconocida, y no está relacionada con la mala praxis ni con la elección de la técnica de intervención. La condena está basada en la falta de información de esta complicación, afirmando el Tribunal que: “*El contenido del consentimiento informado comprende transmitir al paciente (es decir la persona que requiere asistencia sanitaria) todos los riesgos a los que se expone en una intervención precisando de forma detallada las posibilidades, conocidas, de resultados con complicaciones*”. *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de marzo de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 3944/2008, ROJ: STS 1752/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1752, ID CENDOJ 28079130042010100180.*

previsto? Dicho de otro modo: ¿hasta qué punto es necesario informar de lo evidente?¹⁷¹.

7. Los riesgos de la anestesia. El acto anestésico genera siempre un riesgo, con independencia que la operación sea de las consideradas “menores”, curativas o estéticas. Como ejemplo, la Sentencia de 20 de enero de 2011¹⁷², fallando un caso en que a consecuencia de una operación de estética la paciente queda en coma profundo irreversible. La Sala Primera, entendiendo que la paciente estaba correctamente informada por haberse firmado el consentimiento según el Protocolo de la especialidad médica y por ser la tercera operación en el mismo centro, dice que cuestionar dicho consentimiento “*no es más que un intento de buscar y obtener (...) un criterio de imputación del facultativo inaceptable en un supuesto en que la paciente no era desconocedora de la intervención a la que se sometía*”.
8. Los riesgos *personalizados* del tratamiento y la intervención¹⁷³. Deberá tenerse en cuenta el historial del paciente y su estado de salud concreto, advirtiendo de aquellos riesgos que sean específicos de su morfología o enfermedades anteriores o de su concreto estado (por ejemplo, otras enfermedades preexistentes o el tratamiento instaurado)¹⁷⁴.

¹⁷¹ Para observar bien la evolución jurisprudencial, es interesante examinar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de junio de 2014. Se falla el caso en que una intervención lumbar realizada deja graves secuelas (la paciente queda con problemas permanentes como falta de control de esfínteres y síndrome de cola de caballo), porque se sale la duramadre y el líquido de la columna durante la intervención. Si bien es razonable pensar que la enferma debiera haber sido informada de que esto *podría* ocurrir, es necesario tener en cuenta que era una paciente con problemas lumbares de años de evolución y que había probado diversos tratamientos sin que ninguno diese resultado. Finalmente se opta por la técnica quirúrgica y, sin mala praxis del cirujano, quedan las secuelas descritas. Se fundamenta la condena del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en que “*en ningún apartado se describen las graves secuelas que pueden derivar de la rotura de la dura madre ni tampoco encontramos referencia alguna a la posibilidad de sufrir la complicación de cola de caballo. Por ello la información facilitada fue incompleta*”. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de junio de 2014, Ponente María Alicia Millán Herrandiz, Recurso 766/2010, SEPIN SP/SENT/774190.

¹⁷² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 20 de enero de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 1/2011, recurso 1565/2007, El Derecho EDJ 2011/5188, CENDOJ ID: 28079110012011100014.

¹⁷³ 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. dice en su artículo 10 apartado b) que el médico deberá informar de los riesgos “*relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente*”.

¹⁷⁴ En los dos casos siguientes el paciente se somete a una intervención programada, para la que se retira su tratamiento con anticoagulantes habitual. Dicho tratamiento no se instaura después, el paciente sufre un ictus y se plantea el Tribunal si forma parte de sus obligaciones

9. La información terapéutica o de seguridad. Son las recomendaciones o instrucciones necesarias para seguir el tratamiento o recibir la técnica quirúrgica de forma que se logre el resultado pretendido y se mejore el estado del paciente¹⁷⁵.
10. Información sobre el sistema de salud e información sobre la libre elección del médico y centro¹⁷⁶.

A pesar de tan extenso contenido de la obligación de informar del médico, entendemos que, en muchas ocasiones, los pacientes no están realmente informados de las consecuencias de proceso al que van a someterse. Los formularios de consentimiento se escriben en un lenguaje demasiado técnico y en demasiados casos no hay tiempo material para entender y procesar toda esa información en un ambiente estresante como es el de una consulta médica o un hospital. Ningún formulario puede suplir de la conversación con el médico, que proporcione una explicación que haga ver de manera realista al paciente

en el postoperatorio la reinstauración de la medicación. Es condenatoria la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de julio de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 483/2010, recurso 1523/2006, El Derecho, EDJ 2010/152957, CENDOJ ID:28079110012010100478. Entiende el Ponente que: *"incumbe al facultativo demandado la prescripción del tratamiento preoperatorio y postoperatorio en relación con la intervención quirúrgica"*. Por el contrario, es absoluta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de mayo de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 333/2012, recurso 2002/2009, El Derecho EDJ 2012/89300, CENDOJ ID: 28079110012012100305. Argumenta esta resolución: *"la causa del ictus cerebral, señala, no ha sido la retirada del sintrom debido a que el tratamiento con anticoagulantes (sintrom o similares) no excluye en si mismo la posible aparición de ictus, lo que impide dar por cierta la causa del sufrido por la actora y, en consecuencia la relación causal con la actuación médica del demandado"*.

¹⁷⁵ RIBOT IGUALADA, J., "Comentario a la Sentencia de 2 de julio de 2002", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1 de enero de 2002, www.aranzadi.es, 2002, pág.1184, GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág.636. Esta es la base de la condena en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de julio de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 483/2010, recurso 1523/2006, El Derecho, EDJ 2010/152957, CENDOJ ID:28079110012010100478. Se falla el caso de un paciente con una intervención programada abdominal al que se le suspende su tratamiento habitual con anticoagulantes como consecuencia de la operación y no se le instaura después. Siete días después de la intervención sufre un ictus con resultado de hemiplejía. Se considera mala praxis porque: *"incumbe al facultativo demandado la prescripción del tratamiento preoperatorio y postoperatorio en relación con la intervención quirúrgica"*.

¹⁷⁶ Añade este contenido MARTÍNEZ GALLEGU, E. M., "Análisis jurídico del consentimiento informado", en Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., LA LEY, Madrid, 2014, pág. 168, quien entiende que *"el paciente es usuario del sistema de salud y la normativa le reconoce el derecho a recibir información sobre los servicios, unidades asistenciales disponibles, su calidad, los requisitos de acceso a ésta y un largo etc. Evidencia esta obligación la existencia en todos los centros sanitarios de una Guía o Carta de Servicios"*.

que su proceso puede terminar de forma diferente a la esperada. No suele ponerse de manifiesto una cuestión tan básica y evidente como que someterse a una intervención quirúrgica, por pequeña que esta sea, puede llegar a causar daños graves o que, la operación tendrá sin duda efectos en su vida diaria.

El consentimiento real del paciente no se logra con la firma de un complicado formulario sino con las explicaciones verbales, la paciencia y empatía por parte del médico, y que éste como profesional se asegure de que el paciente ha entendido la información que era *relevante*. Los médicos, con carácter general, no son capaces de reducir la complejidad de sus explicaciones, centrándose en analizar complicados procesos fisiológicos que nada aportan al paciente. Cuando el facultativo cree sinceramente que ha explicado todo lo necesario para que el paciente comprenda la operación a que va someterse y da por finalizada la información, este, probablemente, no haya entendido lo más importante: que el acto médico puede, simplemente, salir mal. En este sentido queda aún mucho camino por recorrer.

En el caso de la MEDICINA SATISFACTIVA O VOLUNTARIA¹⁷⁷ el contenido de la información previa al consentimiento informado es más amplio, pudiendo decirse que es universal. El médico ha de informar de *todos* los riesgos, sean graves o no e independientemente de su frecuencia. La información debe ser objetiva, veraz, completa y accesible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria -prescindible- o de una necesidad relativa. Así lo afirma el Tribunal Supremo en su Sala Primera desde el año 2005, de modo

¹⁷⁷ Se distinguen la medicina satisfactiva o voluntaria y la curativa según su necesidad. La primera es la dirigida a obtener una mejora en el cuerpo del paciente que no es necesaria por razones de su salud. La segunda es la destinada a curar cualquier clase de padecimiento. Hacen esta distinción todos los autores en SEOANE PRADO, J., BAENA RUIZ, E., CARRERAS MARAÑAS, J.M., GALÁN CORTÉS, J.C., SEOANE PRADO, J., MARTÍN DEL PESO, R., PÉREZ CUESTA, R., "Encuesta jurídica: en la medicina satisfactiva o voluntaria, ¿cabe la responsabilidad médica por no obtener un resultado como el ofertado en la publicidad? ¿Qué valor tiene esa publicidad?", SEPIN, SP/DOCT/15870, www.sepin.es, 2011, pág. 3.

que solo quedan fuera del deber de informar: “los riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”¹⁷⁸. Para terminar de complicar el panorama, también existe alguna condena por informar en exceso en tribunales inferiores. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de enero de 2014¹⁷⁹, donde establece que “a pesar de que para la intervención se detallan los posibles defectos que podían quedar, los mismos son tan amplios que prácticamente no garantizan ningún buen resultado”.

Esta diferencia en el consentimiento informado según la “clase de medicina” que se practique, se puede considerar una línea Jurisprudencial consolidada en el Tribunal Supremo¹⁸⁰, (al menos, en apariencia). La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva. Podríamos decir que cuando se trata de medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria¹⁸¹.

La diferencia entre medicina curativa y satisfactiva no es siempre sencilla y hay supuestos que se pueden entender comprendidos tanto en una categoría como en la otra, afectando esto a la exigencia en torno al consentimiento informado. Veamos la Sentencia de 8 de septiembre de 2015, en un caso de reducción de

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de octubre de 2005, Ponente Jesús Corbal Fernández, Sentencia número 758, recurso número 1039/1999, El Derecho EDJ 2005/165831, SEPIN SP/SENT/121634.

¹⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 27 de enero de 2014, Ponente María Filomena Ibáñez Solaz, resolución 21/2014, recurso 537/2013, CENDOJ: Roj: SAP V 693/2014 - ECLI:ES:APV:2014:693 Id Cendoj: 46250370072014100023, SEPIN: SP/SENT/759976. Continúa la resolución: “lo que es ciertamente contrario al verdadero efecto pretendido en esta colocación de prótesis mamarias, donde siempre se espera una mejora estética por la paciente, que fundadamente está convencida de la mejora de su aspecto.”

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de octubre de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, resolución 5371/2008, recurso número 870/2003, ROJ STS 5371/2008, ID CENDOJ 28079110012008100895.

¹⁸¹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 127 apunta que la Jurisprudencia suele decantarse por la innecesariedad de informar de los riesgos graves pero atípicos, como, por ejemplo, la infección nosocomial. En palabras de la Sala Primera: “quedan fuera del derecho a la información los riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes”. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de octubre de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, resolución 5371/2008, recurso número 870/2003, ROJ STS 5371/2008, ID CENDOJ 28079110012008100895.

estómago. La operación fue bien durante los tres primeros años pero al cuarto año la paciente volvió a ganar peso y se descubrió que la malla se le había incrustado en el estómago. Se demandó por *mala praxis* y por falta de consentimiento informado, acogiendo este motivo y condenando al médico y a la aseguradora al pago de 80.000 Euros porque *“se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente”*¹⁸².

Desde otro punto de vista, cabe plantearse cuál es el alcance del consentimiento en cuanto al número de actos médicos. Es decir, una vez que el paciente ha comprendido, consentido y firmado el tratamiento de una determinada patología, ¿está autorizado el médico a la realización de todos los actos que sean necesarios para llegar a la curación? O por el contrario, ¿requiere de un nuevo consentimiento informado para la realización de otros tratamientos diferentes o nuevas pruebas por resultar infructuosos los ya intentados o existir sospecha de otra patología? La respuesta no es única, depende del caso concreto, pero sí es claro que debe requerirse nuevo consentimiento para cada actuación “importante”. Así lo expone el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha¹⁸³: *“El objeto del consentimiento se concreta a la específica intervención o tratamiento clínico o prueba diagnóstica para los que ha sido otorgado, sin que, salvo caso de urgencia y de actuación necesariamente inaplazable, pueda extenderse la actividad del facultativo a otras actuaciones ajenas a la inicialmente autorizada y que determinen la extracción, cercenamiento o lesión de cualquier otro órgano”*.

En la actualidad la falta de consentimiento es uno de los principales motivos de condena en supuestos de responsabilidad civil médica. Algunos autores consideran que este aumento se debe a un “comportamiento oportunista”¹⁸⁴.

¹⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 8 septiembre de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 483/2015, recurso número 2247/2013, ROJ: STS 3722/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3722 Id Cendoj: 28079110012015100456.

¹⁸³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso, de 17 de abril de 2009, Ponente Javier Izquierdo Del Fraile, Sentencia número 166/2009, Recurso 67/2008, Base de datos SEPIN SP/SENT/461751.

¹⁸⁴ RIBOT IGUALADA, J., "La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado", Revista de derecho privado, www.dialnet.unirioja.es, 2007, pág. RIBOT IGUALADA, J., "Comentario a la STS 10 de mayo de 2006: nexo de causalidad y daño resarcible en un supuesto de responsabilidad médico-sanitaria por omisión de la información previa y adecuada sobre los riesgos que entraña una intervención quirúrgica imprescindible", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 74, mayo-agosto, 2007, pág. 778.

También se tiene el mismo punto de vista en derecho anglosajón: *“las demandas sobre falta de consentimiento informado son insidiosas, retrospectivas y mucho más fáciles de ganar que una demanda tradicional por daños por responsabilidad médica (...) los pacientes que no están satisfechos con el resultado de la intervención pueden no recordar que se les informó de que el riesgo existía (...) la mayoría de los médicos se sienten seguros si practican buena medicina (...) pero eso no les protege de una demanda por falta de consentimiento informado”*¹⁸⁵. Por el contrario, otros autores consideran que el aumento de las demandas responde al mayor conocimiento del consentimiento informado que tiene la sociedad en general¹⁸⁶.

En cualquier caso, haber cumplido con los requisitos del consentimiento informado no exime al médico de responsabilidad civil en cuanto a su actuación, porque no *“constituye una almohadilla o mecanismo de freno respecto de la eventual responsabilidad civil a exigir a un facultativo que no se ajuste en su actuar a la lex artis”*¹⁸⁷.

En conclusión, podemos decir que lo importante es que el paciente quede informado de los riesgos que existen y de la gravedad de los mismos, aunque la información no sea técnicamente precisa y totalmente exhaustiva. Así lo vemos en la Sentencia de 30 de septiembre de 2010¹⁸⁸, en el caso de una paciente operada de hernia discal que sufre una complicación y queda inválida al 75%. Se desestima la demanda en todas las instancias y en casación se desestima respecto de la mala praxis pero no respecto al consentimiento informado. El consentimiento fue otorgado por escrito y se describían

¹⁸⁵ DAVID H. SOHN, J., (MD), "Informed Consent: A "New" Form of Medical Liability?", <http://www.aaos.org/news/aaosnow/may13/managing4.asp> American Academy of Orthopaedic Surgeons, AAOS., May, 2013, pág. 1.

¹⁸⁶ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 541.

¹⁸⁷ DE LAS HERAS GARCÍA, M., "Recepción y naturaleza del llamado consentimiento informado del paciente", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, vol. I*, (Dir). GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.R., Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 2386. Continúa el autor diciendo que: *“resulta reprobable que venga a desembocar como se reconoció en la Memoria del Consejo Económico y Social del año 1988-en una práctica frecuente que, a veces, se dirige más a salvar la responsabilidad del equipo sanitario que a asegurar la información y la libre opción del enfermo-usuario sobre el proceso al que va a ser sometido”*.

¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de septiembre de 2011, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 3536/2007, ROJ:STS 6394/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6394, ID CENDOJ: 28079130042011100518.

complicaciones de modo general, que, aunque no fueran exactamente las mismas que después ocurrieron, habrían servido para considerar a la paciente informada si no fuera porque no eran tan graves como las que posteriormente sufrió y porque además constaba el siguiente párrafo: " *y lo que es importante reseñar de estas complicaciones, es que prácticamente todas tienen solución con diversas medidas y con los medios de este Hospital*". Por ello se condenó al pago de 30.000 Euros por falta de consentimiento.

2.4. Forma del consentimiento informado.

En este epígrafe se estudiará si el consentimiento debe tener forma verbal o escrita y cuánto tiempo debe pasar entre la prestación del mismo y la intervención médica. También se hará referencia a aquellos supuestos en que se otorgó correctamente el consentimiento pero la situación cambió antes de la intervención terapéutica, a fin de determinar durante cuánto tiempo se puede considerar vigente el consentimiento informado.

Con carácter general la información del médico y el consentimiento del paciente serán verbales, requiriendo forma escrita en los supuestos previstos por la ley, que son "*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*"¹⁸⁹. A pesar de esta previsión legislativa, lo cierto es que la Jurisprudencia considera este requisito meramente *ad probationem*¹⁹⁰, por lo que no se condena por lesión a la autonomía del paciente cuando la información fue suficiente pero verbal, aunque se tratase de un caso en que la ley exigiera consentimiento escrito. Es una simple infracción sin consecuencias

¹⁸⁹ Artículo 8.2 de 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.

¹⁹⁰ "*El consentimiento escrito tiene valor ad probationem, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la importante para el paciente*". Así se afirma en este caso en que las consecuencias para el paciente fueron gravísimas, porque la niña quedó parálitica a consecuencia de una operación de escoliosis". Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de enero de 2009, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 2/2009, recurso 1746/2003, El Derecho EDJ 2009/10465, CENDOJ ID: 28079110012009100014.

indemnizatorias.

Lo importante es que la información se dé y se reciba efectivamente, así como que se entienda dicha información y su trascendencia. Por este motivo es absolutoria la Sentencia de 21 de enero de 2009¹⁹¹. Una niña se opera de escoliosis y queda paralítica. Se descarta la mala praxis pero se pide indemnización por falta de consentimiento. Sin embargo, absuelve el Alto Tribunal alegando que: *“El consentimiento escrito tiene valor ad probationem, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la importante para el paciente”*.

Dado que se trata de un acto de mucha trascendencia, el consentimiento para un acto o tratamiento médico debe prestarse habiendo reflexionado un tiempo prudencial. Es necesario que el paciente disponga del tiempo que necesite para asimilar toda la información, sopesar las diferentes opciones y por tanto poder tomar una decisión meditada. En la actual regulación estatal no se prevé un “tiempo de reflexión”, aunque en varias regulaciones autonómicas se utiliza el concepto de *“antelación suficiente”*¹⁹². En muchos protocolos hospitalarios se utiliza el plazo de 24 horas de antelación para consentir las intervenciones quirúrgicas o las pruebas invasivas (por ejemplo un TAC con contraste), aunque en no pocas ocasiones se incumple tal previsión por la dinámica de funcionamiento hospitalario y la incomodidad que supone para los pacientes tener que acudir varias veces al hospital (consultas, pruebas preoperatorias...y una visita específica para prestar el consentimiento).

Como ejemplo de la validez del consentimiento verbal, vemos la Sentencia¹⁹³ de 19 de julio de 2013, en un caso en que, a consecuencia de una intervención se desgarró el esófago y se provocan peritonitis y diferentes secuelas. Se demanda por falta de consentimiento informado, dado que no consta en la

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de enero de 2009, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 2/2009, recurso 1746/2003, El Derecho EDJ 2009/10465, CENDOJ ID: 28079110012009100014.

¹⁹² En Murcia se prevé *“con la debida antelación y preferentemente no en la misma sala en donde se deba practicar la actuación asistencial”*. Artículo 43 de Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia.

¹⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 19 de julio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 513/2013, recurso 923/2011, El Derecho EDJ 140051/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100432.

historia clínica. Los médicos alegan que existía consentimiento, que fue verbal. El Tribunal considera probada la existencia de consentimiento informado, principalmente, a la cantidad de consultas previas a la intervención y el anterior tratamiento farmacológico fallido y la Sentencia es absolutoria.

Por otro lado, la información es un proceso gradual, *“de tracto sucesivo o continuado, que ha de modularse a lo largo de todo el proceso terapéutico”*¹⁹⁴. Ha dicho el Tribunal Supremo¹⁹⁵: *“la información integra por su propia naturaleza un procedimiento gradual”*¹⁹⁶ y *básicamente verbal*”. La previsión de ser un proceso continuado se hacía antes legalmente (artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, hoy derogado), mención que hoy ha desaparecido de la normativa estatal. Sin embargo, es razonable entender que el paciente debe estar informado desde el principio de su tratamiento hasta el final, *“en cuanto permite al paciente consentir sobre la adopción de las medidas de precaución más idóneas para salvaguardar su salud”*.¹⁹⁷ De hecho la Jurisprudencia, al fallar sobre si había o no consentimiento valora mucho la relación previa del médico con el paciente y también la duración del proceso patológico¹⁹⁸.

Debe hacerse referencia también a quién es la persona responsable de facilitar la información. Con carácter general debe decirse que será el médico que va a realizar la intervención o tratamiento. Así lo prevé la ley de autonomía del

¹⁹⁴ GALÁN CORTÉS, J. C., "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 344.

¹⁹⁵ En un caso en que, a consecuencia de una intervención se desgarró el esófago y se provocó peritonitis y diferentes secuelas. El Tribunal considera probada la existencia de información suficiente en base, principalmente, a la cantidad de consultas previas a la intervención. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 19 de julio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 513/2013, recurso 923/2011, El Derecho EDJ 140051/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100432.

¹⁹⁶ La forma en que se va dando la información es especialmente importante en los supuestos de enfermedades gravísimas o fatales. Se recomienda no dar toda la información en la primera consulta, por el efecto devastador que puede tener en el paciente.

¹⁹⁷ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 599, nota al pie 110.

¹⁹⁸ *“La información integra por su propia naturaleza un procedimiento gradual y básicamente verbal y tiene en el presente caso, como dato de interés, el hecho de que a la intervención se llegó tras diversas consultas y pruebas y la realización de un proceso de tratamiento médico farmacológico, que no resultó efectivo”*. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 19 de julio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 513/2013, recurso 923/2011, El Derecho EDJ 140051/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100432.

paciente¹⁹⁹. Sin embargo, no se genera responsabilidad civil si el paciente está informado, aunque la información se la haya suministrado otro médico diferente o incluso personal sanitario no médico. Lo relevante a efectos de responsabilidad civil es que el paciente otorgue su consentimiento con la suficiente información²⁰⁰, independientemente de donde ésta proceda (hospital, consulta) o incluso del estamento médico que la haya proporcionado²⁰¹.

Por último y en cuanto a la vigencia del consentimiento informado en el tiempo hay que plantearse qué ocurre cuando se ha dado un consentimiento y la situación cambia. Es paradigmática la Sentencia de 11 de febrero de 2011²⁰², en que el supuesto de hecho es el siguiente: una paciente embarazada ingresa para dar a luz en un parto gemelar. Tiene un hijo de otro parto anterior. Ha firmado el consentimiento para que se le practique una ligadura de trompas, manifestando que “no desea tener más embarazos”. Tanto el parto anterior como el gemelar se llevan a cabo por cesárea y no es recomendable un tercer embarazo tras dos cesáreas. Durante la cesárea uno de los gemelos nace con muy poca respuesta y la ginecóloga lo pasa a los neonatólogos para que lo reanimen. Desconociendo la ginecóloga que el bebé ha fallecido, continúa con la intervención, saca al otro bebé, que sobrevive, realiza la ligadura de trompas, cose a la paciente y termina la intervención. La paciente demanda por mal funcionamiento de los servicios sanitarios y falta de consentimiento informado por no haberle solicitado un nuevo consentimiento para la ligadura tras el fallecimiento del bebé, puesto que, alega, ahora ya no puede tener más hijos y

¹⁹⁹ La ley señala en su artículo 4.3 al “*médico responsable del paciente*” como depositario del deber de informar. 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.

²⁰⁰ Como ejemplo un caso en que la paciente sufría una dolencia de varios años de evolución y fue tratada por equipos médicos diferentes y en diferentes hospitales. El Tribunal Supremo, en el Fundamento jurídico segundo dice que “no cabe entender que durante esos años y que ante dos equipos médicos diferentes la paciente desconociese esas circunstancias y fuese exclusivamente la información de última hora la determinante de su posible deficiente consentimiento”. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de diciembre de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 964/2011, recurso 2069/2008, El Derecho EDJ 307886/2011, CENDOJ ID: 28079110012011100851.

²⁰¹ En este sentido es importante destacar el papel de las enfermeras. HUANG, S. H., “Truth-telling to patient’s terminal illness: What makes oncology nurses act individually?”, *European Journal of Oncology Nursing*, Volume 18, Issue 5, October, www.journals.elsevier.com, 2014, pág. 492 a 498.

²⁰² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de febrero de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 62/2011, recurso 1888/2007, El Derecho EDJ 2011/8438, CENDOJ ROJ STS 504/2011 - ECLI:ES:TS:2011:504.

lo que ella quería era no tener más de tres y ahora necesariamente ha de conformarse con dos.

Ninguna de las instancias ni tampoco el Alto Tribunal consideran que ha faltado consentimiento informado por no haberlo solicitado nuevamente (al marido, por estar la paciente sedada) antes de realizar la ligadura ante el cambio de circunstancias, puesto que *“lo que no es posible es convertir (...) el consentimiento en una especie de trampa para quienes estaban obligados a adecuarlos a la nueva situación originada por el fallecimiento de una de las gemelas (...) desde el momento en que la paciente al otorgarlo (...) no hizo constar en modo alguno que fuera condicionado (a la supervivencia de los gemelos) ”*.

En relación con el consentimiento informado y como otra forma de ejercer la autonomía del paciente, nos referiremos al “testamento vital”. Su primera regulación se hace en 2002, en la ley de Autonomía del Paciente y en este momento se prevé en varias leyes autonómicas. Se trata de una posibilidad *“de que el derecho personalísimo del paciente a consentir o no un tratamiento sanitario, se plasme por escrito y bajo determinadas condiciones en previsión de no poder hacerlo en el futuro (...) y si bien tiene su origen en el llamado Testamento Vital, no debe pensarse (...) sólo para los casos de enfermedades terminales o degenerativas, sino como una vía de manifestar adecuadamente los tratamientos o intervenciones que el paciente acepta o rechaza”²⁰³*.

2.5. Casos en que se permite la ausencia de consentimiento informado

El titular del derecho a la información es el propio paciente, tal y como afirma la Ley de Autonomía del paciente ²⁰⁴. Este es un derecho

²⁰³ MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M., "Análisis jurídico del consentimiento informado", en Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., LA LEY, Madrid, 2014, pág. 132.

²⁰⁴ 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. Artículo 5.1.

personalísimo²⁰⁵ y corresponde ejercitarlo al mismo titular en circunstancias normales. Pero existen excepciones de dos clases, reguladas en el artículo 5 de la citada ley: hay situaciones en que no es necesario recabar el consentimiento del paciente (por ejemplo, riesgo urgente vital de un paciente inconsciente) y otras en que la persona que presta el consentimiento es diferente del enfermo sobre el que se va a realizar la intervención médica (por ejemplo, un niño de corta edad).

A continuación se expondrán las excepciones a la necesidad de previo consentimiento a la actuación sanitaria. En estos casos el médico actuará según su profesional saber y entender, sin requerir consentimiento:

1. Estado de necesidad terapéutica (también denominado excepción terapéutica o privilegio terapéutico)²⁰⁶. Se da en aquellos casos en que objetivamente es mejor para el paciente la ignorancia del proceso pues la eficacia del tratamiento se vería seriamente comprometida. Es el caso paradigmático de los enfermos mentales, que no están en condiciones de consentir su tratamiento pero lo necesitan. En estos casos puede prestarlo un familiar o, simplemente, no existir consentimiento. La Jurisprudencia no condena por falta de consentimiento puesto que no es necesario²⁰⁷. No debe confundirse el estado de necesidad terapéutica con *“la situación de un paciente afectado de un mal o fatal pronóstico”*²⁰⁸. En este último caso, el médico deberá actuar con psicología, sin alarmar pero tampoco sin esconder información²⁰⁹.

²⁰⁵ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 556.

²⁰⁶ Es la facultad que tiene el médico para actuar como tal sin antes informar al paciente, cuando por razones de tipo objetivo el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. CAMAS JIMENA, M., GÓMEZ RIVERO, M.C., SILLERO CROVETTO, B., SUCH MARTÍNEZ, J., *Responsabilidad médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 98.

²⁰⁷ En este sentido el caso de un enfermo mental de 18 años que muere tras recibir electroshock en hospital psiquiátrico en que ingresa voluntariamente pero no presta el consentimiento para el tratamiento. Más adelante el consentimiento será prestado por su padre. El Tribunal desestimó la demanda por entender correcta la actuación médica y no necesario el consentimiento informado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 2014, Ponente Mariano Espinosa de Rueda-Jover, Resolución 806/2014, Recurso 148/2008, STSJ MU 2307/2014 - ECLI:ES:TSJMU:2014:2307.

²⁰⁸ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 559.

²⁰⁹ En este ámbito son frecuentes los protocolos de actuación. Es muy delicado y trascendente cómo transmitir al paciente que sufre una enfermedad terminal o que necesariamente le conducirá a dolorosos padecimientos. El personal médico es entrenado para estas situaciones,

2. La renuncia del paciente a ser informado. En este caso se respetará su voluntad pero será necesario recabar el consentimiento previo a la intervención (artículo 9.1 Ley de autonomía del paciente).
3. En los casos en que exista riesgo para la salud pública (artículo 9.2.a). En estos casos las medidas pueden extenderse a otras personas que no son el propio paciente pero que han estado en contacto con él. En este supuesto se incluyen los *“riesgos de epidemias que afectan a la salud pública y en las que se efectúa una intervención forzada (...) el paciente puede acudir a los tribunales ex post²¹⁰”*.
4. Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización (art. 9.2.b). Como ejemplo, el caso de la Sentencia de 7 de diciembre de 2011, donde el menor de edad entró con fractura abierta en la tibia a consecuencia de un accidente de moto y pasó directamente a quirófano. Se consideró que el consentimiento no era necesario antes de la intervención²¹¹.

Veamos un caso relacionado con la salud pública en que no se informó del riesgo, a la sazón muy grave, que se materializó, se consideró que el proceder médico de no haber informado era correcto y, sin embargo, se indemnizó al paciente. Se trata de la Sentencia de 9 de octubre de 2012 en que se falla un caso ciertamente inusual y desgraciado. Un paciente de 37 años acude a la consulta de medicina general para vacunarse de la gripe. Solicita dicha vacuna a pesar de no ser grupo de riesgo pero desea inmunizarse porque en años anteriores ha tenido varios episodios de la enfermedad. La vacuna le produce

que son dolorosas tanto para el paciente como para el profesional de la medicina. HUANG, S. H., "Truth-telling to patient's terminal illness: What makes oncology nurses act individually?", *European Journal of Oncology Nursing*, Volume 18, Issue 5, October, 2014, pág. 493.

²¹⁰ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., "Análisis jurídico del consentimiento informado", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, (Dir). LLAMAS POMBO, E., LA LEY, Madrid, 2014, pág. 162.

²¹¹ En este caso se operó al menor y se le colocaron clavos, dándole el alta. Siete años después hizo una osteomielitis en la zona operada, que hubo de ser abierta y limpiada. Se demandó por mala praxis y por falta de consentimiento, descartándose ambos motivos y desestimándose la demanda en todas las instancias. Se consideró bien realizado el tratamiento, siendo la infección del hueso una complicación previsible pero inevitable y, en cuanto a la falta de consentimiento, no era necesario darlo antes de la operación (por la evidente situación de urgencia) y después de la intervención sí se informó al menor y a su abuela (por ser los padres desconocidos) de la posibilidad de dicha complicación. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 7 de diciembre de 2011, Ponente Enrique Lecumberri Martí, recurso número 1468/2010, ROJ: STS 8078/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8078, ID CENDOJ 28079130042011100656, CJ 1468/2010.

un efecto secundario altamente infrecuente (aunque descrito en la literatura médica), llamado Síndrome de Guillaume-Barré y queda en silla de ruedas, con una incapacidad del 85 por ciento. Solicita una indemnización de 500.000 Euros, alegando que nadie le informó de la posibilidad de dicho resultado adverso.

Tras desestimar la demanda en instancias inferiores, el Tribunal Supremo la estima, fundamentando que: *“si bien es cierto que puede ocurrir un resultado totalmente adverso, es tan impredecible o remotamente considerable, que no permite ofrecer información sobre ello, y basada en evidencias ciertas y contrastadas (...) entendiendo que esa información no responde a una situación ni siquiera planteable por los profesionales. Ya también el propio Tribunal Supremo tiene declarado que la información no puede ser ilimitada, infinita, sino que ha de ser acorde tanto a la clínica planteada como también al acto concreto a plantear, entendiendo que un exceso lo que produciría sería el efecto contrario (...) El propio perito de la parte actora, Sra. Inmaculada, llama la atención sobre lo excepcional del caso del actor, que nunca antes había visto”*.

El motivo por el que se indemnizó al paciente, a pesar de considerar correcta la actuación médica (incluyendo la falta de información) fue que, siendo la vacuna la causa de la enfermedad en términos causales, se consideró que correspondía a la sociedad indemnizar los daños causado. Y ello porque la vacunación persigue *“no sólo objetivos particulares, sino también generales de salud pública (...) por lo que el supuesto se manifiesta como una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los beneficios (...) que dimanen de las campañas de vacunación”*²¹².

Diferentes de los casos anteriores, en que no se presta consentimiento informado, son aquellos en que sí hay consentimiento, pero es prestado por

²¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de octubre de 2012, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 6878/2010, ROJ: STS 6645/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6645, ID CENDOJ: 28079130042012100669.

otra persona diferente del paciente, lo que la ley²¹³ llama “por representación” (artículo 9.3²¹⁴). Estos casos son los de incapacitados o asimilados y los menores de edad.

Se diferencia a los menores según dos tramos de edad: mayores de dieciséis años y menores de esta edad. Y en todo caso, el mayor de 12 años deberá ser oído y en la medida de lo posible, tener en cuenta su opinión. Es diferente al caso de mayores de edad, en que, si se niegan a recibir un tratamiento necesario para salvar la vida, el facultativo les presentará documento en que así lo manifiesten para su firma y quedará liberado de realizar el tratamiento.

Sin embargo, si se trata de un menor de edad, el consentimiento de los padres no es suficiente para no prestar un tratamiento necesario, sino que se requiere autorización judicial. Pero, por otro lado, también debe averiguar cuál es la intención del menor, puesto que también se solicita su consentimiento²¹⁵. Por ello, el facultativo se encuentra en una encrucijada, en cierto modo “atrapado” entre tres consentimientos: el del menor que es suficientemente maduro y consciente para otorgarlo, el de sus padres y, en casos extremos, la necesidad de autorización judicial.

Para ejemplificar ese panorama, que en ocasiones genera situaciones abusivas, basta con observar el caso de la Sentencia del Tribunal

²¹³ 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.

²¹⁴ “Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (...). Cuando el paciente esté incapacitado legalmente (...). Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. 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”.

²¹⁵ Se apunta que el “consentimiento médico” como consentimiento contractual requiere la mayoría de edad, sin embargo el “consentimiento de legitimación” es el que permite al médico realizar ciertos actos sobre el cuerpo del paciente y éste no requiere la mayoría de edad. VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 94.

Constitucional 154/2002²¹⁶ relativo a los padres que se negaron a que su hijo recibiera transfusión sanguínea por motivos religiosos. Los médicos solicitaron autorización judicial para la transfusión, que se concedió y finalmente los padres también accedieron, pero el menor se negó, reaccionando históricamente y los facultativos entendieron que era peor violentarle para su estado, que ya era crítico en esos momentos, por lo que optan por no transfundirle. A continuación los padres fueron llevando a su hijo de un hospital a otro, intentando que le curasen sin transfundirle, lo que era médicamente imposible. Tras intentarlo en varios hospitales, llevaron a su hijo a casa y los médicos recabaron la ayuda de Servicios Sociales, que contra el criterio de los padres se llevaron al menor en una ambulancia porque su estado era ya crítico, falleciendo el niño en el camino al hospital. El Tribunal Supremo condenó a los padres por homicidio. Los padres acudieron al Tribunal Constitucional alegando vulneración de su libertad religiosa y el Constitucional entendió vulnerado su derecho fundamental y les otorgó amparo, anulando la Sentencia del Tribunal Supremo. En conclusión, los médicos tuvieron que obtener el consentimiento de los padres, el del Juez, el del hijo, el auxilio de los servicios sociales...y finalmente el niño falleció porque los padres practicaban un credo que no permite las transfusiones sanguíneas y de nuevo el Tribunal Constitucional entendió vulnerado sus derechos constitucionales por falta de consentimiento informado.

En cuanto al concepto de menor de edad para otorgar consentimiento informado, no se corresponde con el de la legislación general (que utiliza un concepto cronológico), sino que se convierte en un concepto jurídico indeterminado, puesto que, como apunta Sancho Gargallo²¹⁷: *“Se entiende por menor de edad el menor de dieciséis años no emancipado. En estos casos, es necesario además que “no sea capaz intelectual ni emotivamente de comprender el alcance de la intervención”. Por lo tanto, y a contrario sensu, el juicio suficiente consiste en la aptitud mínima para comprender la situación (la enfermedad, su diagnóstico y la necesidad o conveniencia del tratamiento), y*

²¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio de 2002, Ponente Manuel Jiménez de Parga, Recurso de amparo 3468/1997, BOE número 188, de 7 de agosto de 2002.

²¹⁷ SANCHO GARGALLO, I., "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", INDRET, núm. 2, abril, 2004, pág. 23.

para asumirla y tomar la decisión, lo que viene denominándose capacidad natural”.

Adquiere especial relevancia en esta materia el régimen aplicable a la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad²¹⁸. La Ley Orgánica 2/2010 establecía en su artículo 13²¹⁹: *“En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.”* De la lectura del precepto vemos que existe un elemento altamente ambiguo, cual es la valoración por parte del facultativo de los problemas familiares que le supondrá a la menor el conocimiento por sus padres de su interrupción de embarazo. De nuevo atribuimos al médico competencias (y problemas) que no le corresponden.

La situación expuesta se ha modificado por la reciente reforma de la Ley Orgánica²²⁰. En la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2015 se afirma que es necesario rectificar *“el régimen de consentimiento de las menores para la interrupción del embarazo”*, tanto por razón de la necesaria *“protección del menor”* sino también por el correcto *“ejercicio de la patria potestad”*. Por ello se suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas y se requerirá, además de la *“manifestación de voluntad”* de la menor embarazada, *“el consentimiento expreso de sus*

²¹⁸ Un análisis exhaustivo de la cuestión en LAMA AYMA, A., "La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad", INDRET, número 2, www.indret.com, 2006, pág. 5.

²¹⁹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

²²⁰ La Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

*representantes legales*²²¹.

En conclusión, el consentimiento informado en caso de los menores de edad es una figura de perfiles difusos, debiendo resolver en el caso concreto a quién le corresponde prestarlo.

Por último, es interesante preguntarse qué ocurre con la prestación de consentimiento para el tratamiento de menores de edad en caso de padres separados o divorciados. Contrariamente a lo que podría parecer, este problema apenas tiene incidencia Jurisprudencial, salvo en materia de derecho de familia, principalmente cuando uno de los progenitores (generalmente el padre) se niega a abonar el tratamiento del hijo menor alegando que no prestó su consentimiento al mismo.²²² Se trata más, por tanto, de un problema pecuniario que de autonomía de la voluntad. Entendemos que no hay que atribuir al facultativo con obligaciones que excedan de la prestación de su profesión, ni es exigible ni es razonable que el médico deba imaginar que los padres del menor se encuentran divorciados o a quién corresponde la custodia²²³. La obligación del médico es velar por el paciente y debe presuponerse, por el bien del niño, que quien acude con él al centro médico es quien posee su custodia o está autorizado para tomar las decisiones médicas oportunas.

²²¹ Artículo 9.5 de la Ley Orgánica 2/2010.

²²² Como ejemplo esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón en que se falla la oposición a pagar el tratamiento de ortodoncia del hijo por parte del padre, quien alegaba que ni lo conocía ni lo consintió. Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 6 de abril de 2011, Ponente Pedro Javier Altares Medina, Sentencia 47/2011, Recurso 128/2010, SAP CS 517/2011- ECLI:ES:APCS:2011:517.

²²³ Sería más propio de una parodia la imagen del pediatra que atiende a un niño pequeño intentando descifrar en un moderno convenio regulador de veinte folios (años pares, años impares, día del cumpleaños de la madre, fiestas del pueblo...) a quién le corresponde el hijo ese fin de semana para darle la prescripción de la medicación que necesita el paciente. Por desgracia, estas situaciones se dan con más frecuencia de lo esperado. Como muestra, ver PUIG CARLES, I., "Normas de Actuación de Colegios y Médicos ante padres Separados/Divorciados con hijos. Parte III. "Centros Médicos"", Legalis Consultores, 2 de octubre, www.legalisconsultores.es, 2013, pág.1: "*norma 9: en casos de accidentes o enfermedades se llamará a ambos progenitores y no sólo a uno de ellos*".

2.6. La responsabilidad civil derivada del consentimiento informado.

La responsabilidad por falta de consentimiento informado da lugar a indemnizaciones por responsabilidad civil, tanto en vía civil como administrativa, así como a indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la administración, *“en contadas ocasiones da lugar al pronunciamiento condenatorio por parte de tribunales penales”*²²⁴.

En primer lugar, debemos apuntar que para la Jurisprudencia no existe un daño específico (resarcible) por la ausencia de consentimiento informado, diferente del daño causado por *mala praxis* médica o prestación no diligente del acto médico, consistente en daños físicos y morales. En esta cuestión existe unanimidad en el Tribunal Supremo, tanto en la Sala primera o como en la Tercera. La Sala primera afirma que: *“La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil.”*²²⁵ La Sala Tercera es de la misma opinión²²⁶: *“aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente”*.

Es decir, para que exista la obligación de indemnizar es necesario que exista un daño²²⁷. GALÁN CORTÉS²²⁸ lo explica muy acertadamente al decir: *“en nuestro ordenamiento jurídico no tiene cabida una especie de “multa civil”*

²²⁴ URRUELA MORA, A., ROMEO MALANDA, S., "Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica", Revista de Derecho Penal, núm. 34, págs. 35-74, 2011, pág. 55.

²²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de octubre de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, resolución 5371/2008, recurso número 870/2003, ROJ STS 5371/2008, ID CENDOJ 28079110012008100895.

²²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 26 de febrero de 2004, Ponente Jose Manuel Sieira Miguez, recurso 8656/1999, ROJ: STS 1287/2004 - ECLI:ES:TS:2004:1287, ID CENDOJ 28079130062004100100.

²²⁷ Lo expresa el Magistrado José Seijas Quintana: *“la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica”* en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 340/2011, recurso 124/2008, CENDOJ ID: 28079110012011100290, El Derecho EDJ 90960/2011, La Ley CJ 62790/2011.

²²⁸ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 759.

(*punitive damages*) y el derecho a obtener una indemnización nace cuando (...) se causa un daño (...) pero no de la simple infracción del (...) deber, pues sin daño no hay derecho a reparación alguna". También lo entiende así PLAZA PENADÉS: "tanto la omisión de información como la información incorrecta, así como la prestación de un consentimiento informado por ello, son una fuente de responsabilidad si por ello se derivan consecuencias dañosas para el paciente"²²⁹.

No obstante, si se examinan a fondo las Sentencias, se observa que, en la mayoría de los casos, las absoluciones en situaciones en que no se informó exhaustivamente se producen cuando no hay daño físico derivado de la intervención²³⁰. Se podría afirmar que la Jurisprudencia aplica un "doble rasero": cuando no hay daños físicos se argumenta que no es necesario informar de todos los riesgos y complicaciones. Sin embargo, cuando el daño físico se produce y no ha existido mala praxis, se argumenta lo contrario, que la información debió de ser exhaustiva.

Dejando por tanto aclarado que no se indemniza la mera falta de información si no hay daño, el siguiente paso es determinar si, en aquellos casos en que sí se han producido daños físicos, se indemniza además el daño moral consistente en la falta de información. Y la respuesta es afirmativa. No en todos los casos, pero en muchos se indemniza con carácter independiente²³¹.

Por ejemplo la Sentencia de la Sala Tercera de 4 de abril de 2000²³², en que se produjo una secuela de una intervención que dejó a un niño parapléjico. No

²²⁹ PLAZA PENADÉS, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 68.

²³⁰ Como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 340/2011, recurso 124/2008, CENDOJ ID: 28079110012011100290, El Derecho EDJ 90960/2011, La Ley CJ 62790/2011. Esta Sentencia afirma que la simple falta de consentimiento informado no genera daño resarcible.

²³¹ Esta posición Jurisprudencial no deja de ser paradójica: si no se produce daño físico, se afirma que no existe un daño moral por la falta de consentimiento. Sin embargo, si se produce tal daño, se indemnizan por separado el daño físico y el moral, afirmando que el daño moral por falta de consentimiento informado es diferente al daño moral por las lesiones. Para más información, BANDRÉS, F., "Consentimiento informado y daño moral: entre el sofisma y el desatino", Blog de Fernando Bandrés, consult.es, post de 12 de noviembre, www.fernandobandres.es, 2013, pág. 1.

²³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de abril de 2000, Ponente Xiol Ríos, recurso número 8065/1995, Roj: STS 2750/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2750, ID Cendoj: 28079130062000100145.

apreciándose mala praxis se indemnizó por daño moral grave por no haber informado de la posibilidad de esa secuela. A pesar de lo que pueda parecer, que únicamente se indemniza el daño moral, no perdamos de vista que en el supuesto hay un daño físico y además grave. Lo argumenta así PASQUAU LIAÑO: *“Algunas sentencias siguen, aunque sin decirlo, la regla del siempre y todo: si se acredita que el paciente no recibió información (...) el facultativo es responsable, sea cual fuere la magnitud, probabilidad y frecuencia del riesgo, (...) en la totalidad del mismo, exactamente igual que si lo hubiese causado por negligencia. Sin embargo, continúa este autor con el mismo razonamiento que más arriba apuntábamos: “La mayoría de las sentencias tienden a hacer responsable al facultativo cuando queda establecido que no informó al paciente del daño sufrido como consecuencia de una intervención médica propuesta y practicada conforme a la lex artis; pero el hecho de no haber obrado negligentemente determina una moderación, reducción o ajuste en la determinación de la indemnización a su cargo”²³³.*

Doctrinalmente se alzan voces que defienden que el incumplimiento de las exigencias de información y consentimiento suponen un daño moral diferente del daño físico. Así GUERRERO ZAPLANA²³⁴ opina que considerar tal circunstancia como daño moral permitiría graduar la responsabilidad en cada caso de actuación sin información, según fuera de trascendente aquello que se dejó de informar o si se trata simplemente de incumplimiento de los requisitos formales. Son de esta misma opinión la Audiencia Provincial de Valencia y el Tribunal Superior de Justicia de la misma Comunidad, que han declarado un daño moral la ausencia de consentimiento informado.

Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, de 22 de febrero de 2013, el paciente, a consecuencia de una cirugía, queda tetraplético. Se solicitan en la demanda los daños físicos y morales, un total de medio millón de Euros. Sin embargo, durante el juicio no se prueba la relación de causalidad entre la

²³³ PASQUAU LIAÑO, M., "Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio", Base de datos SEPIN, SP/DOCT/17288, 2012, pág. 3.

²³⁴ GUERRERO ZAPLANA, J., "El ¿nuevo? consentimiento informado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009", Revista de Jurisprudencia El Derecho, número 2, 2009, pág. 3.

intervención y el daño, por lo que se deniega la solicitud de responsabilidad patrimonial. Pero, como no existió consentimiento, se indemniza el daño moral en la cuantía de 6.000 Euros²³⁵.

Curioso avatar procesal vemos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de marzo de 2014. La condena por falta de consentimiento es por no haber informado a la embarazada de la posibilidad de realizar exámenes prenatales, naciendo un bebé con Síndrome de Down. La Administración, tras abonar la indemnización a la paciente solicita el reintegro a su aseguradora, que rechaza el pago, por lo que es necesario acudir a los Tribunales civiles para resarcirse de las cantidades pagadas. No deja de resultar paradójico que la propia Administración Pública acuda a los Tribunales civiles a demandar a su aseguradora para resarcirse de las cantidades a que fue condenada en vía administrativa²³⁶.

Expondremos a continuación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 5 de diciembre de 2012²³⁷, absolutoria, que resulta interesante por el pronunciamiento en cuanto al consentimiento informado. El supuesto de hecho es el siguiente: una mujer de 29 años acude al Hospital a dar a luz y se le pone anestesia epidural. La anestesia no funciona bien y hay que reanestesiarla varias veces. A pesar de ello, no consiguen que sea efectiva y termina el parto con dolor. Tras el nacimiento del bebé se queja de dolores muy fuertes y al explorarla descubren burbujas en la columna. A continuación presenta rigidez de nuca y cefalea. Descubren un hematoma subdural y finalmente es necesario abrirle el cráneo. De la operación queda con invalidez permanente absoluta. En el procedimiento judicial se descarta la mala praxis. Respecto a la alegación de no constar en el consentimiento informado el riesgo de sufrir un hematoma subdural, el Tribunal Supremo

²³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, de 22 de febrero de 2013, Ponente Miguel Antonio Soler Margarit, Sentencia número 125/2013, Recurso número 568/2010, Base de datos Sepin, referencia SP/SENT/719402.

²³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de marzo de 2014, Sección 11ª, de 31 de marzo de 2014, Ponente Alejandro Francisco Giménez Murria, resolución 126/2014, recurso 448/2013, CENDOJ: Roj: SAP V 2081/2014 - ECLI:ES:APV:2014:2081 Id Cendoj: 46250370112014100095, SEPIN: SP/SENT/77455.

²³⁷ Sección 4, de 5 de diciembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Marti, Recurso número 3370/2011, Base de datos Sepin referencia SP/SENT/699770.

afirma que: *"la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone -por exceso- contravenir los principios de la norma, ya que el mismo no se adapta a la claridad, concreción y exigencia de adaptación a los conocimientos de aquellos que lo reciben"*. Por ello finalmente se desestima la demanda y no se concede la indemnización solicitada de 178.538,71 Euros.

Las diferentes posturas que el Tribunal Supremo ha adoptado en los casos en que se solicita indemnización por falta de consentimiento informado han sido sistematizadas por ASÚA GONZÁLEZ²³⁸: *"(1)no se indemniza porque se entiende que el daño final habría acaecido igualmente; (2)se indemniza el daño final sin más explicación; (3)se indemniza el daño final por considerarse que la infracción del deber de información traslada el riesgo al profesional de la medicina; (4) se indemniza el daño final considerando la probabilidad de que el paciente no se hubiera sometido al tratamiento o intervención pero sin calibrar la mayor o menor probabilidad a efectos de cuantificación; (5)se indemniza por pérdida de oportunidad de evitar el daño final; (6)se indemniza la lesión de un derecho a la libre determinación"*. Vemos, por tanto, que la Jurisprudencia sigue una línea solo aparentemente uniforme.

Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia de 16 de enero de 2012. Un paciente se opera de la columna vertebral, operación necesaria puesto que los distintos tratamientos anteriores no habían funcionado. Surge una complicación y el paciente queda tetraplégico. Se considera que no existió mala praxis pero sí falta de consentimiento puesto que no le informaron de este riesgo. El Alto Tribunal fija la indemnización en el 50% de lo que le correspondería si hubiera existido mala praxis, un total de 250.000 Euros²³⁹.

²³⁸ En este artículo la autora realiza un análisis de Jurisprudencia sistematizando los motivos por los cuales los tribunales conceden o no indemnizaciones cuando se alega falta de consentimiento informado. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., "Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario", Revista CESCO de Derecho de Consumo, 8/2013, www.revista.uclm.es, 2013, pág.148.

²³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 16 de enero de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 948/2011, recurso 2243/2008, El Derecho EDJ 6926/2012, CENDOJ ID: 28079110012012100028.

Desde otro punto de vista, para entender que ha vulnerado el derecho a la información no es necesario que exista alternativa terapéutica. Es decir, se indemniza el daño derivado de la falta de consentimiento informado también en los casos en que existe un único tratamiento para la enfermedad. Porque afirmar lo contrario sería como decir que las enfermedades que solo tienen un tratamiento no requieren consentimiento informado. En consecuencia, también se indemnizan aquellos supuestos en que se considera probado que el paciente se habría operado o tratado de igual modo aunque hubiese tenido toda la información. Afirma RIBOT IGUALADA que, a partir de la Sentencia de 10 de mayo de 2006, *el Tribunal Supremo da un giro copernicano a su planteamiento en relación a daño y causalidad*²⁴⁰, porque en esta Sentencia se afirma que el daño se habría padecido igual de haberse otorgado el consentimiento correctamente, siendo razonable precisar que en cualquier caso la madre habría consentido la operación de su hijo por tratarse de un cáncer que solamente podía evolucionar a peor. Lo hace el Alto Tribunal a través de la distinción, derivada del derecho penal, entre causalidad física e imputación objetiva del resultado. Que el daño es consecuencia de la operación en términos de causalidad física es innegable, dice el Tribunal, pero habrá que determinar qué habría ocurrido si el demandado hubiese actuado correctamente. Sólo se evitará la condena si se llega a la conclusión de que el paciente se habría negado al tratamiento de haber tenido toda la información. *Contrario sensu*, no se podrá desplazar la culpa hacia la esfera del profesional cuando se llegue a la conclusión de que, aún correctamente informado, el paciente se habría sometido igual a la intervención²⁴¹.

Desde otro punto de vista, vemos que se considera falta de consentimiento (como apuntábamos en el epígrafe 2.3) tanto la ausencia total del mismo como su prestación con fallos en la explicación prestada al paciente, por haber

²⁴⁰ RIBOT IGUALADA, J., "Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2006: Nexo de causalidad y daño resarcible en un supuesto de responsabilidad médico-sanitaria por omisión de la información previa y adecuada sobre los riesgos que entraña una intervención quirúrgica imprescindible", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 74, págs. 773-800, www.aranzadi.es, 2007, pág. 1.980.

²⁴¹ Finalmente, el Tribunal Supremo condena a indemnizar, aún afirmando que se habría realizado la operación igual de haber estado correctamente informado, por la pérdida de la oportunidad, pero no a todos los daños corporales (porque se habrían producido igual), sino por pérdida de la oportunidad. Esta materia se estudia detalladamente en el epígrafe 3.3 de este capítulo, dedicado a la teoría de la pérdida de la oportunidad.

omitido algunas complicaciones. Así lo dice la Sentencia del 29 de junio de 2010, en que se falla el caso de una paciente joven que tiene un quiste vaginal y decide operárselo por “razones deportivas”. Esta motivación, plasmada en la historia clínica, nos transmite la imagen de una mujer activa. En la operación surge una complicación y debe acudir al quirófano el urólogo de guardia a cerrar la vejiga. A pesar de la actuación de urgencia del urólogo, la paciente requiere una segunda intervención y le queda una secuela de “apertura vesical”, que se traduce en la necesidad de utilizar una sonda o pañal de por vida.

La Sentencia de instancia es absolutoria por entender que no ha existido *mala praxis* y que el consentimiento prestado para la intervención era lo suficientemente expresivo de las complicaciones que podían surgir de la cirugía. Sin embargo en casación se falla que: “no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales como aquí se invoca respecto a la primera intervención (...) en el documento de consentimiento informado para la extirpación de quiste vaginal (la primera operación) nada se expresa acerca de riesgos específicos, consecuencias y posibles secuelas de la operación a realizar, mientras en el consentimiento suscrito (en la segunda intervención) se consignan como riesgos específicos de la intervención (...) los de hemorragia, infección, fístula vésico-vaginal e incontinencia²⁴²”. Es decir: en la primera operación el consentimiento era de tipo genérico y no se plasmaba la complicación que surgió (infrecuente pero grave). Se entendió por ello que no existía consentimiento y se indemniza en 50.000 Euros.

²⁴² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 29 de junio de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 4637/2008, ROJ: STS 3498/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3498, ID CENDOJ 28079130042010100326.

3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

3.1. La relación de causalidad en el ámbito sanitario.

La responsabilidad del profesional sanitario es, en esencia, igual que la de cualquier otro profesional. Por ello, para que se declare la responsabilidad del médico en el daño causado al paciente serán necesarios los siguientes requisitos²⁴³:

1. Daño
2. Conducta negligente
3. Relación de causalidad entre el daño y la conducta.

Por lo tanto, la relación de causalidad es otro de los elementos necesarios para que exista responsabilidad civil, cuya especialidad en responsabilidad médica nace de ser la propia enfermedad un evento dañoso. De este modo será necesario determinar si *“el daño está producido por la enfermedad o está causado por la conducta negligente del médico o del equipo médico”*²⁴⁴.

Determinar qué relación es necesaria entre la acción y el daño para poder imputar jurídicamente el resultado al agente es la averiguación de la causalidad. La causa es *“el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido”*²⁴⁵.

Las teorías causales nacen en el derecho penal, que en un primer momento entienden suficiente la teoría de la equivalencia de las condiciones, de modo que cualquier causa sin la cual el resultado no se habría producido se considera que cumple el examen de la causalidad. Se decía que *“la causa de la causa es la causa del mal causado”*, de modo que si, suprimiendo

²⁴³ ROMERO COLOMA, A. M., *El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pág. 8; PLAZA PENADÉS, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 39.

²⁴⁴ SANTA CRUZ AYO, M. J., "Evaluación, diagnóstico y formas de gestión de la responsabilidad civil médica", Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, número 79, 2011, pág. 18.

²⁴⁵ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 171.

hipotéticamente la causa, desaparecía el resultado, se establecía la causalidad. Posteriormente estas teorías se trasladan a otras ramas del ordenamiento. Así el artículo 3:101²⁴⁶ de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad civil: “Una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido”.

Para limitar los efectos, a veces exagerados, de la teoría de la equivalencia de las condiciones, (que al remontarse a causas tan lejanas caía en el absurdo), se fue discriminando entre las causas, dando relevancia jurídica a unas frente a otras, (descartando la “*causa too remote de la Jurisprudencia norteamericana*”), de modo que se hacía una selección entre las posibles causas con el fin de establecer la eficiente, principal o adecuada, en definitiva la más relevante²⁴⁷. Ya en los años 80 la Sala de lo penal del Tribunal Supremo separa en distintos planos la relación causal y la imputación objetiva, refiriendo esta a la relevancia del hecho, a la causación del peligro por la acción, al incremento o disminución del riesgo o incluso al fin de protección de la norma con el fin de acotar objetivamente el ámbito de la responsabilidad del agente²⁴⁸.

La afirmación de “la acción X ha causado el resultado Y” se ha llamado naturalística, es decir; se refiere al hecho como hecho de la naturaleza, pero para convertirse en hecho que tiene relevancia jurídica se debe dar una relación jurídica entre ambos (“*juicio normativo*”²⁴⁹) y esta relación, en las más modernas teorías, es que se pueda imputar jurídicamente al autor la causación del resultado.

Las teorías penales causales han sido heredadas por el derecho civil, que aplica el concepto de imputación objetiva al autor de la acción u omisión para que se pueda derivar responsabilidad civil por el mismo. Y para que se le pueda imputar objetivamente un resultado es necesario que la conducta haya

²⁴⁶ Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, European Group of Tort Law, consultar en <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>.

²⁴⁷ DEL CASO JIMÉNEZ, M.T. “Comentario al artículo 5 de la LO 10/95 del Código Penal.” SEPIN Artículos monográficos SP/DOCT/14286, 2011.

²⁴⁸ La pionera fue la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de mayo de 1981, ROJ STS 4507/1981, que en su cuarto considerando dice que falta la imputación objetiva del hecho que motivara el reproche delictivo.

²⁴⁹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 172.

creado un riesgo no permitido de que el daño se produzca, y si el daño es efectivamente la consecuencia de la creación de ese riesgo. Para determinar si se ha producido este riesgo se utilizan como instrumentos los llamados criterios de imputación objetiva. Actualmente el Tribunal Supremo utiliza los siguientes criterios de imputación²⁵⁰:

- Criterio del riesgo general de la vida: cuando el daño sea la consecuencia de un riesgo general de la vida o de un pequeño riesgo que todos tienen que soportar no debe declararse la responsabilidad del que lo crea. Estos son los casos de tropezar con una manguera que cruza la acera mientras se riegan los jardines o quien resbala y cae en casa de un amigo con un juguete en medio del pasillo.
- Criterio del fin de protección de la norma²⁵¹: la conducta negligente ha de violar una norma cuyo fin sea específicamente evitar el resultado que ha acontecido. Por ejemplo, se puede imputar al empresario el accidente laboral del trabajador por incumplir las medidas de seguridad en la obra, pero no por haber iniciado la obra sin licencia, puesto que el fin de la norma que impone la obligatoriedad de la licencia es otro.
- Criterio de la adecuación: los daños deben ser una consecuencia razonablemente previsible de la conducta imprudente. Que sean o no previsibles deberá valorarse adoptando el punto de vista de un tercero externo, que tuviese los mismos conocimientos que el causante del daño. Se trata de mantener un *“grado de proximidad razonable y aceptable en términos de derecho”*²⁵² de la causa con la consecuencia. El criterio de la adecuación o causalidad adecuada exige que el resultado, unido causalmente con el hecho dañoso, sea una

²⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 11 de diciembre de 2012, Ponente Manuel Jesús Marín López, SEPIN/SENT/702562.

²⁵¹ Artículo 3:201 e): *“el fin de protección de la norma que ha sido violada”*. Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, European Group of Tort Law, consultar en <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>.

²⁵² SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad civil de clínicas y compañías de asistencia médica", SEPIN, sección artículos monográficos, SP/DOCT/8043, www.sepin.es, 2010, pág. 3

consecuencia natural pero también adecuada y suficiente, descartando aquellas improbables o inusitadas. Afirma PANTALEÓN PRIETO, “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 (...) hubiese considerado la cuestión ex ante²⁵³”.

- Criterio del incremento del riesgo: sólo son relevantes las conductas con las que se haya incrementado el riesgo de que un daño se produzca. Si el daño hubiera acontecido igual, no se debe exigir responsabilidad al agente. Este es un presupuesto de difícil comprensión en la responsabilidad médica, como pone de manifiesto DÍAZ REGAÑÓN, puesto que el funcionamiento de los servicios médicos tienen un “riesgo inherente al servicio²⁵⁴” y será necesario distinguirlo del caso fortuito (que debemos relacionarlo con el “factor reaccional” de cada enfermo). Asimismo debemos valorar la hipotética “conducta alternativa conforme a Derecho”, de modo que si tenemos la “seguridad o una probabilidad rayana en la certeza²⁵⁵” que un resultado sustancialmente igual se habría producido de haber actuado diligentemente, debemos romper el nexo causal porque esta conducta no incrementó el riesgo.
- La Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo utiliza en responsabilidad médica el criterio de la prohibición de regreso²⁵⁶, que establece que debe juzgarse la actuación del facultativo en función de los medios y de la información de que disponía en el momento de la actuación médica, no en función del resultado posterior²⁵⁷. No podemos

²⁵³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1987.

²⁵⁴ DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, pág. 13.

²⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., "Causalidad e imputación objetiva. Criterios de imputación", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol.2 (Dir). Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 1.587.

²⁵⁶ GALÁN CORTÉS, J. C., "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 326.

²⁵⁷ "Este retroceso no es admisible en la labor de integración del nexo causal desde el punto de vista jurídico, que debe realizarse manteniendo un grado de proximidad razonable, aceptable en términos de Derecho, y adecuado a las reglas de experiencia sobre la posibilidad de previsión de las consecuencias, al menos cuando la imputación lo es a título de culpa (arts.

juzgar la radiografía o TAC en el momento en que se ha evidenciado el cáncer puesto que ya *sabemos* que el cáncer existía. Debemos tomar los elementos de juicio que se tenían en el momento de informarla. La Jurisprudencia de la Sala Primera insiste en utilizar este criterio en casos de diagnóstico erróneo²⁵⁸. Su planteamiento afecta a la causalidad en la medida en que “*excluye la imputación objetiva del evento lesivo a su agente material*”²⁵⁹. En cuanto a especialidades médicas, encontramos en la Jurisprudencia la aplicación del citado principio en especial en casos de diagnóstico prenatal²⁶⁰ y de cáncer.

- Principio de la “probabilidad cualificada”²⁶¹. En supuestos de responsabilidad de clínicas y hospitales se admite este principio, que no llega a ser de responsabilidad objetiva pero que se funda en la falta de actuación diligente del servicio médico en general, sin que pueda culpabilizarse en concreto a ningún agente pero cuando es claro que existe relación entre el daño padecido por el paciente y la actuación de la institución sanitaria, de modo que provoca un daño antijurídico²⁶².

1105 y 1107 CC), entre la conducta o conductas negligentes a las que se anuda la responsabilidad y el resultado dañoso producido -que quiebra cuando existen conductas posteriores de carácter más específico y determinante-, sin cuyo requisito la posible negligencia apreciada en la conducta del agente carece de la necesaria relevancia para dar lugar a la existencia de responsabilidad civil.” Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de febrero de 2006, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, recurso número 2249/1999, resolución 84/2006, Roj: STS 742/2006 - ECLI:ES:TS:2006:742, Id Cendoj: 28079110012006100144, La Ley CJ 430/2006.

²⁵⁸ GALÁN CORTÉS, J. C., "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 326.

²⁵⁹ GÓMEZ CALLE, E., "La contribución de la víctima a la causación del daño", en *Derecho de daños*, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 277.

²⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 340/2011, recurso 124/2008, CENDOJ ID: 28079110012011100290, El Derecho EDJ 90960/2011, La Ley CJ 62790/2011.

²⁶¹ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad civil de clínicas y compañías de asistencia médica", SEPIN, sección artículos monográficos, SP/DOCT/8043, 2010, pág. 2.

²⁶² TRESPADERNE BERACIERTO, M. I., *Argumentos para un nuevo enfoque en el enjuiciamiento de la responsabilidad por defectuosa asistencia en la organización sanitaria*, Comares, Granada, 2014, pág. 162.

La Jurisprudencia sobre responsabilidad médica aplica de manera indistinta los diferentes criterios de causalidad jurídica, de forma que no encontramos una postura rígida sino adaptada al caso concreto²⁶³, puesto que *“la labor de integración desde el punto de vista jurídico debe hacerse manteniendo un grado de proximidad razonable, aceptable en términos de Derecho y adecuado a las reglas de la experiencia (...) conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso eliminando todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo”*. En conclusión, la Jurisprudencia no se encuentra constreñida a una rígida aplicación de las teorías causales sino que transita por todas las teorías hasta encontrar la que puede dar acomodo al caso que se juzga.

El criterio de la causalidad adecuada es aplicado para desestimar la demanda en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2010²⁶⁴. Se trata del nacimiento de un bebé con una grave cardiopatía congénita. Son demandados los ginecólogos que siguieron el embarazo y atendieron el parto, la compañía de seguros y la clínica. En casación desestima la demanda (en apelación se había condenado al pago de 300.000 Euros) por entender que *“la valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso”*. De esta forma niega la causalidad entre la elección del parto natural (en vez de la cesárea) y la grave cardiopatía del bebé.

Observamos la aplicación del principio de incremento del riesgo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013. Se trata de una embarazada que va a dar a luz. En los 15 meses inmediatamente anteriores había tenido una cesárea y un aborto. Al estimular el trabajo de parto el útero se rompe, de modo que asfixia al feto y se provoca una parálisis cerebral. Se condenó al ginecólogo al pago de un millón de euros, argumentando la

²⁶³ *“El Tribunal Supremo aplica la tesis de la integración entre causalidad material y causalidad jurídica”*. ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 175.

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de diciembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución número 545/2010, recurso 1433/2006, Roj: STS 7204/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7204, Id Cendoj: 28079110012010100805.

Sentencia que *"el médico incrementó el riesgo al intentar parto vaginal tras cesárea anterior en 15 meses"*²⁶⁵.

La aplicación del principio de prohibición de regreso lo vemos en la Sentencia de 20 de mayo de 2011²⁶⁶. Se trata de una paciente de 50 años que se somete a una intervención de hernia discal por el neurocirujano en una clínica. Durante la intervención se rompe un vaso abdominal, lo que provoca una grave hipovolemia y es trasladada a UCI de un hospital donde la transfunden y, al ver que el sangrado no para, la interviene un cirujano vascular de urgencias para ligarle la arteria y le realizan un lavado abdominal para que no se infecte. A pesar de ello la cavidad se infecta y muere de un shock séptico. El médico es absuelto, diciendo el Tribunal Supremo que: *"la relación de causalidad se caracteriza por la omisión de una conducta que de haber sido observada habría evitado -con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificado- el resultado dañoso (...) impiden establecer esta relación ni poner a cargo del médico, con criterios de imputación objetiva, determinadas circunstancias que justificarían o descartarían la imputación de los daños, como es la falta de medios en la Clínica (...) y cuando la lesión de la arteria hipogástrica izquierda durante la intervención practicada no era probable, sino meramente descartable (...) sin que sea posible cuestionar la actuación médico-sanitaria fundándose en la evolución posterior de la misma, lo que se conoce como la prohibición de regreso.*

Desde el punto de vista procesal se debe apuntar que la determinación del nexo causal es cuestión del tribunal de instancia, no revisable en casación. Sin embargo, se matiza esta afirmación distinguiendo entre la causalidad material o naturalística (se fija en instancia por ser cuestión de hecho) y la jurídica o imputación objetiva (se revisa en casación por tratarse de una cuestión jurídica). Así lo establece el Tribunal Supremo: *"para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o*

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 403/2013, recurso número 368/2011, Roj: STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247, Id Cendoj: 28079110012013100339, Base de datos SEPIN referencia SP/SENT/723019.

²⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 340/2011, recurso 124/2008, CENDOJ ID: 28079110012011100290, El Derecho EDJ 90960/2011, La Ley CJ 62790/2011.

física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado. Es lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica. La primera por su carácter fáctico corresponde examinar al tribunal de instancia, la segunda de carácter jurídico es susceptible de ser revisada en casación en el ámbito de aplicación del artículo 1.902²⁶⁷.

Podemos resaltar el caso de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de julio de 2014²⁶⁸ (en este momento recurrida la condena ante el Tribunal Supremo) por incidir directamente en el problema de la causalidad. Se trata de un paciente (a su vez médico oftalmólogo) que acude a un hospital privado por fuertes migrañas. Se le realiza una resonancia magnética que se informa como normal y el paciente se va a casa. Posteriormente acude a otro Hospital porque le continuaba el dolor y allí informa (el mismo paciente) que la resonancia había salido normal y no le practican pruebas radiológicas. Finalmente el paciente sufre un ictus que le deja en situación de gran invalidez. El primer radiólogo es condenado al pago de 1.500.000 Euros (lo que excedía en casi un millón de Euros de su aseguramiento) al decir la Sentencia de Primera Instancia que: *"la lectura incorrecta del informe radiológico (...) al considerar los resultados como normales (...) esa creencia se trasladó al Hospital (...) supuso la falta de tratamiento adecuado, que unida al transcurso del tiempo conllevó que (...) ...sufriese un ictus (...) De haberse dado el tratamiento adecuado (...) el infarto podría haberse evitado"*. La Sentencia atribuye dos consecuencias causales discutibles. La primera, que existía error en el informe radiológico (que el ictus podía intuirse) y, la segunda, que la culpa del resultado es del primer informe radiológico (transcurrieron varios días en los que el paciente fue dado de alta, volvió a casa, ingresó en otro Hospital y fue atendido

²⁶⁷ Es el caso de un paciente del mismo oftalmólogo durante 30 años que se opera de cataratas de ambos ojos. Al operar el segundo ojo se produce una hemorragia en quirófano, por lo que se paraliza intervención. Una vez solucionada la hemorragia se continúa la operación, causando un desprendimiento de retina. En primera Instancia se estimó la demanda, condenando a los 500.000 Euros pedidos. Por el contrario, tanto en segunda instancia como en casación se absuelve por entender que no hay relación de causalidad entre la intervención y la lesión. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de junio de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 357/2011, recurso 791/2008, El Derecho EDJ 99508/2011, CENDOJ ID: 28079110012011100317.

²⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, de 24 de julio de 2014, Ponente Eugenio Sánchez Alcaraz, resolución número 306/2014, recurso 253/2014, SP/SENT/787362.

por otro equipo médico).

Por último, en cuanto a la omisión, no encontramos en responsabilidad médica especialidades en la causalidad sobre los comportamientos omisivos. Entendemos que ello es debido a que el tratamiento médico es un procedimiento complejo plagado de decisiones alternativas, por lo que llevar a cabo una acción (intervenir quirúrgicamente), supone a su vez una omisión (no elegir tratamiento farmacológico o rehabilitador). Huelga, por tanto, entrar en disquisiciones dogmáticas sobre si la omisión está causalmente relacionada con el resultado²⁶⁹, entendiéndose muy razonable el pragmatismo en nuestra Jurisprudencia. No es casualidad que, con carácter general, los manuales de responsabilidad civil médica no dediquen un capítulo a la omisión.

A continuación citaremos un caso en que el Alto Tribunal se plantea la omisión en un supuesto ciertamente complicado. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2010²⁷⁰ versa sobre el caso de un niño que comienza a los dos años a sufrir crisis epilépticas muy graves, teniendo hasta 40 crisis diarias con pérdida total de conciencia y de autocontrol de su cuerpo, por lo que cae frecuentemente al suelo golpeándose la cabeza. Durante cuatro años los padres realizan un peregrinaje por centros públicos, donde prueban infinidad de combinaciones medicamentosas, no mejorando el estado del niño. Cuando el enfermo cumple 6 años deciden acudir a un centro privado donde le operan el lóbulo temporal derecho del cerebro y, tras esta cirugía, las crisis desaparecen casi totalmente (logrando once meses seguidos sin crisis), deja de utilizar casco protector, aprende a hablar y consigue llevar una vida normal.

Los padres demandan a la sanidad pública por no haber operado a su hijo tras dos años de intentar el tratamiento farmacológico, pues tras este período (según los protocolos internacionales de la enfermedad), la epilepsia se cataloga de fármaco-resistente y procede la vía quirúrgica. De haberle operado con cuatro años y no con seis, alegan los padres, los daños neurológicos

²⁶⁹ DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, pág. 58.

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 31 de marzo de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 3372/2008, ROJ: STS 1756/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1756, ID CENDOJ 28079130042010100183, LA LEY 27089/2010.

sufridos por las decenas de crisis epilépticas diarias y caídas golpeándose la cabeza habrían sido menores (se habrían reducido en dos años), por lo que alegan omisión de la sanidad pública durante esos dos años. La primera instancia desestima la demanda y en casación se estima, concediendo a los padres 200.000 Euros por “omisión de información”. Vemos, por tanto, que no se condena la omisión en sí misma, sino que estos casos se reconducen a falta de consentimiento o pérdida de la oportunidad. Decir que los daños los causó (la omisión) del tratamiento quirúrgico es lo mismo que alegar que los daños los causó (la acción) del tratamiento farmacológico o que fueron causados por la pérdida de la oportunidad de decidir el tratamiento quirúrgico por la omisión de información.

3.2. La teoría del daño desproporcionado.

Con alguna matización según las Sentencias o los autores, como norma general se puede decir que en el caso en que el daño sobrevenido a la actuación médica sea inusual y desproporcionado, de los que ordinariamente no concurren si no existe culpa del facultativo, corresponderá probar a éste que no existió culpa, que la actuación fue la correcta o, al menos, dar una explicación razonable o plausible sobre el origen del daño (diferente de la culpa del profesional). No se trata de la existencia de daño muy grave o catastrófico, “sino que requiere que se produzca un resultado anormal conforme a lo que es usual”²⁷¹.

El origen de la doctrina del daño desproporcionado, de creación jurisprudencial, se sitúa en la Jurisprudencia francesa en la sentencia de la Court de Cassation de 28 de julio de 1960, en alusión a la *faute virtuelle* o “culpa virtual”, que afecta a la causalidad en el sentido en que invierte la carga de la prueba en

²⁷¹ DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, pág. 120. En el mismo sentido, LUNA YERGA, A., “Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2003. Responsabilidad de profesionales sanitarios”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 62, págs 655-672, www.aranzadi.es, 2003, pág. 666.

casos de responsabilidad médica, en que, de ordinario, el paciente debe probar daño, culpa y relación de causalidad.

El Tribunal Supremo, desde el inicio de los años noventa, presume la culpa del médico cuando concurre un daño “anómalo”, “llamativo” o “clamoroso”, que resulte desproporcionado en relación al acto médico, desproporcionado respecto de lo que es usual en casos similares. En estos casos se presume la culpa del médico puesto que al ser el daño desproporcionado, se entiende que solo acontece si se ha obrado de forma descuidada o poco diligente²⁷². En palabras del Tribunal Supremo: “*la existencia de un daño desproporcionado, incide, en suma, en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el onus probandi de la relación de causalidad y la presunción de culpa*”²⁷³.

Se utiliza la expresión “daño desproporcionado” por ser la más usada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que también utiliza otras denominaciones como “*culpa virtual*”, “*prima facie*” y “*res ipsa loquitur*” (literalmente, la cosa habla por sí misma). Si bien los tribunales utilizan dichas expresiones de forma prácticamente indistinta, hay que resaltar que no son idénticas puesto que cada una viene de un ordenamiento jurídico diferente. La regla *res ipsa loquitur* parte del ordenamiento anglosajón, aunque es prácticamente idéntica a la *prima facie* alemana y a la *faute virtuelle* francesa²⁷⁴. A partir de ellas, nuestro Tribunal Supremo tomó elementos de cada una de estas figuras para crear el concepto patrio de daño desproporcionado.

En cuanto a su origen, la primera vez que se utiliza la expresión “daño desproporcionado” fue en Estados Unidos, en 1863, en el caso *Byrne vs. Boadle*, en que un hombre que caminaba por la calle fue golpeado por un barril

²⁷²Ver VICANDI MARTÍNEZ, A., “El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria: una visión dogmática y jurisprudencial de la realidad actual”, Revista CEFLEGAL, núm. 169, febrero, www.ceflegal.com, 2015, pág. 15 y siguientes. También lo utiliza indistintamente ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de responsabilidad civil*, (Dir). BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1182 al decir: “*caben mecanismos (...) de contornos imprecisos y difícil delimitación entre sí como la presunción judicial, la regla ‘rep isa loquitur’ la prueba ‘prima facie’ o la culpa virtual*”.

²⁷³ Sentencia Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011, ponente José Antonio Seijas Quintana, SEPIN/SENT/539186.

²⁷⁴ NAVARRO MICHEL, M., “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”, Anuario de Derecho Civil, volumen 56, número 3, www.boe.es/publicaciones/anuarioderechocivil, 2003, pág. 1198, nota al pie 2.

que cayó de una tienda. El demandante (el viandante), no pudo presentar ninguna prueba directa de la culpa del demandado (el propietario de la tienda) en la caída del barril, pero es lógico pensar que un barril no cae por voluntad propia, sino que requiere de la negligencia del encargado de su custodia. En este caso el Juez Pollock manifestó: *“hay ciertos casos de los que se puede decir res ipsa loquitur y éste parece ser uno de ellos (...) 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 demandante, constituye una prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia”*.

Esta teoría podría formularse diciendo que aunque la negligencia no se pueda demostrar de manera directa, puede deducirse de los hechos, de modo que se prueba la culpa. Probando el daño, se tiene por probada la culpa y será el demandado quien deberá demostrar que actuó con diligencia. Es importante no excederse y aplicar el daño desproporcionado en sus justos términos: lo que se presume es la culpa en casos en que el sentido común nos dice que si no hubiera habido culpa, el resultado no se habría producido²⁷⁵. No puede aplicarse en casos de causalidad compleja, como una forma sencilla de evitar la prueba de la culpa, porque estaríamos invirtiendo la carga de la prueba de forma inadecuada. Tampoco supone una objetivación de la responsabilidad, tal y como expone el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala Primera de

²⁷⁵ En estos términos se expresa el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en un caso en que un paciente fue trasfundido de sangre con ocasión de una intervención quirúrgica. Hubiera constituido prueba directa un análisis de la sangre en quirófano, pero como esa prueba ya no es posible, se presume que la sangre estaba infectada dado que antes de la operación el paciente no tenía hepatitis, lo que puede afirmarse de forma contundente por los análisis preoperatorios. Dice así el Tribunal: *“No puede concluirse con certeza la atribución como causa exclusiva y excluyente del contagio del virus VHC a ningún factor concreto, sino que la conclusión se formula en términos de probabilidad. No obstante, la dificultad de acreditar la relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño padecido (...) no debe impedir la protección del perjudicado (...) pues, desde un plano hipotético, tal como pretende la administración, la infección pudo haberse contraído, ciertamente, al margen de la atención hospitalaria recibida. Sin embargo, la falta de prueba directa no debe impedir que se considere la existencia del nexo causal, acudiendo a la prueba indirecta o de presunciones”*. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 2, de 30 de septiembre de 2009, Ponente María Jesús Oliveros Rosselló, Número de Sentencia 1269/2009, número de recurso 675/2006, Base de datos La Ley 324698/2009, Roj: STSJ CV 9440/2009 - ECLI:ES:TSJCV:2009:9440 Id Cendoj: 46250330022009101751.

20 de julio de 2009²⁷⁶: *“no comporta en sentido propio un criterio de imputación por responsabilidad objetiva fuera de los casos previstos en la ley sustantiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de la carga de la prueba en supuestos no previstos en la ley procesal (...) al médico se le exige una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia de explicación puede determinar la imputación, creando una deducción de negligencia”*.

Un ejemplo en que se relaciona el daño desproporcionado con la imposibilidad probatoria del origen del mismo es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de julio de 2013²⁷⁷, en que se juzga un caso en que nace un bebé con incapacidad del 90 por ciento a consecuencia del desprendimiento de placenta que sufre su madre. El Alto Tribunal declara que dicho desprendimiento no era previsible ni evitable y que los médicos pusieron todos los medios a su alcance, puesto que le hacen una cesárea urgente en el momento se detectan los problemas. Considera asimismo que el médico ha probado suficientemente las causas del daño al bebé y por tanto no es aplicable la teoría del daño desproporcionado²⁷⁸.

En cuanto a su utilización en la doctrina española, puede afirmarse que en los primeros tiempos esta teoría no se aplicaba al ámbito sanitario, puesto que resultaba difícil considerar “accidentes” los hechos derivados de los tratamientos médicos. Por ello, los primeros casos en que se adoptó la teoría eran supuestos evidentes de mala praxis, como el olvido de material quirúrgico dentro del paciente o amputar el miembro equivocado, donde huelga la

²⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2009, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 280/2009, recurso 173/2005, CENDOJ: Roj: STS 4866/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4866, Id Cendoj: 2807911001200910054, SEPIN: SP/SENT/469948.

²⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 3 de julio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia 475/2013, recurso 437/2011, El Derecho, EDJ 127300/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100393.

²⁷⁸ *“El daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria. En estos casos en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que se habitualmente se producen sino por razón de una conducta negligente”*.

necesidad de una pericial médica para explicar el origen del daño.²⁷⁹ LUNA YERGA justifica la figura diciendo: *“la prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria ha sido considerada con frecuencia una prueba diabólica en cuanto la asimetría de la información, y, en mayor medida, la posición privilegiada de los profesionales sanitarios para acceder a ésta, impiden usualmente al paciente conocer lo realmente acontecido”*²⁸⁰.

En la actualidad hay consenso sobre la vigencia de la teoría del daño desproporcionado en el ámbito médico, siendo sus requisitos los siguientes²⁸¹:

1. Que el daño sea de los que no se presenta usualmente en esa actividad médica si no es concurriendo negligencia por parte del facultativo²⁸².
2. Que la conducta que origine el daño provenga de la esfera de acción del demandado²⁸³.
3. Que el daño no sea causado o agravado por la propia víctima²⁸⁴.

²⁷⁹ VICANDI MARTÍNEZ, A., "El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria: una visión dogmática y jurisprudencial de la realidad actual", Revista CEFLEGAL, núm. 169, febrero, 2015, pág. 10 y NAVARRO MICHEL, M., "Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario", Anuario de Derecho Civil, volumen 56, número 3, 2003, pág. 1199.

²⁸⁰ LUNA YERGA, A., "Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2003. Responsabilidad de profesionales sanitarios", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 62, págs 655-672, 2003, pág. 662.

²⁸¹ Los requisitos serán los mismos que en los Estados Unidos de América, donde *“la Jurisprudencia ha venido aplicando la regla res ipsa loquitur siempre que concurren los requisitos siguientes: a) encontrarse en presencia de un evento que no habría acaecido de no haber concurrido una conducta novedosa o impropia, b) que el daño no hubiese sido causado si no por la conducta atribuible al médico y aquí sólo deberá atenderse a la actuación de los facultativos conforme a su lex artis, y c) que el daño no hubiese sido ocasionado por un comportamiento concurrente del enfermo”*. MACÍA GÓMEZ, R., "La previsible evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal en la profesión médica", Diario La Ley, núm. 6997, 25 de julio, Sección Tribuna, 2008, pág. 2.

²⁸² VICANDI MARTÍNEZ, A., "El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria. Un estudio jurisprudencial", Revista de Derechos Fundamentales, núm. 3, www.derechosfundamentales.cl, 2009, pág. 222.

²⁸³ *“En consecuencia, la teoría del daño desproporcionado sólo será de aplicación en caso de que se produzca un riesgo atípico. Un daño anómalo e inusual puede ser una pista que apunte a la necesidad de examinar la conducta del profesional para comprobar si ha sido o no negligente, pero además, habrá que determinar la existencia de una relación de causalidad entre esa conducta y el daño causado. En realidad, no será tanto el daño desproporcionado el que abra la posibilidad de recurrir al mecanismo presuntivo como las circunstancias anormales que rodean el caso”*. SARRATO MARTÍNEZ, L., "La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria", Diario La Ley, núm. 6968, Sección Tribuna, 16 de junio, Ref. D-189, www.diariolaley.com, 2008, pág. 3.

²⁸⁴ SARRATO MARTÍNEZ, L., "La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria", Diario La Ley, núm. 6968, Sección Tribuna, 16 de junio, Ref. D-189, 2008, pág. 2.

En la doctrina encontramos algunos ejemplos de supuestos que se consideran “típicos” de la doctrina del daño desproporcionado: compresas, pinzas o material quirúrgico que queda dentro del paciente, quemaduras por fuentes incontroladas de calor, infecciones por mala esterilización del instrumental o causar lesiones al paciente mientras está anestesiado en zona diferente de la que se opera²⁸⁵.

La sentencia pionera de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado en nuestro país es la del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996. Para obtener prueba pericial, la Audiencia tuvo que solicitar diligencias para mejor proveer, puesto que los peritos médicos de las partes tuvieron una actitud que el Tribunal consideró “sospechosa” y basada en el corporativismo. En los fundamentos jurídicos justifica hacer recaer la prueba en el profesional demandado *“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”*²⁸⁶.

En lo que se refiere a su naturaleza procesal, entendemos que la doctrina *res ipsa loquitur* no debe comportar realmente una inversión de la carga de la prueba, como se estudia en el capítulo de aspectos procesales de la responsabilidad médica, al que nos remitimos.

²⁸⁵ ROMERO COLOMA, A. M., *El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pág. 76.

²⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 2 de diciembre de 1996, Ponente José Almagro Nosete, resolución 1022, recurso 404/1993, Roj: STS 6868/1996 - ECLI:ES:TS:1996:6868, Id Cendoj: 28079110011996101606.

A partir de aquella primera sentencia se ha continuado aplicando esta teoría, haciéndola expansiva a otros supuestos, en especial en determinadas especialidades médicas, como se verá a continuación.

Las Sentencias que se refieren al daño desproporcionado se concentran en las especialidades de anestesia, ginecología, cirugías e infecciones nosocomiales. Veamos un caso reciente, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 9 de abril de 2014²⁸⁷, en que al paciente se le interviene en la rodilla por rotura de ligamentos. Se demanda por una quemadura de tercer grado en la pierna, que afirma el demandante ser causada por el vaporizador con el que se operó. El Tribunal entiende que hay daño desproporcionado e invierte la carga de la prueba: *"(la quemadura) supone un resultado desproporcionado para esta intervención como no previsto ni explicable en la esfera de esta actuación profesional, es el profesional médico el que está obligado a acreditar las circunstancias por las que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria y esta prueba no se ha realizado por el demandado"*. El médico es condenado al pago de 15.374,24 Euros²⁸⁸.

En el caso concreto del acto anestésico, GALÁN CORTÉS se refiere a ello, desde un punto de vista más causal, como criterio de incremento del riesgo utilizado como criterio de imputación²⁸⁹. El acto anestésico es diferente de la intervención quirúrgica e implica sus propios riesgos, que no se encuentran en relación con la gravedad de la intervención. Es por ello que con frecuencia el paciente que ha sufrido daños graves a consecuencia de la anestesia (paraplejia, tetraplejia, fallecimiento, problemas neurológicos, coma...) alega daño desproporcionado cuando la intervención era de las consideradas menores (extirpación de amígdalas, por ejemplo). Sin embargo, el Tribunal

²⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 9 de abril de 2014, Ponente María Pilar Eugenia Cerdán Villalba, resolución 131/2014, recurso 84/2014, CENDOJ: Roj: SAP V 1989/2014 - ECLI:ES:APV:2014:1989, Id Cendoj: 46250370072014100126, SEPIN: SP/SENT/773492.

²⁸⁸ Examinando detenidamente la Sentencia, vemos que no existió consentimiento informado donde constara el riesgo de quemadura, por lo que la condena se fundamenta también en este motivo.

²⁸⁹ GALÁN CORTÉS, J. C., "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 330.

Supremo matiza que *" el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, lo que impide confundir la simplicidad de una determinada afección que se trata de solventar con la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia, sea general o regional, que comporta en si misma un riesgo evidente"*²⁹⁰.

Veamos un caso en que se condena al anestesista por entender que ha existido daño desproporcionado. En la Sentencia de 29 de mayo de 2014 una paciente acude a una clínica privada a realizarse una intervención de estética. Durante la operación hay problemas con la anestesia y la paciente queda en situación de invalidez a consecuencia de la prolongada hipoxia que sufrió. Se demanda por 900.000 Euros, cantidad que es concedida, entendiéndose en apelación que no se ha dado *"una explicación coherente del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba su actividad médica y la consecuencia producido (...) el demandado hizo tres intubaciones no dos (...) . La primera duró 35 minutos sin presentar problema alguno la paciente y (...) el tubo se movió luego (...) . De haber ido con normalidad esa primera intubación no se hubiera hecho algo tan arriesgado como hacer una segunda, siendo que de ello dependía la vida de la paciente por no poderse respirar sin conexión, por lo que no se le hubieran quitado y puesto otra que, obviamente e incluso suponiendo que la anterior funcionara, no lo hizo tampoco dado que la paciente no remontó su oxigenación hasta que se le puso la tercera en que ya recuperó esta todas las constantes al 100%"*. Esta fundamentación de daño desproporcionado y la subsiguiente condena es recurrida en casación. El Tribunal Supremo confirma la condena afirmando que, *"o bien se movió la primera por no bien realizada y la segunda intubación se hizo mal o bien solo se ejecutó mal ésta, intubaciones cuyos problemas, como dijeron los dos peritos, son la causa más frecuente de la parada respiratoria con caída brusca de la curva del CO₂ (...) por lo que el demandado no ha*

²⁹⁰ En este caso un paciente es operado de hernia inguinal y a consecuencia de la anestesia queda parapléjico. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de septiembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 567/2010, recurso 1004/2006, Roj: STS 4716/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4716 Id Cendoj: 28079110012010100548.

cumplido con su lex artis ad hoc (...) . No estamos ante un riesgo propio de la anestesia, sino ante una incorrecta colocación del tubo de respiración endotraqueal y consiguiente vulneración de la lex artis propia del médico anestesista”²⁹¹.

3.3. La teoría de la pérdida de la oportunidad.

La teoría de la pérdida de oportunidad “*constituye un remedio ante la incertidumbre causal*”, y “*requiere que la oportunidad perdida o la posibilidad frustrada sea apreciable, sustancial, seria y razonable (“dignidad de la chance”), pero insuficiente para tener por cierto el hecho causal, no siendo válida una ínfima y remota posibilidad “pérdida de una simple ilusión o quimera”²⁹²*”). Se aplica en aquellos casos en que existía una oportunidad o expectativa de obtener un beneficio o ventaja que requería de una actuación previa (por ejemplo aprobar una oposición) que no pudo realizarse por culpa o causa de otra persona (si por imposibilidad física no pudo presentarse a la oposición y esta imposibilidad fue causada culpablemente por otra persona). Se trata de un régimen de imputación de responsabilidad en que no puede tenerse por probado totalmente el nexo causal pero existen probabilidades de causalidad²⁹³. El ejemplo que suele utilizarse es el del caballo que va a correr un gran premio en el hipódromo, dotado de gran cantidad de dinero para el ganador, pero que no puede competir porque el transportista se retrasa llevando al caballo.

No existe regulación de la doctrina en ningún texto legal, aunque sí a nivel europeo (Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, en el que, en el artículo 163, se admite que forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia vinculada con el incumplimiento del contrato).

²⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 29 de mayo de 2014, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 288/2014, recurso número 888/2012, Roj: STS 2039/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2039 Id Cendoj: 2807911001201410022, LA LEY CJ: 60527/2014.

²⁹² GALÁN CORTÉS, J. C., "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 332.

²⁹³ MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado.*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 27.

Sin perjuicio de su estudio en el capítulo relativo al daño para diferenciarla de la expectativa de lucro cesante, en este epígrafe se estudiará su relevancia a efectos de la relación de causalidad, puesto que *“constituye un remedio ante la incertidumbre causal”*²⁹⁴. Se viene aplicando por nuestros tribunales desde los años cincuenta en asuntos de responsabilidad civil del abogado y desde los años ochenta en responsabilidad civil médica. Hoy en día es una doctrina totalmente asentada en nuestros tribunales de justicia a pesar de carecer de sustento normativo alguno²⁹⁵.

La esencia de la doctrina de la pérdida de la oportunidad se refiere a la relación de causalidad entre la acción y el daño. Se aplica en aquellos casos en que no existe la relación causal directa entre la acción u omisión del profesional (por ejemplo, no diagnosticar el cáncer a tiempo) y el daño (la pérdida del órgano afectado). Porque la relación causal es hipotética: se afirma que *de haberse diagnosticado a tiempo, se habría podido curar*. Pero es imposible demostrarlo. En palabras de ROCA TRIAS, *“la pérdida de oportunidad se produce cuando una persona tiene una posibilidad de hacer algo que puede conllevar un beneficio, posibilidad que pierde por culpa de otra persona”*²⁹⁶. Pero también puede que no se hubiese curado, porque el daño no deriva de la acción u omisión, sino de la enfermedad.

En la doctrina vemos que existe una variedad de significados de la doctrina de la pérdida de la oportunidad, que se sistematizan del modo siguiente:

1. En origen, se habla de la pérdida de la oportunidad como una forma de subsanar la inexistencia de relación de causalidad directa. Se valora la causalidad hipotética, es decir; qué habría ocurrido de haberse dado la actuación médica correcta. Dado que la causalidad es hipotética, si la

²⁹⁴ GALÁN CORTÉS, J. C., "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, 2ª Edición, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 332.

²⁹⁵ ASENSI PALLARÉS, E., CID-LUNA CLARES, I. 2013. La evolución de la doctrina de la pérdida de la oportunidad en responsabilidad médica. Número 8/2013., pág. 229.

²⁹⁶ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 203.

probabilidad de la causalidad es del 30 %, ésa es la medida de la pérdida de la oportunidad²⁹⁷. En este sentido GALÁN CORTÉS, quien afirma que, cuando la prueba del nexo causal alcanza un alto grado de probabilidad, se considera ésta probada y se indemniza, pero cuando *“las probabilidades de causalidad no superan el umbral de certidumbre - 50% Common Law o el 80% en la Europa Continental (...) - cabe minorar y modular la suma indemnizatoria”*²⁹⁸.

2. También se habla de pérdida de la oportunidad en relación al daño. Los autores que sustentan la *teoría autonomista* argumentan que dado que no se puede probar la causalidad con el daño final, no se puede indemnizar éste, ni siquiera en un porcentaje, sino que se deben indemnizar otros daños, otras consecuencias lesivas. Entre ellos se encontraría el daño moral. El ejemplo sería: no podemos saber si, de haber conocido las malformaciones de su hijo, la gestante habría abortado, luego no podemos indemnizar el daño que supone no haber podido interrumpir legalmente el embarazo, pero sí podemos indemnizar el daño moral que sí es seguro que se ha causado por el diagnóstico erróneo.
3. En la línea del segundo punto, pero de modo más específico, también se habla de pérdida de la oportunidad en relación al derecho de información del paciente, que es la lesión a la autonomía decisoria del paciente o pérdida del derecho a decidir.

Aunque la praxis médica haya sido correcta, si no se informó correctamente al paciente, se entiende que se le causó un daño específico, conectado con el daño corporal pero de diferente naturaleza, que es la lesión a la autonomía decisoria del paciente o pérdida del derecho a decidir²⁹⁹.

²⁹⁷ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 73.

²⁹⁸ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 448.

²⁹⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., "Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8/2013, 2013, pág.157 y 159. Si bien la verdadera doctrina de la pérdida de la oportunidad se relaciona con la causalidad, existe una llamada "pérdida de la oportunidad impropia".

Desde otro punto de vista, GARCÍA BLÁZQUEZ Y CASTILLO CALVÍN relacionan la doctrina de la pérdida de la oportunidad con el cumplimiento de los deberes médicos, afirmando que el reproche es que el médico, al no hacer todo lo posible por el paciente, le sometió a riesgos anormales a la “creación culposa de un riesgo”³⁰⁰.

En la práctica jurisprudencial vemos que, si bien en el fundamento jurídico se cita la doctrina de la pérdida de la oportunidad como justificación de la indemnización, los jueces en muchas ocasiones la utilizan porque es el único argumento que tienen para reparar el daño final del paciente. Es una doctrina en auge en las Audiencias Provinciales, consolidada en la Sala Tercera del Tribunal Supremo y aún incipiente en la Sala Primera del Alto Tribunal.

Un caso paradigmático de pérdida de la oportunidad se da en los supuestos de *wrongful life*, cuando el diagnóstico prenatal presenta el feto como sano y normal y posteriormente se descubre que estaba enfermo o lisiado. Aparezca esta evidencia cuando el bebé ha nacido o cuando aún es feto pero ya ha pasado el plazo legal para el aborto, lo cierto es que la madre gestante ha *perdido la oportunidad* de realizarse un aborto legal. Los daños que se imputan al especialista en diagnóstico prenatal (ginecólogo, radiólogo o servicio de genética) serán, como se explica en el capítulo correspondiente³⁰¹: morales para los padres y hermanos y también económicos, derivados de la crianza de un hijo enfermo. Contrariamente a esta postura, hay autores, como LUNA YERGA³⁰² o MARTÍN CASALS³⁰³, que entienden que no existe pérdida de la oportunidad alguna en estos casos, puesto que el desenlace final depende de la voluntad de la madre gestante que decidirá interrumpir o no el embarazo³⁰⁴.

³⁰⁰ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., CASTILLO CALVÍN, J.M., *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011, pág. 360.

³⁰¹ Capítulo II epígrafe 3: “un supuesto específico: el daño resarcible en las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*”.

³⁰² LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 549.

³⁰³ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 60/2002, 2002, pág.1.114. Los autores olvidan que la legislación relativa al aborto lo configura como un delito a partir de una determinada semana de gestación y, por tanto, no se puede proclamar la pretendida libertad que afirman tiene la gestante.

³⁰⁴ No opinamos igual, puesto que el aborto es un delito y únicamente se encuentra despenalizado en algunas semanas de gestación y si la única posibilidad que le queda a la

Para calcular la indemnización habrá que calcular “*las probabilidades*”, tal y como explica GALÁN CORTÉS: “*hay incertidumbre en el perjuicio, pero certidumbre de probabilidad, resultando oportuno y necesario evaluar la mera probabilidad en sí, lo que siempre representa un valor*”³⁰⁵. Este cálculo se hace con una multiplicación, siendo el multiplicando el valor total de la ventaja dejada de obtener y el multiplicador el porcentaje de probabilidad de evitar el perjuicio³⁰⁶. Por ejemplo: si no se pidió una prueba diagnóstica que habría evidenciado un cáncer y cuando se descubre es ya incurable, para calcular la pérdida de la oportunidad la operación sería la siguiente: si el porcentaje de cánceres que se curan en el momento en que se dio el diagnóstico erróneo es del 70 por ciento, se aplicará dicho porcentaje al daño causado.

Este último significado de la pérdida de la oportunidad se aplica en la Sentencia de 21 de diciembre de 2.005. El paciente tiene una patología calificada por los peritos de “rara”, con una forma infrecuente y asintomática de malformación arteriovenosa en el corazón, que enmascara los síntomas del infarto además de una mielopatía que va destruyendo los nervios. Cuando uno de los médicos del hospital tiene la sospecha de tal malformación solicita una prueba al especialista de radiología intervencionista del Hospital, pero por “*problemas de intercomunicación hospitalaria*” la prueba no se realiza hasta cinco meses después. El perito judicial afirma que “*si se hubiera operado a tiempo (...) algo se hubiese podido ganar (...) subsistía alguna posibilidad de recuperación*” aunque no supo determinar un porcentaje. El paciente quedó en silla de ruedas y con necesidad de ayuda de tercera persona para los actos básicos de la vida. El Tribunal Supremo entendió que cabía aplicar la pérdida de la oportunidad puesto que “*basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que*

madre gestante de interrumpir el embarazo es cometer el delito, no existe esa pretendida libertad y, por tanto, sí hay pérdida de la oportunidad.

³⁰⁵ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 450.

³⁰⁶ MEDINA ALCOZ, L., *Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 44.

*proceda la indemnización*³⁰⁷. En relación a la cuantía, la primera instancia concede 35.000 Euros, pero el Tribunal Supremo revisa esta cuantía por entenderla “*manifiestamente por debajo del límite mínimo de lo razonable*”, concediendo 150.000 Euros.

4. LA CULPA.

4.1. La naturaleza de la relación médico-paciente. La unidad de culpa civil.

Con carácter general, la relación médico-paciente es considerada contractual desde los años 30³⁰⁸. Sin perjuicio de las objeciones que se puedan plantear a esta distinción³⁰⁹, consideramos esta discusión estéril, puesto que según los planteamientos jurisprudenciales más modernos la culpa es la culpa independientemente del tipo de obligación que la genere. Tanto da que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual. En palabras de ASUA GONZÁLEZ³¹⁰: “*no se considera en el plano extracontractual negligente una conducta que no lo sea en el contractual y viceversa (...) lo que en el plano contractual es incumplimiento de la obligación preexistente –cuyo contenido se integra por la diligencia- en el extracontractual es simplemente negligencia*”.

La responsabilidad contractual y la extracontractual tienen regulación diferenciada, aunque el fundamento de la obligación de reparar tiene el mismo

³⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 21 de diciembre de 2015, Ponente Angel Ramón Arozamena Laso, recurso 1247/2014, ROJ: STS 5640/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5640, ID CENDOJ: 28079130042015100402.

³⁰⁸ LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 26. Este mismo autor critica dicha postura mayoritaria por existir supuestos en que la relación es claramente contractual pero se entiende como extracontractual, como en el caso en que el doctor es funcionario público.

³⁰⁹ Por ejemplo, que el paciente acude a la policlínica privada solicitando fecha y hora pero no doctor en concreto, quien es elegido por la clínica. También plantean algunos autores la distinción entre el ejercicio público y privado de la medicina. Así, OSSORIO SERRANO afirma que en la medicina privada es claro que existe un contrato (escrito o verbal) entre el facultativo y el paciente, por lo que, para la exigencia de responsabilidad, se acudiría a los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, en la medicina pública, el paciente establece la relación no con el facultativo en particular sino con la entidad sanitaria pública, siendo la relación médico-paciente extracontractual. OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 131.

³¹⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de responsabilidad civil*, (Dir). BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1178 y 1180.

origen en ambas (la conducta culpable). La responsabilidad contractual se regula en los artículos 1.101 a 1.108 del Código Civil y la extracontractual en los artículos 1.902 a 1.910 del mismo texto legal. En el ámbito extracontractual el artículo 1.902 del Código Civil se establece que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. En sede de responsabilidad contractual el artículo 1.101 del Código Civil reza: *“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas.”* Para distinguir cuándo aplicar uno u otro régimen, dice el Tribunal Supremo: *“es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo. Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación”*³¹¹.

JIMÉNEZ LÓPEZ³¹² resalta las diferencias entre la culpa contractual y la extracontractual en la prestación médica. Si bien la obligación de medios (centrada en la aplicación de la *lex artis*) es la misma, sí existen matizaciones en otras esferas de la relación médico-paciente:

- En los criterios de imputación
- En la carga de la prueba³¹³
- En la extensión del resarcimiento
- En la capacidad del responsable
- En la pluralidad de responsables

³¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de mayo de 2014, Ponente Ignacio Santo Gargallo, recurso número 1439/2012, número de resolución 251/2014, Roj: STS 2647/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2647, Id Cendoj: 28079110012014100303.

³¹² Enumeración siguiendo a JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*, Tecnos-práctica jurídica, Madrid, 2011, pág. 26. En el mismo sentido, LUQUE JIMÉNEZ, M.C., *Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*, Valencia, 2008, págs. 30 y siguientes.

³¹³ También en MARTÍN SANTISTEBAN, S., "Una aproximación entre responsabilidad contractual y extracontractual desde el punto de vista de la imputación del daño", en *Bases de un derecho contractual europeo*, (Dir). ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 434.

- En la legitimación en caso de muerte de la víctima
- En la responsabilidad por hecho ajeno
- En la prescripción de las acciones

Desdibuja los perfiles de distinción de una y otra figura la unidad de culpa civil, de aplicación frecuente por el Tribunal Supremo, de modo que la víctima pueda ejercitar alternativa o subsidiariamente las acciones de responsabilidad contractual o extracontractual o bien optar por proporcionar los hechos al Juez para que sea éste quien aplique las normas que correspondan, en aplicación de los principios *“iura novit curia”* y *“damih factum, dabo tibi ius”*. Lo relevante son los hechos y no la calificación jurídica de los mismo. Esta teoría se configura como una interpretación jurisprudencial del ordenamiento jurídico favorable a la víctima del daño³¹⁴.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ apunta a que *“toda la problemática relativa a la responsabilidad civil tiende a conseguir la reparación del daño injustamente causado”*³¹⁵. Es por ello que el tribunal se halla vinculado por los hechos, no por la fundamentación jurídica (en aplicación del principio *‘iura novit curia’*, de modo que si los hechos suponen responsabilidad será indiferente la acción ejercitada por el demandante (contractual o extracontractual) o los fundamentos jurídicos alegados.

La aplicación de la teoría de la unidad de culpa civil es la norma general en las decisiones del Tribunal Supremo en los pleitos relativos a daños (entre los que se incluye la responsabilidad civil médica). Defiende el Alto Tribunal que sea ésta la doctrina aplicable a los pleitos en que el daño se ha causado a bienes como la vida o integridad física, por *“considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil”*³¹⁶.

³¹⁴ VERDERA SERVER, R., ESTRUCH ESTRUCH, J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 65.

³¹⁵ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 37.

³¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de mayo de 2014, Ponente Ignacio Santo Gargallo, recurso número 1439/2012, número de resolución 251/2014, Roj: STS 2647/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2647, Id Cendoj: 28079110012014100303.

La aplicación de la unidad de culpa civil es criticada por algunos autores, como BANACLOCHE PALAO, quien entiende que puede causar indefensión, puesto que *“hoy es posible la condena a un demandado por un título que no ha sido realmente formulado por el actor”*³¹⁷. Respondiendo a las críticas y en un análisis valorativo de la unidad de culpa civil SEIJAS QUINTANA, apunta que, si bien es *“criticable sin duda desde las diferencias que existen entre uno y otro régimen de responsabilidad (...) es evidente la indudable repercusión que ha tenido y tiene para los perjudicados por un hecho dañoso en cuanto pueden hacer efectivo su derecho, al margen del acierto o no de la pretensión formulada ante los Tribunales (por lo que) la finalidad común de reparar jurídicamente los daños han podido más para conformar esta doctrina que aquellos otros que diferencian de una forma clara una y otra responsabilidad”*³¹⁸.

Vemos un ejemplo jurisprudencial de esta doctrina de unidad de culpa civil en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 5 de marzo de 2014. La Sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda. El recurso de la clínica, en apelación, fundamenta una indebida valoración de la prueba *“al fijar su responsabilidad contractual no invocada de contrario al fundarla en la extracontractual puesto que (...) su relación contractual con la clínica acabó en año 2007 (...) siendo la acción esgrimida la del artículo 1902 del Código Civil la misma habría prescrito al conocerse las lesiones en junio del año 2009 y no hacerle reclamación hasta noviembre del año 2010 y presentar la demanda en el año 2011, es decir, pasado el año que hay para su ejercicio”*.

Desestima la Audiencia el motivo alegando 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 de los demandados, en determinadas ocasiones y siempre que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual o extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera no hubiera sido calificada*

³¹⁷ BANACLOCHE PALAO, J., "Algunas cuestiones procesales polémicas en los pleitos de daños", en *Derecho de daños*, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 231.

³¹⁸ SEIJAS QUINTANA, J. A., *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, 2ª Edición, Sepin, Madrid, 2015, pág. 23.

acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo 'da mihi factum dabo tibi ius' (...) en los supuestos de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación y violación del deber general de no causar daño a otro"³¹⁹.

4.2. Teoría general de la culpa médica. La responsabilidad subjetiva como norma general.

En primer lugar nos preguntaremos: "*¿cuál es el motivo por el que quien causa (un daño) queda jurídicamente obligado a indemnizarlo?*"³²⁰. En el sistema de responsabilidad civil subjetiva o por culpa, el fundamento de la obligación de indemnizar es la culpa del autor del daño. Por el contrario, en el sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo, el fundamento del deber de reparar será el daño mismo con independencia de la culpa de quien lo motivara, dado que la obligación de reparar se funda en el perjuicio causado. Bastará con probar el daño y la relación de causalidad con la acción del agente para que nazca la obligación de indemnizar, prescindiendo totalmente de la noción de culpa.

La responsabilidad médica no es ajena a las tendencias actuales en el ámbito del derecho de daños de "*cambio de protagonista dentro del teatro de la responsabilidad civil: el primer actor ya no es (como en el artículo 1.902 del Código Civil) 'el que causa daño a otro' (...) sino precisamente ese 'otro' que es víctima de un daño extracontractual o contractual*"³²¹ porque el Derecho de Daños evoluciona, sin duda, hacia la reparación de la víctima. En primer lugar

³¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 5 de marzo de 2014, Ponente María Pilar Eugenia Cerdán Villalba, CENDOJ:Roj: SAP V 1475/2014 - ECLI:ES:APV:2014:1475 Id Cendoj: 46250370072014100108, SEPIN: SP/SENT/766353.

³²⁰ OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 36.

³²¹ LLAMAS POMBO, E., "La llamada culpa médica: doctrina general y especialidades problemáticas", *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal, número II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2002, pág. 490.

hay que reparar el daño sufrido, después ya vendrá el planteamiento sobre quién y cómo. En palabras de LLAMAS POMBO³²² *“cabe hablar de un relativamente nuevo principio general de nuestro derecho, que podría formularse como ‘favor victimae’ o ‘principio pro damnato’*. No se puede negar que la evolución del Derecho de Daños tiende a la objetivación de la responsabilidad³²³.

El Tribunal Supremo ha sentado doctrina, totalmente consolidada, sobre la necesidad de actuación culpable para declarar la responsabilidad profesional en el ámbito médico³²⁴, o, lo que es igual, descarta la responsabilidad objetiva. En consecuencia, para que pueda declararse la responsabilidad del facultativo por el daño causado al paciente será necesario que se demuestre su actuación culpable en la prestación del acto médico³²⁵. La culpa, como vemos, además de ser uno de los requisitos para declarar la responsabilidad, determina la clasificación del sistema de responsabilidad civil: si se exige, se habla de un sistema de corte culpabilista; si no se exige, hablaremos de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad civil del médico descansa sobre los mismos pilares que la responsabilidad contractual o extracontractual de cualquier profesional por hecho dañoso: *“una conducta profesional negligente, la producción de un daño efectivo, la necesaria relación de causalidad entre el daño y la conducta, y, finalmente, la imputación objetiva del daño”*³²⁶ al facultativo. Esta

³²² LLAMAS POMBO, E., "La llamada culpa médica: doctrina general y especialidades problemáticas", Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, número II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2002, pág. 491.

³²³ En palabras de MACÍA GÓMEZ: *“en el continente Europeo y, sobre todo, de la Jurisprudencia germánica, se advierte desde hace ya tiempo un profundo distanciamiento del postulado español de la responsabilidad subjetiva, por culpa o por negligencia, de los médicos”*. MACÍA GÓMEZ, R., "La previsible evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal en la profesión médica", Diario La Ley, núm. 6997, 25 de julio, Sección Tribuna, 2008, pág. 2.

³²⁴ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 118.

³²⁵ La culpa, como elemento de imputación de la responsabilidad, tiene diferentes acepciones, como pone de manifiesto LLAMAS POMBO. Podemos referirnos a ella como *“1) la infracción de un deber contractual (...); 2) la vertiente civil de la imprudencia temeraria; 3) la mera impericia profesional; 4) la reprobación social, que a su vez puede dirigirse a la propia conducta o al resultado dañoso, o sencillamente de carácter genérico; 5) los supuestos de faute virtuelle (...)* caracterizados por un daño desproporcionado, etc.” LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 39.

³²⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., *La responsabilidad civil del Registrador*, Fundación Registral, Madrid, 2014, pág. 57.

responsabilidad subjetiva, o por culpa, está en relación con la también consolidada doctrina de considerar la obligación del facultativo como obligación de medios. Si la obligación de prestación del acto médico es solamente de medios, ¿cuándo quedará obligado a reparar el daño causado el facultativo? Únicamente responderá si su conducta es antijurídica. Para poder considerar antijurídica la conducta del agente causante del daño, será necesario que *“el acto ejecutado no se acomode a lo que cabe entender por deberes sociales o de corrección social; esto es, que se lleve a cabo sin utilizar la diligencia socialmente necesaria para evitar o prevenir el daño, violando el genérico deber jurídico de no causar daño a otro -alterum non laedere-”*³²⁷.

En conclusión, la culpa está en la base de la obligatoriedad de reparar el daño ³²⁸ y sigue siendo *“el criterio determinante de la atribución de responsabilidad al personal sanitario”*³²⁹. Quien aspire a obtener la reparación de un daño deberá probar que ha sido originado por una actuación descuidada del sujeto agente, puesto que para que exista obligación de reparar el daño causado, será necesario que la acción que lo causó pueda ser considerada antijurídica. Esta antijuridicidad *“puede brotar del incumplimiento de una obligación previamente pactada o del incumplimiento del genérico deber ‘neminem laedere’, principio universal del comportamiento”*³³⁰. El Tribunal Supremo ha *“reiterado hasta la saciedad, como principio general, que en la valoración de la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda suerte de responsabilidad más o menos objetiva”*³³¹.

³²⁷ OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 69.

³²⁸ No ha ocurrido en responsabilidad médica la tendencia hacia la objetivación de la culpa que se dio en la interpretación del artículo 1.902 del Código Civil desde los años 90 iniciada *“a partir del tratamiento de la responsabilidad del empresario en los accidentes de trabajo”* y que en la actualidad está retornando a la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil. ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 25 y 27.

³²⁹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 121.

³³⁰ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 201.

³³¹ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 118.

No obstante, la prestación de salud del médico, como funcionario público, está sujeta a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, ésta si de naturaleza objetiva³³².

Una vez determinado que para que surja la obligación de reparar debe existir culpa, examinaremos qué se considera actuación culpable en el ámbito médico. Acudiremos en primer lugar al Código Civil. El artículo 1.104 del citado cuerpo legal nos dice que: *“consiste en 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. 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”*. En la doctrina se ha resaltado que existe contradicción entre el párrafo primero y el segundo del artículo 1.104 del Código Civil, decantándose la Jurisprudencia del Tribunal Supremo por acudir al primer párrafo, que se centra en las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. En el ámbito de la responsabilidad profesional deberá valorarse el sector del tráfico o de la vida social donde la actuación se lleva a cabo³³³.

Resulta imposible enumerar, a priori, las tareas que un buen padre de familia o un deudor que actúe según el estándar de conducta exigible debe llevar a cabo en cada una de las obligaciones que contrae, contratos que signa o actividades profesionales que realiza. Por ello los textos legales y convenciones internacionales tratan de dar un concepto general, que abarque todas las situaciones posibles sobre lo que se considera mínimo de conducta exigible. Así, el Grupo Europeo de Principios de Responsabilidad Civil define el estándar de conducta exigible como *“el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas*

³³² Nos remitimos al capítulo I, epígrafe 5.1.

³³³ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 117, nota al pie 1ª.

implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos"³³⁴.

En cualquier caso, y sin perjuicio de las definiciones legales, la dificultad de la noción de culpa es aceptada unánimemente por la doctrina³³⁵. No obstante, en este trabajo nos referimos a la culpa médica, de perfiles más concretos, de modo que este concepto general de la culpa deberá adaptarse a dicho ámbito de actividad. En el acto médico el estándar de comportamiento³³⁶ es la *lex artis*, puesto que la medicina es una actividad científica, sujeta a las reglas propias de su profesión³³⁷. El deber de cuidado requerido para el ciudadano en general que se utiliza como medida de la actuación diligente, para el profesional se plasma en el cumplimiento de la *lex artis*. Por lo tanto, para determinar la actuación diligente o no del médico se deberá estudiar si se ha incumplido la *lex artis*, y, más concretamente, la *lex artis ad hoc*. Así, *"el concepto de lex artis va a ser definitivo, porque, si el médico la cumple, no será negligente, y, por tanto, no incurre en responsabilidad, mientras que si no la sigue, se produce la negligencia"*³³⁸. De ahí que *"el juicio diligencia-negligencia haya sido el elemento central en la mayor parte de los procesos en que se debatía la procedencia de una indemnización"*³³⁹.

Actuar culpablemente es no ejecutar el acto médico conforme a la aplicación de la *lex artis ad hoc*. Lo que se espera de un médico no es lograr siempre y en cada caso la curación total del paciente, sino lo que se ha denominado la

³³⁴ Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, European Group of Tort Law, consultar en <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>. El artículo 4:102 regula el *"estándar de conducta exigible"*, dentro de la Sección Primera: *"requisitos de la responsabilidad por culpa"*.

³³⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 351; LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 39; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 226.

³³⁶ En la doctrina anglosajona se conoce como el *"standard of care"* o bien *"reasonable man of ordinary prudent"*, FLEMING, J.G., *"The law of torts"*, 51ª Edición, Book Co. Ltd, 1977, pág. 107.

³³⁷ ANDREU TENA, E., AZPARREN LUCAS, A., DONAT LAPORTA, E., "Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva", *Revista española de medicina legal*, núm. 39, 2013, pág. 164.

³³⁸ *"El centro de gravedad de la atención de la Jurisprudencia va derivando hacia la identificación y la determinación del contenido de la lex artis"*. ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 123.

³³⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., "Responsabilidad civil médica", en *Tratado de responsabilidad civil*, (Dir). BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1.176.

“atención debida”, como conjunto de deberes que persiguen la curación pero no la exigencia de un resultado concreto³⁴⁰. SARRATO MARTÍNEZ define la *lex artis* como “hacer bien las cosas, actuando con la diligencia, pericia y la técnica debidas”³⁴¹. Ser un profesional diligente exige el conocimiento de la forma correcta de ejecutar la profesión y la actuación conforme a ese conocimiento.

El concepto de *lex artis* no es estático sino que evoluciona con el tiempo, dado que la ciencia médica, al contrario que otras, evoluciona a gran velocidad. En parte por el desarrollo tecnológico y en parte porque la enfermedad es igual en todo el mundo, lo que hace que un descubrimiento realizado en un continente se pueda utilizar en otro. Por lo tanto el profesional médico tiene la obligación de conocer el “estado de la ciencia” actualizado³⁴², de modo que la posible infracción de la *lex artis* se medirá en función del estado de la ciencia en cada momento. Para ello adquieren una relevancia probatoria vital las periciales médicas.

Es interesante en este sentido la muy fundamentada Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de mayo de 2013³⁴³, que, en un caso de *wrongful birth* analiza si era posible descubrir las malformaciones que sufría el feto con carácter previo al nacimiento. Y llega a la conclusión que, siendo un embarazo con seguimiento extremo, el único mal que se pudo diagnosticar a tiempo de abortar legalmente era la presencia de genitales ambiguos, que no constituía una indicación legal (en el año 2002) de interrupción de embarazo. Con posterioridad las numerosas pruebas que se le realizaron no detectaron los múltiples males que el feto padecía, entendiendo la Sentencia que ello no fue

³⁴⁰ En este mismo sentido, CAMAS JIMENA, M., GÓMEZ RIVERO, M.C., SILLERO CROVETTO, B., SUCH MARTÍNEZ, J.. 2013. Responsabilidad médica. Primera edición, Tirant lo Blanch tratados, pág. 156.

³⁴¹ SARRATO MARTÍNEZ, L., "Delimitación jurídica y contenido de la denominada *lex artis* médica", Actualidad Jurídica Aranzadi, número 728, www.aranzadi.es, 2007, pág. 1.

³⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, de 7 de noviembre de 2012, Ponente María de los Desamparados Carles Vento, Sentencia número 960/2012, Recurso número 1791/2008, Base de datos Sepin referencia SP/SENT/703417.

³⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de mayo de 2013, Ponente Fernando Lacaba Sánchez, resolución 188/2013, recurso 666/2012, Roj: SAP GI 447/2013 - ECLI:ES:APGI:2013:447, Id Cendoj: 17079370012013100185.

debido a la impericia de los médicos, sino al estado de la ciencia médica en dicho momento.

Encontramos también otras Sentencias absolutorias que invocan la doctrina del “estado de la ciencia médica”. Insiste la Jurisprudencia en que para juzgar la mala praxis debe valorarse el comportamiento según los protocolos que estaban vigentes en el momento de suceder los hechos y conforme a los adelantos médicos que existían, lo que es el equivalente a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar del artículo 1.104 del Código Civil.

En relación con lo apuntado podemos citar el Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de enero de 2014, de inadmisión del recurso de casación en un supuesto en que el diagnóstico prenatal no detectó anomalías del cráneo del bebé. Dice la resolución: *"no se ha acreditado el actuar negligente de la Dra. Aida ni la relación causal con el daño reclamado (...) no ha existido negligencia en el actuar de la demandada, al tratarse de una malformación de difícil diagnóstico prenatal, sobre todo teniendo en cuenta los medios técnicos existentes en el año 2005 (...) era altamente improbable con la tecnología existente la posibilidad de sospechar la malformación del feto, por lo que no es posible establecer el nexo de causalidad exigible entre la conducta imputada y el daño"*³⁴⁴.

Otro ejemplo de la doctrina del estado de la técnica lo vemos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 5 de marzo de 2014. La paciente tiene implantadas unas prótesis de mama PIP, que se rompen y acude a la clínica de estética, quien le ofrece reemplazarlas pero tiene que pagar la operación. Conseguir el efectivo necesario retrasa la intervención y la paciente demanda a la clínica y al médico por los daños que sufre por este retraso. La Sentencia de apelación es absolutoria porque los hechos, ocurridos en el año 1998, son anteriores a la orden de sanidad de sustituir las prótesis de manera gratuita³⁴⁵ y considera adecuado a la *lex artis* la actuación según el

³⁴⁴ Auto del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 28 de enero de 2014, de inadmisión del recurso de casación, Ponente Francisco Marín Castán, Recurso número 1003/2013, Base de datos SEPIN SP/AUTRJ/758152.

³⁴⁵ El Ministerio de Sanidad dictó Resolución el 27 de julio de 2000, de localización y sustitución de las citadas prótesis, de forma gratuita para las pacientes, corriendo con los gastos la empresa suministradora.

estado de la técnica, porque en aquel momento se implanta en las mamas un producto autorizado.

Veremos otra resolución que aplica esta doctrina del estado de la técnica, que es la del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de abril de 2014³⁴⁶. El caso es el siguiente: nace un bebé con membrana hialina en el Hospital del Aire, que carece de UCI neonatal. Diagnostican el problema en el mismo momento del nacimiento y se le trata con la medicación que había disponible en el Hospital, que es acorde al Protocolo y a las 12 horas, al empeorar, se le traslada al Hospital de la Paz. El bebé queda con daños neurológicos y minusvalía. Los padres demandan alegando que si se hubiera optado por otro tratamiento más avanzado no habrían quedado secuelas. Sin embargo, se desestima la demanda en todas las instancias, puesto que consideran el tratamiento acorde a la *lex artis*, según el estado de la ciencia del año 1998. Dice así la Sentencia: *“Los protocolos de la Sociedad Española de Pediatría se establecen en el año 2.001, y en el año 1.998 la disponibilidad de respiradores de alta frecuencia y óxido nítrico inhalado estaba limitado a algunos de los hospitales de tercer nivel (...) y no era el tratamiento de primera elección”*.

Es muy acertada la pregunta que se formula la Sentencia de 6 de octubre de 2015: *“La cuestión es si lo que es disponible según el estado de la ciencia y dentro de esa obligación de puesta de medios, hace que le sea exigible a la Administración la incorporación de tales avances, renovando o sustituyendo los medios de los que dispone al tiempo de prestar el servicio y que por no ser acordes con esos avances resultan menos eficaces”*. Se plantea esta cuestión en el caso de una paciente que es tratada de un cáncer de garganta con radioterapia (tratamiento necesario y médicamente indicado).

La administración del producto se realiza por una máquina que calcula y administra las dosis con una tecnología francamente avanzada, sin depender

³⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 3 de octubre de 2014, Ponente María del Pilar Teso Gamella, Recurso número 4000/2012, CENDOJ: Roj: STS 3890/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3890, Id Cendoj: 28079130042014100239Base de datos SEPIN SP/SENT/783092.

de cálculos humanos. Sin embargo, tres años después, la propia Administración realiza un análisis de las dosis administradas (con ocasión de la demanda) y descubre que, haciendo los cálculos con una máquina más nueva resulta que la dosis realmente inyectada a la paciente fue mayor de la que constaba y por tanto excesiva. Ello tiene influencia directa en la complicación, posible pero infrecuente, de lesión medular, complicación que en el caso de autos dejó a la paciente postrada en cama con una minusvalía del 97%.

La Sentencia se contesta a la pregunta formulada: *“Tal dilema sólo puede solventarse desde criterios de una exigencia prudente pues no se trata de la exigencia genérica de puesta de medios - lo que no se duda - sino de incluir en la regularidad del servicio la incorporación de un material disponible en el mercado que responda a los avances de la ciencia en ese momento; o dicho de otra manera, si en caso de que haya innovaciones científicas ya extendidas y al alcance de las administraciones, si éstas deben incorporarlas (...).Del cuadro normativo expuesto (se refiere la resolución a la Ley 14/1986, de 25 de abril, de Sanidad; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias) se deduce un mandato genérico de calidad y atendiendo a cómo se concrete en las previsiones de los Planes antes citados, sí cabría deducir en teoría alguna regla que sirviese de criterio para concretar qué sería la regularidad predicable del funcionamiento del servicio en el sentido y aspecto ahora contemplado”*³⁴⁷.

Es decir: existe ese deber genérico de la Administración y del personal sanitario de comportarse según el estado de la ciencia y la técnica actualizados, pero el contenido de esa obligación será analizado en el caso concreto.

Además del estado de la técnica, también son de aplicación los conceptos de *“factor reaccional”* y *“componente aleatorio”*³⁴⁸ (del enfermo), como trasposición

³⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 6 de octubre de 2015, Ponente José Luis Requero Ibáñez, recurso 3808/2013, ROJ: STS 4222/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4222, ID CENDOJ: 28079130042015100289, LA LEY CJ: 14387/2015.

³⁴⁸ MAGRO SERVET, V., "Las nuevas tecnologías aplicadas a la medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica. ¿Más tecnologías = más responsabilidad?", Diario La Ley, número 7837, Sección Doctrina, 13 de abril, 2012, pág. 1; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010,

al ámbito médico de las circunstancias de personas, tiempo y lugar del artículo 1.104 del Código Civil, que se refieren a la forma en que el cuerpo humano reacciona a los tratamientos médicos, que no es igual en todos los casos. De hecho, ni siquiera la misma persona responde de idéntica manera ante el mismo tratamiento en dos momentos diferentes de su vida³⁴⁹. Al ser impredecible y depender de muchos factores, la reacción de cada ser humano a la medicación u otro tratamiento es única, lo que incide en la obligación de medios. El médico cumple con dar el tratamiento pautado en los protocolos y guías médicas, sin poder asegurar el resultado.

Vemos un ejemplo de la aplicación de este concepto en la Sentencia de 30 de junio de 2010. Se trata de una paciente que debe someterse a una intervención necesaria de histerectomía. En quirófano encuentran que padecía una grave endometriosis. Al intentar solucionar ambas cuestiones la operación se complica con la vejiga y han de operar varias veces más, quedando dolores abdominales e imposibilidad de levantar peso de por vida. Tanto la instancia como la casación desestiman la demanda entendiendo que: *“las secuelas que padece y que se originaron a raíz de la intervención quirúrgica de 20.02.98 proceden del carácter ‘esencialmente enfermable’ de la condición humana”*³⁵⁰.

En resumen se puede apreciar en el estudio de la Jurisprudencia que, con conceptos como la el factor reaccional de cada individuo, la *“lex artis ad hoc”*, la lucha contra la enfermedad, unidos a la norma general de la obligación de medios, el Tribunal Supremo construye un sistema en el que se presume la diligencia y la *“intención honorable”* del médico, por lo que para llegar a una condena, deberá demostrarse la falta de diligencia.

Por todo ello en el ámbito de la responsabilidad médica Jurisprudencia y doctrina han negado radicalmente el establecimiento de responsabilidad objetiva por entender que existe una diferencia sustancial entre la actuación de

recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.

³⁴⁹ Es un dicho popular entre médicos que *“en medicina dos más dos no suman siempre cuatro”*. Consultar en <http://www.medicinajoven.com/2013/01/aforismos-refranes-proverbios-y-dichos.html>.

³⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de junio de 2010, Ponente Carlos Lesmes Serrano, recurso número 7412/2005, ROJ: STS 4340/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4340, ID CENDOJ 28079130062010100402, LA LEY CJ: 114398/2010.

otros profesionales y la de los médicos. El médico no crea la situación de riesgo (excepción hecha de la medicina satisfactiva), sino que la situación de peligro es precisamente contra la que el médico lucha: la enfermedad³⁵¹. Así, ALONSO PÉREZ³⁵² dice: “*el médico es el único profesional que se enfrenta a lo inevitable: la enfermedad y la muerte*”.

Afirma GALÁN CORTÉS que “*no resulta aplicable la teoría del riesgo a la responsabilidad civil por actos médicos*”³⁵³. Por este motivo, durante algún tiempo se distinguió entre la culpa de los médicos y la culpa de otros profesionales. Bien porque se diferenciaba la “culpa profesional” de la “culpa del profesional” o porque se entendía que el médico solo podía ser declarado culpable si incurría en culpa *lata* o grave³⁵⁴. Las tesis más modernas apuntan a que únicamente existe un sistema de culpa, el del Código Civil, sin diferencias entre los distintos sectores de actividad. (No existe la culpa médica, la culpa del abogado, etc.)³⁵⁵.

Si bien no puede negarse que nuestro sistema jurídico es culpabilista, no es menos cierto que se objetiva la culpa en cada vez más sectores de actividad. Esta aproximación hacia la responsabilidad objetiva o también llamada responsabilidad por daño puede hacerse de dos formas: con su proclamación directa (plasmación legal) o por métodos indirectos (exigir mayor diligencia que la del hombre medio o la inversión de la carga de la prueba, por ejemplo).

Con estos métodos indirectos se ha intentado equilibrar la balanza hacia el paciente, por lo que debemos resaltar que existen matizaciones a la teoría clásica de la culpa en el ámbito médico. Como apunta GALÁN CORTÉS, la estricta aplicación de la responsabilidad por culpa, que implica probar el daño, la culpa y la relación de causalidad, puede “*llegar a frustrar la finalidad*

³⁵¹ Podría asimilarse al bombero que lucha contra el fuego, el Policía, etc...

³⁵² ALONSO PÉREZ, M., en “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil”, en “*Responsa Iusperitorum Digesta*”, GARCÍA DE ENTERRÍA, Aquilafuente, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2001, pág. 74.

³⁵³ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 119.

³⁵⁴ Según los tres grados de graduación de la culpa (*lata*, leve o levisima), el médico solo respondía en caso de culpa grave (*lata*). FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Sistema de responsabilidad médica, 4ª Edición*, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 100.

³⁵⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Sistema de responsabilidad médica, 4ª Edición*, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 97.

reparadora de la responsabilidad civil cuando de técnicas y profesionales se trata, especialmente en el caso de actos médico-sanitarios, por la patente desigualdad existente entre el posible perjudicado (paciente) y el profesional o centro sanitario que abordó su terapia". Esta desigualdad a que se refiere el autor se da en el diferente conocimiento de la actividad médica que tienen las partes en litigio (paciente lego en medicina vs médico) y la dificultad de probar hechos cuya mecánica se desconoce. Continúa el autor diciendo que: "*la demostración en todos los casos de la culpa y la causalidad con arreglo a los esquemas tradicionales podría llegar a convertirse en una verdadera prueba diabólica para la víctima; de ahí que haya tenido lugar el desarrollo de una serie de instrumentos, mecanismos o teorías doctrinales (...) con el fin de lograr el necesario equilibrio entre ambas partes (principio de igualdad de armas en el proceso)*"³⁵⁶.

Los mecanismos que matizan el sistema de culpa en el ámbito médico a los que nos referiremos en diferentes partes de este trabajo son:

1. La regla *res ipsa loquitur* o daño desproporcionado³⁵⁷.
2. La aplicación, en determinados casos, de la responsabilidad objetiva derivada de la Ley de Consumidores y Usuarios³⁵⁸.
3. En relación a la carga de la prueba: la inversión de la carga de la prueba y la teoría de la facilidad probatoria³⁵⁹.

4.3. Responsabilidad por culpa propia y ajena.

El esquema clásico de la culpa, en el que repara quien causó el hecho dañoso, se rompe en algunos supuestos en que responde del daño causado persona diferente de quien lo causó. Bien por obligación legal (es el caso de la responsabilidad de la clínica, hospital o Administración Sanitaria), o bien

³⁵⁶ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág.129.

³⁵⁷ Capítulo I epígrafe 3.2.

³⁵⁸ Capítulo I epígrafe 5.1.

³⁵⁹ Capítulo I epígrafe 4.4.

porque no se puede probar de quién es la culpa, que se difumina en la organización médica, en los casos de déficit asistencial.

En el sistema de responsabilidad civil de nuestro código se indemniza tanto por la culpa propia como por la ajena en aquellos casos en que sea obligatorio responder de la actuación de otro. El artículo 1.903 del Código Civil regula la llamada responsabilidad por hecho ajeno, de modo que quien asume los daños causados a los terceros perjudicados no es quien los causó directamente, sino quien está obligado legalmente a responder por los hechos culposos de otros. Esta modalidad de culpa (ajena) se regula en los artículos 1.903 a 1.910 del Código Civil y enumera una serie de supuestos en que una persona es responsable civil del daño que ha causado otra. Trasladado a nuestro tema de estudio, responde por el 1.903 la clínica u hospital donde el facultativo presta sus servicios y la compañía aseguradora del paciente, por la inclusión del facultativo en el cuadro clínico, de libre elección por el asegurado.

Para determinar quiénes son los sujetos responsables en los casos en que existen varios agentes culpables, atiende NAVARRO MICHEL que debe distinguirse entre la sanidad pública y la sanidad privada y analizar la relación que vincula al personal sanitario que se haya demandado en el caso concreto, diferenciando si su relación es horizontal o vertical. Es vertical cuando existe dependencia jerárquica (médico-enfermera) y horizontal cuando no existe (cirujano – anestesista). Así, si el médico tiene una consulta privada, entiende la autora que podrá ser condenado al pago de indemnización como si se tratase de un empresario de cualquier otro sector de actividad si, por ejemplo, su enfermera empleada causa un daño de manera negligente y el médico es condenado por este hecho (ajeno)³⁶⁰. También lo afirma así el artículo 6:102 (1) de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL), al establecer la responsabilidad del principal por los daños causados por los auxiliares sin que se establezca el presupuesto de culpa como base para declarar la responsabilidad³⁶¹, sino de la culpa de los auxiliares: “*una persona*

³⁶⁰ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 120.

³⁶¹ MARTÍN CASALS, M., "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil", en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, (Dir). MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 494.

responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible”.

En ámbito de la responsabilidad médica el trabajo en equipo plantea cuestiones específicas *“en orden a la exigencia de responsabilidades de índole patrimonial”*³⁶², porque en la medicina moderna un paciente hospitalario es atendido, casi siempre, por una pluralidad de sanitarios: análisis clínicos, radiología, médicos de distintas especialidades, enfermeros y auxiliares. Esta modalidad de trabajo es *“en la organización moderna un imperativo, una necesidad, un aspecto fundamental en el desarrollo de nuestras organizaciones actuales que precisan de la integración de las personas en equipos de trabajo eficientes”*³⁶³.

La regulación legal la encontramos en el artículo 9 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Se refiere este artículo al trabajo en equipo, sentando el principio general en su número primero, al decir que *“la atención sanitaria integral supone la coordinación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial”*. La especialización médica ha supuesto un cambio en el ejercicio de la medicina tradicional, de modo que hoy es excepcional que un profesional médico realice por sí solo el examen del paciente, el diagnóstico, el tratamiento y el seguimiento de su enfermedad. Lo común es que, tras un primer examen, se derive al paciente a los Servicios Centrales para la realización de pruebas médicas (análisis clínicos, radiodiagnóstico)³⁶⁴ y, en ocasiones, a otro especialista para su valoración. Si además se requiere una intervención quirúrgica, tomarán parte en ella varios profesionales (anestesiista, cirujano, ATS, etc.).

Siguiendo a TRESPADERNE BERACIERTO, podemos afirmar que el trabajo en equipo es un problema en sede judicial puesto que se debe establecer la competencia y responsabilidad de cada uno de los integrantes de dicho equipo

³⁶² SISO MARTÍN, J., *Las variables jurídicas del ejercicio de la Medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, pág. 266.

³⁶³ TRESPADERNE BERACIERTO, M. I., *Argumentos para un nuevo enfoque en el enjuiciamiento de la responsabilidad por defectuosa asistencia en la organización sanitaria*, Comares, Granada, 2014, pág. 196.

³⁶⁴ Actualmente *“la figura del profesional de confianza ha dejado paso al anónimo prestador de servicios”*. CAMAS JIMENA, M., GÓMEZ RIVERO, M.C., SILLERO CROVETTO, B., SUCH MARTÍNEZ, J., *Responsabilidad médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 146.

y el modo en que las relaciones de poder se encuentran establecidas (en horizontal o vertical). Esta autora apunta que en cada proceso judicial será necesario determinar: “*La cualificación deficiente de algún miembro (...), fallos en la comunicación (...), descoordinación (...) y deficiente evaluación de la capacidad para la realización de las tareas asignadas*”³⁶⁵.

Hay quien entiende que el fundamento de la condena por responsabilidad de otro es una presunción de culpa propia, de modo que “*si bien el que resulta responsable conforme al texto legal no es quien material, directa o inmediatamente ha causado el daño (...) ha sido su propia culpa la que ha propiciado que otro lo haya ocasionado, aunque sea de forma indirecta o mediata*”³⁶⁶. Esta culpa puede ser de dos clases: la “*culpa in vigilando*” y la “*culpa in eligendo*” y comprende el incumplimiento de los deberes de vigilancia, elección y dirección que corresponde al principal. La culpa *in vigilando* es la base de la responsabilidad de las clínicas (en el marco de los principios de confianza³⁶⁷ y de división del trabajo³⁶⁸) y la culpa *in eligendo* la de las aseguradoras sanitarias, por la inclusión del facultativo en el cuadro médico.

En responsabilidad médica se da una situación particular con la actuación de los MIR (médicos internos residentes). El sistema de formación y especialización de los médicos en España se realiza a través del sistema MIR. Los licenciados en medicina y cirugía, mediante un examen de acceso, se convierten en médicos internos residentes durante el número de años que dicte la especialidad correspondiente. Durante este tiempo son trabajadores con contrato laboral de naturaleza mixta, de prestación de servicios y de

³⁶⁵ TRESPADERNE BERACIERTO, M. I., *Argumentos para un nuevo enfoque en el enjuiciamiento de la responsabilidad por defectuosa asistencia en la organización sanitaria*, Comares, Granada, 2014, pág. 196.

³⁶⁶ OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 80.

³⁶⁷ Se define como “*los deberes de precaución de cada cual se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos: la diligencia propia presupone la de los demás*” SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, INDRET, núm. 1, www.indret.com, 2006, pág. 14.

³⁶⁸ SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, INDRET, núm. 1, 2006, pág. 16; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, número 3, mayo, 2004, pág. 60; CARRO GONZÁLEZ, F. J., *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*, Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 2013, pág. 70 y pág. 267; VALLEJO JIMÉNEZ, G. A., *Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de León., León, 2012, pág. 163.

formación³⁶⁹. Con carácter general, la responsabilidad de la actuación del MIR es del adjunto que lo supervisa o firma su actuación, con las siguientes excepciones:

- la extralimitación de funciones.
- el incumplimiento de las instrucciones expresas del médico adjunto.
- la actuación en solitario sin informar al adjunto.

Por último, para terminar de perfilar el sistema de responsabilidad por culpa, es necesario apuntar que también la aseguradora responde por los hechos de los facultativos que oferta en su cuadro clínico, como efecto de un *“vicio in eligendo [en la elección] o in vigilando [en la vigilancia] respecto de las personas por quienes se debe responder”*³⁷⁰. Doctrinal y jurisprudencialmente está asentada la aplicación del principio en los casos de aseguramiento médico ordinario, pero es discutible en la modalidad de seguro de reembolso, puesto que entiende la Jurisprudencia que no se ha contratado la prestación de la asistencia sanitaria y es el propio paciente quien elige al facultativo. Dice así el Tribunal Supremo³⁷¹: *“entre el codemandado y ADESLAS no existía ninguna relación jurídica que justificase su intervención como anestesista para la concreta atención al parto dirigido por el Dr. Eutimio. Los facultativos fueron contratados y pagados directamente por la paciente, sin que el posterior reembolso del gasto altere esta relación convirtiendo el contrato de seguro de reembolso de gastos sanitarios en uno de prestación de servicios asistenciales o de asistencia médica”*. Cuando se trata de modalidades de seguro mixto, sí se declara la responsabilidad de la aseguradora, puesto que

³⁶⁹ MÉNDEZ LÓPEZ, T., "La responsabilidad sanitaria de los médicos internos residentes (MIR)", monografías SEPIN, www.sepin.es, 2011, pág. 5.

³⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de 22 de mayo de 2007, Ponente Xiol Ríos, Recurso 2372/2000, Número de Sentencia 538/2007, SP/SENT/528518.

³⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de septiembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 575/2010, recurso número 2222/2006, El Derecho EDJ 2010/213607, CENDOJ ID: 28078110012010100594, Roj: STS 5151/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5151.

considera la Jurisprudencia que la cobertura incluye la prestación de la asistencia sanitaria³⁷².

4.4 Concurrencia de culpa de la víctima.

Íntimamente relacionados con los casos de culpa ajena están aquellos supuestos en que concurre la culpa de la víctima junto con la del médico o bien el resultado es únicamente causa del comportamiento del propio paciente. En estos casos se rompe el nexo causal entre la acción del médico y el resultado y no debe responder del mismo. Según GÓMEZ CALLE, *“en la hipótesis de concurrencia de causas, la indemnización debe fijarse tomando en cuenta la respectiva relevancia causal de las conductas de víctima y responsable”*³⁷³.

Encontramos un ejemplo de culpa exclusiva de la víctima en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2010. En este caso la paciente se rompe la mano mientras trabajaba, no cura correctamente y le queda incapacidad para profesión habitual. Se desestima la demanda en todas las instancias, fundamentándose que: *“no existió infracción de la lex artis pues la secuela padecida puede aparecer por distintas causas y solo podía evitarse mediante la rehabilitación, en la que resulta importante la colaboración de la paciente, que no se produjo”*³⁷⁴.

³⁷² En un caso en que se concedió más de millón y medio de euros de indemnización, se declaró la responsabilidad de la aseguradora tras afirmar que *“entre la actora y la recurrente existía una relación jurídica de contrato de seguro mixto de reembolso y asistencia sanitaria”*. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 24 de mayo de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 336/2012, recurso 2128/2009, CENDOJ: Roj: STS 3450/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3450, Id Cendoj: 28079110012012100321, Base de datos SEPIN: SP/SENT/675454.

³⁷³ Continúa esta autora diciendo que en el caso en que *“la contribución a la prohibición del daño por parte de los obligados a velar por la víctima inimputable debe tomarse en cuenta cuando reclaman la indemnización de los perjuicios que ellos han sufrido por la muerte o la lesión de la persona a su cargo.”* GÓMEZ CALLE, E., *“La contribución de la víctima a la causación del daño”*, en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 291.

³⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010, recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.

Es llamativo el caso que resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 17 de diciembre de 2012³⁷⁵. El paciente es el hijo de la demandante, de dos años de edad. El demandado es el dentista (odontopediatra), por mala praxis. El niño fue diagnosticado de "policaries rampante de biberón", causada por darle de manera constante biberones de agua con azúcar, de día y de noche y no lavarle los dientes. El dentista le empasta las caries, prohíbe más biberones con azúcar y da pautas de limpieza de dientes, pero la madre no sigue las instrucciones. A consecuencia de la fricción del biberón los empastes se caen, ayudados por el azúcar los dientes se llenan de bacterias que de la boca pasan al cuerpo y el niño sufre una infección generalizada. Se considera culpa exclusiva de la víctima y la demanda es desestimada en ambas instancias³⁷⁶.

Otro ejemplo de desestimación de la demanda por culpa exclusiva de la víctima lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2016. El paciente sufre muchas patologías (cirrosis, enfermedades reumáticas, hipertensión grave, tabaquismo severo) y durante dos años rechaza realizarse las pruebas que le aconseja su doctora. Durante este tiempo es ingresado, solicitando el alta voluntaria tras un ingreso y negándose a realizarse las pruebas prescritas. Tras estos dos años ingresa un día en el servicio de urgencias con un episodio vascular a las doce de la noche. Esa misma noche le realizan pruebas (incluso arteriografía), operándole antes del mediodía del día siguiente. El episodio de ictus se soluciona con la cirugía pero los daños ya causados por la falta de riego devienen en amputación de la mano.

El paciente demanda solicitando millón y medio de Euros, concediendo en primera instancia 350.000 Euros. Sin embargo en casación se revoca la Sentencia, desestimando la demanda por entender que el resultado viene causado por el comportamiento del propio paciente: *"queda patente que de haber seguido las recomendaciones para descartar unas determinadas*

³⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 17 de diciembre de 2012, Ponente Jose Manuel Barral Díaz, resolución número 496/2012, ROJ: SAPO 3574/2012-ECLI: ES:APO:2012:3574.

³⁷⁶ Esta Sentencia es comentada en BOTANA GARCIA, G., "Falta de prueba de la mala praxis", *Práctica de Derecho de Daños*, 113, marzo-abril, referencia 1198/2013, laleydigital.laley.es, 2013, pág. 2.

*dolencias se hubieran podido realizar pruebas que diagnosticaran la enfermedad realmente padecida que incidió en las consecuencias derivadas de la intervención quirúrgica. Tal conducta rompe el nexo causal*³⁷⁷.

Un caso en que entendemos concurre la culpa concurrente de la víctima pero no se entiende así en la decisión judicial es el de la Sentencia de 27 de febrero de 2015³⁷⁸. Se trata de una paciente que es sometida a una intervención de reconstrucción mamaria y al final de la operación le administran Nolotil para evitar el dolor cuando despierte de la anestesia general, pero ella ha desarrollado una alergia a dicho medicamento y sufre una parada cardíaca y un shock.

La paciente es reanimada pero queda en estado de invalidez, necesitando silla de ruedas y ayuda para las tareas básicas de la vida. El anestesista se basó para la administración del medicamento en un examen de preoperatorio realizado varios meses atrás (imaginamos que antes de la previa intervención de cáncer en que le extirparon la mama) en que constaba no tener alergias medicamentosas. En el tiempo transcurrido entre ambas operaciones desarrolló esta nueva alergia. Ello no fue comunicado ni por la paciente ni por la familia al cirujano ni al anestesista antes de la operación. Sin embargo, cuando la paciente tuvo el shock y los médicos salieron a informar a la familia, éstos les hablaron de la alergia, que sí era conocida.

A pesar de ello, el Tribunal no apreció la alegación de concurrencia de culpas. Si bien la desestimación de la concurrencia de culpas se basó en una cuestión procesal (considerarla cuestión nueva en la casación), nos preguntamos si no habría debido estimarla el tribunal de instancia aunque no hubiese sido alegada por el Letrado de la Comunidad de Madrid. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que concedía 100.000 Euros al esposo y 700.000 Euros a la paciente por daños físicos y morales.

³⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de junio de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 3038/2008, ROJ: STS 3725/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3725, ID CENDOJ: 28079130042010100355, LA LEY CJ:110127/2010.

³⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de febrero de 2015, Ponente María del Pilar Teso Gamella, recurso 978/2013, ROJ: STS 743/2015 - ECLI:ES:TS:2015:743, ID CENDOJ: 28079130042015100068, LA LEY CJ:13855/2015.

El efecto que tiene la culpa de la víctima en la moderación de la indemnización concedida se estudia con detenimiento en el capítulo relativo a la cuantía indemnizatoria³⁷⁹.

4.5. La prueba de la culpa médica. Los medios de prueba. La carga de la prueba.

En relación a los medios de prueba, no existen especialidades reseñables de los casos de responsabilidad médica salvo en lo que se refiere a la prueba pericial. No es una cuestión de configuración de la prueba en sí misma considerada, puesto que tiene la misma regulación y formulación, sino de la importancia que cobra en estos casos. Con carácter general, la valoración de la prueba pericial se hará según las reglas de la sana crítica, tal y como establece el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juez se verá, por tanto, en el serio aprieto de determinar, sin conocimientos médicos, si el médico actuó conforme a la *lex artis* o no. El dictamen pericial es, por tanto, junto a la historia clínica y el protocolo médico uno de los documentos esenciales sobre los que girará un pleito sobre responsabilidad civil médica.

El dictamen pericial tendrá como objeto principal determinar si ha existido mala praxis. Para ello, *“realiza un estudio comparativo de la praxis médica realizada en el caso concreto, en relación a la praxis médica correcta en dicho caso, o lex artis ad hoc”*³⁸⁰.

Declarar la mala praxis podría ser razonablemente sencillo si sólo hubiera un perito en cada proceso judicial, pero, en la práctica es frecuente que declaren varios peritos en un mismo proceso, afirmando unos que no ha existido *mala praxis* y otros que sí ha existido³⁸¹. Sobre el Juez pesa la carga de dar valor a unos dictámenes y quitárselo a otros y, para ello, Jurisprudencia y doctrina se

³⁷⁹ Capítulo II Epígrafe 5.

³⁸⁰ ABEL LLUCH, X., ARIMANY MANSO, J., GÓMEZ DURÁN, E.L., "El dictamen médico-legal en supuestos de responsabilidad civil profesional médica: fuentes y contenido", Justicia: revista de derecho procesal, número 2, dialnet.unirioja.es, 2014, pág. 375.

³⁸¹ Todos ellos terminan declarando en juicio como testigos-peritos, según BANACLOCHE PALAO, J., "Algunas cuestiones procesales polémicas en los pleitos de daños", en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 231.

preguntan si es razonable hacer prevalecer unos dictámenes frente a otros en función de su procedencia (qué parte los aporta al proceso) o de la especialización del perito (si su rama es la misma que la del profesional demandado o una más generalista).

Existe un nutrido cuerpo jurisprudencial sobre la valoración de los dictámenes periciales, puesto que el Tribunal Supremo estudia el tema cuando resuelve el recurso extraordinario de infracción procesal³⁸², al recurrir la parte por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia³⁸³ alegando la errónea valoración de la prueba. Todas las argumentaciones son válidas, pero no cambian el hecho cierto de que tanto en el ámbito penal³⁸⁴ como en el civil, es el Juez el soberano para juzgar sin que esté vinculado necesariamente por el dictamen de ningún perito, sea público, privado, de parte, especialista o generalista. Así lo expone la Sala Primera del Tribunal Supremo: *“la función del perito es la de auxiliar al Juez, ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias del caso, pero sin negar en ningún supuesto al juzgador la facultad de valorar el informe pericial, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez siempre que el proceso deductivo no choque con el raciocinio humano, sus apreciaciones sean coherentes entre sí y no vulneren la sana crítica”*³⁸⁵.

Sentado ya que la pericial es de libre valoración por el tribunal, queda una segunda cuestión, y es cómo valorar conjuntamente las diferentes periciales cuando los profesionales tengan diferente formación. En el momento de elegir

³⁸² Valgan como ejemplo las siguientes palabras: *“denunciando la errónea valoración de la prueba practicada lo realmente pretendido por la parte recurrente es una revisión del acervo probatorio en su globalidad, examinando la totalidad de la prueba pericial y documental, lo que no resulta admisible, debiendo negarse dicha pretensión de convertir el recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia que permita una nueva valoración de toda la prueba practicada en el proceso (...) no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, como la presente, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones”*. Auto del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 28 de enero de 2014, de inadmisión del recurso de casación, Ponente Francisco Marín Castán, Recurso número 1003/2013, Base de datos SEPIN SP/AUTRJ/758152.

³⁸³ Artículo 169.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁸⁴ Se debe rechazar en el ámbito penal *“la frecuente preferencia arbitraria del informe pericial emitido por expertos públicos”*. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *“Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales”*, Revista jurídica de Castilla y León, número 3, mayo, 2004, pág. 225.

³⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010, recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.

un facultativo para declarar en un pleito, las opciones son básicamente dos: especialistas en valoración del daño corporal³⁸⁶ o médicos de la misma especialidad que la que desempeña el demandado. También en este punto el Tribunal Supremo reitera el principio de la libre valoración de la prueba, sin que sea obligatorio dar más valor al dictamen de especialista que al de otro facultativo.

Ejemplo de lo anterior es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 21 de diciembre de 2012³⁸⁷, que falla sobre un caso en que un parto se alarga más de 12 horas, el bebé sufre asfixia intra-útero y queda con graves secuelas. El órgano de instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, da preferencia al especialista frente al médico generalista. Se impugna la Sentencia por este motivo y la Sala del Tribunal Supremo contesta en su Fundamento Jurídico Tercero: *“Ya entrando en el hecho de que la sentencia opte por dar preferencia a la prueba pericial practicada por Don. Luis Francisco, médico especialista en pediatría (...) no supone una vulneración del artículo 348 de la Ley procesal civil, ni de las reglas de la sana crítica, puesto que la Sala de instancia expone el porqué de sus conclusiones y la ratio decidendi (...) esta preferencia por las conclusiones de uno de los informes periciales no convierte a la valoración de la prueba en irracional, arbitraria o vulneradora de las reglas de la sana crítica”*.

Por otro lado, también se tendrá en cuenta cuál de las partes ha llevado el perito al pleito. Es lógico pensar que la parte llevará a quien declare a su favor o, *a contrario sensu*, no llevará a juicio a quien declare en su contra. Sin embargo, se alzan voces contra este razonamiento: *“conviene abandonar el prejuicio contra el perito designado por una de las partes. Perito de parte es*

³⁸⁶ Esta es la función que de ordinario realiza el Médico Forense, que no actúa en pleitos civiles, a menos que se trate de accidentes de tráfico, tras la aprobación del Real Decreto 1148/2015, de 18 de diciembre, por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor.

³⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 21 de diciembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, Recurso número 4229/2011, STS 8548/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8548, ID CENDOJ 28079130042012100822.

*aquel profesional en el que ésta confía, estando obligado a emitir su parecer científico con honradez e imparcialidad”*³⁸⁸.

Veamos un caso en que confluyen varias periciales de organismos que gozan de esa “presunción de imparcialidad” antes apuntada. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 23 de febrero de 2010. Ingresaba una mujer de 25 años en urgencias, habiendo roto aguas en la semana 40 de embarazo. Existe una dificultad para el parto natural, que es la desproporción entre el tamaño del feto (más de cuatro kilos) y el canal del parto de la madre (muy estrecho). A pesar de ello se intenta durante 15 horas el parto natural, teniendo el bebé bradicardias y acidosis. Finalmente se realiza cesárea de madrugada, sufriendo la niña convulsiones nada más nacer y evidenciándose una parálisis cerebral que deviene en una minusvalía del 75 por ciento.

En primera instancia (en la Audiencia Nacional), se desestima la demanda basándose en un informe de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense de Madrid, que afirma que *“la acidosis del feto puede deberse a diversas causas”*. En el Tribunal Supremo se condena al pago de 600.000,00 Euros por considerar que la cesárea se retrasó indebidamente, más aún sabiendo que el canal del parto era pequeño, el bebé grande y que existían signos de sufrimiento fetal, apoyándose en el informe del perito judicial que afirmaba inequívocamente que *“se debía haber actuado con anterioridad a la realización de la cesárea”*. La Sentencia del Tribunal Supremo da preferencia a este último informe pericial sobre el otro basándose en que: *“Este informe, que es particularmente detallado, goza de todas las garantías inherentes a la prueba pericial practicada en el proceso, a diferencia de lo que ocurre con los informes recogidos en el expediente administrativo. Este es ya un elemento de peso para considerarlo más atendible que esos otros informes. (...) . A ello hay que añadir que el informe del Médico Forense para las diligencias penales abiertas en su día -informe que está recogido en los autos- se orienta en*

³⁸⁸ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales", Revista jurídica de Castilla y León, número 3, mayo, 2004, pág. 225.

*sentido similar al perito judicial (...) . Todo ello hace que resulte muy cuestionable dar más crédito, como hace la sentencia impugnada, al informe de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense que a los informes, de signo contrario, del Médico Forense y del perito judicial*³⁸⁹.

Es reseñable en torno a la prueba pericial la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de abril de 2011, donde llegó hasta el Alto Tribunal la cuestión de nulidad del dictamen pericial por prescribir tratamiento médico a la lesionada. La lesionada, alumna del Colegio Alemán fue golpeada por un árbol que le cayó encima en el patio. El perito, al tiempo que dictaba su informe, le recetó antiinflamatorios. En la primera instancia, antes de dictar la resolución se acordó la nulidad de la pericial y ninguna parte recurrió. Sin embargo, la cuestión vuelve a plantearse en apelación y casación, alegando la parte parcialidad del perito. Entiende la Audiencia Provincial que prescribir tratamiento médico conculca el contenido del artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y supone indefensión por conculcar el perito sus deberes de imparcialidad y objetividad, *“más aún cuando el artículo 41.3 del Código Deontológico de la profesión médica establece una prohibición expresa entre la actuación como peritos y la asistencia médica al mismo paciente”*. Afirmaciones con las que afirma estar de acuerdo el Tribunal Supremo, que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial³⁹⁰.

El 1 de enero de 2016 entró en vigor la Ley 35/2015, de reforma del Baremo de tráfico, junto con el Real Decreto 1148/2015, por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor. Esta norma revoluciona el sector de los informes periciales, puesto que ahora puede solicitarse por particular el informe médico objetivo por excelencia, el del Médico Forense. Para ello será necesario que el pleito verse sobre *“la valoración del daño corporal sufrido con ocasión de un accidente de circulación, en el marco de la reclamación*

³⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 23 de febrero de 2010, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso número 4794, ROJ: STS 692/2010 - ECLI:ES:TS:2010:692, ID CENDOJ 28079130062010100072.

³⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de abril de 2011, Ponente Francisco Marín Castán, resolución 237/2011, recurso número 1814/2007, Roj: STS 2032/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2032 Id Cendoj: 28079110012011100215.

extrajudicial"³⁹¹. Dado que esta norma se enmarca en la apuesta por la desjudicialización y resolución extrajudicial de conflictos, no sería extraño que se ampliara el ámbito objetivo de los citados informes periciales a otros ámbitos de daño corporal.

Con carácter general, la carga de la prueba reside en quien alega un hecho. De una forma menos detallada lo exponía el artículo 1.214 del Código Civil y ahora, más extensamente, el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el número primero del citado artículo, el que afirme un hecho debe probarlo. Con independencia de quién haya aportado los hechos al proceso³⁹², el juzgador, según el sistema de libre valoración de las pruebas y utilizando la sana crítica, valorará las aportadas al proceso, formará su idea de los hechos probados y los redactará en la Sentencia. Por lo tanto, al demandante-paciente le corresponderá probar todos los elementos en que se funda la responsabilidad civil del facultativo: culpa, daño y relación de causalidad. No estamos de acuerdo con la afirmación de algunos autores que defienden una inversión de la carga de la prueba general en materia de responsabilidad civil extracontractual³⁹³, y menos en sede de responsabilidad civil médica, donde, *"a diferencia del resto del derecho de daños, no tiene cabida la presunción de culpa y por tanto tampoco se produce la inversión de la carga de la prueba, que recaerá siempre sobre el usuario demandante"*³⁹⁴. De hecho, el Tribunal Supremo tiene sentada doctrina sobre la no inversión de la carga de la prueba en responsabilidad médica y *"de hecho todavía se declara constantemente"*³⁹⁵.

³⁹¹ Artículo 2.2 del Real Decreto 1148/2015.

³⁹² *"Conforme al principio de adquisición procesal o comunidad de pruebas formulado por CALAMANDREI, en que se basa el principio de aportación indiferenciada, una vez que el medio de convicción del juzgador, es decir, los hechos que constituyen la prueba, son aportados al proceso, dejan de pertenecer al sujeto que los aporta para formar parte del proceso mismo, con independencia de la persona a la que pueda beneficiar o perjudicar su valoración"*. LUNA YERGA, A., "Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria", INDRET, volumen 4, número 165, octubre, www.indret.com, 2003, pág. 2.

³⁹³ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 58: *"se entiende que la acción u omisión determinante del daño se presume siempre culposa a no ser que se demuestre lo contrario"*.

³⁹⁴ REAL CUENCA, F., "Contestación a SANTA CRUZ AYO, M.J. en su discurso *Diagnóstico y formas de gestión de la responsabilidad civil médica*", Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, número 79, <http://www.ravjl.com/ver/12/academicos--a%C3%B1o-de-posesion-y-discursos.html/>, pág. 49.

³⁹⁵ PLAZA PENADÉS, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 79.

Así, en un proceso típico, corresponde al demandante-paciente la prueba de la culpa como hecho constitutivo de su pretensión de responsabilidad civil, mientras que corresponde al demandado-médico la prueba de los hechos impositivos, extintivos y excluyentes de la responsabilidad³⁹⁶. Pero existen matizaciones a esta rígida norma procesal. LUNA YERGA enumera los siguientes “*criterios correctores de la rigidez de la carga de la prueba* (en los procesos por responsabilidad civil sanitaria): *los principios de normalidad, disponibilidad y facilidad probatoria*³⁹⁷”.

El principio de normalidad se enuncia diciendo que, cuando se afirma algo que no es normal o corriente, corresponderá su prueba a quien lo afirma³⁹⁸. Los principios de disponibilidad y facilidad probatoria son, en ocasiones, confundidos. La teoría de la facilidad probatoria³⁹⁹ establece que pesa la carga de la prueba sobre la parte que esté en mejores condiciones procesales de aportarla. Es el concepto de *cheapest information provider*. La establece el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*para la aplicación de (...) la carga de la prueba (...) el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el litigio*”.

Sin embargo, cuando se hace referencia a la disponibilidad probatoria es, en puridad, en algún supuesto en que sólo una parte puede aportar la prueba puesto que para la otra es imposible de conseguir⁴⁰⁰. Ésta es la idea que preside la Diligencia Preliminar del artículo 256.5.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la modificación de la Ley 19/2006. “*Todo juicio podrá prepararse (...) por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley*”. Lo explica el Alto Tribunal del siguiente modo: “*Nuestra*

³⁹⁶ LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 59 y pág. 128.

³⁹⁷ LUNA YERGA, A., “Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, INDRET, volumen 4, número 165, octubre, 2003, pág. 9.

³⁹⁸ No confundir con la no necesidad de prueba del hecho notorio, artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁹⁹ También denominada teoría de la proximidad, teoría de las cargas probatorias dinámicas o *favor probationis*. GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 175.

⁴⁰⁰ LUNA YERGA, A., “Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, INDRET, volumen 4, número 165, octubre, 2003, pág. 11.

Jurisprudencia y después el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , introducen al fijar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, una en la que se ordena que el juzgador tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio (...) la actora ha probado la existencia de la infección(luego) dicha regla se traduce en poner a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las reglas de la lex artis, que (...) adoptó todas las prevenciones profilácticas que los protocolos médicos aconsejan para evitar las infecciones nosocomiales, pues es ella y no la actora la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que su actuación en los dos aspectos reseñados fue correcta”⁴⁰¹. Este principio de disponibilidad probatoria no es una inversión de la carga de la prueba ni tampoco una presunción de culpa⁴⁰².

A pesar de lo anterior, en materia de responsabilidad médica, durante años se forjó una línea doctrinal y jurisprudencial que suavizó la carga probatoria estricta del artículo 217.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. Bien con el argumento de lograr el equilibrio real de fuerzas entre las partes cuando el demandante es un profano en medicina y el demandado un facultativo o bien como remedio para luchar contra el corporativismo de la profesión médica⁴⁰³, lo cierto es que se empezó a suavizar la carga probatoria del demandante-paciente. En palabras de LLAMAS POMBO, “no se puede negar que una rígida aplicación de los clásicos principios de culpa (en casos de responsabilidad médica) puede llegar a convertirse en una verdadera probatio diabólica⁴⁰⁴”. Un ejemplo de esta situación se da en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de

⁴⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 28 de mayo de 2013, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 660/2013, Roj: STS 2732/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2732, Id Cendoj: 28079130042013100132. A pesar de este pronunciamiento, el Tribunal Supremo no aplica la doctrina de la inversión de la carga probatoria en este caso, puesto que considera probado que la Administración probó su diligencia y por tanto, vuelve a trasladar la carga al paciente, para que demuestre la falta de diligencia de la Administración. Así lo apunta, en su comentario de esta Sentencia, BOTANA GARCIA, G., "Falta de aplicación de la doctrina jurisprudencial en casos de infección nosocomial", *Práctica de Derecho de Daños*, núm 116, septiembre, referencia 5257/2013, la leydigital.laley.es, 2013, pág. 1.

⁴⁰² ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 127.

⁴⁰³ Es cierto que hace años resultaba una tarea titánica encontrar un facultativo que declarase contra otro de la misma especialidad.

⁴⁰⁴ LLAMAS POMBO, E., "La llamada culpa médica: doctrina general y especialidades problemáticas", *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal, número II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2002, pág. 499.

2015⁴⁰⁵. El caso es el de un embarazo tras la implantación de un dispositivo anticonceptivo interno, que en realidad no se implantó sin saberlo la paciente. Al no sospechar que estaba embarazada no se realizó ningún control, lo que supuso el nacimiento de una niña con una grave enfermedad⁴⁰⁶. La demandante alegó que la Generalitat había ocultado dolosamente al autor del acto médico (no se sabía quién realizó la implantación) *“para impedir que evacuara informe ante el Tribunal y pudiera ser interrogado”*, y lo cierto es que, a pesar del requerimiento efectuado por la Sala, no se contestó quién era el facultativo responsable⁴⁰⁷. En un caso como el descrito, no tiene forma el paciente de obtener la información y se encuentra en franca desventaja. El Alto Tribunal concedió a la madre únicamente el daño moral, por valor de 80.000 Euros.

Sentado lo anterior, sabemos quién debe probar la culpa y nos interesa estudiar a quién perjudica la falta de su acreditación. En este punto cabe preguntarse: ¿qué ocurrirá cuando la parte que alegó un hecho no pudo probarlo? En ese caso entrarán en juego las consecuencias procesales de la carga de la prueba. Establece el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que *“las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”*. En materia de responsabilidad médica no puede hablarse propiamente de inversión de la carga de la prueba, salvo en casos de daño desproporcionado y, como veremos a continuación, con muchas matizaciones. Así lo declaran de manera tajante doctrina y Jurisprudencia. Dice LUNA YERGA: *“no es aplicable la inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil médico-sanitaria (...) la distinción entre obligaciones de medios y de resultado ocupa un lugar central en esta cuestión, por cuanto el Tribunal Supremo atribuye a las obligaciones de*

⁴⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 19 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 4397/2010, Roj: STS 2494/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2494, Id Cendoj: 28079130042015100192.

⁴⁰⁶ Una anemia hemolítica crónica, en su forma grave, por déficit de piruvato kinasa (quinasa), como consecuencia de la cual la Generalitat de Cataluña ha reconocido a la menor una minusvalía del 70 por 100.

⁴⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 19 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 4397/2010, Roj: STS 2494/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2494, Id Cendoj: 28079130042015100192.

*resultado una suerte de inversión de la carga probatoria*⁴⁰⁸. También el Tribunal Supremo lo afirma tajantemente: *“en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico (...) debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba”*⁴⁰⁹.

En casos de infección nosocomial, sí podemos afirmar que existe una Jurisprudencia favorable a la inversión de la carga de la prueba, afirmando el Alto Tribunal que: *“dado que el riesgo de infección hospitalaria no puede erradicarse por completo, es a la Administración a quien le incumbe la carga probatoria, de que se hallaban previstas y se aplicaron adecuadamente las medidas preventivas y de profilaxis, siendo también correcta la atención dispensada una vez aislado el germen causante de la infección, y justificado tal proceder por la Administración sanitaria, corresponde a la parte reclamante desvirtuarlo”*⁴¹⁰.

5. RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL ÁMBITO SANITARIO

5.1. La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Déficit asistencial y aplicación de la normativa de consumidores y usuarios.

La Administración Pública tiene obligación de indemnizar al ciudadano por los daños que le cause con su funcionamiento, bien sea normal o anormal, tal y como prevén los artículos 106 de la Constitución Española y 139 de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAPC)⁴¹¹. Dicha ley regula el sistema de

⁴⁰⁸ LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 153.

⁴⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de mayo de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 333/2012, recurso 2002/2009, El Derecho EDJ 2012/89300, CENDOJ ID: 28079110012012100305.

⁴¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 28 de mayo de 2013, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 660/2013, Roj: STS 2732/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2732, Id Cendoj: 28079130042013100132.

⁴¹¹ Norma derogada a partir del 2 de octubre de 2016, por la letra a) del número 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 2 octubre). Sin embargo, seguirán en vigor las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro

“responsabilidad patrimonial de la Administración Pública” en sus artículos 139 a 146, siendo algunos modificados por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Esta normativa articula un régimen diferente del civil en la obligación de indemnizar el daño causado por otro, que se basa en la culpa (artículo 1902 del Código Civil). Por ello, la responsabilidad de la administración pública se ha tildado de objetiva o de basada exclusivamente en el daño. Este régimen jurídico comienza en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y se mantiene en las sucesivas legislaciones hasta nuestros días, derogando el régimen del Código Civil, de corte culpabilista, para cuando sea la Administración la causante del daño⁴¹² y manteniendo el antedicho Código para los particulares⁴¹³. En un sistema de responsabilidad objetiva, que el agente que la causó haya sido diligente (es decir, la ausencia de culpa), no exime de la reparación del daño⁴¹⁴.

La responsabilidad objetiva tiene su explicación en la función que cumple. Así, puede fundarse o bien en la peligrosidad de la actividad que se lleva a cabo (como la energía nuclear) bien en la llamada “*responsabilidad por sacrificio*”, de modo que el bien social que causa la actividad supone la necesidad de sacrificar determinados bienes en pro de la sociedad, que no obstante serán indemnizados (sería el caso de la puerta rota por la Policía para evitar un delito). En el caso de la Administración pública se justifica la responsabilidad objetiva por la función preventiva de acción social que ejerce la Administración pública y como modo de control de la discrecionalidad administrativa⁴¹⁵.

El carácter objetivo de la responsabilidad de la administración no significa responsabilidad universal, sino que se exige que exista relación de causalidad

electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico hasta los dos años.

⁴¹² CASAS PLANES, M.D., 2004. *Daños médicos causados por error de diagnóstico*. Práctica de Derecho de Daños núm. 21, Sección informe de Jurisprudencia, noviembre de 2004, pág. 3.

⁴¹³ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 281.

⁴¹⁴ MEDINA CRESPO, M., "La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación expansiva de sus preceptos", en *Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 34.

⁴¹⁵ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 281.

entre el daño producido y el funcionamiento normal o anormal de la administración pública, rechazando que la mera titularidad del servicio determine directamente la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, *“lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración”*⁴¹⁶.

En cuanto a los supuestos indemnizables y desde un planteamiento general, podemos decir que la Administración debe indemnizar todos los daños causados, salvo aquellos en que intervenga fuerza mayor. El funcionamiento anormal *“de la actuación administrativa comprende no sólo las conductas ilegales o culpables del personal al servicio de la Administración sino también el funcionamiento de los servicios públicos por debajo de los estándares o medidas de calidad exigibles. El funcionamiento normal hace referencia a los daños incidentales causados por actuaciones irreprochables de la Administración, lo cual, se dice, equivale a responsabilidad por el riesgo que para terceros supone la actividad potencialmente dañosa de la Administración”*⁴¹⁷.

Las características de la responsabilidad patrimonial de la Administración públicas son las siguientes⁴¹⁸:

⁴¹⁶ SEIJAS QUINTANA, J.A., Responsabilidad civil de clínicas y compañías de asistencia médica, SEPIN, 2010, SP/DOCT/8043. En el mismo sentido, la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo afirma, la inconveniencia de convertir a la Administración en “aseguradora universal” en multitud de Sentencias. Una de las más citadas es la Sentencia de 14 de octubre de 2003, en que se demandó a la Administración por la familia de un Policía que se suicidó en su casa con el arma reglamentaria. Dice la resolución: *“la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas, en aseguradoras universales de todos los riesgos”*. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 14 de octubre de 2003, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 1058/1999, ROJ: STS 6299/2003 - ECLI:ES:TS:2003:6299, Id Cendoj: 28079130062003100748.

⁴¹⁷ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de responsabilidad civil*, (Dir.) BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1.192.

⁴¹⁸ Se sigue en la enumeración a ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 283.

1. Es un sistema general y unitario, de modo que se aplica en todos los ámbitos en los que actúa la Administración y para todos los Entes (nacional, autonómicos, locales, etc.).
2. La responsabilidad es directa, de modo que no es necesario demandar al agente causante del daño (el médico, por ejemplo), sino que directamente se dirigen a la Administración.
3. Se responde objetivamente, por el daño causado, sin que sea necesaria culpa del agente causante.
4. Debe repararse la totalidad del daño causado. Aunque, como veremos más adelante, esta afirmación debe matizarse puesto que en la jurisdicción contencioso-administrativa hay una menor aplicación real del principio de *restitutio in integrum*. Si bien en su articulado la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común⁴¹⁹ proclama el derecho del perjudicado a una reparación integral, lo cierto es que las Sentencias del orden Contencioso-Administrativo son las que conceden las indemnizaciones menos cuantiosas.

En cuanto a los requisitos, será necesario para que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración⁴²⁰:

1. La realidad de un resultado dañoso. Dice el artículo 139 LRJPAC que el daño *“habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.
2. Que el daño sea antijurídico, de modo que quien lo sufre no tenga obligación de soportarlo, *“de modo que no todos los menoscabos que puede causar la Administración son susceptibles de generar responsabilidad de ésta (...) sino (...) respecto de aquellos daños que*

⁴¹⁹ La LRJAPYAC perderá su vigencia a partir del 2 de octubre de 2016, por la letra a) del número 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 2 octubre). Sin embargo, seguirán en vigor las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico hasta los dos años.

⁴²⁰ Se sigue en la enumeración la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de abril de 2005, Ponente Eduardo Espín Templado, recurso número 5588/2002, Roj: STS 2238/2005 - ECLI:ES:TS:2005:2238, Id Cendoj: 28079130032005100114.

no tienen amparo en una norma y que el perjudicado no tiene obligación de soportar"⁴²¹.

3. Que la actividad dañosa sea imputable a la Administración. Debe ser consecuencia de su funcionamiento normal o anormal.
4. Relación de causalidad entre la actividad dañosa y el perjuicio sufrido.
5. Reclamación del daño en el plazo de un año.
6. Añade ROCA I TRIAS la ausencia de fuerza mayor⁴²².

Una especialidad de la responsabilidad patrimonial es que la Administración, una vez que ha reparado el daño, está obligada a repetir lo pagado al causante del daño: *"exigirá de oficio"* en caso de haber actuado el agente con dolo, o negligencia grave⁴²³.

Hasta aquí hemos visto el régimen normal de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ahora debemos estudiar las especialidades de los daños causados por la Administración sanitaria, que genera gran litigiosidad. Los motivos por los cuales se reclama dicha responsabilidad incluyen un amplio abanico de reclamaciones en atención a los hechos, los daños causados o la justificación pretendida de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas⁴²⁴. La finalidad es reparar los *"daños causados a la salud de las personas con ocasión de la prestación de servicios sanitarios, por parte de médicos o facultativos, del personal sanitario en general así como (...) el centro sanitario u hospitalario"*⁴²⁵. El daño a la salud que se indemnizará será en ocasiones más amplio que el corporal estrictamente considerado, incluyendo los daños patrimoniales directamente derivados del menoscabo físico y el daño moral.

⁴²¹ *"La exigencia de la antijuridicidad no puede confundirse con que sea contrario a derecho el actuar de la Administración"*. GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág.50.

⁴²² ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 183.

⁴²³ Artículo 145.2 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Esta norma se encuentra derogada a partir del 2 de octubre de 2016, por la letra a) del número 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 2 octubre).

⁴²⁴ GUERRERO ZAPLANA, J., "El ¿nuevo? consentimiento informado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, número 2, 2009, pág. 4.

⁴²⁵ PLAZA PENADÉS, J., "Responsabilidad civil del prestador de servicios médico-sanitarios", en *Derecho de consumo*, (Dir). REYES LÓPEZ, M.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 502.

Debemos distinguir los diferentes papeles que puede tener la Administración Sanitaria dentro del entramado de la responsabilidad médica. Desde el punto de vista subjetivo, la Administración puede actuar, en primer lugar, como empleadora del médico que ha causado daño infringiendo la *lex artis*. En segundo lugar, la Administración puede responder objetivamente, sin que exista culpa en la actuación médica. PLAZA PENADÉS cita tres fuentes de responsabilidad estrictamente objetiva en el ámbito sanitario: actos médicos donde se exige resultado (cirugía estética, por ejemplo) casos de ausencia de consentimiento informado y aplicación de la legislación de consumidores y usuarios.

La triple consideración del usuario de los servicios médicos como paciente, como consumidor y como ciudadano que utiliza los servicios públicos genera una multiplicidad de legislaciones aplicables que tienen principios incompatibles, lo que hace que el estudio de la Jurisprudencia sea esencial para determinar cómo se está aplicando tal antinomia legislativa. En este sentido ROCA TRÍAS apunta: *“el problema de la responsabilidad por actos médicos dentro del sistema de la Seguridad Social es ciertamente complejo, puesto que existe una tensión entre los principios que rigen este tema en materia estrictamente civil (...) y aquellos que se desarrollan en el ámbito público porque (...) el sistema de responsabilidad civil de la Administración es objetivo⁴²⁶”*. Desde el punto de vista de PLAZA PENADÉS, recientemente se ha introducido un nuevo elemento de culpabilidad a la responsabilidad médica. Hasta ahora se exigía responsabilidad por las vías clásicas: artículos 1.902 o 1.101 del Código Civil, pero en este momento también se admite la aplicación de la legislación de consumidores y usuarios⁴²⁷.

Por lo tanto, la responsabilidad de la Administración es objetiva pero el médico que trabaja para la Administración únicamente responde por culpa. Es fácil deducir que la Administración, como empleadora, responderá de los daños causados por culpa del personal médico, con infracción de la *lex artis*. Entonces, la Administración, ¿deberá ser responsable de los causados cuando

⁴²⁶ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 295.

⁴²⁷ PLAZA PENADÉS, J., "Responsabilidad civil del prestador de servicios médico-sanitarios", en *Derecho de consumo*, (Dir). REYES LÓPEZ, M.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 505.

no exista culpa? Cuando nos encontramos en sede de responsabilidad objetiva el foco se aleja de la culpa para centrarse en el daño: habrá que indemnizar cuando el daño que causó el servicio público sea antijurídico⁴²⁸.

Sentado lo anterior, ¿podemos afirmar que la responsabilidad de la Administración sanitaria es *realmente* objetiva? Siguiendo en este punto a ROCA TRÍAS, lo único que le es exigible a la Administración es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del estado de la técnica, sin que quepa en su plenitud responsabilidad objetiva (basada únicamente en el daño) puesto que la obligación médica es de medios⁴²⁹. Así, vemos que la Jurisprudencia sobre responsabilidad médica en el ámbito público ha evolucionado desde la responsabilidad totalmente objetiva⁴³⁰ hasta la responsabilidad basada en la obligación de medios. No es ajena a esta evolución la reforma de la LRJPAC, que introdujo en su artículo 141.1º un nuevo párrafo: "*No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan*

⁴²⁸ GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria*, 5ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 103.

⁴²⁹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 287. Para PLAZA PENADÉS existe una diferencia entre la responsabilidad de la sanidad pública y la privada puesto que en el caso de la sanidad privada sí se respondería por los daños que en el momento de su causación eran desconocidas para la Ciencia o indetectables para la técnica pero no en el caso de la Sanidad Pública. Lo argumenta diciendo que en la sanidad privada se aplica la Legislación de Consumidores y Usuarios y en el caso de la sanidad pública se aplicaría la LRJAC, donde la verdadera novedad del "régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado operado por la Ley 4/1999 estriba en el añadido del artículo 141.1, el cual, tras establecer que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, añade que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la Ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos". PLAZA PENADÉS, J., "Responsabilidad civil del prestador de servicios médico-sanitarios", en *Derecho de consumo*, (Dir). REYES LÓPEZ, M.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 516.

⁴³⁰ "Lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un Centro de la Seguridad Social el día 17 de septiembre de 1980, no siendo posible, tampoco, efectuar un juicio crítico de la *lex artis* del profesional (...) alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa, impericia o negligencia, resulta intrascendente y por ello para nada hemos de profundizar en las concretas acciones u omisiones de los intervinientes, porque, en definitiva, es la realidad que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que (...) tiene carácter objetivo", Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 14 de junio de 1991, Ponente Jose María Reyes Monterreal, resolución número 1820, Roj: STS 16257/1991 - ECLI:ES:TS:1991:16257, Id Cendoj: 28079130031991101060.

establecer para estos casos”⁴³¹. Apunta SOTO NIETO: dado que La obligación de medios en el ámbito de médico se traduce en la *lex artis*, que “la tesis más moderna insiste en la posición de la *lex artis* como criterio delimitador de la responsabilidad patrimonial de la Administración”⁴³².

Siguiendo el mismo criterio, RIVAS LÓPEZ apunta que la obligación de medios para la Administración se traducirá en que “el paciente haya tenido a su disposición todas las medidas y posibilidades o alternativas terapéuticas para su recuperación o, al menos, para paliar sus padecimientos”⁴³³. En el mismo sentido, GIL MEMBRADO: “la responsabilidad patrimonial de la Administración, que si bien se basa en el principio de responsabilidad objetiva también requiere la infracción de la *lex artis* para apreciar una conducta antijurídica o el nexo causal”⁴³⁴. Para GARCÍA BLÁZQUEZ y CASTILLO CALVÍN⁴³⁵, la *lex artis* constituye un criterio de imputación de responsabilidad de la Administración sanitaria. Atienden al nexo causal para afirmar que si no hay infracción de la *lex artis* el daño no es antijurídico y, por tanto, el perjudicado tiene obligación de soportarlo.

Así lo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 de enero de 2010: “el hecho de que en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como objetiva apunta al dato de que no es necesario la concurrencia de dolo o culpa en el agente, y no permite extraer la consecuencia de que deba declararse su existencia, sin más, por el mero

⁴³¹ Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

⁴³² SOTO NIETO, F., “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Existencia de aseguradora. Jurisdicción. Competencia”, Diario La Ley, N° 7490, Sección Doctrina, 18 de Octubre de 2010, Año XXXI, Ref. D-314, www.diariolaley.laley.es, 2010, pág. 2.

⁴³³ RIVAS LÓPEZ, A. L., *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación asesores locales, El Derecho Práctico, Málaga, 2012, pág. 77.

⁴³⁴ GIL MEMBRADO, C., *La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*, Comares, Granada, 2014, pág.47. En contra de este criterio RODRÍGUEZ LÓPEZ, quien afirma: “la diferencia esencial entre ambos regímenes (de responsabilidad en vía civil y en vía administrativa) se encuentra en los criterios de imputación (...) en sede civil se aplicará el criterio de imputación subjetivo por culpa mientras que el (criterio de imputación objetiva) es el establecido por la norma administrativa para todo daño generado por la Administración. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 371.

⁴³⁵ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., CASTILLO CALVÍN, J.M., *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011, pág. 399.

*hecho de que el resultado lesivo se haya producido con ocasión de la actuación de un centro sanitario público. No sería razonable -antes al contrario: sería manifiestamente absurdo- entender que esa objetivación determina que, por ejemplo, la Administración deba responder siempre que en una clínica gestionada por ella y de ella dependiente fallece un enfermo*⁴³⁶.

En conclusión, podemos afirmar que la responsabilidad objetiva de la Administración en cuanto a la actuación médica no lo es tanto, sino que se someterá al criterio de la antijuridicidad del daño, de imputación objetiva del resultado o de algún otro razonamiento que, finalmente, lo que examina es la correcta aplicación de la *lex artis*. La única excepción que cabe encontrar a esta afirmación, donde realmente se exige responsabilidad objetiva por daño es en los casos de aplicación de la legislación de consumidores y usuarios al ámbito sanitario. Veamos en qué supuestos.

En primer lugar, vemos que con carácter general se trata de objetivar la obligación a nivel legal en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que regula una Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud que debe quedar garantizada para todos los usuarios de la sanidad pública, con independencia de la Comunidad Autónoma donde reciban la asistencia sanitaria. La protección de los consumidores y usuarios se regula en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En la Exposición de Motivos de esta norma se dice que el texto se aprueba para armonizar las diferentes normas de protección de consumidores y para trasponer el derecho comunitario, también en aquellos aspectos concretos alejados del núcleo básico de protección de consumidores y usuarios, como, por ejemplo, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Esta norma no se aplica con carácter general a la

⁴³⁶ En este caso un señor se desmaya mientras trabajaba en el campo y es encontrado al día siguiente por su familia, muy desorientado. Ingresaba en urgencias y durante días le hacen pruebas, principalmente controlando electrocardiograma, tensión y pulso. Todas las pruebas arrojan un resultado normal hasta que finalmente fallece en urgencias por una parada cardio-respiratoria. Tras la autopsia se descubre que la causa del fallecimiento es un aneurisma aórtico. Tanto la primera instancia como la casación entienden que el resultado era imprevisible y que se hicieron las pruebas exigibles, siendo la hipertensión la primera causa del aneurisma y el paciente no la padecía por lo que no había motivo para sospecharla. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 de enero de 2010, Ponente Agustín Puente Prieto, recurso número 6574/2005, Roj: Id Cendoj: STS 227/2010 - ECLI:ES:TS:2010:227 28079130062010100032, Base de datos LA LEY: CJ 964/2010.

prestación sanitaria. Así lo prevé el artículo 93 b) del Real Decreto Legislativo 1/2007, que excepciona la aplicación a los *“contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias”*. Sin embargo, en los artículos 147 y 148 se establece un régimen especial de responsabilidad para los prestadores de servicios, que serán *“responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio (...) cuando por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación (...) en todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios (...) como límite la cuantía de 3.005.060,52 Euros”*⁴³⁷.

La doctrina mayoritaria entiende que la legislación de consumidores y usuarios debe aplicarse únicamente a la institución sanitaria y nunca al médico individualmente considerado. Así lo sostiene GALÁN CORTÉS⁴³⁸, con el argumento siguiente: *“difícilmente resultaría compatible (...) con la reiterada obligación de medios exigible al médico, donde la culpa constituye un elemento básico de imputación de responsabilidad”*⁴³⁹. Vemos que la Jurisprudencia ha condenado por responsabilidad derivada de la normativa de consumidores y usuarios únicamente a las instituciones (clínicas, hospitales) o servicios sanitarios, *“a diferencia de lo que ocurre con los médicos, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido admitiendo en estos casos la invocación de los*

⁴³⁷ Las referencias de las Sentencias y doctrina anteriores a 2007 de los artículos 26 y 28 de la LGCU deben entenderse equivalentes a esta regulación más moderna, pues el articulado en este aspecto no se ha modificado.

⁴³⁸ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 319.

⁴³⁹ En contra DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 63, octubre-diciembre, www.aranzadi.es, 2003, pág. 1.197.

preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios”⁴⁴⁰.

En cuanto a la exigencia de responsabilidad sanitaria por productos defectuosos, utilizados en el paciente por motivos médicos (material quirúrgico, prótesis, etc.), tenía diferente regulación de la general de consumidores y usuarios. Anteriormente prevista en la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, se integró en el Real Decreto Legislativo 1/2007, como dice la Exposición de Motivos, *“requiere armonizar y aclarar sus respectivas regulaciones, al objeto de asegurar una adecuada integración entre ellas, superando aparentes antinomias”*. El citado Real Decreto dedica su Libro Tercero a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos y es dentro de este Libro donde se encuentra el artículo 148 que hace referencia a los servicios sanitarios. Hoy, por lo tanto, la normativa de consumidores y usuarios es unitaria y se aplica también a la actividad sanitaria.

Vemos que la legislación establece un régimen objetivo de responsabilidad para la prestación de servicios sanitarios en dos supuestos: en primer lugar, cuando se exigen determinados niveles de eficacia o seguridad (el caso típico es la esterilización de un quirófano) y, el segundo caso, es en la implantación en el cuerpo humano de un material defectuoso.

La Jurisprudencia de aplicación de la normativa de consumidores y usuarios en el ámbito sanitario ha sufrido una evolución radical, como pone de manifiesto PLAZA PENADÉS⁴⁴¹:

En una primera fase la Jurisprudencia directamente inaplicó la normativa de consumidores y usuarios a la prestación médica, que estaba vigente desde 1984. Resalta esta resistencia GALÁN CORTÉS, afirmando que la Sala Primera del Tribunal Supremo *“fue inicialmente muy reacia”⁴⁴²* a la aplicación de la normativa de consumidores en supuestos de responsabilidad sanitaria, a

⁴⁴⁰ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad civil de clínicas y compañías de asistencia médica", SEPIN, sección artículos monográficos, SP/DOCT/8043, 2010, pág. 2.

⁴⁴¹ PLAZA PENADÉS, J., "Responsabilidad civil del prestador de servicios médico-sanitarios", en *Derecho de consumo*, (Dir). REYES LÓPEZ, M.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 508.

⁴⁴² GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 307.

pesar de la dicción literal del artículo, puesto que colisionaba con la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la obligación de medios.

Una segunda fase comienza con la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997⁴⁴³. Se trata de un paciente que se somete a una operación de rodilla y contrae en la intervención una infección hospitalaria que deriva en la amputación de la pierna. Se demanda al médico y al INSALUD. Se absuelve en todas las instancias y finalmente se condena en casación de forma solidaria a 15 millones de pesetas. Dice la resolución que: *“los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos”*.

Esta resolución inicia la vía de aplicación de la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria, diferenciando entre la obligación de medios del médico (en lo que se refiere a la prestación sanitaria estricta, regida por la *lex artis*) y la exigencia de responsabilidad objetiva al centro sanitario en lo que se refiere al cumplimiento de determinados niveles de pureza, eficacia y seguridad exigibles conforme a la normativa de consumidores. Esta Jurisprudencia se encuentra hoy consolidada y distingue entre el paciente-usuario de un servicio público que puede exigir responsabilidad objetiva de la organización que presta el servicio y el paciente-paciente del médico, que únicamente puede exigir responsabilidad por culpa derivada de un incumplimiento de la *lex artis* y

⁴⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de julio de 1997, Ponente Jose Almagro Nosete, resolución 604/1997, recurso 1937/1993, Roj: STS 4655/1997 - ECLI:ES:TS:1997:4655, Id Cendoj: 28079110011997101830.

siempre teniendo en cuenta que la obligación del médico lo es de medios y no de resultado. En esta segunda fase, a pesar de fundamentar aparentemente la decisión en la responsabilidad de consumidores exclusivamente, si se examina con detalle la Jurisprudencia condenatoria, vemos que las Sentencias no prescinden de la idea de culpa del médico (infracción de la *lex artis*).

Actualmente nos encontramos en la “tercera fase jurisprudencial”⁴⁴⁴ donde se aplica literalmente la legislación de consumidores y usuarios, de modo que se considera la responsabilidad verdaderamente objetiva de la prestación sanitaria pero únicamente en lo que se refiere a los “aspectos funcionales”⁴⁴⁵ de la prestación sanitaria o cuando “presten servicios sanitarios que por su propia naturaleza o por disposición reglamentaria deban cumplir los requeridos niveles de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación bajo controles técnicos y profesionales”⁴⁴⁶. Se trata de los casos denominados déficit asistencial, culpa anónima o causalidad difusa. En estos casos resulta indiscutible que ha existido una deficiencia pero no puede individualizarse concretamente al causante del daño “ni la identificación del momento exacto de la atención médica en que tuvo lugar la deficiencia” (el caso paradigmático es el retraso en una intervención que causa un daño irreparable). Según GALÁN CORTÉS en este punto no hay cambio jurisprudencial, puesto que con anterioridad a la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios ya se atribuía la responsabilidad al ente sanitario “público o privado, prestador de la atención médica inadecuada”⁴⁴⁷, con fundamento en el artículo 1.903 del Código Civil.

En aquellos casos en que se causa un daño al paciente que no tiene obligación

⁴⁴⁴ Continuamos con la exposición histórica de PLAZA PENADÉS, J., “Responsabilidad civil del prestador de servicios médico-sanitarios”, en *Derecho de consumo*, (Dir). REYES LÓPEZ, M.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 508 y ss.

⁴⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 24 de mayo de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 336/2012, recurso 2128/2009, CENDOJ: Roj: STS 3450/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3450, Id Cendoj: 28079110012012100321, Base de datos SEPIN: SP/SENT/675454.

⁴⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de septiembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 575/2010, recurso número 2222/2006, El Derecho EDJ 2010/213607, CENDOJ ID: 28078110012010100594, Roj: STS 5151/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5151.

⁴⁴⁷ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 238.

de soportar pero sin actuación culpable de ningún agente, se considera “déficit asistencial” y responde por ello la Administración o la Clínica u Hospital. Son casos paradigmáticos las infecciones hospitalarias, el retraso en la intervención que produce un daño irreparable o las transfusiones de sangre contaminada. Mediante la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios se exige responsabilidad objetiva únicamente en relación a la prestación del servicio sanitario y no al acto médico en sí. Son los llamados supuestos de “culpa anónima” o “causalidad difusa”. Esta llamada “culpa” se declara en aquellos casos en que no es posible imputarle el daño a ningún sujeto determinado, *“aunque se sabe con certeza que ha sido producido por uno de los miembros de un grupo concreto de personas”*⁴⁴⁸.

Se ha popularizado un concepto en las Sentencias de responsabilidad civil médica que es el de “deficiencias asistenciales”⁴⁴⁹, cuando es claro que se ha prestado una atención médica deficiente pero no puede individualizarse en la culpa de un profesional concreto. Se trata del mal funcionamiento de la clínica u Hospital, tanto sea público o privado, *“cuando le es directamente imputable una prestación del servicio irregular o defectuosa por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control del servicio”*⁴⁵⁰.

A pesar de la aplicación literal de esta legislación de consumidores y usuarios, la doctrina apunta (de nuevo) que un análisis detallado de la Jurisprudencia revela que no siempre se prescinde del elemento de la culpa. Así lo afirma ASÚA GONZÁLEZ, quien dice que identifica la culpa cuando se habla de la *“no existencia de determinados niveles de eficacia o seguridad o por*

⁴⁴⁸ “Se diferencia de los casos de coautoría porque en ellos diversas personas perfectamente identificadas contribuyen simultánea o sucesivamente a la producción de un mismo hecho dañoso”. ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 179.

⁴⁴⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de responsabilidad civil*, (Dir.) BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1177; SEUBA TORREBLANCA, J. C., *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 260; ARQUILLO COLET, B., *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración. Los problemas de aseguramiento de la responsabilidad civil de las administraciones públicas y sus soluciones jurídicas*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2006, pág. 258.

⁴⁵⁰ SEIJAS QUINTANA, J. A., “Responsabilidad civil de clínicas y compañías de asistencia médica”, SEPIN, sección artículos monográficos, SP/DOCT/8043, 2010, pág. 2.

*funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*⁴⁵¹. En el mismo sentido ARQUILLO COLET, quien afirma que *“la Sala Tercera del Tribunal Supremo utiliza el siguiente argumento: si no existe negligencia tampoco hay relación de causalidad o el daño no es antijurídico y, por tanto, acumula los dos estándares, el de la responsabilidad objetiva y el de la negligencia (...) podemos concluir que el estándar de responsabilidad objetiva de la Administración Pública no se aplica en la práctica en los criterios de resolución de los casos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ni mucho menos en los de la Sala Primera”*⁴⁵².

Las propias Sentencias del Alto Tribunal así lo revelan: *“no obstante el carácter social en que se inspira la Ley 26/1984, y venir a crear ex lege y al amparo del artículo 1.089 del Código Civil una fuente nueva de la obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios, representando una variante de la responsabilidad civil por culpa extracontractual, ello no permite desvincular de manera absoluta e incondicional la aplicación de la misma de la concurrencia del factor culposo hecho mención”*⁴⁵³.

Doctrinalmente es intensamente debatida la oportunidad de la declaración de responsabilidad totalmente objetiva en la actividad sanitaria, puesto que, aunque tiene ventajas evidentes para el usuario-consumidor-paciente, como afirma PLAZA PENADÉS: *“los sistemas de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva suponen un beneficio para la víctima, ya que evitan problemas sobre prueba de la negligencia”*⁴⁵⁴, pero su coste resulta socialmente inasumible.

Dice así REAL CUENCA: *“sería convertir (a la Administración) en una aseguradora universal que soporte todas las consecuencias económicas*

⁴⁵¹ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., "Responsabilidad civil médica", en *Tratado de responsabilidad civil*, (Dir). BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006, pág.1177. Es de la misma opinión GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 309.

⁴⁵² ARQUILLO COLET, B., *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración. Los problemas de aseguramiento de la responsabilidad civil de las administraciones públicas y sus soluciones jurídicas*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2006, pág. 273 y pág. 277.

⁴⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 26 de marzo de 2004, Ponente Clemente Auger Liñán, resolución 276/2004, recurso 1458/1998, Roj: STS 2100/2004 - ECLI:ES:TS:2004:2100, Id Cendoj: 28079110012004100271.

⁴⁵⁴ PLAZA PENADÉS, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 81.

*derivadas de un resultado no deseado en la salud de un enfermo, (...) de hecho, pocas aseguradoras optan por asegurar tales riesgos en la actualidad, siendo el importe del riesgo elevadísimo, claro ejemplo ha sido el 'caso Maeso'. La Administración sanitaria soportó el coste de la curación y tratamiento de 270 enfermos"*⁴⁵⁵. En la misma línea RIVAS LÓPEZ, quien entiende que la Administración debe responder únicamente de los daños causados con su funcionamiento anormal⁴⁵⁶. También GUERRERO ZAPLANA: *"la extraordinaria proliferación en el número de reclamaciones dirigidas contra los médicos y los servicios sanitarios en general provoca un efecto pernicioso por parte de los médicos, que se sienten inquietados en el desarrollo de su trabajo y provoca que por parte de éstos se practique de modo creciente lo que ha venido en llamar medicina defensiva"*⁴⁵⁷.

Veamos algunos ejemplos jurisprudenciales actuales del concepto de "déficit asistencial". En cuanto al funcionamiento del sistema de guardias, citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2012. Una mujer con embarazo de riesgo que acude a la clínica tcológica estando de parto pero no hay ginecólogo puesto que está atendiendo una urgencia. El bebé queda discapacitado en un 75 por ciento por falta de rápida atención durante el parto, que se retrasó unas dos horas. Declara el alto Tribunal que *"la clínica, a partir de una política de racionalización de recursos, no debió autorizar la situación que se produjo. Obligación suya era organizar la dinámica del centro y las guardias de los profesionales de otra forma, impidiendo que en un parto de riesgo se tuviera que ausentar el médico para atender de forma teóricamente simultánea una emergencia (...) proporcionó un servicio deficiente a la usuaria*

⁴⁵⁵ "Aunque recuperara de las distintas aseguradoras intervinientes las indemnizaciones por responsabilidad civil, pero ¿y el coste de la Administración de Justicia?, fueron 150.000 Euros, hasta el Colegio de Abogados participó en el mismo (...) para las Administraciones Sanitarias el número de reclamaciones que se soporta(n) y el aseguramiento limitado hace que realmente sea antieconómico y una ruina para la Administración (...) la Sala 3ª del Tribunal Supremo no aplica la responsabilidad objetiva en sentido estricto (...) entiende que si no existe negligencia tampoco hay relación de causalidad o el daño no es antijurídico". REAL CUENCA, F., "Contestación a SANTA CRUZ AYO, M.J. en su discurso *Diagnóstico y formas de gestión de la responsabilidad civil médica*", Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, número 79, pág. 52.

⁴⁵⁶ RIVAS LÓPEZ, A. L., *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación asesores locales, El Derecho Práctico, Málaga, 2012, pág. 73.

⁴⁵⁷ GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág. 57.

de la que resultaron unos daños y perjuicios de indudable gravedad". Por ello "se admite la invocación de los preceptos de la ley de consumidores y usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios (...) sobre los aspectos funcionales"⁴⁵⁸. Se condena al pago de más de millón y medio de euros, tanto a la clínica como al ginecólogo.

En un caso similar vuelve a afirmar el Alto Tribunal que es responsabilidad de la clínica organizar las guardias de manera racional, de modo que si se producen dos urgencias al mismo tiempo puedan ser atendidas. El supuesto de hecho en la Sentencia de la Sala Primera de 20 de julio de 2009⁴⁵⁹ es el siguiente: la paciente se pone de parto y acude a una clínica ginecológica con un sistema de guardia localizada. Se prescribe por la matrona cesárea por sufrimiento fetal al tiempo que se activa el sistema de guardia localizada con carácter urgente, pero la cesárea se realiza demasiado tarde (había pasado más de una hora). El bebé sufre hipoxia intrauterina y nace gran inválido. Dice el Alto Tribunal: "el funcionamiento de un servicio (...) se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él (...) abstracción hecha de que hubiera quedado acreditada la culpa de un concreto facultativo o de un profesional sanitario". La clínica es condenada al pago de más de un millón de euros en aplicación de la legislación de consumidores y usuarios.

En lo que se refiere a las infecciones nosocomiales la doctrina general es la de responsabilidad objetiva, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 17 de septiembre de 2008⁴⁶⁰: "una infección hospitalaria como origen de las lesiones (...) para cuya apreciación se han de seguir criterios de imputación de carácter objetivo, y declarar la responsabilidad con arreglo a criterios igualmente objetivos, en línea con el sistema de

⁴⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 24 de mayo de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 336/2012, recurso 2128/2009, CENDOJ: Roj: STS 3450/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3450, Id Cendoj: 28079110012012100321, Base de datos SEPIN: SP/SENT/675454.

⁴⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2009, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 280/2009, recurso 173/2005, CENDOJ: Roj: STS 4866/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4866, Id Cendoj: 2807911001200910054, SEPIN: SP/SENT/469948.

⁴⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 17 de septiembre de 2008, Ponente Jose Almagro Nosete, resolución 806/2008, recurso 653/2002, Roj: STS 4758/2008 - ECLI:ES:TS:2008:4758 Id Cendoj: 28079110012008100751.

responsabilidad establecido en las normas protectoras de los consumidores y usuarios que invoca la demandante, y con la moderna orientación jurisprudencial”.

En la misma línea, la Sentencia de 30 de septiembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que afirma: *“No puede concluirse con certeza la atribución como causa exclusiva y excluyente del contagio del virus VHC a ningún factor concreto, sino que la conclusión se formula en términos de probabilidad. No obstante, la dificultad de acreditar la relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño padecido (...) no debe impedir la protección del perjudicado (...) pues, desde un plano hipotético, tal como pretende la administración, la infección pudo haberse contraído, ciertamente, al margen de la atención hospitalaria recibida. Sin embargo, la falta de prueba directa no debe impedir que se considere la existencia del nexo causal, acudiendo a la prueba indirecta o de presunciones”*⁴⁶¹. Existe un sistema de ayudas públicas para aquellos pacientes hemofílicos que hayan sido contagiados de hepatitis C a causa de tratamientos hospitalarios, con el requisito de renunciar previamente a cualquier reclamación contra la Administración o personal sanitario que para ella trabaje⁴⁶².

En los casos de transfusión de sangre contaminada debemos estar a la doctrina de la “doctrina del desarrollo técnico o riesgos del progreso”⁴⁶³, que parte de la derogada Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (hoy integrada en el Real Decreto Legislativo 1/2007) y que permitía la exoneración de responsabilidad del fabricante del producto cuando *“la prueba de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en*

⁴⁶¹ Se condena al pago de apenas 10.000 Euros, frente a los 180.000 que pedía el paciente.

⁴⁶² Ley 14/2002, de 5 de junio, por el que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público y otras normas tributarias.

⁴⁶³ Véase la absolución por transfusión de sangre contaminada por hepatitis C en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, de 7 de noviembre de 2012, Ponente María de los Desamparados Carles Vento, Sentencia número 960/2012, Recurso número 1791/2008, Base de datos Sepin referencia SP/SENT/703417.

*circulación del producto no permitía apreciar la existencia de defecto*⁴⁶⁴. Se exceptuaba de esta causa de exoneración los medicamentos, alimentos o productos alimentarios.

La sangre humana destinada a fines médicos se incluye en este concepto de “producto” y, por tanto, está excluida, en principio, de esta exoneración de responsabilidad. Sin embargo, la reforma del artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común⁴⁶⁵ vino a implantar la doctrina en los casos de transfusión de sangre contaminada. Luego por otra vía legislativa se exonera de responsabilidad a quien transfunda sangre contaminada con enfermedad, virus o bacteria que resulte indetectable en el momento de la transfusión (lo que, por otro lado, es de sentido común y podría argumentarse como caso fortuito). El momento a partir del cual se responde por el contagio de sangre contaminada es el año 1.990, como expone el Alto Tribunal: *“la doctrina del Tribunal Supremo acerca de que las pruebas de detección del virus de la hepatitis C son exigibles por el estado de la Ciencia Médica desde el inicio de 1990, toda vez que el citado virus fue detectado en el año 1989, tal como ha indicado la doctrina del Tribunal Supremo (...) ello conforme a lo dispuesto en la Orden de 3 de octubre de 1990”*⁴⁶⁶.

Otro de los casos paradigmáticos de déficit asistencial es el retraso en la prestación sanitaria. La Sentencia de 30 de noviembre de 2012 falla un caso en que el paciente queda ciego a consecuencia de un desprendimiento de retina que no es operado a tiempo. Dice la resolución: *“si bien el proceso de asistencia se adecuó a la lex artis (como consecuencia de la demora de más de un mes en la intervención), no puede negarse la existencia de nexo causal (...) entre la inactividad de la Administración y el daño causado (...) en el caso*

⁴⁶⁴ DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, pág. 219.

⁴⁶⁵ Esta norma se encuentra derogada a partir del 2 de octubre de 2016, por la letra a) del número 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 2 octubre).

⁴⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 8 de octubre de 2010, Ponente Juan Carlos Trillo Alonso, recurso número 5446/2005, ROJ: TS 5438/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5438, ID CENDOJ 28079130062010100505, LA LEY CJ: 181960/2010.

*de un desprendimiento de retina, sin lugar a duda uno de los principales factores que hay que controlar es el tiempo, ya que el pronóstico conforme pasan los días empeora*⁴⁶⁷.

En cuanto al fallo de materiales implantados en el cuerpo humano, se engloban los dispositivos utilizados como parte de la técnica médica (p. ej. un marcapasos) o el daño causado por aparataje utilizado como parte del diagnóstico (como aparatos de RX) o del tratamiento (como un bisturí eléctrico, por ejemplo). Se trata de casos complejos de juzgar por ser difícil delimitar la responsabilidad del médico (por elección del producto y la técnica médica inadecuados para el paciente o la patología) de la responsabilidad del producto (por defecto de fabricación o por errónea o insuficiente información en el prospecto).

Como ejemplo citaremos la Sentencia de 27 de febrero de 2012, en que se considera defectuoso un *stent* implantado en la arteria del paciente. El supuesto de hecho es el siguiente: Un hombre joven sufre una embolia y le ponen un *stent* en la arteria. El paciente continúa con su vida normal, que incluye realizar un gran trabajo muscular con el brazo afectado (trabaja como peón de obra) y el *stent* se rompe a los tres años de su implantación. A consecuencia de dicha rotura queda con incapacidad total para su profesión habitual. Se considera que no hay mala praxis médica ni tampoco responsabilidad objetiva por producto defectuoso. Se condena únicamente a la suministradora del producto a la cuantía de 92.000 Euros. En este caso parecía clara la aplicación de la legislación de consumidores, sin embargo la resolución falla que no se puede aplicar ni la ley de consumidores y usuarios ni la de producto defectuoso: *"en primer lugar, un stent no es un medicamento (...) sino un 'producto sanitario' (...) como lo define el artículo 8 de la Ley 25/1990, del Medicamento (...) la regulación específica de productos sanitarios se encuentra en el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, sobre regulación de productos sanitarios (...) en segundo lugar, la LGDCU 1984 no resulta de aplicación al*

⁴⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de noviembre de 2012, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 5330/2011, ROJ: STS 8111/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8111, ID CENDOJ 28079130042012100792.

presente caso (...) los artículos 25 a 28 no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (...) por lo que serán de aplicación las acciones propias de la responsabilidad civil extracontractual (...) ⁴⁶⁸.

En conclusión, podemos afirmar que, a día de hoy, la aplicación jurisprudencial de la responsabilidad objetiva no es absoluta puesto que se encuentran variadas excepciones. En algún caso se atiende, al menos formalmente, a un problema de prueba, como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 2012⁴⁶⁹. Esta resolución desestima una demanda en que el paciente alega haberse infectado el hueso de la cadera en el quirófano tras una operación. Considera la resolución que las periciales han probado que no pudo contagiarse en la operación por no coincidir el período de incubación de la bacteria con los síntomas manifestados por el paciente. Sin embargo, la Sentencia ha considerado probado que la infección es del tipo de las que solamente se producen por contacto directo y, dado que es un hueso, únicamente pudo contagiarse por procedimiento invasivo (quirúrgico). Y en otros casos directamente se inaplica la doctrina de la responsabilidad objetiva.

En este sentido es de reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de mayo de 2013⁴⁷⁰ que se aparta de la doctrina mayoritaria y absuelve en un caso de infección hospitalaria con el siguiente argumento: *“dado que el riesgo de infección hospitalaria no puede erradicarse por completo, es a la Administración a quien le incumbe la carga probatoria de que se hallaban previstas y se aplicaron adecuadamente las medidas preventivas y de profilaxis, siendo también correcta la atención dispensada una vez aislado el germen causante de la infección, y justificado tal*

⁴⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de febrero de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 45/2012, recurso 343/2009, CENDOJ: Roj: STS 1578/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1578, Id Cendoj: 28079110012012100136SEPIN: SP/SENT/666570.

⁴⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 2012, Ponente Alejandro María Valiño Arcos, resolución 572/2012, recurso 1229/2011, CENDOJ: Roj: SAP V 4241/2012 - ECLI:ES:APV:2012:4241, Id Cendoj: 46250370112012100461, SEPIN SP/SENT/699150.

⁴⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 28 de mayo de 2013, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 660/2013, Roj: STS 2732/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2732, Id Cendoj: 28079130042013100132.

proceder por la Administración sanitaria, corresponde a la parte reclamante desvirtuarlo". Es llamativa esta resolución no solo por no atender la doctrina general en esta materia, sino porque incurre en una *probatio diabólica*: como la Administración ha probado que esterilizó el quirófano, es el paciente quien debe probar que se contagió en el quirófano o que no tenía la bacteria en el organismo cuando entró a la operación.

Como resumen final, en relación a la Jurisprudencia en los casos en que se ha aplicado la normativa de consumidores y usuarios, la responsabilidad, en su ámbito subjetivo, será siempre referida a las clínicas, hospitales, Administración Sanitaria y aseguradoras (nunca al médico). En el ámbito objetivo, se referirá a los aspectos organizativos o bien al funcionamiento del servicio sanitario y, en especial, a casos relacionados con los siguientes ámbitos⁴⁷¹: infecciones nosocomiales, fallos en dispositivos implantados en el cuerpo, fallos en el material quirúrgico u hospitalario, daños desproporcionados en relación al acto médico, transfusiones de sangre y seguridad de las cadenas de asepsia y deficiencias estructurales de la prestación de asistencia médica (principalmente mala organización de las guardias). Y, en cuanto a su aplicabilidad real, hemos encontrado multitud de excepciones a la aplicación estricta de la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria.

5.2. La responsabilidad sanitaria de los entes jurídicos privados: Hospitales, Clínicas, Mutuas y aseguradoras.

En una condena por responsabilidad civil médica en el ámbito de la sanidad privada los obligados a indemnizar pueden ser variados. Enumera NAVARRO MICHEL a médicos y personal sanitario, centro asistencial y su

⁴⁷¹ Enumeración siguiendo a SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad civil de clínicas y compañías de asistencia médica", SEPIN, sección artículos monográficos, SP/DOCT/8043, 2010, pág. 3 y a GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 327.

personal y, por último, mutuas aseguradoras de la asistencia sanitaria⁴⁷². Como principio general es necesario apuntar que el hecho de existir diversos responsables de un hecho dañoso no convierte la responsabilidad en solidaria, incluso es posible que estas actividades que coadyuvan al resultado “*pueden estar sometidas a la misma regla de responsabilidad objetiva o no*”⁴⁷³. Como hemos visto más arriba, el médico responde únicamente por culpa y la Administración por su funcionamiento normal o anormal (aunque no de forma totalmente objetiva). En este epígrafe veremos en qué forma responden las personas jurídicas que intervienen en la prestación médica diferentes de la Administración sanitaria.

Desde el punto de vista subjetivo debemos diferenciar el sujeto que directamente presta la asistencia sanitaria (médico, ATS, auxiliar de clínica...) de la entidad donde se presta. Estos profesionales sanitarios pueden actuar privadamente o como funcionarios de la Administración sanitaria. Como ya hemos visto más arriba⁴⁷⁴, la actuación privada tiene naturaleza de contrato de arrendamiento de servicios y responde por culpa contractual del artículo 1.101 y concordantes del Código Civil, siendo la diligencia del buen padre de familia la *lex artis* médica (y, en su caso, el artículo 1.902 del Código Civil fuera del ámbito de lo pactado). Si actúa como funcionario de la Administración sanitaria responderá en tal cualidad.

El lugar donde se presta la asistencia sanitaria puede tener la forma de Hospital, Clínica o Centro de Salud, centros que se diferencian por su tamaño, la especialización de las instalaciones médicas o el horario de apertura pero no en cuanto a su naturaleza jurídica en lo que a este trabajo respecta. Estas entidades pueden tener relación directa o indirecta con el paciente. Será directa cuando el paciente ingresa “en un Hospital” (caso paradigmático es una urgencia médica con traslado en ambulancia) o indirecta cuando el paciente elige al profesional y es éste quien presta un servicio integral que incluye la elección del lugar físico de la prestación de servicios (caso del cirujano que

⁴⁷² ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 120.

⁴⁷³ ÁLVAREZ OLAYA, P., *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 150.

⁴⁷⁴ En el epígrafe relativo a la naturaleza del acto médico, Cap I, Epígrafe 1.1.

alquila el quirófano al Hospital para realizar sus intervenciones). En el mismo sentido GARCÍA BLÁZQUEZ Y CASTILLO CALVÍN: *“la relación jurídica se entabla entre el paciente y la institución (privada) de forma que, aún en el caso de elección por el paciente del profesional que haya de atenderle, la relación entre paciente y profesional será extracontractual y la responsabilidad exigible a la institución privada responsabilidad contractual”*⁴⁷⁵.

En cualquier caso, cada uno responde por su ámbito de competencias, de modo que, por ejemplo en una intervención quirúrgica, el médico por la corrección técnica de la intervención, el ATS por la esterilización del material y el Hospital por la asepsia de la instalación. Estas entidades pueden tener naturaleza pública, naturaleza privada o ser de titularidad privada pero prestar la asistencia pública en virtud de un contrato de gestión pública con la Administración sanitaria. Debemos resaltar que el carácter público, privado o concertado del centro hospitalario en ningún caso afecta a la responsabilidad que contrae con el paciente, de modo que todo lo dicho anteriormente sobre la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria es aplicable a los Hospitales y Clínicas privadas, incluida la aplicación de la legislación de consumidores y usuarios⁴⁷⁶.

Por otro lado, vemos que la tendencia actual en la Administración sanitaria es la privatización o externalización de los servicios. Reflexiona GUERRERO ZAPLANA: *“hace muchos años que se viene hablando de la llamada huida del derecho administrativo con la que la propia Administración trata de eludir los rígidos controles y procedimientos a los que se debe someter al regular su actuación por los preceptos de derecho público. La actuación de la Administración Pública por medio de empresas públicas, fundaciones o entidades de diverso tipo es una manifestación de esta huida del derecho administrativo y (...) es necesario valorar hasta qué punto esta circunstancia puede ir en menoscabo de las garantías de los ciudadanos”*⁴⁷⁷. Lo cierto es que el Estado (bien concebido como gobiernos centrales o autonómicos) se ha

⁴⁷⁵ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., CASTILLO CALVÍN, J.M., *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011, pág. 354.

⁴⁷⁶ Consultar Capítulo I Epígrafe 5.1.

⁴⁷⁷ GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág. 181.

visto desbordado por la imposibilidad de *“financiar, organizar y gestionar una atención sanitaria pública en cantidad y calidad para un Sistema sanitario concebido como universal”*⁴⁷⁸.

En lo que a este trabajo concierne, que es la atribución de responsabilidad al centro sanitario, la Jurisprudencia ha entendido que si el servicio es público y por tanto una obligación de la Administración, *“estaremos ante una prestación que es claramente pública independientemente de quién sea quien lo preste: bien la Administración directamente o bien cualquier clase de persona jurídica que asuma dicha prestación”*⁴⁷⁹. En algunos casos, estas clínicas u hospitales privados pueden prestar asistencia en función de un convenio singular o concierto que vincula a un centro con el Sistema Nacional o Autonómico de Salud. En el convenio singular, el centro mantiene la titularidad privada pero se asegurará *“que la atención sanitaria (...) se imparte en condiciones de gratuidad”*⁴⁸⁰. En el caso del concierto, *“quedará asegurado que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios”*⁴⁸¹. Por lo tanto, vemos que, con independencia de la titularidad pública o privada del centro, que exista convenio o concierto, la naturaleza de la actividad es pública y la reclamación del paciente sigue la misma vía (contencioso-administrativa).

En el caso de los Hospitales y clínicas privadas, la relación del paciente con el lugar físico donde recibe la prestación de servicios es la de un contrato atípico, denominado “contrato de clínica” o “contrato de hospitalización” y que abarca *“distintos tipos de servicio según la modalidad estipulada: así tienen cabida los servicios extra médicos –de hospedaje y alojamiento – y los asistenciales”*⁴⁸².

⁴⁷⁸ Esta “privatización” se ha hecho de tres formas: atribuyendo al sector privado determinadas tareas o servicios en organizaciones de titularidad pública, contratando la gestión sanitaria con organizaciones privadas o aplicando o constituyendo entidades empresariales, sometidas al ordenamiento jurídico privado en su mayor parte. TRESPADERNE BERACIERTO, M. I., *Argumentos para un nuevo enfoque en el enjuiciamiento de la responsabilidad por defectuosa asistencia en la organización sanitaria*, Comares, Granada, 2014, pág. 59.

⁴⁷⁹ GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág. 181.

⁴⁸⁰ Artículo 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁴⁸¹ Artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁴⁸² GIL MEMBRADO, C., *La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*, Comares, Granada, 2014, pág. 40. En el

Este contrato, al ser atípico y complejo, se regula por la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil), de modo que serán las propias partes las que lo dotarán de contenido y definirán si incluye o no prestación médica y cuál es el alcance de ésta⁴⁸³. Donde más difícil se hace delimitar la responsabilidad es en los actos paramédicos así como en los post-operatorios, puesto que incluyen acciones con contenido médico pero ejecución por otros profesionales (control de constantes, administración de medicación, cura de las heridas), donde será necesario delimitar *“dónde descansa la negligencia, si en las instrucciones que da el facultativo o en la ejecución que de ellas haya llevado a cabo el personal de la clínica”*⁴⁸⁴.

En este momento, tras la reciente aprobación del Real Decreto 945/2015, de 23 octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros, se ha suscitado un agrio debate dentro de la profesión de enfermería en su relación con estas actividades paramédicas. La práctica común hospitalaria en el paciente ingresado es que parte de la medicación la pauta, de hecho, la enfermera de turno en la planta (analgesia, goteros, antiinflamatorios, oxitocina en los partos, etc.), aunque no tiene, por falta de titulación, capacitación para ello. El Decreto trata de regular esta situación, al decir Exposición de Motivos: *“los médicos, los odontólogos y los podólogos, en el ámbito de sus competencias respectivas, son los únicos profesionales prescriptores, es decir, con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica (...) el artículo 79 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, confiere a los enfermeros la facultad para, de forma autónoma, indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a*

mismo sentido, GARCIA BLÁZQUEZ Y CASTILLO CALVÍN, quienes afirman que dicho contrato *“puede abarcar, o no, los actos pura y estrictamente médicos, según que, respectivamente, el paciente haya confiado a la clínica dichos actos médicos por medio de sus propios facultativos, dependientes laboral o profesionalmente de la clínica, o haya elegido libremente a un médico ajeno a los del referido establecimiento”*. GARCÍA BLÁZQUEZ, M., CASTILLO CALVÍN, J.M., *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011, pág. 335.

⁴⁸³ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad civil de clínicas y compañías de asistencia médica", SEPIN, sección artículos monográficos, SP/DOCT/8043, 2010, pág. 3.

⁴⁸⁴ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., CASTILLO CALVÍN, J.M., *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011, pág. 336.

prescripción médica y los productos sanitarios de uso humano relacionados con su ejercicio profesional, mediante la correspondiente orden de dispensación”.

En defensa de la práctica actual, la profesión de enfermería argumenta que su presencia es constante mientras que la visita del médico es puntual y que, sobre todo en determinados puestos (UCI, UCSI, salas de dilatación, etc.) se requiere de medicación urgente para evitar situaciones de máximo riesgo. Por todo ello entienden que la aplicación del Decreto puede causar perjuicios a los pacientes, sobre todo con el ratio de pacientes por médico de la medicina actual, puesto que *“la prescripción enfermera supone una herramienta fundamental para garantizar la continuidad de los cuidados y agilizar la toma de decisión respecto al proceso de salud del paciente, aspectos que inciden directamente en la optimización y coordinación de los recursos del Sistema Nacional de Salud y en la seguridad del paciente”*⁴⁸⁵. La práctica nos dirá cómo se aplica en trabajo diario del hospital la “orden de dispensación” (si de forma estricta o amplia) y si ello redunda en beneficio o en perjuicio del paciente.

Si no existe relación de dependencia entre el médico y la clínica, ésta no puede ser demandada en virtud del artículo 1.903 por los actos del médico sino únicamente por cuestiones relativas a las propias instalaciones (asepsia del material y adecuación de las instalaciones, por ejemplo). Así lo entiende GALÁN CORTÉS, quien apunta que cabe la condena por el artículo 1.903 *“siempre que la acción negligente tenga lugar en el círculo de actividades del centro hospitalario y por circunstancias que resulten atribuibles a sus empleados”*⁴⁸⁶. A pesar de lo dicho, apunta GIL MEMBRADO que *“en la práctica, la distinción entre unos supuestos y otros no está clara y si bien parece claro que algunas actuaciones sin duda entran dentro de la competencia de la clínica como la administración de medicamentos prescritos, el control de las constantes y la guarda y seguridad del paciente”*⁴⁸⁷, será

⁴⁸⁵ EDITORIAL, “Un Real Decreto de prescripción enfermera que deja sin protección jurídica a los profesionales”, Revista de la Organización Colegial de Enfermería, núm. 20733, noviembre de 2015, www.consejogeneralenfermeria.org/sala-de-prensa/noticias, 2015, pág. 2.

⁴⁸⁶ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 238.

⁴⁸⁷ GIL MEMBRADO, C., *La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*, Comares, Granada, 2014, pág. 41.

necesario analizar el caso concreto.

Por el contrario, si existe relación de dependencia entre ambos, la clínica será responsable por el artículo 1.903 (responsabilidad civil por hecho ajeno). No se trata de responsabilidad objetiva ni entran en juego los principios de Derecho Administrativo, sino que el Hospital (o el Servicio de Salud correspondiente) es responsable por hecho ajeno. La atribución de responsabilidad en función del artículo 1.903 se circunscribe, según ASÚA GONZÁLEZ, “a quienes presten el servicio sanitario en calidad de principal, manteniendo para los dependientes la imputación de responsabilidad por infracción de la *lex artis* (...) de este modo se andaría en una dirección en la que se ha dado un gran avance en la medicina pública, cuyos profesionales y a salvo de una condena penal no pueden ser demandados directamente”⁴⁸⁸. El artículo 4:202 de los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil ⁴⁸⁹ se refiere a la responsabilidad de la empresa: “la persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible. Defecto es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios”.

La atribución de responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1.903 se basa, en el fondo, en una presunción de culpa, bien “*in vigilando*” o bien “*in eligendo*” o bien en la idea de que a quien corresponde el beneficio de la actividad debe corresponderle también el perjuicio (o las consecuencias): “*ubi commoda, ibi incommoda*”⁴⁹⁰. Como se trata de responsabilidad objetiva y directa, el empresario o principal (en este caso el Hospital) puede exonerarse de responsabilidad probando que no hubo ninguna negligencia por su parte que

⁴⁸⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de responsabilidad civil*, (Dir). BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1226.

⁴⁸⁹ Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, European Group of Tort Law, consultar en <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>.

⁴⁹⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 86.

contribuyó a la causación del daño⁴⁹¹. En supuestos de sucesión de empresas, de franquicias médicas (dentales, cirugía estética, etc.) o de policlínicas, la persona jurídica responsable del daño causado será la *“aquella a la que en ese momento representaba o en nombre de la cual actuaba”*⁴⁹², protegiendo al paciente sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan a quien hubiese pagado el daño frente a la entidad jurídica responsable de su causación.

En cuanto a las Mutuas de asistencia sanitaria, se definen en la Ley General de la Seguridad Social⁴⁹³, en el artículo 80: *“son mutuas colaboradoras con la Seguridad Social las asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de este, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley. Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, una vez constituidas, adquieren personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. El ámbito de actuación de las mismas se extiende a todo el territorio del Estado”*.

Cuando la Mutua preste asistencia sanitaria por delegación de la Seguridad Social, como entidad colaboradora, se entenderá que actúa como ente administrativo y por tanto le será de aplicación la normativa aplicable a la Administración Pública sanitaria⁴⁹⁴. Así lo establece la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/92: *“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas,*

⁴⁹¹ BUSNELLI, F. y o., *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, SpringerWienNewYork, Austria, 2005, pág. 93.

⁴⁹² OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 74.

⁴⁹³ Actualmente, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

⁴⁹⁴ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., CASTILLO CALVÍN, J.M., *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011, pág. 386.

por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”⁴⁹⁵.

Las Mutuas, para hacer efectiva la prestación de asistencia sanitaria, se dotan de instalaciones y profesionales médicos para conseguir la recuperación de la salud de los trabajadores bajo su ámbito de acción y también se encargan de dotar económicamente una parte importante de las prestaciones por incapacidad temporal del trabajador. En algunos casos también conciertan con entes privados la asistencia sanitaria concreta (por ejemplo, una empresa de fisioterapia). También en estos casos la reclamación corresponde al Derecho Administrativo, no pudiendo oponerse al paciente las cláusulas de exclusión que haya firmado la Mutua con la entidad sanitaria privada. Así se prevé en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su Disposición Adicional Vigésima⁴⁹⁶, que les dota de naturaleza de contratos de gestión de servicio público.

Cualquiera que sea la forma en que la Administración Pública sanitaria acuerde, concierte, delegue, contrate o externalice con una entidad privada, la naturaleza del servicio seguirá siendo pública puesto que se trata del ejercicio de una competencia de naturaleza pública y es obligación del Estado extender

⁴⁹⁵ En el mismo sentido, GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág.181.

⁴⁹⁶ “Conciertos para la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por la mutualidad de funcionarios civiles del estado, la mutualidad general judicial y el instituto social de las fuerzas armadas.1. Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la mutualidad de funcionarios civiles del estado y el instituto social de las fuerzas armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público.2. Los conciertos que la mutualidad general judicial celebre para la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, y que sean precisos para el desarrollo de su acción protectora, se convendrán de forma directa entre la mutualidad y la entidad correspondiente, previo informe de la abogacía del estado del ministerio de justicia y de la intervención delegada en el organismo”.

el principio de igualdad *“a todas las formas de prestación sanitaria”*⁴⁹⁷. Por lo tanto, no afectará a la exigencia de responsabilidad civil médica más allá de la elección de la vía jurisdiccional aplicable (civil o contencioso-administrativa).

En cuanto a las aseguradoras de asistencia sanitaria, su responsabilidad en los casos de daños en la prestación sanitaria podrá declararse en los siguientes casos:

Primero.- Cuando exista una relación de dependencia de tipo empresarial entre la aseguradora y el médico prestador del servicio sanitario, en cuyo caso se declara responsabilidad en función del artículo 1.903 del Código Civil. Esta relación es clara cuando es laboral, *“sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la Jurisprudencia”*⁴⁹⁸.

Segundo.- Cuando se considera que el paciente contrae con la aseguradora la prestación de la asistencia sanitaria, y ello *“con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el art. 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria (...). El asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos”*⁴⁹⁹. En el mismo sentido, SEOANE PRADO, quien entiende que será responsable la aseguradora cuando del examen del caso se deduzca que *“la aseguradora asume directamente la prestación médica”*, puesto que entonces está contractualmente obligado a prestar una atención correcta y *“habrá de alcanzarle la responsabilidad establecida sobre los prestadores de servicios médicos a favor de los usuarios y la extracontractual derivada de la defectuosa actuación profesional de aquel al que se encomienda llevar a cabo*

⁴⁹⁷ GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág. 192.

⁴⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de junio de 2009, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución número 438/2009, recurso 2701/2004, Roj: STS 3490/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3490, Id Cendoj: 28079110012009100381, Base de datos SEPIN SP/SENT/462165.

⁴⁹⁹ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad civil de clínicas y compañías de asistencia médica", SEPIN, sección artículos monográficos, SP/DOCT/8043, 2010, pág. 10.

la prestación médica que el seguro tiene por objeto"⁵⁰⁰.

En el mismo sentido ROCA I TRÍAS, quien afirma que dependerá su responsabilidad del tipo de contrato firmado con el asegurado, puesto que su obligación contractual puede ser de prestar directamente la asistencia sanitaria o simplemente de reembolsar gastos. En estas modalidades de contrato (de reembolso), si bien pudiera parecer que la entidad no se ha comprometido a la prestación de la asistencia sanitaria y por tanto no es responsable de la calidad de la misma, la Jurisprudencia ha impuesto responsabilidad en algunos a la aseguradora en virtud de la doctrina de la apariencia⁵⁰¹.

En contra GALÁN CORTÉS, quien entiende que en los seguros de libre elección del personal médico (de reembolso), *"la aseguradora carece de responsabilidad alguna por los actos médicos realizados por el personal sanitario libre y directamente elegido por el asegurado"*⁵⁰².

Tercero.- En ocasiones se ha considerado responsable la aseguradora con base en "la doctrina de la apariencia" o de los actos con que se publicita el contrato, entendiendo que éstos forman parte del contenido contractual con base a la legislación tuitiva de consumidores y usuarios. Se considera que el médico actúa como auxiliar de la compañía aseguradora aunque no mantenga una relación laboral con ella⁵⁰³. También se incluye en este grupo la responsabilidad de la aseguradora en la elección del facultativo, bien mediante la inclusión del mismo en el cuadro médico o bien con la designación directa cuando el asegurado contacta con la compañía para solicitar un especialista, por considerarlo "culpa in eligendo". En este caso matiza CARRERAS MARAÑA que cuando se trate de un caso de estricta culpa o negligencia del médico, no responderá la aseguradora del paciente sino la del profesional

⁵⁰⁰ SEOANE PRADO, J., "En un acto médico negligente, ¿responden las aseguradoras en virtud de una póliza de seguro de asistencia sanitaria?", Encuesta Jurídica, Base de datos SEPIN, SP/DOCT/4044, www.sepin.es, 2009, pág. 3.

⁵⁰¹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 120.

⁵⁰² GALÁN CORTÉS, J. C., "En un acto médico negligente, ¿responden las aseguradoras en virtud de una póliza de seguro de asistencia sanitaria?", Encuesta Jurídica, Base de datos SEPIN, SP/DOCT/4044, www.sepin.es, 2009, pág. 3.

⁵⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 16 de enero de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 948/2011, recurso 2243/2008, El Derecho EDJ 6926/2012, CENDOJ ID: 28079110012012100028.

sanitario. Únicamente cuando haya existido, en vez de o además de un acto médico negligente, una situación determinada por *“la falta de medios de la aseguradora; por presiones al médico para que atienda a más pacientes de los debidos conforme a una adecuada praxis médica y ello haya incidido en la negligencia”*⁵⁰⁴ se podrá declarar la responsabilidad de la aseguradora del paciente.

Cuarto.- También se aplica la reciente Jurisprudencia relativa a la legislación de consumidores y usuarios a la prestación médica a la aseguradora sanitaria. Sin embargo, en otros casos se exonera a la aseguradora precisamente por entender que no le corresponde la aplicación de tal legislación. Como ejemplo, la Sentencia de 27 de septiembre de 2010⁵⁰⁵. Es el caso de un parto en que el bebé contrae meningitis a consecuencia de la anestesia epidural de su madre y queda parcialmente sordo. En los tribunales inferiores se estima la demanda, aplicando la legislación de consumidores por tratarse *“de un daño que no podía esperarse del desarrollo normal del contrato de asistencia sanitaria, y en esa medida la entidad ha de responder por lo que se considera una deficiente prestación del servicio”*. En casación, a pesar de estar de acuerdo el Alto Tribunal con la anterior afirmación, declara no aplicable la legislación de consumidores y usuarios puesto que los demandados son el médico y la aseguradora en la modalidad de seguro de reembolso y considera que no es aplicable a estos sujetos la responsabilidad objetiva: *“el régimen de responsabilidad objetiva impuesto (...) en la LGDCU únicamente podrá ser aplicable a los hospitales, clínicas y centros sanitarios cuando presten servicios sanitarios que por su propia naturaleza o por disposición reglamentaria deban cumplir los requeridos niveles de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación bajo controles técnicos y profesionales”*⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ CARRERAS MARAÑA, J. M., "En un acto médico negligente, ¿responden las aseguradoras en virtud de una póliza de seguro de asistencia sanitaria?", Encuesta Jurídica, Base de datos SEPIN, SP/DOCT/4044, www.sepin.es, 2009, pág. 5.

⁵⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de septiembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 575/2010, recurso número 2222/2006, El Derecho EDJ 2010/213607, CENDOJ ID: 28078110012010100594, Roj: STS 5151/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5151.

⁵⁰⁶ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 de octubre de 2010, en que tras la intervención de un lipoma gigante en el gemelo quedan secuelas como cojera, dolor y talonera. Se invoca por el demandante la legislación de consumidores, pero se descarta por el Tribunal su aplicación.

6. ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

6.1 La vía jurisdiccional competente para reclamar daños causados por la Administración Sanitaria.

Una vez se ha confirmado la existencia de daño y atribuido dicho resultado a la actuación del profesional médico nos plantearemos el ámbito jurisdiccional aplicable. Con independencia de la vía penal, que es preferente pero no objeto de este estudio⁵⁰⁷ y dado que los supuestos de muerte o lesiones causadas dolosamente por personal sanitario son prácticamente inexistentes⁵⁰⁸, será la *“imprudencia la forma de culpabilidad que suscita mayor interés en el ámbito sanitario”*⁵⁰⁹ y, por tanto, el resto de reclamaciones (bien que no han ido por vía penal o que han terminado en ésta) se interpondrán por vía civil o contencioso-administrativa.

Veamos a continuación en qué casos corresponde una u otra jurisdicción y si son excluyentes o existe la opción de demandar en ambas. En cuanto al usuario-consumidor es claro que la protección se otorga al paciente⁵¹⁰. Respecto al médico, cuando se trate del ejercicio privado de la medicina no hay duda, la jurisdicción es la civil puesto que no interviene ejercicio de potestades públicas. Pero cuando el acto médico haya sido realizado en el marco de la medicina pública y es demandada, únicamente o junto al médico o la aseguradora, una administración pública, bien estatal (INSALUD) o autonómica (Servicio Valenciano de Salud, SERVASA, por ejemplo), ¿sigue siendo competente la jurisdicción civil?

⁵⁰⁷ No puede equipararse el dolo penal al civil, según ROMERO COLOMA, A. M., *El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pág. 8.

⁵⁰⁸ Destaca, por su triste protagonismo, el llamado “Caso Maeso”, con casi 300 pacientes afectados.

⁵⁰⁹ SANZ MULAS, N., “La responsabilidad penal del personal”, en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, (Dir). LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, pág. 312. Continúa la autora diciendo que la imprudencia, si es grave, constituirá delito y si es leve, falta. Para determinarlo se acudirá a la *lex artis*, al grado de descuido o de impericia. En este momento ya no existe Libro III del Código Penal, las faltas se han despenalizado o convertido en delito, según la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁵¹⁰ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 319.

La respuesta a esta pregunta no es sencilla ni pacífica “y el problema dista de estar totalmente resuelto”⁵¹¹. Veamos los diferentes supuestos:

Primero.- Antes de la entrada en vigor de la LO 19/2003 de 23 de diciembre.

A pesar de haber transcurrido ya 13 años, teniendo en cuenta que el plazo de prescripción de un año no comienza hasta la curación de las lesiones y, por otro lado, el tiempo que puede tardar un asunto hasta llegar al Tribunal Supremo, continuamos viendo Sentencias cuyo supuesto de hecho se produjo antes de la entrada en vigor de la norma, el 1 de enero de 2004. En cualquier caso, la doctrina está consolidada en este punto, puesto que se admitía la competencia del orden jurisdiccional civil junto a la contencioso-administrativa. El argumento jurisprudencial fue que “el perjudicado no puede verse privado del ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración (...) se mantiene excepcionalmente la vis atractiva del orden civil en los casos en que se demanda a la Administración junto con su aseguradora”⁵¹².

Como consecuencia de esta postura jurisprudencial se podría decir que el paciente podía “elegir” jurisdicción. Dependiendo de cómo estimara de sólida su pretensión podía acudir bien a la jurisdicción civil (más rápida) o a la contenciosa (más beneficiosa en términos de prueba). Porque acudir a la vía contenciosa “resulta ventajoso para el médico pues se libera de la carga personal que el error le supone, y también para el paciente que se libera de la pesada carga de la prueba de la culpa”⁵¹³. Por otro lado, acudir a la jurisdicción civil puede suponer mayores indemnizaciones (por la mayor aplicación del

⁵¹¹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 291. El debate doctrinal en esta materia viene de antiguo, pues ya en el año 1.995 comienza PANTALEÓN PRIETO su libro diciendo: “el problema de mayor actualidad en materia de responsabilidad civil por acto médico se refiere a algo aparentemente tan técnico como la jurisdicción competente para conocer de las cuestiones sobre responsabilidad del INSALUD por daños derivados de la asistencia sanitaria. Y este asunto, que si fuera puramente técnico no habría adquirido tanta importancia”. PANTALEÓN PRIETO, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 15.

⁵¹² SOTO NIETO, F., “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Existencia de aseguradora. Jurisdicción. Competencia”, *Diario La Ley*, Nº 7490, Sección Doctrina, 18 de Octubre de 2010, Año XXXI, Ref. D-314, 2010, pág. 6.

⁵¹³ REAL CUENCA, F., “Contestación a SANTA CRUZ AYO, M.J. en su discurso Diagnóstico y formas de gestión de la responsabilidad civil médica”, *Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, número 79, pág. 52.

principio de la *restitutio in integrum*) y una mayor rapidez en la resolución del pleito, por el menor colapso de los juzgados civiles y la no necesidad de presentar reclamación administrativa previa. Este efecto indeseado de la norma trató de paliarse con una reforma legislativa, que, como veremos a continuación, tampoco consiguió zanjar la cuestión de manera definitiva.

Segundo.- El período posterior a la reforma de la Ley Orgánica del Poder judicial tras la LO 19/2003.

Esta Ley modificó el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de modo que a partir de este momento la competencia será de la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que se haya demandado a la Administración pública, independientemente de si también se ha demandado a la aseguradora de la administración o a otros sujetos privados.

Dice el artículo 9.4. en su actual redacción: *“Conocerán, asimismo, (la jurisdicción contencioso-administrativa) de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración junto a la Administración respectiva”*. Esta reforma atribuyó de forma definitiva la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa y se debió a una intención del legislador de evitar lo que tantas veces se ha denominado *“lamentable peregrinaje jurisdiccional”*⁵¹⁴. A pesar de ello, a día de hoy vía jurisdiccional aplicable sigue sin estar totalmente definida. Veamos las tres situaciones que pueden darse para la exigencia de reparación del daño causado por la Administración Sanitaria: que el particular demande únicamente a la Administración, que

⁵¹⁴ Se refiere esta expresión a aquellos supuestos en que el pleito había llegado hasta el Tribunal Supremo y se fallaba la incompetencia de la jurisdicción, con lo que se “condenaba” al demandante a volver a comenzar su pretensión desde la instancia en otra jurisdicción. Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial, Sección 42, 66/2009, de 19 de junio, Recurso 6/2009, Ponente Ángel Aguillo Aguilés, SP/AUTJR/541398.

demande a la Administración junto a aseguradora y, por último, que se demande únicamente a la aseguradora.

Primer supuesto: Se demanda únicamente a la Administración.

Resulta indiscutible la competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción contenciosa. Así se prevé en el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que regula la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que declara competente a este orden para el conocimiento de: *“la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”*. También la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo común (LRJAPC), de 26 de noviembre, en su artículo 144 establece que del daño causado por los particulares al servicio de la Administración (en este caso, médicos y personal sanitario) responderá directamente la Administración y dicha responsabilidad se exigirá conforme al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, que se regula en los artículos 139 y siguientes de la misma norma.

Segundo supuesto: Se demanda a la Administración junto a su aseguradora.

La respuesta legislativa es clara en torno a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, configurada en la ley también como exclusiva y excluyente. Dice así GUERRERO ZAPLANA: *“la reclamación que se dirige frente a la Administración, aunque también se dirija frente a la entidad privada prestadora de la concreta asistencia, debe plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa en todo caso”*⁵¹⁵.

⁵¹⁵ *“Sólo es competente la jurisdicción civil si se reclama frente a la asistencia prestada por la medicina privada o frente a la Compañía Aseguradora mediante la acción directa”*. GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág. 240.

Sin embargo, a pesar del tenor literal de la norma y de la decidida intención del legislador, existen voces discrepantes sobre la posibilidad de acudir también a la legislación civil.

El argumento gira en torno a la naturaleza jurídica de la acción directa contra la aseguradora, puesto que se configura como un *“derecho subjetivo, específico, autónomo e independiente, a favor del perjudicado frente a la aseguradora del daño y en la que no se exige un litisconsorcio pasivo necesario pues se articula sobre una solidaridad impropia ciertamente peculiar que consiente la vida autónoma de cada acción procesal”*. A pesar de tratarse la afirmación anterior de un momento anterior a la reforma, continúa afirmando SEIJAS QUINTANA que si el legislador hubiera querido solucionar de forma definitiva lo habría hecho, pero ha dejado la puerta abierta, de forma que *“no sería de extrañar que la Sala Primera del Tribunal Supremo continúe defendiendo la atribución competencial de esta materia a su orden jurisdiccional, apelando, en último caso, a la vis atractiva de la jurisdicción civil o a la siempre ocurrente tutela judicial efectiva”*⁵¹⁶.

En el mismo sentido, la Sentencia de 15 de octubre de 2013⁵¹⁷ afirma que se trata de un *“problema que ha sido resuelto reiteradamente por esta Sala, atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, contra el asegurador de la Administración, antes y después de la reforma del artículo 9 de la LOPJ”*. Esta postura ha sido mantenida también por la Sala de Conflictos del Alto Tribunal, en un conflicto negativo de competencia entre un Juzgado de Primera Instancia y una Sala de lo Contencioso. En este caso se demandó únicamente a Zurich como aseguradora de la Administración, *“por la deficiente asistencia sanitaria prestada por su asegurado, el Servicio Murciano de Salud, que tiene concertada póliza de responsabilidad civil cubriendo riesgo derivado de la prestación del servicio sanitario”*. Se incoa el procedimiento contra la aseguradora pero posteriormente se persona el Servicio Murciano de

⁵¹⁶ SEIJAS QUINTANA, J. A., *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, 2ª Edición, Sepin, Madrid, 2015, pág. 56.

⁵¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de octubre de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 616/2013, recurso 1578/2011, El Derecho EDJ 197146/2013, CENDO ID: 28079110012013100552, referencia SEPIN SP/SENT/736565.

Salud solicitando su admisión como demandado. En este momento procesal el Juzgado de Primera Instancia se abstiene “*por entender que la competencia correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa*”⁵¹⁸. El Tribunal Supremo falla que corresponde la jurisdicción civil, a pesar de encontrarse demandada también la Administración.

En conclusión, cuando se demanda a la Administración junto a la aseguradora no es unánime cuál es la jurisdicción competente, de modo que cabría tanto accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa como ante la civil (a pesar de la dicción literal de la ley).

Tercer supuesto: Se demanda únicamente a la aseguradora de la Administración Sanitaria.

La cuestión tampoco es pacífica. De forma mayoritaria, los tribunales civiles entienden que la única jurisdicción competente es la civil. Dice la Sala Primera del Tribunal Supremo: “*la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella junto a la Administración respectiva (...) lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros*”⁵¹⁹. La misma solución se da en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de junio de 2015: “*al ejercitar la acción directa contra la aseguradora de la administración la jurisdicción competente es*

⁵¹⁸ Auto del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Jurisdicción, de 19 de diciembre de 2013, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, auto número 35/2013, Roj: ATS 12345/2013 - ECLI:ES:TS:2013:12345A, Id Cendoj: 28079160422013200039.

⁵¹⁹ Esta sentencia se refiere a un caso de “*perpetuatio iurisdictionis*”: se trata de un paciente al que, a consecuencia de una biopsia medular, se le causan graves lesiones. El paciente demanda únicamente a la aseguradora, Zurich y la demanda se admite. Posteriormente el Instituto Catalán de Salud se persona en el procedimiento en primera instancia y ambos son condenados solidariamente al pago de 167.783 Euros. Se recurre a la Audiencia Provincial y ésta no entra en el fondo puesto que estima la excepción de incompetencia de jurisdicción, entendiendo que el conocimiento del pleito le correspondía a la jurisdicción contenciosa por estar demandada la Administración. El demandante recurre al Tribunal Supremo por infracción procesal, recurso que se estima y se devuelve el caso a la Audiencia para que entre en el fondo. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de octubre de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 616/2013, recurso 1578/2011, El Derecho EDJ 197146/2013, CENDO ID: 28079110012013100552, referencia SEPIN SP/SENT/736565.

la civil”⁵²⁰. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de marzo de 2015: *“cuando se demanda exclusivamente a la compañía que presta el servicio sanitario, sin hacerlo –junto a la Administración-, el orden contencioso-administrativo no tiene actividad administrativa que enjuiciar, siendo competente la jurisdicción civil”*⁵²¹. También GUERRERO ZAPLANA entiende que prima la vis atractiva de la jurisdicción civil, a pesar que *“la defensa de la aseguradora frente a la acción directa no podrá realizarse de modo independiente (...) por lo que, en el fondo, se está realizando una cuestión jurídica artificial”*⁵²².

La resolución de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015⁵²³ vuelve a incidir en la diferencia entre demandar única o conjuntamente: *“cuando la acción de responsabilidad se ejercita única y exclusivamente contra personas jurídicas privadas (concesionaria y/o aseguradora), opción que compete a la reclamante, su conocimiento viene atribuido al orden jurisdiccional civil”*. Esta misma resolución apunta que, de haber demandado conjuntamente a la Administración y a la aseguradora, la jurisdicción competente sería la contencioso-administrativa, pero, al haber reclamado únicamente contra la aseguradora, la jurisdicción competente es la civil. Y la elección entre demandar a una o a ambas es una “opción que compete a la reclamante”. De esta forma la resolución despeja las dudas sobre la existencia de una solidaridad impropia y sienta el principio de libertad en el reclamante, que no se ve limitado en sus opciones procesales.

Va más allá la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, que aboga a favor de la competencia exclusiva de la jurisdicción civil: *“el perjudicado por la actividad de un servicio público asegurado - en uso del derecho que le reconoce el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro - decida dirigirse directa y*

⁵²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de junio de 2015, Ponente Vicente Ortega Llorca, Sección 6ª, resolución número 153/2015, recurso 176/2015, SP/SENT/832301.

⁵²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de marzo de 2015, Ponente Asunción Claret Castany, Sección 19ª, resolución 32/2015, recurso 579/2013, SP/SENT/811816.

⁵²² GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág. 196.

⁵²³ Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos, Sección 42, de 24 de abril de 2015, Ponente Inés Huerta Garicano, recurso número 4/2015, Roj: ATS 2965/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2965A, Id Cendoj: 28079160422015200007, referencia SEPIN AO/AUTRJ/811894.

*únicamente contra la compañía aseguradora, la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil*⁵²⁴.

No obstante, encontramos voces discrepantes, como la de CARRERAS MARAÑA quien entiende que *“la sede natural del proceso es la contencioso-administrativa (...) puesto que la acción se deduce en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio*⁵²⁵”. En el mismo sentido, GARCÍA BLÁZQUEZ y CASTILLO CALVÍN, quienes afirman: *“una vez interpuesta demanda contra la aseguradora del ente público causante del daño en vía civil, sin demandar a dicho ente público, la aseguradora solicita la intervención provocada al proceso de la Administración, lo que en la práctica supone que, una vez incorporada, el juzgado civil se deba inhibir a favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo”*⁵²⁶.

También la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de 29 de abril de 2014¹⁸³ apunta que *“cuando la acción de responsabilidad se dirija solo contra la aseguradora de la Administración no es obligatorio su conocimiento en el orden contencioso-administrativo”*. A contrario sensu, es posible su conocimiento, pero dado que el procedimiento ya se había iniciado en el orden jurisdiccional civil, no es “obligatorio” que el tribunal se inhiba.

En conclusión, vemos que la cuestión sigue sin solucionarse puesto que en la práctica es aún posible “elegir” la vía jurisdiccional en la que el paciente va a litigar. Así lo entiende RIVAS LÓPEZ: *“estos esfuerzos legislativos no han logrado el completo consenso jurisprudencial”*⁵²⁷. Circunstancia que, si bien se puede pensar que afecta a la seguridad jurídica, por otro lado, consideramos beneficiosa para el paciente debido a las dos razones antes apuntadas: la

⁵²⁴ Auto del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Jurisdicción, de 19 de diciembre de 2013, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, auto número 35/2013, Roj: ATS 12345/2013 - ECLI:ES:TS:2013:12345A, Id Cendoj: 28079160422013200039.

⁵²⁵ CARRERAS MARAÑA, J. M., “¿Qué jurisdicción es competente para conocer de la reclamación formulada frente a la aseguradora de la Administración por los daños causados por ésta?”, Base de datos SEPIN, Encuesta jurídica, referencia SP/DOCT/3486, www.sepin.es, 2007, pág. 15.

⁵²⁶ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., CASTILLO CALVÍN, J.M., *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011, pág. 386.

⁵²⁷ RIVAS LÓPEZ, A. L., *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación asesores locales, El Derecho Práctico, Málaga, 2012, pág. 14.

mayor rapidez de la vía jurisdiccional civil y las mayores cuantías indemnizatorias que, como media, se conceden en la vía civil. Como en muchas otras ocasiones, los procedimientos se tramitarán por una u otra vía en función de la estrategia procesal del Letrado, que en buena medida va a depender de las circunstancias particulares de su cliente.

Por último debemos hacer referencia a una cuestión diferente: qué ocurre cuando un funcionario demanda a su mutualidad (ISFAS o MUFACE) en vía contencioso-administrativa por mala praxis médica, solicitando responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pero por la prestación médica en aseguradora privada. Ello ocurrirá cuando el funcionario-mutualista, en ejercicio de su derecho de libre elección, escoge recibir su prestación sanitaria como funcionario en compañía privada (ASISA, ADESLAS, DKV, etc.) en vez de en la Seguridad Social. Si bien ha existido jurisprudencia contradictoria en las diferentes Comunidades Autónomas y aún en la Audiencia Nacional, lo cierto es que el Tribunal Supremo tiene sentada doctrina en el sentido de que será la Administración quien responda en estos casos en estos casos.

Veamos como ejemplo la Sentencia de 9 de diciembre de 2015. Se demanda por mala praxis en un procedimiento quirúrgico, solicitando 151.000 Euros por los daños causados. En la Audiencia Nacional se desestimó la demanda por considerar que la vía jurisdiccional contenciosa no era la procedente (sino la civil) por tratarse de mutualista de MUFACE que demandaba por mala praxis sanitaria de un médico del cuadro médico de ASISA, sin haber demandado al médico ni a la aseguradora, sino únicamente a la mutualidad. Dice así: *“los daños y perjuicios que reclama (la actora) no son imputables a actuación administrativa alguna en la que MUFACE interviniese de manera inmediata y directa interfiriendo en la relación paciente/médico, sino que esos daños se los imputa a un profesional médico que integra el servicio asistencial de ASISA, sin que haya dirigido la acción ni contra esta entidad, ni contra los médicos que intervinieron en estos hechos, por lo que su actuación no puede ser juzgada en este procedimiento y deberá, en su caso, ejercerse ante los Tribunales civiles correspondientes”*. El Tribunal Supremo, aplicando el criterio contrario, anula la Sentencia de la Audiencia Nacional, entendiendo el Alto Tribunal que debe

responder la Administración Pública en estos casos y, por tanto, la vía jurisdiccional ha sido la adecuada. Por ello anulan “*la expresada sentencia, ordenando devolver las actuaciones al órgano de instancia para que se pronuncie sobre el tema debatido*”⁵²⁸.

6.2. Prescripción y legitimación de la acción para exigir responsabilidad médica.

Cuál es el plazo de prescripción de la acción para hacer efectivas las responsabilidades civiles derivadas de la prestación sanitaria no es una cuestión pacífica. En primer lugar depende de la consideración de la relación médico-paciente como contractual o extracontractual o la aplicación de la doctrina de la unidad de culpa civil y, en segundo lugar, del carácter público o privado de la prestación sanitaria.

Cuando se trata de sanidad pública, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, la demanda se presenta contra la Administración o la aseguradora o contra ambas, de modo que el plazo de prescripción será de un año, tal y como se establece en el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común⁵²⁹: “*En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”. Como apunta ROCA TRÍAS, en este ámbito jurisdiccional la demanda no va dirigida contra el médico, sino que en la medicina pública se trata de una

⁵²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de diciembre de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso 967/2014, ROJ: STS 5339/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5339, ID CENDOJ: 28079130042015100367, LA LEY CJ: 191263/2015.

⁵²⁹ Esta norma se encuentra derogada a partir del 2 de octubre de 2016, por la letra a) del número 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 2 octubre).

acción contra la Administración pública por negligencia de un funcionario público (el médico)⁵³⁰.

No hay controversia en torno al plazo de prescripción, que es de un año, la dificultad estriba en fijar el *dies a quo*. Se aplica el criterio general de la *actio nata*⁵³¹, que es el momento a partir del cual pudo ejercitarse la acción⁵³², de modo que el plazo comienza a computarse cuando es posible fijar el alcance o cuantía del hecho dañoso, que será el momento de curación o de estabilización lesional, de modo que pueda fijarse el alcance de las secuelas. *“Es reiterada la doctrina jurisprudencial de que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad, sino la de determinación del efecto de invalidez de las secuelas, es decir, el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se conoce su alcance no puede reclamarse con base a ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento preciso del entidad de los perjuicios”*⁵³³. La mayor dificultad estará en la fijación del plazo de inicio de cómputo de los daños continuados porque no existen normas generales que puedan abarcar todos los casos⁵³⁴.

En el caso de las transfusiones de sangre que contagiaron SIDA apunta PLAZA PENADÉS que es especialmente problemática la determinación del *dies a quo*, puesto que entre el contagio y la manifestación de la enfermedad pueden transcurrir años y suele alegarse la prescripción por transcurso de un año desde el contagio, no admitiendo los tribunales este inicio del cómputo sino

⁵³⁰ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 121.

⁵³¹ GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág. 207.

⁵³² ESTRUCH ESTRUCH, J., *La responsabilidad civil del Registrador*, Fundación Registral, Madrid, 2014, pág. 345.

⁵³³ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad sanitaria: identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad", en Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 539.

⁵³⁴ *“Se puede afirmar que ni el alta hospitalaria, ni la determinación del grado de invalidez o incapacidad son momentos que, forzosamente, deban coincidir con el inicio del cómputo prescriptivo”*. GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág. 208.

que atienden a la fijación del daño en toda su extensión⁵³⁵. Difícilmente puede ejercitarse una acción para resarcir un daño que no se conoce.

Este es el criterio utilizado en la Sentencia de 6 de mayo de 2015. El caso se el siguiente: nace un bebé con retraso mental en el año 1.988, retraso causado por sufrimiento fetal durante el parto por tardanza excesiva en la realización de la cesárea. Los padres demandan en el año 2.006 y la Administración se defiende alegando prescripción de la acción, argumento que es acogido por la primera instancia, quien desestima los pedimentos de los padres. En la casación alegan que la acción no ha prescrito porque no conocieron el diagnóstico de *“retraso mental moderado”* hasta el año 2.006, cuando la Consejería de Sanidad de Madrid le reconoció el grado de minusvalía del 68 por ciento *“con la presencia, entre otras lesiones, de retraso mental moderado”*. El Tribunal Supremo entiende adecuada la interpretación de los padres y afirma: *“solo entonces, a juicio de este Tribunal, han podido los interesados conocer en todas sus dimensiones el alcance efectivo de las secuelas, pues solo a partir de aquella fecha cabe afirmar que el retraso que efectivamente padece Dimas se sitúa en un grado (el moderado), cualitativamente distinto al que hasta entonces había sido establecido. No olvidemos que en el reconocimiento anterior de minusvalía (del 33 por ciento), se calificó el retardo como leve y que, como se ha razonado, nada hay en los informes emitidos que permita inferir la clara e indubitada existencia de una deficiencia intelectual superior a la leve”*⁵³⁶. En casación se estimó la demanda, aunque parcialmente, concediendo 110.000 Euros en vez de los 800.000 Euros solicitados.

En este ámbito ha sentado doctrina recientemente el Tribunal Supremo, al fijar que el plazo de prescripción para la acción que los funcionarios mutualistas de MUFACE ejerciten *“contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél daño*

⁵³⁵ PLAZA PENADÉS, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 193.

⁵³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 6 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 2099/2013, ROJ: STS 2135/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2135, ID CENDOJ: 28079130042015100168, LA LEY CJ:59440/2015.

*sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año*⁵³⁷.

Cuando nos encontramos en sanidad privada también debemos distinguir entre aquellos casos en que el paciente contrata directamente con el médico, donde la relación es contractual⁵³⁸ y aquellos otros en que la naturaleza de la relación es extracontractual (urgencias, contrato con la aseguradora, nulidad del contrato entre médico y paciente, daño de tercero que no contrató, etc.)⁵³⁹. Esta diferencia, si bien puede tener relevancia en otros ámbitos, no la tiene tanto en materia de prescripción puesto que en esta materia rige lo que se ha dado en llamar la “unidad de culpa civil” que se aplica a “*esa zona pretendidamente fronteriza que existe entre la responsabilidad contractual y extracontractual*”⁵⁴⁰. Se trata de una construcción jurisprudencial que acuñó el Tribunal Supremo en los años 90, a favor del perjudicado por un hecho dañoso, para evitar que quedara constreñido en su reclamación por el estricto régimen de prescripción de la responsabilidad extracontractual o de prueba de la relación contractual y conseguir, en definitiva, que fuera resarcido de sus perjuicios.

Lo explica así el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana: *“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 de los demandados, en determinadas ocasiones y siempre que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual o extracontractual, admitir una u otra acción,*

⁵³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de octubre de 2015, Ponente resolución número 546/2015, recurso 959/2103, Roj: STS 4148/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4148, Id Cendoj: 28079119912015100035 referencia LA LEY CJ 142747/2015, Base de datos SEPIN SP/SENT/828010. El argumento de la resolución es que la relación entre el mutualista y la entidad concertada por MUFACE que presta el servicio sanitario tiene naturaleza extracontractual, puesto que el funcionario no contrata directamente con la aseguradora médica y, por tanto, el plazo de reclamación es el año del artículo 1.902 (en relación con el 1.968) del Código Civil.

⁵³⁸ Hoy está mayoritariamente aceptado en la doctrina que la relación médico-paciente es contractual. JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*, Tecnos-práctica jurídica, Madrid, 2011, pág. 51.

⁵³⁹ Con más detalle se estudia esta materia en el epígrafe dedicado a la naturaleza del acto médico. LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 26.

⁵⁴⁰ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 51.

siquiera no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo da mihi factum dabo tibi ius. Como excepciones (...) en los supuestos de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación y violación del deber general de no causar daño a otro, junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en caso de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que mas se acomodan a ello”⁵⁴¹.

Por otro lado es necesario recordar que el instituto de la prescripción debe siempre interpretarse con carácter restrictivo, por tratarse de una institución que prima la seguridad del tráfico jurídico frente a la justicia material del caso individual⁵⁴².

Hay ocasiones en que también se considera extracontractual la relación del médico a pesar de tratarse de un hospital privado. Es el caso de la Sentencia de 14 de septiembre de 2015, en que se juzga el caso del fallecimiento de una paciente de 26 años durante la operación de introducción de un balón gástrico en la unidad de obesidad de un hospital privado. En primera y segunda instancia se condena al hospital y al médico, pero en casación se anula la condena al médico por entender que la relación entre el paciente y el médico es extracontractual y por tanto la acción había prescrito. Dice así el Alto Tribunal: *“no es posible extender la relación contractual al profesional sanitario*

⁵⁴¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, de 22 de febrero de 2013, Ponente Miguel Antonio Soler Margarit, Sentencia número 125/2013, Recurso número 568/2010, Base de datos Sepin, referencia SP/SENT/719402. El paciente, a consecuencia de una cirugía, queda tetrapléjico. Se solicitan en la demanda los daños físicos y morales, un total de medio millón de Euros. Sin embargo, durante el juicio no se prueba la relación de causalidad entre la prueba diagnóstica y el daño, por lo que se deniega la solicitud de responsabilidad patrimonial. Como no existió consentimiento, se indemniza el daño moral en la cuantía de 6.000 Euros.

⁵⁴² GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 55.

que le prestó asistencia negligente. El contrato del médico no se había concluido entre el paciente y el médico, sino que tuvo lugar entre aquella y el hospital (...) se trata de auxiliares en el cumplimiento de la obligación del centro médico, que no proporcionaba la asistencia por sí misma, sino a través de quienes había contratado para poder cumplir el contrato”⁵⁴³.

El plazo general contractual del artículo 1.964, fijado en 15 años, ha sufrido una modificación reciente que lo ha reducido a 5 años⁵⁴⁴, aunque por aplicación del artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguros (ley especial del artículo 1.969) ya se aplicaba este plazo en las reclamaciones a la aseguradora⁵⁴⁵.

Debemos hacer una referencia a la influencia de la solidaridad pasiva en la prescripción. En los casos de solidaridad propia, cuyo carácter deriva de norma legal o pacto es claro que las acciones prescriben al mismo tiempo (artículos 1.137, 1.974 y concordantes del Código Civil). Existiendo varios agentes y concurrencia de causas, el perjudicado podrá demandar a quien desee de entre ellos, o a todos a la vez, y ello porque existe solidaridad entre los distintos agentes causantes del daño y cada uno está obligado a satisfacer el daño por completo, sin perjuicio de las acciones que les correspondan entre ellos.

La cuestión se plantea en los casos de solidaridad impropia, en que la Jurisprudencia más reciente ha entendido que a la solidaridad impropia “no le

⁵⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 8 septiembre de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 483/2015, recurso número 2247/2013, ROJ: STS 3722/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3722 Id Cendoj: 28079110012015100456. No es esta la solución aplicada a todos los casos. De hecho, la propia resolución, *obiter dicta*, añade: “entendiendo esta Sala que existen serias dudas de hecho en el origen del daño”, pero sin aclarar a qué se refiere, como si estuviera queriendo decir que por tratarse de casación y no haberlos impugnado no pueden modificar los hechos probados pero que, de ser tribunal de instancia, habrían adoptado otra solución.

⁵⁴⁴ El artículo 1. 964 redactado por la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha quedado así: “2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.

⁵⁴⁵ Existe una excepción a la prescripción en la legislación civil catalana, puesto que en los artículos 120 y 121 del Código Civil de Cataluña se establece un plazo general de diez años para las acciones personales (acciones contractuales) y de tres años para las responsabilidades extracontractuales. Entienden GARCÍA BLÁZQUEZ Y CASTILLO CALVÍN que ello dota a la legislación catalana de mayor dinamismo que el Código Civil general. GARCÍA BLÁZQUEZ, M., CASTILLO CALVÍN, J.M., *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011, pág. 326. Hay que resaltar que este comentario es anterior a la reforma de la prescripción del artículo 1.964 por la Ley 42/2015.

resulta aplicable el efecto interruptivo de la prescripción del párrafo primero del artículo 1.974 del Código Civil, por cuanto el mismo se refiere exclusivamente a los supuestos de *solidaridad propia*”⁵⁴⁶. Esta solidaridad (impropia) se da en aquellos casos en que existe un daño con pluralidad de sujetos que han concurrido a su producción pero sin que sea posible individualizar las respectivas responsabilidades, por lo que se constituye esta ficción jurídica de obligación “*in solidum*”. Cada uno ha incurrido en culpa y, pese a que no hay previo concierto de voluntades, se crea la obligación, frente al perjudicado, de responder todos de todo el daño causado.

Se trata de una obligación solidaria diferente, “impropia”, a la que no le son aplicables todas las normas de las obligaciones solidarias legales o convencionales de los artículos de la *solidaridad propia*. Es de resaltar que en el caso de la LOE, que era citado como paradigmático de *solidaridad pasiva* con efecto interruptivo de la prescripción, el Tribunal Supremo ha fijado recientemente doctrina (en 2015) declarando precisamente lo contrario, que la reclamación al promotor no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes en la obra⁵⁴⁷. Este criterio, aplicado a la responsabilidad civil médica significa que es necesario demandar a todos los posibles responsables del hecho dañoso (médico, hospital, Administración, aseguradoras (...)) para que la acción no prescriba, “*salvo que por razones de conexidad o dependencia pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, supuesto en que la interrupción afectará también a quien no fue directamente destinatario del requerimiento*”⁵⁴⁸.

Pasando a examinar la legitimación, diremos que en general está legitimado para ejercitar la acción de resarcimiento quien ha sufrido el daño, pero en el

⁵⁴⁶ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 69.

⁵⁴⁷ Siempre que no pueda individualizarse la causa de los daños o quedar probada la concurrencia de culpas, de modo que sea imposible precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, se entiende que la naturaleza solidaria de la obligación nace de la Sentencia y no de la Ley y, por tanto, la reclamación al promotor no interrumpe la prescripción respecto a los demás intervinientes en la LOE. De esta forma, absuelto el promotor en proceso judicial, ha prescrito el derecho de reclamar contra los demás intervinientes. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2015, Ponente Francisco Javier Orduña Moreno, resolución número 765/2014, recurso 2167/2012, Roj: STS 2553/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2553, Id Cendoj: 28079119912015100026.

⁵⁴⁸ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 76.

caso del daño moral se plantea una cuestión específica, que es la legitimación activa para solicitar la indemnización por daños morales por causa de muerte. Según ROCA I TRIAS “se considerarán legitimados los perjudicados con el fallecimiento de la víctima, no los herederos. Se trata de un derecho *iure proprio* que pueden reclamar los familiares o personas en su condición de directamente afectados”⁵⁴⁹.

En el mismo sentido, los Principios de Derecho Europeo (PETL) hacen referencia a la indemnización por muerte desde el punto de vista material, como lucro cesante, en el artículo 10:202.2 “las personas que (...) el difunto había (...) o habría mantenido si la muerte no se hubiera producido”, así como el punto de vista moral en el artículo 10:301.1 “el daño no patrimonial de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave”.

La doctrina clásica del derecho de daños postula que el resarcimiento se concede en nombre propio a quien ha sido lesionado por el hecho dañoso. Sin embargo, a partir de la universalización del baremo de tráfico, se plantea el interrogante de si “en la medida que prefija una indemnización (...) se incorpora al patrimonio del perjudicado (...) en el momento del alta”⁵⁵⁰. Y, por tanto, si en el caso de fallecimiento prematuro del perjudicado la acción se había incorporado ya a su patrimonio y por tanto forma parte de la masa hereditaria.

La Sala Civil del Tribunal Supremo niega la legitimación *ex iure hereditatis* de los sucesores de la víctima para reclamar indemnización por el daño moral de su propia muerte, pero admitía la legitimación *ex iure proprio* para solicitar su propio daño moral por el fallecimiento del familiar. Así, se entiende que “la indemnización se incorpora definitivamente al patrimonio del perjudicado al tiempo del alta”⁵⁵¹. De modo que puede ser ejercitada la acción *ex iure hereditatis* cuando el lesionado no la ejercitó en vida y no había prescrito al

⁵⁴⁹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 201.

⁵⁵⁰ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 208.

⁵⁵¹ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 211.

tiempo de su fallecimiento⁵⁵². Si dicha acción ya había sido ejercitada pero el perjudicado fallece en el curso del proceso judicial sus herederos pueden recibir la indemnización porque se considera que era un derecho que ya había entrado en el patrimonio del perjudicado y por tanto se transmite por herencia. Así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2015, con cita de otras⁵⁵³.

A *contrario sensu*, cuando el fallecido es el demandado, vemos una resolución que resulta curiosa puesto que los condenados son los herederos del médico que realizó la operación de estética por falta de consentimiento informado. La Sentencia de la Sala Primera de 7 de mayo de 2014⁵⁵⁴ confirma la condena solidaria de 80.000 Euros a la viuda y herederos del médico, clínica y aseguradora por las cicatrices que le quedaron a una paciente por las liposucciones, precisamente por no haber sido informada de la posibilidad de dicho resultado, que se diferenciaba sustancialmente de lo esperado o de una imagen estética “perfecta”.

⁵⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2009, Ponente Juan Antonio Xiol Rios, recurso número 1090/2005, resolución número 800/2009, Roj: STS 8467/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8467, Id Cendoj: 28079110012009100836. También la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de Pleno, de 13 de septiembre de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, recurso número 2019/2009, resolución 535/2012, Roj: STS 7648/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7648, Id Cendoj: 28079119912012100013.

⁵⁵³ Se trata de una señora que cae en una zanja de la calle que está en obras. Durante el procedimiento judicial fallece y sus herederos solicitan la cuantía de la indemnización. Entiende el Alto Tribunal que se trata de un supuesto de sucesión procesal por muerte y que la indemnización es un derecho no personalísimo y por tanto no se extingue con la muerte de la perjudicada sino que se transmite por mor del artículo 659 del Código Civil: *“En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC . Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009 , a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida”*. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2015, Ponente Eduardo Baena Ruiz, resolución 249/2015, recurso número 1134/2013, ROJ: STS 2728/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2728, Id Cendoj: 28079110012015100326, BASE DE DATOS SEPIN SP/SENT/817002.

⁵⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de mayo de 2014, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 230/2014, CENDOJ ID: 28079110012014100197, El Derecho EDJ 70966/2014, CENDOJ ID 28079110012014100197.

6.3. Especialidades de la prueba del daño: la inversión de la carga de la prueba.

Las reglas de distribución de la carga de la prueba se encuentran hoy en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la derogación de esta materia en el Código Civil. El artículo 217 determina cuáles son las pretensiones que deben desestimarse cuando no ha podido ser probado un hecho. Como norma general, si no se prueban los hechos que alega el demandante, se desestimará la demanda; si no se prueban los hechos extintivos o impeditivos que alega el demandado, se estimará la demanda. Es decir, la ley no establece quién debe probar cada hecho (eso es carga y problema de quien lo necesite hacer valer), sino a quién perjudica no haber probado un hecho alegado. Si el hecho alegado por una parte ha sido probado por otra, se considerará probado como si lo hubiera hecho la parte a quien beneficia. Además de las normas generales expuestas, existen normas específicas de carga de la prueba para determinados supuestos y materias.

Como apunta MARTÍN SANTISTEBAN, *“las últimas tendencias jurisprudenciales sobre la carga de la prueba en las obligaciones de medios son las de aliviar, en determinados casos, la excesiva carga que pesa sobre la víctima. Así, en relación a la responsabilidad médica, se recurre a instrumentos como la flexibilización del nexo causal, la utilización de presunciones simples o la aplicación de la teoría del riesgo con la correspondiente inversión de la carga de la prueba a favor del paciente perjudicado”*⁵⁵⁵. En materia de responsabilidad sanitaria, por tanto, se aplica el principio de facilidad probatoria, plasmado en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que supone que la carga de prueba de un hecho no será siempre de quien lo alega, sino que el tribunal deberá tener en cuenta *“la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”*, cuando se considere que resulta desproporcionado pedir al paciente la prueba de determinados hechos

⁵⁵⁵ MARTÍN SANTISTEBAN, S., "Una aproximación entre responsabilidad contractual y extracontractual desde el punto de vista de la imputación del daño", en Bases de un derecho contractual europeo, (Dir). ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 435.

o cuando las fuentes de prueba quedan a disposición de la parte demandada (como la aportación de la historia clínica).

Además de estos principios (general y especiales) sobre carga de la prueba, también puede darse la inversión de la carga de la prueba, que supone que, por disposición legal, se invierte a quién perjudica no probar un hecho. En el ámbito sanitario se habla de inversión de carga de la prueba en dos casos⁵⁵⁶: cuando la facilidad probatoria corresponda a la Administración Sanitaria (como en el caso de infecciones hospitalarias o transfusiones de sangre contaminada) o en supuestos de daño desproporcionado. También podemos citar los casos de pérdida de la oportunidad de practicar la interrupción legal de embarazo, como se estudia en el capítulo referente a las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*⁵⁵⁷.

En cuanto a la facilidad probatoria del médico demandado, PANTALEÓN PRIETO se muestra a favor de la inversión de la carga de la prueba para garantizar la igualdad de armas en el proceso, por la facilidad probatoria que tiene el profesional médico “*atendidos el carácter más o menos impenetrable y opaco de su actividad profesional*”⁵⁵⁸. La doctrina mayoritaria, se muestra, sin embargo, en contra de dicha inversión por entender unos que se aleja de la imputación objetiva⁵⁵⁹ y otros que no puede invertirse de modo general para todo un grupo de supuestos (responsabilidad médica) sino que se debe atender al caso concreto⁵⁶⁰.

Esta posición de LUNA YERGA ha sido atendida por las resoluciones judiciales en algunas ocasiones. Así la Sentencia de 6 de mayo de 2015 que se refiere, de nuevo, a la desaparición de la historia clínica del monitor de bienestar

⁵⁵⁶ RIVAS LÓPEZ, A. L., *Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación asesores locales, El Derecho Práctico, Málaga, 2012, pág. 76.

⁵⁵⁷ Capítulo 2, epígrafe 3.

⁵⁵⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1902 del Código Civil.*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1983.

⁵⁵⁹ DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., *El régimen de prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, Navarra, 1996, pág. 241.

⁵⁶⁰ LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 476. Este autor afirma que se debe huir de la “*justicia del caso concreto*” para crear una norma de distribución dinámica de la prueba, proponiendo una fórmula matemática de cálculo estadístico de probabilidades de que el daño se haya causado por el actuar médico.

fetal⁵⁶¹ y lo que ello supone en relación a la carga de la prueba: *“la inexistencia de cualquier soporte documental que determine la frecuencia cardíaca fetal (...) adquiere en el caso particular relevancia por cuanto serían aquellos documentos los que aclararían de manera indubitada la cuestión que se suscita (si existió realmente o no ese sufrimiento fetal). Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la incidencia, en supuestos como el analizado, de la ausencia por pérdida o extravío de gráficas o registros esenciales para determinar la forma concreta en que se desarrolla la actuación médica. Se ha señalado al respecto que la imposibilidad de incorporar al proceso tan importante elemento de prueba no puede beneficiar al causante de la misma de forma que una vez constatado el daño por los interesados resulta a cargo de la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la lex artis, pues es ella, y no los actores, la que tiene la disponibilidad y facilidad de probar que la asistencia prestada fue correcta y la que tenía el deber de custodia de aquellos registros y documentación que se echan en falta y que hubieran permitido una mayor luz sobre lo realmente acaecido”*⁵⁶².

En relación al daño desproporcionado, su concepto se estudia en el capítulo de la causalidad, al que nos remitimos⁵⁶³. Respecto a su naturaleza procesal entendemos que no es realmente una inversión de la carga de la prueba, que sigue siendo carga del demandante⁵⁶⁴. En realidad funciona como una presunción, concretamente una presunción de negligencia: cuando se produce un daño desproporcionado e inusual debemos presumir que ha existido culpa. Pero es necesario valorar conjuntamente todos los elementos concurrentes,

⁵⁶¹ Ya se hizo referencia a varias Sentencias en el capítulo relativo al acto médico (epígrafe 1.2).

⁵⁶² En este caso el bebé nació con daños mentales que pudieron ser causados por sufrimiento fetal en el parto o durante la gestación. Al no poder probar la Administración que no hubo sufrimiento fetal, se condena al pago de los daños como si hubieran sido causados en el parto. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 6 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 2099/2013, ROJ: STS 2135/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2135, ID CENDOJ: 28079130042015100168, LA LEY CJ:59440/2015.

⁵⁶³ Capítulo I epígrafe 3.2.

⁵⁶⁴ Por el contrario, entienden que se trata de una inversión de la carga de la prueba CARRO GONZÁLEZ, F. J., *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*, Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 2013, pág. 43, ROMERO COLOMA, A. M., *El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pág. 32 y pág. 75.

porque hay supuestos en que dicho daño es perfectamente explicable y no implica mala praxis. En este sentido afirma NAVARRO MICHEL, "*un daño inusual puede ser perfectamente compatible con la diligencia y la corrección en la actuación médica*"⁵⁶⁵. La aplicación de la teoría del daño desproporcionado "*no produce la inversión de la carga de la prueba ni conduce per se a la objetivación de la responsabilidad*"⁵⁶⁶. En el mismo sentido LUNA YERGA, quien no encuentra argumentos que justifiquen "*inversión de la carga probatoria del nexo causal con carácter general*"⁵⁶⁷.

Por lo tanto, no deben confundirse las presunciones⁵⁶⁸ con la inversión de la carga de la prueba. La presunción ayuda al juzgador a fijar los hechos probados. La carga de la prueba es un proceso posterior. Una vez se han fijados los hechos probados, se debe ver a quién beneficia o perjudica la falta de prueba, esta es una operación mental que se debe desarrollar en los Fundamentos Jurídicos y el Fallo de la Sentencia. Si los hechos alegados por el demandante-paciente se probaron (por prueba directa o mediante presunción), se estimará la demanda. Si los hechos alegados por el demandado-médico en la contestación a la demanda se probaron, se desestimarán la demanda. La carga de la prueba es una norma procesal y no

⁵⁶⁵ NAVARRO MICHEL, M., "Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario", Anuario de Derecho Civil, volumen 56, número 3, 2003, pág. 1203.

⁵⁶⁶ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 261.

⁵⁶⁷ LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 470.

⁵⁶⁸ "Al margen de que las presunciones sean judiciales, legales, *iuris tantum* o *iuris et de iure*, y de sus características específicas, todas presentan la misma estructura: una norma cuya consecuencia jurídica se vincula a un supuesto de hecho no comprobado, un supuesto de hecho comprobado o de fácil comprobación, y un nexo entre ambos que permite la verificación de uno cuando lo ha sido el otro. En el caso de las presunciones judiciales, será el propio juez, y no el legislador, quien en el caso concreto tendrá por probado el hecho presumido cuando se haya probado otro hecho con el que concurre un nexo o enlace lógico. Resulta en ese sentido muy claro el art. 386.1 Ley de Enjuiciamiento Civil cuando se refiere a que -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-. Por tal motivo, no obstante la tan constante como en ocasiones errónea alusión legal a la presunción, las verdaderas presunciones se distinguen precisamente atendiendo al carácter sustitutivo de la prueba por existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho presunto y el presumido. No contendrán verdaderas presunciones las normas que, no obstante así calificarlas, en realidad lo único que hacen es establecer normas específicas que solamente alteran la regla general sobre la sobre carga de la prueba (por ejemplo, arts. 434, 1183 y 1769 del Código Civil)". BONET NAVARRO, J., "Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil", Diario La Ley, número 7256, de 6 de octubre, referencia 15712/2009, diariolaley.laley.es, 2009, pág. 3.

afecta a la valoración de la prueba. Ello se ve muy claramente en la casación. El Tribunal Supremo ha de partir, como norma general, de los hechos considerados probados por el juzgador de instancia, pero puede modificar el fallo atendiendo a las normas de la carga de la prueba, que es, por tanto, un momento posterior a la de fijación de hechos probados.

Veamos un ejemplo jurisprudencial de inversión de carga de la prueba. En la Sentencia condenatoria de 4 de diciembre de 2012⁵⁶⁹ un paciente que fallece tras realizarle una cirugía digestiva. Se considera que no hay mala praxis pero se condena por falta de consentimiento informado (únicamente a la administración) al no constar consentimiento inscrito en la historia clínica. Durante el proceso, el demandante alega que no existió consentimiento y la Administración que si lo hubo. La decisión del Tribunal es que debe invertirse la carga de la prueba, al no poder probar la Administración que el paciente dio su consentimiento. La cuantía de la condena es de 60.000 Euros.

El mismo criterio se utiliza en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010. El bebé nace con parálisis cerebral por sufrimiento fetal durante el parto. El argumento de la demanda es que, si se hubiera practicado cesárea a tiempo, la niña hubiera nacido bien, porque existían indicios que evidenciaban dicho sufrimiento. La Administración argumenta que la acidosis del feto podía deberse a muchas causas. Dice el Alto Tribunal: *“si la madre y el feto estaban en buen estado en el momento del ingreso hospitalario y si la parturienta llevaba más de quince horas ingresada cuando se produjo el nacimiento, dos extremos son indiscutibles: lo que quiera que ocurriese para que el bienestar del feto se deteriorara ocurrió estando ya bajo la custodia de los servicios médico-sanitarios del Hospital de La Paz. De aquí que la Administración habría debido ofrecer alguna explicación plausible, distinta de la genérica referencia a las diversas causas posibles de la acidosis. En ausencia de dicha explicación, lo único razonable es concluir que la decisión de realizar*

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de diciembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, Número de recurso 6157/2011, Roj: STS 8738/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8738 Id Cendoj 28079130042012100839.

*una cesárea habría debido tomarse antes*⁵⁷⁰.

Se invierte también la carga de la prueba en un supuesto atípico, de consentimiento informado, en la Sentencia de 10 de octubre de 2011. Se trata de un paciente de 65 años que desarrolla tuberculosis. Su caso es delicado porque tiene un único riñón, dado que el otro se lo extirparon en Brasil años atrás. Es tratado con los antibióticos de primera indicación (los que primero aconseja el protocolo de la enfermedad), pero la bacteria es resistente, por lo que se cambian los antibióticos y uno de los que toma le provoca vértigos. Los médicos no asocian los vértigos al antibiótico y lo continúa ingiriendo durante dos años, hasta que está curado de la tuberculosis. A consecuencia de ello el oído le queda afectado y los vértigos devienen en permanentes. Demanda el paciente por estos daños, tanto por mala praxis como por falta de consentimiento informado, pero ve desestimada su demanda en todas las instancias. Argumenta la Sentencia de casación que: *“No (...) se ha acreditado que el paciente no fuere informado del tratamiento de que era objeto para atender la tuberculosis y que el mismo no fuere el adecuado dada su naturaleza*⁵⁷¹. Es decir: si el tratamiento era el adecuado para la tuberculosis y se ha producido un efecto secundario descrito en el mismo, aunque se haya acreditado el nexo causal entre la afectación del oído y el antibiótico, debió probar el paciente que *no* se le informó de los efectos adversos de la medicación.

6.4. Competencia jurisdiccional para la fijación de la cuantía indemnizatoria.

⁵⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 23 de febrero de 2010, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso número 4794, ROJ: STS 692/2010 - ECLI:ES:TS:2010:692, ID CENDOJ 28079130062010100072.

⁵⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 2011, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 1033/2007, ROJ: STS 6595/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6595, ID CENDOJ: 28079130042011100540, CJ 195810/2011.

Abordaremos la cuestión de a qué Tribunal corresponde la competencia para la fijación de la cuantía de la indemnización desde la siguiente pregunta: ¿puede el Tribunal Supremo modificar la cantidad fijada por el órgano de instancia al resolver el recurso de casación? Si bien es comúnmente aceptado que esta posibilidad le está vetada, veremos que ello ocurre en algunos supuestos.

Como norma general, se afirma que *“la determinación del quantum indemnizatorio (...) era una cuestión exclusivamente sometida al Tribunal de Instancia”*⁵⁷² y no susceptible de valoración casacional. Es declaración reiterada del Tribunal Supremo que éste no puede entrar en la valoración del *quantum*. También en relación a la cuantía del daño moral, se afirma que su fijación es función exclusiva del tribunal de instancia⁵⁷³. El Tribunal Supremo no puede, en casación, modificar la cuantía de la indemnización por daño moral si se ha respetado el único requisito que debe controlarse en casación: que la cantidad sea razonable y ponderada según los hechos declarados probados por la propia sentencia de instancia⁵⁷⁴. De forma que será el Tribunal de Instancia quien determinará qué daños existen y cuáles son las circunstancias concurrentes al caso que se consideran probadas y únicamente se podrá revisar en casación si la cuantía aplicada a dichos daños no es proporcionada a los elementos de base.

Así se sostiene en la Sentencia de la Sala Primera de 20 de julio de 2009: *“atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima (el tribunal) goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse a efectos orientativos de los sistemas objetivos (Baremo) con la consecuencia de que solo pueda ser revisada en casación si la determinación por el Tribunal a quo*

⁵⁷² CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 209.

⁵⁷³ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad sanitaria: identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad", en Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 539.

⁵⁷⁴ RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., "La valoración de los daños causados por la Administración sanitaria. Análisis de la STS de 11 de octubre de 2006", actualidad Administrativa, núm. 1 al 15 de enero de 2007, tomo I, referencia 112336/2006, núm.art. 4359/2006, laleydigital.laley.es, 2006, pág. 4.

*resulta manifiestamente errónea o ilógica*⁵⁷⁵. Más concretamente, la Sentencia de 18 de julio de 2013, diferencia entre la fijación de la regla tomada en cuenta para la indemnización y el porcentaje aplicado: *"aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse (...). En ningún caso, en cambio, podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado"*⁵⁷⁶.

En un caso en que el paciente queda parapléjico tras una intervención de columna y reclama por mal funcionamiento de la administración, se concede por el Tribunal Superior de Justicia la cantidad de 600.000,00 Euros, cantidad solicitada a tanto alzado y no desglosada por partidas. Resuelve el Tribunal Supremo en relación a la cuantía de la indemnización que *"la cuantificación de la indemnización es una cuestión que corresponde al tribunal de instancia, valorando todos los medios de prueba (...) no cabe sustituir, a modo de recurso de apelación, las cuantías fijadas en la sentencia puesto que ellas son fruto del proceso mismo de valoración ínsito en la labor que tiene encomendada la instancia"*⁵⁷⁷.

Por último, en relación a la fijación de la cuantía, no podemos olvidar que viene determinada, en aplicación del principio de congruencia, por los términos del debate, de modo que no se puede conceder más que lo solicitado en la demanda. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001 no permite

⁵⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2009, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 280/2009, recurso 173/2005, CENDOJ: Roj: STS 4866/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4866, Id Cendoj: 2807911001200910054, SEPIN: SP/SENT/469948.

⁵⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 403/2013, recurso número 368/2011, Roj: STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247, Id Cendoj: 28079110012013100339, Base de datos SEPIN referencia SP/SENT/723019.

⁵⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 2 de noviembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, resolución, recurso 772/2012, Roj: STS 7293/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7293, Id Cendoj: 28079130042012100713, LA LEY 169871/2012. En el mismo sentido, MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 79.

que se interponga demanda sin fijación de cuantía⁵⁷⁸. Establece el artículo 219 que *“cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada (...) no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá (...) cuantificarse exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia”*.

Contrariamente a este criterio la reciente Sentencia de 17 de abril de 2015 ha permitido la admisión de demanda sin fijación de cuantía en un caso de nacimiento de bebé con gravísimas secuelas por hipoxia perinatal, por entender que la aplicación excesivamente rigorista de las leyes procesales puede causar indefensión en aquellos supuestos en que se puede afectar gravemente a la tutela judicial efectiva, por imposibilidad real de la fijación de la cuantía de los daños⁵⁷⁹. Con esta Sentencia se aplica por primera vez a responsabilidad civil médica el criterio fijado por el Pleno de la Sala Civil en 2012⁵⁸⁰ para un caso de propiedad intelectual, de modo que pueden dictarse sentencias condenando al pago de los daños causados sin cuantificar cuáles sean.

⁵⁷⁸ La antigua Ley de Enjuiciamiento Civil permitía que se fijara la cuantía de los daños en un proceso posterior, en trámite de ejecución de Sentencia. El resultado en la práctica eran pleitos encadenados, lo que enlentecía el proceso de reclamación. Esta duración excesiva se convirtió en una medida de presión de la parte procesal con mejor posición económica (por ejemplo, las compañías de seguros), que pleiteaban (o recurrían) aún sin base jurídica, mientras que la parte económicamente más débil no podía aguantar el coste del proceso u por ello en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se modificó este extremo. En la misma línea se universalizó la posibilidad de ejecución provisional de la Sentencia de primera instancia.

⁵⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 17 de abril de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución número 213/2015, recurso número 728/2014, Roj: STS 1418/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1418, Id Cendoj: 28079110012015100183. Entiende el Ponente que se puede remitir la cuestión de la fijación de la cuantía a otro proceso o utilizar el incidente de ejecución, puesto que *“No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación”*.

⁵⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de Pleno, de 16 de enero de 2012, Ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández, resolución número 993/2011, recurso 460/2011, Roj: STS 528/2012 - ECLI:ES:TS:2012:528, Id Cendoj: 28079119912012100003.

CAPÍTULO II.- EL DAÑO.

1. CONCEPTO DE DAÑO.

1.1. De la responsabilidad civil extracontractual al derecho de daños. El principio de *restitutio in integrum*.

El principio del *alterum non laedere* es un elemento básico para la vida en sociedad⁵⁸¹. Debemos vivir con la confianza en que “los otros” con los que nos relacionamos en nuestra vida social (el conductor del autobús, los compañeros de trabajo, el médico que nos atiende en urgencias...) no intentarán causarnos daño⁵⁸². De igual modo, en caso de haber sufrido un perjuicio por la acción de otro, también debemos tener la confianza en que será reparado, en la medida de lo posible, por aquél que lo causó o por un tercero en su nombre. Esta confianza es básica para poder desenvolver nuestra vida social con normalidad. Por lo tanto, la responsabilidad civil es una institución “*fundamental con la que se expresa que un sujeto contrae la obligación de socorrer (resarcir) o indemnizar el daño padecido por otro*”⁵⁸³. Dado que es inevitable que se produzcan accidentes, “*los ordenamientos jurídicos deben establecer criterios para la distribución de los costes de los infortunios*”⁵⁸⁴.

Así, el daño sufrido por un sujeto genera una obligación de reparar en otro, que no siempre es el causante del daño. Con carácter general puede afirmarse que será responsable de resarcir quien causó el daño de forma culpable, pero, como veremos más adelante, este axioma tiene muchas excepciones, puesto

⁵⁸¹ LÓPEZ HERRERA, E., *Manual de responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 1.

⁵⁸² “*Para sobrevivir, el ser humano tuvo que aprender a confiar en el otro. Cuando el homínido dejó el árbol y se adentró en un medio desconocido y lleno de peligros no encontró en la asociación con otros miembros de su especie la forma de no perecer. El vínculo social explica nuestro desarrollo, y esa unión se fundamenta en la mutua confianza*”. ZUBIETA IRÚN, J.C., La clave está en la confianza, El Diario Montañés, Sección Opinión, 26 de enero de 2006. Consultar en www.eldiariomontanes.es.

⁵⁸³ MEDINA CRESPO, M., “La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación expansiva de sus preceptos”, en Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 21.

⁵⁸⁴ VERDERA SERVER, R., ESTRUCH ESTRUCH, J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 15.

que existirán razones que justifiquen *“la transferencia del coste del daño a otra persona (el responsable)”*⁵⁸⁵ diferente de aquélla que lo causó. Desde las tablas romanas⁵⁸⁶ hasta finales del siglo XIX la culpa será *“no solo el fundamento, sino el auténtico equivalente de la responsabilidad civil”*⁵⁸⁷. En el momento actual, debido a una serie de acontecimientos históricos, entre los que cabe destacar la revolución industrial con el maquinismo en masa, se llega a la conclusión que la teoría culpabilista es insuficiente para la “era moderna”. La revolución industrial supondrá un cambio fundamental no solo en los modos de producción sino en la vida del ciudadano, y, paralelamente, *“va a traer consigo un importante incremento de los accidentes acaecidos en la órbita laboral (...) así como una agravación de los mismos”*⁵⁸⁸.

Con el fin de paliar la insuficiencia de la obligación de reparar basada exclusivamente en la culpa nace la teoría del riesgo, que puede formularse de dos formas. En primer lugar, como riesgo-beneficio: quien se beneficia de una actividad deberá sufrir los daños que se produzcan como consecuencia del riesgo adoptado. En segundo lugar, como riesgo-creado: quien realiza una actividad de riesgo (por ejemplo, conducir), debe asumir el daño causado por el incremento del riesgo. En ambas formulaciones de la teoría del riesgo se prescinde de la noción de culpa: quien causa el hecho dañoso deberá repararlo sin necesidad de que exista culpa. Únicamente se necesita relación de causalidad del daño con la actividad de riesgo realizada.

En el ámbito de la responsabilidad civil médica es lugar común que no puede aplicarse la teoría del riesgo-beneficio⁵⁸⁹. A pesar de cobrar el facultativo por la prestación de su trabajo, puesto que es el paciente quien acude al médico para solucionar o aliviar su problema patológico. Es la enfermedad quien crea el

⁵⁸⁵ VERDERA SERVER, R., ESTRUCH ESTRUCH, J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 17.

⁵⁸⁶ LÓPEZ HERRERA, E., *Manual de responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 1. *“Los antiguos romanos, que fueron gente muy sabia y muy práctica, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: honeste vivere (vivir honestamente), suum cuique tribuere (dar a cada uno lo suyo) alterum non laedere, es decir no dañar al otro. Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber como comportarse en relación con los demás”*.

⁵⁸⁷ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 17.

⁵⁸⁸ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 34.

⁵⁸⁹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 208.

riesgo, no el facultativo⁵⁹⁰. Como excepción, en algunos casos se ha admitido que se puede aplicar al médico la teoría del riesgo-creado⁵⁹¹, como en el caso de la medicina satisfactiva o en ciertas opciones terapéuticas (elección de anestesia epidural o general, por ejemplo).

Así, por lo tanto, la noción central de la responsabilidad civil, también en la actividad médica, ya no es la culpa, sino el daño⁵⁹². Como gráficamente apunta GALÁN CORTÉS, *“puede haber responsabilidad sin culpa, pero no sin daño”*⁵⁹³. El perjuicio está, pues, en el núcleo del hoy llamado “derecho de daños”, que sustituye a las antiguas nociones de responsabilidad civil extracontractual. Si bien el objeto de una y otra materia es, sustancialmente, el mismo, el acento ha pasado de la culpa al daño⁵⁹⁴. Como hemos señalado, el sistema de responsabilidad de nuestro decimonónico Código Civil es en esencia culpabilista y se basa en descifrar si ha existido culpa en la actuación del agente. Por su lado, el moderno *“Derecho de Daños”* pivota alrededor de la reparación del daño causado a la víctima, teniendo una función *“ eminentemente reparadora o compensatoria ”*⁵⁹⁵, con independencia de la culpa del agente.

El cambio de denominación (de responsabilidad civil a derecho de daños) es algo más que una mera corrección estética, de modo que el acento se pone en la noción de daño y la materia se autonomiza de otros ámbitos del derecho civil con principios propios de esta rama. Se trata, además, de abarcar todo un sistema, al igual que el anglosajón “tort law”⁵⁹⁶, entendido como *“la materia que*

⁵⁹⁰ *“La actividad médica entraña, en numerosas ocasiones, alto riesgo y peligrosidad, si bien en este riesgo se corre en beneficio del propio paciente o usuario”*, GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 25.

⁵⁹¹ En algunas Sentencias se ha considerado que la prestación médica sin consentimiento informado desplaza la asunción del riesgo desde la esfera del paciente a la del profesional, tal y como se expone en el capítulo de consentimiento informado.

⁵⁹² LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2014, pág. 22.

⁵⁹³ GALÁN CORTÉS, J. C., “La responsabilidad civil médico-sanitaria”, en *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, 2ª Edición, (Dir.) SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 348.

⁵⁹⁴ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 34.

⁵⁹⁵ OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 24.

⁵⁹⁶ VERDERA SERVER, R., ESTRUCH ESTRUCH, J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 20.

redistribuye las pérdidas y asigna las consecuencias de los riesgos⁵⁹⁷. Nos dice RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., que “se habla hoy de derecho de daños (...) para poner el acento no en el ilícito civil (culpa) y el vínculo de causalidad (...) sino en el daño y su cualificación como presupuesto de su resarcimiento o reparación”⁵⁹⁸.

Continuando con los principios generales de la reparación del daño, no cabe duda que el principio de reparación integral forma parte del sistema de responsabilidad civil en nuestro país, a pesar de no contar con formulación en el ordenamiento jurídico español. “Este principio (restitutio in integrum), se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado”⁵⁹⁹. El perjudicado será indemnizado de forma total para dejarlo, en la medida de lo posible, en la misma situación que tenía antes de ocurrir el daño. Así, la finalidad de la obligación de indemnizar es “conseguir la total indemnidad de la víctima del daño⁶⁰⁰”. Es lo que la doctrina llama la función reintegradora⁶⁰¹ del derecho de daños. También denominada función compensatoria⁶⁰² o resarcitoria. La indemnización trata de compensar el perjuicio sufrido logrando una reparación íntegra. En este sentido apunta MARTÍN DEL PESO que el principio de total indemnidad del daño sufrido “debe comprender el del completo daño emergente irrogado al sujeto, incluyendo los rendimientos no percibidos”⁶⁰³, dado que la finalidad de la responsabilidad civil es el resarcimiento del daño causado. De esta forma, “el

⁵⁹⁷ VAN GERVEN, W., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pág. 13.

⁵⁹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo”, *Diario La Ley, Relaciones Laborales* número 2, pág. 23, referencia LA LEY 4255/2002, www.diariolaley.laley.es, 2003, pág. 1.

⁵⁹⁹ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 186.

⁶⁰⁰ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 223. Enumera la autora las características de la obligación de reparar el daño, que es: “una deuda de valor, no personalísima, solidaria, renunciante e ilíquida”.

⁶⁰¹ Es la reintegración a la situación que existía antes de la producción del daño, ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 22.

⁶⁰² VERDERA SERVER, R., ESTRUCH ESTRUCH, J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 31.

⁶⁰³ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 75.

autor del daño (...) asume las consecuencias perjudiciales derivadas del hecho dañoso”⁶⁰⁴.

En sentido jurídico el concepto de daño es más restrictivo porque al Derecho no le interesan todos los daños que puedan producirse en las personas o bienes, sino únicamente los que tienen efectos jurídicos. Dentro de éstos, únicamente nos referiremos a los daños a los que el ordenamiento califica de antijurídicos y que dan lugar a responsabilidad extracontractual, de modo que generan en su autor la obligación de reparar el daño causado.

La obligación de resarcir el daño causado se concretará, según las circunstancias, en reparación o indemnización. Como norma general se intentará reparar, pero no siempre es posible. En los casos en que no lo sea, *“deberá sustituirse por su traducción económica, tendente a paliar los perjuicios irrogados a la víctima o a sus familiares o terceros”⁶⁰⁵*. La reparación específica o *in natura* es sencilla en muchos casos de daños patrimoniales: si se ha perdido o estropeado un bien por causa de un daño, se repara o sustituye por otro de similares características (restitución por equivalente). Tiene más difícil encaje dicha clase de reparación en caso de daños extrapatrimoniales, aunque se va aceptando progresivamente en épocas modernas (la publicación de la Sentencia que condena a las injurias, la publicación de la fe de erratas de la noticia falsa en el mismo medio de comunicación, etc.).

A pesar de esta evolución, en los trabajos de unificación del derecho civil europeo vemos que el principio de la *restitutio in integrum* no está enunciado entre los principios. El artículo 2:102⁶⁰⁶ se refiere a la obligación de reparar,

⁶⁰⁴ MEDINA CRESPO, M., "La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación expansiva de sus preceptos", en Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 21.

⁶⁰⁵ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 45.

⁶⁰⁶ "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 incorporales. 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 de que el agente es consciente de que causará un daño a la víctima a pesar de que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de ésta. 5. El alcance de la protección

clasificando bajo diferentes criterios los daños (en función del interés protegido, de la culpa del agente causante del daño, de la relación entre la víctima y el causante del daño y, por último, de los intereses del dañado y su libre ejercicio de los derechos y libertades) y estableciendo diferentes grados de la obligación de reparar. Analizando este artículo se podría decir que el nivel de protección máximo será para la víctima a la que se ha lesionado la vida, integridad, dignidad o libertad, de manera obvia, por un agente que actuó de manera dolosa. *A contrario sensu*, la menor protección sería para aquél que vio lesionado su interés puramente patrimonial o contractual en el ejercicio de las libertades del agente dañado. En un término intermedio quedará la lesión a los derechos reales y los bienes incorporales sin dolo o culpa.

Sí se formula este principio en la Exposición de Motivos de la Ley 30/2015, que modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007 (el llamado baremo de tráfico), así como en su artículo 3, tal y como se explica en el capítulo dedicado a los Baremos⁶⁰⁷.

Como hemos visto, el principio de reparación íntegra del daño es uno de los ejes de la responsabilidad civil, pero no opera en todas las situaciones. Enumeraremos a continuación algunas en que será necesario matizarlo:

- Cuando el agente del daño obtiene un beneficio mayor que el daño causado. El fundamento es claro: causar daño resultaría rentable. Por lo tanto deberá privársele de dicha ganancia para no incentivar la causación del daño⁶⁰⁸. Debemos recordar que en derecho español no existen los daños punitivos con carácter general, aunque los encontramos en algún caso concreto, como la Ley Orgánica 1/82, de Protección Civil del Honor, Intimidación personal y familiar y propia

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.” Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, European Group of Tort Law, consultar en <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>.

⁶⁰⁷ Capítulo 2, epígrafe 4.2.

⁶⁰⁸ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 190.

imagen⁶⁰⁹.

- En los casos de responsabilidad de vehículos a motor, cuando el valor de la reparación sea superior a vehículo nuevo de similares características o constituya un patente enriquecimiento injusto o un manifiesto abuso de derecho⁶¹⁰. Y ello porque la *restitutio in integrum* quedará excluida por la desproporción notoria entre el valor de reparación y el valor venal del vehículo⁶¹¹.
- En la responsabilidad por riesgo, en general, puesto que se trata de responsabilidad objetiva. Si se obligase a reparar la totalidad del daño se limitaría el desarrollo industrial y tecnológico porque, o bien se frenaría la creación de nuevas empresas y el desarrollo de tecnología o bien los empresarios tratarían de repercutir el coste sobre sus clientes de las indemnizaciones por daños y perjuicios, de modo que “*el precio de la seguridad de las víctimas pasaría a ser asumido por la sociedad en su conjunto*”⁶¹². Se trata de una opción de política legislativa, aunque este argumento, a nuestro modo de ver, es en esencia una paradoja: que la desprotección de la víctima (cuyo perjuicio no se ha reparado en su totalidad) protege a la sociedad. Como ejemplos de indemnizaciones tasadas citaremos el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor⁶¹³, donde las indemnizaciones por daño están tasadas, la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, la Ley 25/1964, de 29 de abril o la Ley 1/1970, de

⁶⁰⁹ En su artículo 9 establece que la tutela judicial del derecho comprenderá, también, “*la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos*”.

⁶¹⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “Vehículo accidentado: reparación o indemnización. El límite a la indemnización del daño real en los casos de “sinistro total”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, número 2, www.revista.uclm.es, 2012, pág.119.

⁶¹¹ Indemnizar con el valor venal en casos de siniestro total del vehículo es una convención de los operadores jurídicos que no suele resultar justa para la víctima del accidente, puesto que se le concede el precio que tiene en el mercado su vehículo, pero lo cierto es que siempre le supone un mayor desplazamiento patrimonial por la depreciación que tienen los vehículos en el mercado de segunda mano y la desigual conservación de los mismos, de modo que es frecuente que no pueda adquirir un automóvil como el que perdió en el accidente con la cantidad que le concede la compañía.

⁶¹² NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 191.

⁶¹³ El Anexo del Baremo se ha modificado con la aprobación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

4 de abril, de Caza.

En resumen, vemos que el moderno Derecho de Daños se aleja del decimonónico sistema de responsabilidad civil para centrarse en el daño y su reparación. Sin embargo, la tendencia se está invirtiendo en la actualidad a consecuencia de (o con la excusa de) la crisis, de modo que el sistema está evolucionando hacia la baremación de los daños y la estandarización de los perjuicios. Bien sea por el interés de las compañías de seguros, por la protección económica del Estado (en cuanto a su responsabilidad patrimonial) o por la seguridad jurídica que comporta conocer de antemano el valor que en la futura Sentencia tendría el daño sufrido, lo cierto es que la tabulación, estandarización o baremación de los daños sufridos se impone en multitud de aspectos sociales. Este hecho es criticado desde la doctrina⁶¹⁴, con voces que pugnan por la función del Derecho como socializador o redistribuidor y desde la jurisprudencia, principalmente desde la Sala Civil del Tribunal Supremo⁶¹⁵, que, con la alta valoración del daño moral y los “perjuicios futuros” tratan de materializar en el caso concreto la abstracta idea de Justicia como ideal al que el Derecho debe tender.

1.2. Concepto y requisitos del daño

Para saber qué daño se debe reparar habrá de delimitarse primero su concepto. Antes de definirlo, debemos tener en cuenta que el concepto mismo de daño es dinámico y evoluciona con la sociedad⁶¹⁶. En sentido amplio, “daño”

⁶¹⁴ “El Derecho civil, también el Derecho de daños, es y debe seguir siendo fundamentalmente axiológico. Debe venir siempre inspirado por determinados valores. Se suele decir, y es verdad, que la crisis que padecemos es, más que económica, una crisis de valores. Pongámosle remedio, pues, al menos desde la modesta posición de juristas. Y entre esos valores, recuérdese, brillan con luz propia esencialmente dos: a) La centralidad de la persona (y no del mercado). a) La solidaridad social”. LLAMAS POMBO, E., “¿Un derecho de daños para la crisis?”, *Práctica de Derecho de Daños*, LA LEY, Número 120, Sección Editorial, Tercer trimestre, www.laleydigital.laley.es, 2014, pág. 3.

⁶¹⁵ No encontramos esta tendencia en la Sala Tercera del mismo Tribunal.

⁶¹⁶ “El malestar que sufre un niño del que se mofan sus compañeros de clase, hace unos cuantos años probablemente no habría servido para fundamentar una reclamación de daños,

hace referencia a “cualquier tipo de consecuencia perjudicial que padece una persona con motivo de una conducta propia, ajena, o, incluso, con ocasión de un fenómeno natural no imputable a sujeto alguno”⁶¹⁷. En sentido jurídico el concepto de daño es más restrictivo porque al Derecho no le interesan todos los daños que puedan producirse en las personas o bienes, sino únicamente los que tienen efectos jurídicos. Dentro de éstos únicamente nos referiremos a los daños a los que el ordenamiento califica de antijurídicos y que dan lugar a responsabilidad extracontractual de modo que generan en su autor la obligación de reparar el daño causado⁶¹⁸.

En cuanto a su concepto legal, debemos citar los principios de derecho europeo, que al definir el daño se limitan al “daño resarcible”, estableciendo en su artículo 2:101: “Daño resarcible: el daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”⁶¹⁹. Si atendemos a la regulación patria, vemos que nuestro Código Civil no define ni enumera los tipos de daño que pueden producirse, sino que configura un sistema abierto o de “atipicidad del ilícito civil”⁶²⁰, pues el artículo 1.902 se limita a establecer el genérico deber de reparar los daños causados.

Una vez limitados al concepto del daño resarcible, podemos observarlo desde dos puntos de vista: objetivo y subjetivo. El concepto objetivo atiende al perjuicio material en sí mismo considerado. El concepto subjetivo se refiere al valor de la afección o “*pretium doloris*”, que “equivale al valor que una cosa tiene para los sentimientos o ideas puramente individuales de una persona”⁶²¹. Es heterogéneo puesto que se trata del dolor producido por la pérdida de algo o alguien muy querido para una persona en concreto, que no tiene por qué coincidir con el de cualesquiera otra. El *pretium doloris* “se compone por todos

mientras que en la actualidad se reclama cuando se produce el mobbing escolar o bullying”. NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 112.

⁶¹⁷ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 39.

⁶¹⁸ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 41 y pág. 43.

⁶¹⁹ Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, European Group of Tort Law, consultar en <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>.

⁶²⁰ OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 51.

⁶²¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 76.

*los padecimientos físicos y psicofísicos que sufre la víctima*⁶²². Se distingue del daño objetivamente considerado o “daño común”, que sería aquel que se puede observar objetivamente, porque lo sufriría cualquier persona en las mismas circunstancias.

Analizando los conceptos doctrinales del daño, vemos que en general son abiertos, de modo que tratan de contener las nuevas categorías de daños resarcibles que van surgiendo paralelas al desarrollo social, por lo que son abiertas⁶²³. Citaremos algunos ejemplos. Desde un punto de vista exclusivamente objetivo es clásica la definición de LARENZ, que lo define como: *“el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”*⁶²⁴. Incluyendo tanto los aspectos objetivos como los subjetivos, encontramos la definición de OSSORIO SERRANO⁶²⁵: *“cualquier menoscabo que sufra una persona, ya sea en sus propios atributos personales o en sus bienes, a consecuencia de determinado evento o acontecimiento. O también, cualquier especie de menoscabo moral o material que alguien sufra y del que haya de responder otra persona”*. SANTOS BRIZ lo define añadiendo la nota de antijuridicidad, como *“todo menoscabo, material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra”*⁶²⁶.

Otra forma de aproximarnos a la definición será la enumeración de las características o requisitos que necesita el daño para considerarse resarcible. OSSORIO SERRANO⁶²⁷ los enumera así:

- Haberse causado un perjuicio del tipo que sea.

⁶²² NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 161.

⁶²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 307.

⁶²⁴ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 163. Son sustancialmente iguales las definiciones de GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág.735 y MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 329.

⁶²⁵ OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 52.

⁶²⁶ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal, 5ª edición*, Montecorvo, Madrid, 1989, pág. 126.

⁶²⁷ OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 52.

- Que el perjuicio recaiga sobre los bienes jurídicos de una persona. Así, el daño será “*la lesión o menoscabo de un interés jurídicamente relevante*”⁶²⁸.
- Que el perjuicio sea susceptible de reparación o resarcimiento⁶²⁹.

Otros autores añaden más notas al concepto del daño resarcible, como:

- Imputabilidad⁶³⁰. Es decir, que resulte imputable su causación a persona distinta del titular del interés lesionado. Por ejemplo, no sería resarcible el daño causado por las fuerzas de la naturaleza.
- Antijuridicidad⁶³¹. Si el daño no es considerado antijurídico no genera la obligación de reparación: en una cirugía necesaria, con consentimiento informado y con arreglo a la *lex artis*, no es indemnizable el daño que el cirujano causa en la piel y músculos al cortar el cuerpo humano para acceder al campo operatorio.

También se añaden a estos requisitos otros de carácter procesal como son:

- Certeza de su existencia⁶³². Que el daño sea cierto no significa que sea actual, puesto que “*nada impide que haya certidumbre con respecto a*

⁶²⁸ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 195. Continúa la autora diciendo que a veces las leyes o la jurisprudencia exigen que el daño sea “injusto” y ello puede resultar de difícil interpretación, más cuando en el ordenamiento jurídico español no se recoge una lista de los intereses que se consideran jurídicamente relevantes. En el mismo sentido, PARRA SEPÚLVEDA define este requisito como la “*lesión a un interés*”. Defiende este autor que debemos centrarnos “*más que en los bienes lesionados, en los intereses afectados, ya que (...) solo 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, entendemos que el objeto del daño ha de estar constituido por el interés y no por el bien sobre el que éste se proyecta*”. PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pág. 319.

⁶²⁹ Se apunta que en derecho español no se admite la reclamación simbólica, (demandar por un euro o una peseta), por entender que no existe daño o que las indemnizaciones simbólicas no reparan. ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 196.

⁶³⁰ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 45.

⁶³¹ Establece el artículo 2:103: “*Las pérdidas relacionadas con actividades o fuentes que se consideran ilegítimas no pueden ser resarcidas*”. Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, European Group of Tort Law, consultar en <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>.

⁶³² Es necesario que el daño sea cierto, en su existencia y en su cuantía. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 74. En el mismo sentido, ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 195.

*un daño que todavía no se ha manifestado*⁶³³, como ocurrirá cuando las lesiones causadas al paciente tardarán varios meses en curar y éste no podrá desempeñar su profesión habitual durante este tiempo

- Que se haya probado. Dice el Tribunal Supremo: *“lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales*⁶³⁴”.
- Que se haya sufrido por quien lo reclama⁶³⁵. Aunque este requisito se va flexibilizando al permitir a colegios profesionales, asociaciones de consumidores, sindicatos y otros similares litigar en nombre de sus asociados o de intereses difusos o colectivos⁶³⁶.

2. CLASES DE DAÑOS RESARCIBLES.

2.1. Daños patrimoniales.

Si bien son variadas las clasificaciones de los daños en la doctrina, la distinción que ha alcanzado mayor relevancia en la práctica es que los divide los daños entre patrimoniales y no patrimoniales⁶³⁷. Los llamados patrimoniales son daños que soporta el patrimonio del perjudicado. Podría parecer que son fácilmente cuantificables, pero en la práctica no lo son, por lo que se han formulado diversas teorías para su valoración. Las resume ROCA TRÍAS⁶³⁸:

1. El valor de mercado del bien que se perdió, puesto que el valor de mercado difícilmente coincide con el perjuicio real que se causa al perjudicado (que puede ser mayor o menor).

⁶³³ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 52.

⁶³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de febrero de 2001, Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez, resolución número 139/2001, recurso 358/1996, Roj: STS 1264/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1264, Id Cendoj: 28079110012001101545.

⁶³⁵ VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 292.

⁶³⁶ Artículo 6.1.8º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶³⁷ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 51.

⁶³⁸ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 198.

2. La diferencia entre el valor total del patrimonio actual y el que tendría de no haberse producido el daño (incidiendo en el efecto que la pérdida de un bien puede tener en otros bienes).
3. “*La lesión de un interés valorable en dinero*”, siendo este interés algo más que dinero puesto que añade el subjetivo del perjudicado por la destrucción de la cosa.

Tampoco es unívoco el concepto de daño patrimonial en la doctrina. Así, MARTÍN DEL PESO distingue, dentro de la categoría de daño patrimonial⁶³⁹ entre el daño causado a una cosa dentro del patrimonio de una persona y el daño que afecta a su patrimonio biológico (daño corporal).

Dentro de los daños patrimoniales se puede distinguir por un lado el daño emergente, que es la pérdida directa patrimonial causada por el evento dañoso⁶⁴⁰ y, por otro lado, el lucro cesante, que es la ganancia dejada de obtener a consecuencia del hecho dañoso. El daño emergente se distingue del lucro cesante desde el Derecho Romano y, en prueba de ello, en el Código Civil se recoge en el artículo 1.106: “*La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*”.

Desde un punto de vista general, el daño emergente es la pérdida sufrida, “*mutilación patrimonial*”⁶⁴¹ y el lucro cesante la ganancia dejada de obtener. Se trata, por tanto, de una de las clases de daños patrimoniales⁶⁴². A su vez, en el daño emergente podemos distinguir el daño directo, que “*se identifica con el valor del bien dañado o el coste de su reposición e incluso el de su posible*

⁶³⁹ Es decir, incluye el daño corporal dentro del daño patrimonial. MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 72.

⁶⁴⁰ La doctrina apunta diferentes definiciones del daño emergente, como “*el deterioro material causado por un suceso*”. MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág.73.

⁶⁴¹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 121.

⁶⁴² Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 324.

reparación” y un daño indirecto o reflejo, “*caracterizado por los mayores gastos o desembolsos sufridos como consecuencia del hecho lesivo*”⁶⁴³.

Si bien deben repararse tanto el daño emergente como el lucro cesante, “*uno y otro son distintos y plantean problemática diferente en cuanto a su realidad, certeza y extensión*”⁶⁴⁴. De hecho, la mera existencia del lucro cesante se convierte en un debate en un proceso sobre responsabilidad civil, puesto que estamos hablando de un hecho futuro, que puede deducirse de las circunstancias, pero que no puede probarse de la misma forma que se prueban los hechos materiales. Así dice SANTOS BRIZ⁶⁴⁵ que no se podrá exigir al perjudicado la demostración con “*certeza absoluta*” de las ganancias esperadas de no haber ocurrido el hecho dañoso, pero tampoco será suficiente con un “*interés inseguro o incierto*”, de modo que habrá que atender al grado de probabilidad de haberse producido las ganancias, sin ser suficiente una mera posibilidad de que se hubiesen producido.

Es evidente la dificultad del concepto de lucro cesante, porque si bien conceptualmente está delimitado en la práctica es complicado de probar, al contrario que el daño emergente, que como “*daño patrimonial directo y efectivo, habla por sí solo, se justifica (...) con documentos de gasto, facturas (...) sin embargo esto no ocurre con el lucro cesante pues no hay daño directo (...) hay que hacer el esfuerzo de indagar la naturaleza del suceso que lo provocó y su correcto encaje en una de las dos categorías*”⁶⁴⁶. En palabras de DÍEZ-PICAZO, “*se han mezclado dos planos jurídicos distintos, como son el indemnizatorio, cuya finalidad es resarcir el daño causado, y el restitutorio, cuya función es reequilibrar el resultado de atribuciones o desplazamientos patrimoniales indebidos*”⁶⁴⁷. El fundamento de indemnizar el lucro cesante es colocar al perjudicado en la misma situación en que supuestamente se

⁶⁴³ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 73.

⁶⁴⁴ VICENTE DOMINGO, E., *El lucro cesante*, Editorial Reus, Madrid, 2014, pág. 25.

⁶⁴⁵ SANTOS BRIZ, J. S. G. D. L. C., I., *Comentario del artículo 1.106 del Código Civil en Comentario del Código Civil, 2ª Edición*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 140.

⁶⁴⁶ VICENTE DOMINGO, E., *El lucro cesante*, Editorial Reus, Madrid, 2014, pág. 25.

⁶⁴⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, (Dir). MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 251.

encontraría de no haber sufrido el daño, evaluando cómo habrían devenido los acontecimientos de haber seguido el curso natural de los hechos. Esta operación es de una dificultad evidente, puesto que se proyecta hacia un futuro hipotético (que dejó de ocurrir por causa del hecho dañoso) y *“hay que tener siempre en consideración la presencia de un margen de indeterminación apreciable”*⁶⁴⁸.

La Jurisprudencia se ha enfrentado en multitud de ocasiones al concepto de lucro cesante, que es difícil de determinar en el caso concreto, exigiendo los siguientes requisitos⁶⁴⁹:

1. Que se trate de ganancias que se esperarían si los acontecimientos se desarrollasen de manera normal, excluyendo los *“hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna”*⁶⁵⁰.
2. Que se excluyan *“eventos de futuro no acreditados”*. Esta postura jurisprudencial ha sido criticada doctrinalmente, por la sencilla razón que *“la prueba cierta, concreta y acreditada de un beneficio que no ha llegado a obtenerse, es imposible”*⁶⁵¹, por lo que debería sustituirse la prueba de la certeza⁶⁵² (imposible por ser un hecho futuro), por la de la probabilidad.
3. Que queden totalmente probados los perjuicios sufridos. Dice así la Sentencia de la Sala Primera de 20 de julio de 2011: *“El lucro cesante precisa la prueba de la ganancia dejada de obtener, en el sentido de la*

⁶⁴⁸ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 105.

⁶⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2011, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, resolución 606/2011, recurso 1283/2007, referencia CENDOJ 28079110012011100547, referencia LA LEY 165551/2011.

⁶⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2011, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, resolución 606/2011, recurso 1283/2007, referencia CENDOJ 28079110012011100547, referencia LA LEY 165551/2011.

⁶⁵¹ VICENTE DOMINGO, E., *El lucro cesante*, Editorial Reus, Madrid, 2014, pág. 34.

⁶⁵² *“Por su propia definición, el lucro cesante se aleja del criterio de certeza absoluta”*. FEMENÍA LÓPEZ, P. J., *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 22.

prueba del perjuicio que sufre el acreedor en su patrimonio, por no tener lugar el aumento patrimonial que se habría producido”⁶⁵³.

La dificultad probatoria del lucro cesante no termina en demostrar su existencia, sino que, al tratarse de un concepto económico (ganancia esperada y no obtenida) resulta complicado de calcular, sobre todo en un Tribunal, donde tanto los Letrados como el Tribunal son juristas pero no economistas⁶⁵⁴. VICENTE DOMINGO⁶⁵⁵ enumera las siguientes manifestaciones del lucro cesante, aclarando que no son sinónimos sino diferentes aspectos de la misma cosa: *“lucro que cesó o pérdida que no nació, ganancia truncada o frustrada, disminución del patrimonio, pérdida de beneficio, pérdida de subvención, reducción del volumen de facturación, pérdida de volumen de negocio, falta de incremento patrimonial que se esperaba obtener, ayuda económica perdida, merma de ingresos por pérdida de oportunidad”*.

Como ejemplo de aplicación de estos conceptos se observa muy gráficamente la diferencia entre lucro cesante y daño emergente en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de noviembre de 2010⁶⁵⁶, donde el Alto Tribunal falla un caso de una operaria de fábrica que se rompe la muñeca en un accidente laboral y no cura bien. A consecuencia de ello queda incapacitada para su profesión habitual y demanda por daño emergente *“138.234,20 Euros por el daño emergente que estima le han causado como consecuencia de los días que estuvo impedida, del daño moral causado y de la incapacidad permanente y total que padece para el desempeño de su profesión habitual (...) y 112.369,53 Euros en concepto de lucro cesante”* para paliar la reducción de ingresos proveniente de la diferencia entre la pensión que cobra actualmente y su anterior sueldo como operaria durante la vida laboral que le habría quedado de no haber sufrido la incapacidad.

⁶⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2011, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, resolución 606/2011, recurso 1283/2007, referencia CENDOJ 28079110012011100547, referencia LA LEY 165551/2011.

⁶⁵⁴ *“Creo que es absolutamente necesario que los juristas y en especial los jueces tengan una mayor especialización y formación económica que la que actualmente tienen”*. VICENTE DOMINGO, E., *El lucro cesante*, Editorial Reus, Madrid, 2014, pág. 51.

⁶⁵⁵ VICENTE DOMINGO, E., *El lucro cesante*, Editorial Reus, Madrid, 2014, pág. 14.

⁶⁵⁶ La demanda se desestima en todas las instancias por entender que no existió mala praxis. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010, recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.

Es llamativo que en la modificación del Baremo de tráfico se ha fijado una norma legal para la fijación del lucro cesante. Se trata de una operación matemática donde el multiplicando son los ingresos de la víctima en el momento del accidente y el multiplicador se establecerá por unos parámetros que serán diferentes en cada víctima, en función de su situación personal: familiares a cargo, si tiene derecho a pensiones públicas, la duración estimada de la dependencia económica, la posibilidad de fallecimiento y la inflación⁶⁵⁷.

También es necesario distinguir el concepto de lucro cesante de la pérdida de la oportunidad -o pérdida de la *chance*-, que es el daño consistente en haber perdido la oportunidad de conseguir una ventaja o beneficio que era una mera expectativa. Es un concepto aún más difuso y difícil de probar que el del lucro cesante, y se concreta en los clásicos ejemplos de: *“la culpa médica que impide al aspirante presentarse a un examen, la negligencia del abogado que le lleva a no presentar en plazo un recurso y la acción caduca o prescribe, el caballo que iba a correr un gran premio pero por un retraso del transportista no llega a tiempo al hipódromo”*⁶⁵⁸. Algunos autores sitúan la pérdida de la oportunidad en el daño emergente y no en el lucro cesante, porque *“lo que se pierde es la oportunidad de obtener el resultado y esa expectativa del resultado ya formaba parte del patrimonio de la víctima, no el resultado en sí”*⁶⁵⁹.

Para terminar, debemos abordar la cuestión de la influencia del comportamiento de la víctima en la moderación de la indemnización por lucro cesante. En el derecho español no está formulado de forma expresa en los textos legales, pero jurisprudencia y doctrina entienden que el deber de mitigar el daño sufrido por el perjudicado forma parte del deber general de buena fe del artículo 1.258 del Código Civil⁶⁶⁰. En el caso del lucro cesante significa que se excluirá de la indemnización *“toda pérdida que pudiera haber sido razonablemente evitada”*⁶⁶¹. Este es el criterio aplicado por el Tribunal

⁶⁵⁷ Artículos 81 a 92 y 126 a 133 del Baremo de tráfico (Real Decreto-Legislativo 8/2004), modificado por la Ley 35/2015.

⁶⁵⁸ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 92.

⁶⁵⁹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 130.

⁶⁶⁰ CARRASCO PERERA, A., "Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina", INDRET, número 1, enero, www.indret.com, 2006, pág. 20.

⁶⁶¹ SOLER PRESAS, A., "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR", INDRET, número 2, mayo, www.indret.com, 2009, pág. 4.

Supremo en la Sentencia de la Sala Primera de 25 de noviembre de 2010: " *la secuela padecida (de la que no se discute su existencia) puede aparecer por distintas causas y solo podía evitarse mediante la rehabilitación, en la que resulta importante la colaboración de la paciente, que no se produjo*"⁶⁶². Y también en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, de 17 de enero de 2014. Este caso es reseñable, además, porque entiende que la obesidad del paciente es una "concausa" que contribuye a la producción del resultado fatal. El paciente es intervenido de operación necesaria en la rodilla. El cirujano prescribe tratamiento rehabilitador pero la paciente no lo realiza. Resalta la Sentencia el "incumplimiento del protocolo de rehabilitación a una paciente con riesgos específicos concurrentes con los propios de la intervención en sí misma considerada como de riesgo"⁶⁶³. Por este motivo, al entender que concurre la culpa de la víctima en la producción del resultado, se absuelve al médico de *mala praxis* en el tratamiento (aunque la Sentencia es condenatoria de la Administración por falta de consentimiento informado).

2.2. Daños morales.

Como segunda categoría nos referiremos al daño moral. La dificultad de su concepto es evidente, como pone de manifiesto MARTÍN DEL PESO: " *la definición de lo que es el daño moral, la extensión y amplitud de su concepto y la posible existencia de criterios operativos para cuantificarlo, son de las cuestiones más difíciles de resolver y que han dado lugar a jurisprudencia contradictoria y divergente*"⁶⁶⁴.

⁶⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010, recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.

⁶⁶³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, de 17 de enero de 2014, Ponente Miguel Antonio Soler Margarit, resolución 17/2014, recurso 759/2011, CENDOJ: Roj: STSJ CV 31/2014 - ECLI:ES:TSJCV:2014:31 Id Cendoj: 46250330022014100013, SEPIN: SP/SENT/757600.

⁶⁶⁴ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial", en *Derecho de daños*, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 297.

La primera forma de aproximarse al daño moral suele ser por exclusión, como aquel daño que sabemos que existe pero que no tiene naturaleza patrimonial. En este sentido ROMERO COLOMA afirma que se trata de: “*aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para el perjudicado ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio*”⁶⁶⁵. También NAVEIRA ZARRA delimita el daño moral a través de “*la nota de la inestimabilidad pecuniaria*”⁶⁶⁶. A contrario sensu, puede definirse de forma positiva, haciendo mención de los bienes a los que se refieren (relaciones familiares, derechos de la personalidad –vida, integridad física, bienestar, derecho a la salud, honor, intimidad, producción científica, nombre- o libertades – física, de residencia, de circulación, de expresión-⁶⁶⁷. Mas escueto es DE ÁNGEL YAGÜEZ, que se refiere únicamente a “*las creencias, los sentimientos, la dignidad y estima social*”⁶⁶⁸.

Como decimos, los daños morales afectan a bienes o derechos de naturaleza extrapatrimonial, que se refieren a la esfera más personal e íntima de la persona⁶⁶⁹, como la vida, el honor, la dignidad, la propia imagen, etc.... Se trata de bienes que no responden a una necesidad económica, de modo que “*el interés extrapatrimonial estará constituido por la utilidad no económica: física, espiritual, intelectual, emocional (...) que un bien puede reportar a una persona*”⁶⁷⁰. Apunta NAVARRO MENDIZÁBAL que “*cada persona tiene derecho a una triple integridad: patrimonial, moral y corporal*”⁶⁷¹. Añade GARCÍA LÓPEZ⁶⁷² a la definición una nota en la forma de valoración del mismo, diciendo que es el “*resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito*

⁶⁶⁵ ROMERO COLOMA, A. M., *El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pág. 8.

⁶⁶⁶ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Tesis del Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad del La Coruña, La Coruña, 2005, pág. 87.

⁶⁶⁷ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 102.

⁶⁶⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 224.

⁶⁶⁹ OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 55.

⁶⁷⁰ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 81.

⁶⁷¹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 146.

⁶⁷² GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 80.

estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez”.

Vemos que no hay consenso en cuanto al concepto de daño moral y lo mismo ocurre en su tipología: no existe una clasificación unánimemente aceptada. Ni siquiera en cuanto a la contraposición entre daños corporales y daños estrictamente morales, pues algunos autores incluyen el causado a la salud psicofísica de la persona como daño corporal⁶⁷³ y para otros el daño a la salud, se divide en dos categorías: daño moral y físico o corporal⁶⁷⁴. El propio sería el puramente inmaterial y el impropio el daño patrimonial indirecto. Es decir, puede producirse daño moral por la lesión a bienes espirituales o puramente extrapatrimoniales o derivado de la lesión a bienes patrimoniales⁶⁷⁵ (como el premio de afección de la ley de expropiación forzosa). Según MARTÍN DEL PESO, *“el Tribunal Supremo en la actualidad viene defendiendo, no sin alguna vacilación, una extensión amplia de los daños morales que incluya los derivados de derechos de la personalidad, como los irrogados por el*

⁶⁷³ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág.114. Este autor entiende que el daño causado a la salud psicofísica del lesionado es daño corporal, seguramente atendiendo al concepto integral de salud presente en los modernos ordenamientos. También NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Tesis del Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad del La Coruña, La Coruña, 2005, pág. 89 defiende que no existen dos categorías de daños extramatrimoniales (morales y corporales), sino que dicha distinción nace en un momento concreto (la Italia de los años 50) y ha sido asumida por la doctrina española. Asimismo MARTÍN CASALS hace referencia al nacimiento del concepto de daño moral en ese momento histórico italiano, donde el art. 2059 del Código Civil italiano exigía que el ilícito civil fuese también penal para poder indemnizar por daño moral y además, en relación con los daños corporales, únicamente era indemnizable el lucro cesante. Por ello la jurisprudencia italiana, para paliar las injusticias que dichas limitaciones legales producían, diferenció entre el daño moral y el patrimonial, ampliando el concepto del primero y dando una entidad independiente a los "daños psicofísicos" (de modo que existían tres tipos de daño: patrimonial, moral y psico-físicos). MARTÍN CASALS, M., "¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?", II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba, 2001, pág. 11.

⁶⁷⁴ GARCIA SERRANO, F., *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 25, Nº 3, págs. 799-851, BOE, www.boe.es/publicaciones/anuario_derecho, 1972, pág. 803. Dentro de éste MARTÍN DEL PESO distingue entre daño moral propio e impropio. MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 72.

⁶⁷⁵ ROMERO COLOMA, A. M., *El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pág. 9.

*menoscabo corporal, la muerte o los derechos patrimoniales, es decir, en su análisis comprende el daño moral propio o directo y el impropio o indirecto*⁶⁷⁶.

Más concretamente, en el ámbito de la responsabilidad médica, tampoco existe consenso sobre el daño moral, siendo la situación más controvertida la lesión del derecho de autodeterminación del paciente explicitado en la actuación sobre su cuerpo sin haber obtenido el preceptivo consentimiento informado. Este extremo se estudia detenidamente en el capítulo relativo al consentimiento informado⁶⁷⁷. A modo de resumen, diremos que cada paciente posee el mencionado derecho de autodeterminación pero es principio jurisprudencial sentado que la mera lesión de dicho derecho no es resarcible sin que exista un daño físico. Nos centraremos a continuación en esta cuestión.

Fuera del ámbito de la responsabilidad médica y con carácter general, los daños morales no exigen en derecho español manifestación física para su existencia, puesto que se presupone la violación al interés probando el hecho dañoso. Como ejemplo legal de este criterio, el artículo 9 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 reza: *“La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”*. Lo mismo ocurre en responsabilidad médica: cuando se causa un daño físico el moral se presupone.

Como ejemplo, si fallece un pariente cercano no será necesario probar que el hecho provoca un dolor emocional, puesto que se presupone⁶⁷⁸. Por su parte, el Tribunal Supremo afirma con contundencia que el daño moral *“no está necesariamente vinculado al daño físico (...) se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento*

⁶⁷⁶ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial", en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 298.

⁶⁷⁷ Capítulo 1. Epígrafe 2.

⁶⁷⁸ Algunos autores se refieren a ellos como los daños *“ex re ipsa”* (derivados de la cosa misma), aunque no existe consenso en este punto. Consultar CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 75, LLAMAS POMBO, E., "Doctrina del TS sobre el daño *in re ipsa*", *Práctica de Derecho de Daños*, LA LEY, Número 122, Sección Editorial, Primer trimestre, www.laleydigital.laley.es, 2015, pág. 2, LLAMAS POMBO, E., "¿Existe el daño extracontractual *in re ipsa*?", *Práctica de Derecho de Daños*, LA LEY, Número 76, Sección Editorial, Noviembre, www.laleydigital.laley.es, 2009, pág.1.

*psíquico o espiritual*⁶⁷⁹. Será el “*impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, un estado de impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), una situación de ansiedad y angustia (...) de impacto emocional con la incertidumbre consecuente (...) opera cuando se da una situación que revela por sí misma la singular afección*”⁶⁸⁰.

Contrariamente a este criterio, algunos tribunales norteamericanos requieren prueba de estas afecciones físicas derivadas de la psique, como “*neurosis, depresión, fobias, insomnio (...) o alteraciones del comportamiento*”⁶⁸¹ para acreditar que existe daño moral. En cualquier caso, debemos reconocer que el concepto de daño moral es difícil de delimitar en abstracto y de probar en el caso concreto. Así lo manifiesta la jurisprudencia: “*el daño moral constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa*”⁶⁸².

Pasemos ahora abordar su clasificación. La doctrina divide el daño moral en las siguientes categorías⁶⁸³:

1. *Pretium doloris*. Equivale al “*dolor, afección física o espiritual, a la angustia, molestia y humillación que pueda sufrir el sujeto lesionado producto del evento nocivo*”⁶⁸⁴. Se trata del llamado “daño moral puro” o daño no susceptible de constatación médica⁶⁸⁵.
2. Perjuicio de afecto o *préjudice d’affection*. Es la angustia o zozobra que se produce en los familiares cercanos y allegados por las lesiones o fallecimiento de la víctima.

⁶⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de julio de 2014, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 412/2014, Recurso número 2795/2012, SP/SENT/773265.

⁶⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de noviembre de 2011, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 906/2011, recurso 2155/2008, Roj: STS 9288/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9288, Id Cendoj: 28079110012011100900, LA LEY 281254/2011.

⁶⁸¹ CASAS PLANES, M. D., “Daños médicos causados por error de diagnóstico”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 21, Sección informe de Jurisprudencia, noviembre, www.revistas.laley.es, 2004, pág. 10.

⁶⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de noviembre de 2011, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 906/2011, recurso 2155/2008, Roj: STS 9288/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9288, Id Cendoj: 28079110012011100900, LA LEY 281254/2011.

⁶⁸³ Seguiremos en este punto la clasificación de PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pág. 352.

⁶⁸⁴ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 101.

⁶⁸⁵ MARTÍN CASALS, M., “¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?”, II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba, 2001, pág. 15.

3. Perjuicio estético. Ya sea la medicina practicada curativa o satisfactiva⁶⁸⁶, si queda una deformidad física se produce una afección psicológica. Este daño es comúnmente indemnizado como daño físico, con mayor motivo cuando se encuentra entre tales en el baremo de tráfico⁶⁸⁷.
4. Otros padecimientos psíquicos: insomnio, sentimiento de inferioridad, disminución de los placeres de la vida. Contrariamente al daño moral puro, este daño sí es constatable por un profesional médico⁶⁸⁸. Otra cuestión es que sea fácil o difícil de probar.

Por su parte, el Tribunal Supremo clasifica en dos tipos el daño moral en su famosa Sentencia de 22 de febrero de 2001 (que vienen a coincidir, básicamente, con el *pretium doloris* y el perjuicio de afección antes apuntados):

"1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (...) si por las características de la gravedad de la lesión.

*2º) Cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito"*⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Resulta curioso que en el caso de la medicina satisfactiva, el perjuicio estético se valore de la misma forma que en el caso de la medicina curativa es decir, conforme a Baremo. Entendemos que el perjuicio moral es mayor, puesto que el resultado alcanzado perjudica aquello que el paciente quería precisamente resaltar y era importante para él hasta el punto de asumir una intervención quirúrgica. En este sentido, es interesante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2013, Ponente Ignacio Sancho Gargallo, resolución 713/203, recurso 1842/2011, CENDOJ: Roj: STS 5822/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5822 Id Cendoj: 28079110012013100705, SEPIN SP/SENT/743768. Es el caso de una paciente que se implanta un producto (alambre) activo en la cara para realizarse un lifting y tiene una reacción adversa al producto, por lo que debe ser extraído. El cirujano lo intenta sacar y no puede, se parte al manipularlo en vez de salir entero. Por ello requiere varias intervenciones faciales, dejando cada una de ellas las consiguientes cicatrices. Se condena a la suministradora del producto (única demandada), a 73.000 Euros, puesto que el prospecto afirmaba que en caso de reacción adversa el producto era de fácil extracción, lo que resultó incierto.

⁶⁸⁷ Es necesario recordar que el Baremo se ha modificado con la Ley 35/2015.

⁶⁸⁸ MARTÍN CASALS, M., "¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?", II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba, 2001, pág. 15.

⁶⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de febrero de 2001, Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez, resolución número 139/2001, recurso 358/1996, Roj: STS 1264/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1264, Id Cendoj: 28079110012001101545.

En esta misma sentencia⁶⁹⁰ se diferencia entre el daño moral que causa una lesión corporal que cura sin secuelas y otra que deja secuelas de por vida. Así, entiende que en el primer caso el resarcimiento del daño corporal “*ha de absorber o embeber a aquel daño moral*”. Sin embargo, en caso de dejar secuelas de gravedad se debe indemnizar por separado. Esta postura no está compartida por MARTÍN DEL PESO, quien apunta que “*el daño moral, con propia significación indemnizatoria, no se asocia ni identifica con la mera existencia de una secuela*”⁶⁹¹.

Como ciudadanos del siglo XXI, nos llama la atención el hecho que en épocas anteriores nuestros Tribunales rechazaban una posible indemnización económica de los daños morales⁶⁹². Hasta el S. XIX parecía que el daño sufrido en la esfera moral no era susceptible ni de reclamación ni de indemnización, “*como muestra el teatro del Siglo de Oro, el honor no se indemniza, ¡se limpia!*”⁶⁹³. No es hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912⁶⁹⁴ cuando se realizó el cambio jurisprudencial y hoy está comúnmente aceptado que el daño moral es un daño resarcible. El problema actual es, más bien, el contrario, que se trata de obtener indemnización por daños que no pueden probarse, alegando daño moral. Así vemos, en la práctica, que el daño moral es alegado para solventar la dificultad probatoria, de modo que se utiliza como “cajón de sastre” para englobar una serie de peticiones de difícil encaje en otras categorías o de difícil prueba. Dice así la

⁶⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de febrero de 2001, Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez, resolución número 139/2001, recurso 358/1996, Roj: STS 1264/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1264, Id Cendoj: 28079110012001101545.

⁶⁹¹ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 123.

⁶⁹² OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 56.

⁶⁹³ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 147.

⁶⁹⁴ Esta Sentencia es conocida como “el caso del fraile de Totana” y se dictó a partir de una información publicada en un periódico en que se acusaba al fraile de raptar a una joven, tener un hijo con ella y luego suicidarse. Al demostrarse que los hechos eran totalmente falsos, se indemnizó económicamente al demandante.

Sentencia de 30 de noviembre de 2011⁶⁹⁵: *“Cuando la pretensión de daño moral comporta, en realidad, una reclamación por las ganancias dejadas de percibir (lucro cesante), su resarcimiento exige la acreditación de un lucro cesante futuro”*. De este modo, *“la utilización del concepto de daño moral para atender a situaciones de incertidumbre causal relativa distorsiona el concepto de daño moral y reviste los caracteres de una verdadera falacia (...) en determinados supuestos de incertidumbre relativa sobre la pérdida de una ventaja o la obtención de un resultado”*⁶⁹⁶.

El daño moral no resulta únicamente problemático en su concepto sino también en su cuantificación. Es fácil entender que cuando se ha causado un daño corporal existe un perjuicio pero no hay una forma sencilla (ni objetiva ni justa) de cuantificarlo. Encontramos un intento de objetivarlo en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2000⁶⁹⁷, que juzga un caso en que tras una cirugía se causa un daño medular irreversible, quedando en silla de ruedas el paciente. Se indemniza por falta de consentimiento informado y se concede la indemnización que corresponde, según el Baremo de tráfico, a la tabla II, daño moral en caso de lesiones graves. Se acude a un criterio pretendidamente objetivo por estar previsto en una norma.

La dificultad de cuantificación del daño moral no nace únicamente de su naturaleza intangible sino de la ausencia de una línea jurisprudencial uniforme en términos cuantitativos. En la mayoría de los casos, en responsabilidad médica, se indemnizan conjuntamente los daños físicos y los morales sin distinción entre las cantidades asignadas a uno y otro concepto, por lo que no se puede conocer qué cantidades corresponden a cada concepto. Veamos como ejemplo la Sentencia de 25 de junio de 2010. Se producen a una niña daños gravísimos, llegando a la declaración de minusvalía del 86 por ciento (entre otros padecimientos: amputación de ambos pies, sordera y hemorragia

⁶⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de noviembre de 2011, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 906/2011, recurso 2155/2008, Roj: STS 9288/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9288, Id Cendoj: 28079110012011100900, LA LEY 281254/2011.

⁶⁹⁶ XIOL RÍOS, J. A., "La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil del abogado", SEPIN Artículos monográficos, SP/DOCT/17407, www.sepin.es, 2011, pág. 2.

⁶⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de abril de 2000, Ponente Xiol Ríos, recurso número 8065/1995, Roj: STS 2750/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2750, ID Cendoj: 28079130062000100145.

cerebral), y se conceden 800.000 Euros de indemnización frente al más de millón y medio pedido, con el siguiente razonamiento: *“valorando la prueba practicada en su conjunto y teniendo en consideración todas las circunstancias referidas a la perjudicada que resultan de las actuaciones, y muy especialmente su corta edad en la fecha en que acontecieron los hechos, esta Sala con criterios prudenciales, no objetivados, considera que resulta adecuada como indemnización a satisfacer por Administración demandada, la cantidad de ochocientos mil euros (800.000 euros)”*⁶⁹⁸. La misma Sala define sus criterios como *“prudenciales, no objetivados”*.

2.3. Daños presentes y futuros. Daños continuos y daños duraderos.

En función del tiempo en que se producirán los daños podemos dividirlos entre presentes y futuros. Daño presente es aquél que se ha materializado en el momento de presentar la demanda o de dictar la Sentencia⁶⁹⁹ y daño futuro es aquél que aún no se ha producido pero se tiene la certeza de que ocurrirá. *“Si una persona sufre una terrible parálisis (...) se podrá afirmar que dentro de cinco años seguirá sin poder trabajar como estibador y esa certeza es actual”*⁷⁰⁰. Es necesario tener en cuenta que en aplicación de la norma de la congruencia, la Sentencia únicamente podrá pronunciarse sobre aquello que se solicitó en la demanda, aunque puede dejar la cuantificación para la ejecución de Sentencia. Esta posibilidad, que era utilizada con carácter general bajo el auspicio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, fue erradicada con la nueva Ley de Enjuiciamiento de 2001. Sin embargo, en algún caso de responsabilidad médica se ha permitido la demanda sin cuantía o la determinación de la cuantía final en la ejecución de sentencia cuando era de

⁶⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de junio de 2010, Ponente Jose Manuel Sieira Miguez, recurso 5927/2007, Roj: STS 3463/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3463, Id Cendoj: 28079130062010100303.

⁶⁹⁹ Uno u otro momento es tomado en cuenta por los diferentes autores para calificar el daño de presente o futuro. Se atiende a la Sentencia en NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 167. A contrario sensu, se toma en cuenta la demanda en NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 116.

⁷⁰⁰ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 116.

imposible determinación la entidad del daño en el momento de dictar la resolución final del proceso.

Los daños futuros abarcan tanto los corporales como los patrimoniales. En cuanto a los daños corporales existe una abundante jurisprudencia relativa a accidente de tráfico y a la interpretación del Baremo de tráfico⁷⁰¹, que, como veremos más adelante, tiene un “efecto expansivo” y se utiliza como medida en otros casos de valoración del daño corporal. Como ejemplo de demanda que se admite sin fijación de cuantía, veremos la Sentencia del 17 de abril de 2015⁷⁰², que ejercita la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro sin fijar la cuantía por tratarse del caso de un bebé que sufre hipoxia en el parto y entender imposible esa fijación. Dice así el Alto Tribunal: *“en esa doble fase que resulta de una pretensión resarcitoria ejercitada contra la aseguradora: una previa, declarativa de la existencia de un daño cubierto por la aseguradora en virtud de la póliza en vigor del que es responsable el asegurado, y otra posterior de condena, una vez cuantificado el daño en la sentencia, la segunda se traslade a un juicio posterior por no haberse podido concretar el alcance de la indemnización debida al perjudicado, pues así lo autoriza el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁰³ (...) y la jurisprudencia que lo interpreta (...) en aquellos casos en los que un excesivo rigor en su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, provocando indefensión. Esto puede suceder cuando, por causas ajenas a ellas, a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción,*

⁷⁰¹ El baremo de tráfico se recoge en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Era doctrina jurisprudencial constante y reiterada, fijada por la Sala Primera en 2007, que los daños sufridos en el accidente de circulación quedan fijados en de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho dañoso y su valoración económica se hace posteriormente, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. A partir del 1 de enero de 2016, con el cambio normativo hecho por la Ley 35/2015, el momento del accidente será el decisivo a la hora de fijar las indemnizaciones (Artículo 40.2 de la Ley 35/2015).

⁷⁰² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 17 de abril de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución número 213/2015, recurso número 728/2014, Roj: STS 1418/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1418, Id Cendoj: 28079110012015100183.

⁷⁰³ *“Se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades”.*

defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción al legítimo interés de las partes. No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación. Como se examinó en la citada STS del Pleno, cuando se produce esta situación cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las partes. Es posible remitir la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. Ambas soluciones han sido utilizadas en sentencias de esta Sala atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso”⁷⁰⁴.

No debemos confundir los daños futuros con otras categorías similares como son los daños continuados y los daños duraderos. Los daños duraderos o de tracto sucesivo continuarán teniendo efecto a pesar de la finalización de la acción dañosa⁷⁰⁵, porque *“son daños producidos por diferentes actos (...) razón por la que no pueden ser identificados con los daños permanentes o de efectos permanentes originados por la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo ni con el agravamiento de los daños por su falta de pronta reparación, habiendo cesado la causa productora de los mismos”⁷⁰⁶*. Y, por su parte, los daños sobrevenidos se producen tras la reclamación y en el momento de la demanda no había conocimiento de que se producirían puesto que no se podía prever su existencia⁷⁰⁷. A estos últimos daños no les alcanzará la excepción de cosa juzgada puesto que no pudieron ser reclamados en el momento de presentar la demanda.

Hace referencia a esta distinción, de manera prolija, la Sentencia de 20 de octubre de 2015, que resuelve la casación de AVITE (Asociación de Víctimas de la Talidomida en España) contra Grünenthal Pharma, por los daños causados por aquel medicamento en los nacidos en los años 60 cuyas madres

⁷⁰⁴ Se refiere a la Sentencia de Pleno que fijó esta doctrina para un caso de propiedad intelectual, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de Pleno, de 16 de enero de 2012, Ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández, resolución número 993/2011, recurso 460/2011, Roj: STS 528/2012 - ECLI:ES:TS:2012:528, Id Cendoj: 28079119912012100003.

⁷⁰⁵ SEIJAS QUINTANA, J. A., *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, 2ª Edición, Sepin, Madrid, 2015, pág. 63. Respecto a la prescripción de este tipo de daños, *“el cómputo de plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida”*.

⁷⁰⁶ SEIJAS QUINTANA, J. A., *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, 2ª Edición, Sepin, Madrid, 2015, pág. 64.

⁷⁰⁷ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 117.

lo tomaron durante la gestación. Los daños sufridos por los demandantes, sobradamente probados y graves o muy graves en su mayoría, no eran discutidos judicialmente puesto que fueron reconocidos por el Estado Español por el Real Decreto 1006/2010, pero existía una controversia jurídica en relación a si estaban o no prescritos precisamente en función a su consideración como continuados, permanentes o sobrevenidos. Si los daños eran permanentes o continuados, se determinaron hace décadas y por tanto la acción para solicitar su resarcimiento estaba prescrita. Si, por el contrario, se consideraban sobrevenidos, la acción había nacido en el momento de su producción o de su fijación por la resolución del expediente administrativo (como entendió el voto particular del Magistrado Francisco Javier Arroyo Fiestas) y no había prescrito. Los daños sobrevenidos o consecutivos (como la artrosis, que aparece a cierta edad) *“se integran en una nueva etapa no afectada por la prescripción de los daños y secuelas que se concretaron en el nacimiento”*. Finalmente el Alto Tribunal consideró la acción prescrita por entender, por un lado, que la fijación del *dies a quo* de la prescripción es un elemento fáctico y le corresponde al Tribunal de Instancia y, por otro, que *“una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado, o lo que es igual, la confirmación de un estado de salud que ya existía con anterioridad, para beneficiarse de las ayudas públicas, y otra distinta la prescripción, sobre la que nada establece. Lo contrario sería dejar en manos de terceros, públicos o privados, sin intervención de las partes o parte interesada, la determinación del día a partir del cual la acción podía ejercitarse”*⁷⁰⁸.

En cuanto a los daños continuados son aquéllos que necesariamente se producirán tras un evento lesivo, son una *“prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”*⁷⁰⁹. Según GUERRERO ZAPLANA la trascendencia de

⁷⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de octubre de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 544/2015, recurso número 3140/2014, ROJ: STS 4149/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4149 Id Cendoj: 28079119912015100036, BASE DE DATOS LA LEY 142748/2015.

⁷⁰⁹ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Tesis del Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad del La Coruña, La Coruña, 2005, pág. 150; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 148; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 945; ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 126.

la distinción entre daños continuados y permanentes reside en la forma en que se computa el plazo de prescripción: los permanentes pueden ser evaluados desde el momento mismo de su causación (como la pérdida de un miembro) y los continuados, sin embargo, se producen día a día y van cambiando, de modo que “es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o de su acto causante”⁷¹⁰. Continúa este autor enumerando casos en que la diferenciación entre daños continuados y permanentes es complicada, como cuando el daño es sufrido por un niño, que se encuentran aún en fase de desarrollo y evoluciona constantemente o en el caso de enfermedades que no se pueden curar del todo, de forma que mejoran o empeoran con el paso del tiempo y ello no puede preverse. ROCA TRÍAS añade a la clasificación de daños permanentes y continuados los sobrevenidos, que son aquéllos que derivan de la negligencia médica pero que no se indemnizaron en la Sentencia por no haberse manifestado aún cuando se dictó la misma⁷¹¹. Por ejemplo, la indemnización por tratamiento a una niña que, ya de adulta, descubre que quedó estéril a consecuencia de la negligencia médica.

2.4. Daños directos e indirectos. Daños y perjuicios. Daños *ex re ipsa* y punitivos.

Desde otro punto de vista podríamos clasificar los daños en directos e indirectos (también llamados reflejos, mediatos o consecuenciales). Los directos serían los sufridos por la víctima del daño directamente en su patrimonio. Los indirectos, según el autor que se consulte, pueden referirse a los sufridos por otras personas consecuencia del daño⁷¹² o por la misma víctima del daño pero indirectamente a consecuencia de éste⁷¹³. Utiliza este

⁷¹⁰ GUERRERO ZAPLANA, J., *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013, pág. 208.

⁷¹¹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 197.

⁷¹² NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 170.

⁷¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, de 23 de diciembre de 2013, Ponente Susana Catalán Muedra, resolución 578/2013, recurso 137/2013, CENDOJ: Roj: SAP

concepto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, de 23 de diciembre de 2013, en un caso en que el paciente fallece a consecuencia de una prueba de esfuerzo realizada en el Servicio de Cardiología. La prueba era necesaria, estaba correctamente prescrita y realizada conforme a la *lex artis*, pero tiene una incidencia de mortalidad del 1%. La Generalitat paga indemnización a los herederos del fallecido y en el procedimiento la aseguradora del ente público se opone a repetir el pago con el argumento de estar excluido el daño moral. La Audiencia condena al pago y dice la Sentencia: (aun en el caso) *“de seguir la tesis de exclusión de perjuicios no consecuenciales a un daño corporal, también sería objeto de cobertura, por cuando en el presente supuesto se produjo la muerte del tercero por lo que sí son consecuencia de un daño corporal”*⁷¹⁴.

Utilizando diferente denominación otros autores hablan de daños directos (o inmediatos) como aquellos que se derivan como consecuencia inmediata de la actuación del agente e indirectos como aquellos que son una consecuencia más remota, aunque unidos por relación de causalidad⁷¹⁵.

Otra forma de referirnos a daños directos e indirectos es hablar de ellos como “daños” en contraposición a “perjuicios”. OSSORIO SERRANO afirma que los “daños” se refieren a los menoscabos que sufren directa e inmediatamente los bienes y los “perjuicios” a los que indirectamente se derivan del evento dañoso y afectan al patrimonio del perjudicado⁷¹⁶. Analizando la diferencia en la regulación de nuestro Código Civil, NAVEIRA ZARRA⁷¹⁷ resalta el diferente significado que se le da a las palabras según aparezcan juntas o por separado. Si el artículo se refiere a “daños y perjuicios” pretende incluir expresamente daño emergente y lucro cesante. Por el contrario, si se refiere solo a “daños” o a “perjuicios” lo hace para referirse de modo general a consecuencias dañosas.

V 5578/2013 - ECLI:ES:APV:2013:5578 Id Cendoj: 46250370112013100433, SEPIN: SP/SENT/759950.

⁷¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, de 23 de diciembre de 2013, Ponente Susana Catalán Muedra, resolución 578/2013, recurso 137/2013, CENDOJ: Roj: SAP V 5578/2013 - ECLI:ES:APV:2013:5578 Id Cendoj: 46250370112013100433, SEPIN: SP/SENT/759950.

⁷¹⁵ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 116.

⁷¹⁶ OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 53.

⁷¹⁷ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 74.

En nuestro país no tiene acogida la indemnización de daños punitivos⁷¹⁸, que sí existen en Quebec, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte, Escocia y Estados Unidos⁷¹⁹. Estas cantidades son impuestas como castigo o disuasión al culpable del daño en cuantía superior al perjuicio sufrido por la víctima. Su finalidad no es el principio *pro damnato* sino punitiva. En palabras de CARRASCOSA GONZÁLEZ, cumplen una triple función: “castigar al responsable, impedir que se lucre con sus actos antijurídicos y disuadir a dicho demandado y a otras personas de que realicen las actividades como las que causaron daños al demandante”⁷²⁰. El supuesto clásico de daños punitivos es el “caso del Ford Pinto”. El Pinto era un coche muy popular en USA durante los años 70, que tenía unos defectos de diseño que lo hacían extremadamente peligroso, puesto que con un impacto trasero (aún leve), el depósito de gasolina explotaba y las puertas se deformaban, convirtiendo el coche en un ataúd en llamas. La Ford, apercibida de dicha situación, calculó cuánto le costaría arreglar los defectos a los coches ya vendidos y cuánto le costarían las indemnizaciones judiciales de no arreglarlos. Al ser esta última cantidad menor, decidió no arreglarlos, por lo que se convirtió en responsable de lesiones y muertes a sabiendas. Demandada la compañía por un ocupante de vehículo que sufrió terribles quemaduras y la muerte de su madre, tras arder el Ford Pinto que conducía al ser impactado por detrás a solo 30 kilómetros hora, el Tribunal falló una condena de daños punitivos por valor de 125 millones de

⁷¹⁸ Critica esta denominación CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español", en *Derecho de daños*, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 385, por entender que la traducción no es correcta, puesto que “*damage*” es daño pero “*damages*” se refiere a la indemnización y que por tanto, el adjetivo “punitivo” hace referencia a la indemnización pero no al daño. Propone otras denominaciones alternativas, tales como “*condenas punitivas*”, “*pena privada*” o “*indemnizaciones punitivas*”.

⁷¹⁹ LÓPEZ HERRERA, E., *Manual de responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 36. Sin embargo, entiendo que algunos supuestos en derecho español pueden tener esta finalidad, como las indemnizaciones del art. 9 de la Ley 1/82, cuando utiliza como criterio indemnizatorio el beneficio obtenido por el causante del daño. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español", en *Derecho de daños*, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 391, únicamente cita como países (europeos) que admiten abiertamente los daños punitivos a Chipre, Irlanda, Reino Unido, pero recalando que otros aplican una serie de “*coerciones económicas*” muy similares a los daños punitivos.

⁷²⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español", en *Derecho de daños*, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 384.

dólares, cifra que prácticamente igualaba por un solo caso el coste que le hubiera supuesto arreglar todos los vehículos vendidos.

En cuanto al derecho europeo, el TJUE no se opone a que existan condenas por daños punitivos si la legislación nacional lo prevé. En derecho español, si bien con carácter general la función punitiva del derecho de daños está rechazada⁷²¹, quedando reservada para el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, la doctrina apunta algunos supuestos en que estamos en realidad hablando de daños punitivos, como los casos de indemnizaciones no compensatorias o de abono del lucro cesante o, en el ámbito laboral, de recargo de prestaciones⁷²². Sobre los daños punitivos apunta PANTALEÓN PRIETO que de vez en cuando se reaviva el debate sobre su conveniencia en derecho civil español, pero que, desde su punto de vista, carecen de sentido. Lo ejemplifica así: *“por poner un ejemplo muy actual: supóngase que se demostrase que algunas compañías fabricantes de cigarrillos añadieron al tabaco ciertas sustancias que incrementaban su poder adictivo, ocultando dicho proceder a los fumadores. Yo siempre he pensado que la respuesta jurídica más lógica a esa conducta sería encarcelar durante bastantes años a los administradores de dichas compañías y decomisarles hasta el último dólar con que personalmente se hayan lucrado a consecuencia de su delictiva actuación; pero, a lo que parece, la respuesta que se impone es hacer a los enfermos por fumar o a sus familiares mucho más ricos de lo que nunca habrían sido si aquéllos no hubiesen fumado”*⁷²³.

Para terminar con las categorías de daños, nos referiremos a los daños *ex re ipsa* o *in re ipsa* son aquéllos *“consustanciales a la propia conducta antijurídica”*⁷²⁴, de modo que probando la conducta antijurídica quedan directamente probados. Encontramos un ejemplo legal en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección civil al honor, intimidad

⁷²¹ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 23.

⁷²² VERDERA SERVER, R., ESTRUCH ESTRUCH, J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 35.

⁷²³ PANTALEÓN PRIETO, F., "La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el derecho español", en *Derecho del consumo*, (Dir). Ministerio de Justicia, Estudios de derecho judicial, 2001, pág. 33.

⁷²⁴ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 75.

personal y propia imagen, al decir: *“la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”*⁷²⁵.

2.5. Los daños causados por la propia víctima.

Como exigencia del deber general de la buena fe, plasmado en el artículo 7 del Código Civil, la víctima debe ayudar a mitigar el daño que ella misma sufre, puesto que *“el daño no evitado por la víctima pudiendo haberlo sido no se considera indemnizable”*⁷²⁶.

Es diferente la valoración del daño que se hace cuando la víctima contribuye con su culpa a la causación del daño (circunstancia concomitante al momento lesivo) a cuando no cumple con su obligación de evitar o mitigar el daño que sufre (circunstancia posterior a la causación del mismo) y siempre que sea posible mitigarlo⁷²⁷. Esto ocurrirá con frecuencia en el daño causado por imprudencia médica puesto que hablamos de lesiones corporales, que pueden agravarse o mitigarse en función del comportamiento del paciente (alimentación, reposo, rehabilitación, toma de medicación, etc.).

Tradicionalmente la concurrencia de culpas ha tenido su consecuencia indemnizatoria a través de la moderación del artículo 1.103 del Código Civil, de modo que la víctima no obtendrá resarcimiento por aquel daño que se causó o agravó ella misma⁷²⁸. Esta moderación de la indemnización se produce con independencia de considerar el comportamiento de la víctima una cuestión

⁷²⁵ También podemos encontrar ejemplos en algunas Sentencias del Tribunal Supremo en materia de propiedad industrial y competencia desleal, aunque excede del ámbito de nuestro trabajo, más información en LLAMAS POMBO, E., *“¿Existe el daño extracontractual in re ipsa?”*, Práctica de Derecho de Daños, LA LEY, Número 76, Sección Editorial, Noviembre, 2009, pág. 2.

⁷²⁶ GÓMEZ CALLE, E., *“La contribución de la víctima a la causación del daño”*, en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 238.

⁷²⁷ Inciden en estas diferencias CUEVILLAS MATOZZI, I., *La relación de causalidad en el ámbito del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 166 y MARTÍN CASALS, M., *“A través del espejo”*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Volumen 2*, (Dir). CABANILLAS SÁNCHEZ, A., Civitas, Madrid, 2002, pág. 2473. No lo distingue, sin embargo, ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 183.

⁷²⁸ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 225 y también YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 234.

causal, de imputación objetiva⁷²⁹ o de valoración del daño. En la materia objeto de nuestro trabajo, la víctima (paciente) presta el consentimiento informado, lo que supone consentir una parte de los daños que sufre o al menos el riesgo de sufrirlos, pero “la asunción de un riesgo por sí misma no tiene por qué ser significativa de culpa alguna”⁷³⁰. No obstante, esta asunción del riesgo sí puede tener consecuencias cuando no hay culpa en quien crea el riesgo ni tampoco en quien lo acepta⁷³¹.

3.UN SUPUESTO ESPECÍFICO: EL DAÑO RESARCIBLE EN LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE.

3.1. Delimitación conceptual.

Con carácter previo a estudiar las acciones de *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception* nos centraremos en su definición, tarea que no resulta sencilla por cuanto no existe consenso en la doctrina sobre su delimitación conceptual.

Siguiendo a GALÁN CORTÉS⁷³², podemos afirmar que en las acciones de *wrongful conception* el supuesto de hecho es una concepción no deseada con nacimiento de hijo sano⁷³³. La base de la reclamación está en la misma

⁷²⁹ GÓMEZ CALLE, E., "La contribución de la víctima a la causación del daño", en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 266. Apunta esta autora que “estamos ante un problema de imputación objetiva (...) : el agente sólo es responsable de los eventos dañosos que a él le sean objetivamente imputables; si es la culpa de la víctima la que ocasiona el daño o el evento lesivo, y este le es objetivamente imputable sólo a ella, también es ella quien ha de asumir todas sus consecuencias (...) el agente material no tiene por qué reparar más allá de la medida en que ese evento pueda atribuírsele a él”.

⁷³⁰ GÓMEZ CALLE, E., "La contribución de la víctima a la causación del daño", en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 242.

⁷³¹ Refiriéndose a riesgos taurinos y deportivos, MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 97.

⁷³² GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica, 4ª Edición*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 478.

⁷³³ No es pacífica esta postura. Cuando nace un bebé sano pero su concepción no fue deseada, una parte de la doctrina incluye este supuesto en las acciones de *wrongful life*. Así VICENTE DOMINGO, E., "El daño", en *Tratado de responsabilidad civil, vol.1 (parte general)*, (Dir). REGLERO CAMPOS, L.F., Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 366. Por el contrario, es considerada *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, en la línea antes dicha, por TORAL LARA, E., "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español", en *Estudios sobre*

concepción, que no debió haberse producido puesto que los padres habían adoptado medidas médicas para no concebir. El error médico es el que ha “conducido a la vida”⁷³⁴ del demandante. Por el contrario, en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se dan las circunstancias contrarias: la concepción es deseada pero el niño nace enfermo. En estas acciones se reclama que la enfermedad se habría diagnosticado de haber actuado conforme a la *lex artis*.

Los perjuicios cuya indemnización se solicita son diferentes en una y otra acción. Así, la acción de *wrongful birth* o *wrongful life* trata de indemnizar el daño causado por el *nacimiento de un bebé deseado pero con malformaciones*⁷³⁵, enfermedades o discapacidades. Se ha denominado esta acción muy gráficamente, como “nacimiento erróneo”⁷³⁶, también denominada “nacimiento evitable” en la doctrina anglosajona.

Las acciones *wrongful birth* o *wrongful life* nacen del mismo hecho y se distinguen entre sí por la persona legitimada para ejercerlas, de modo que son dos caras de la misma moneda. Los padres reclaman por el daño que les ha causado el hijo en los casos de *wrongful birth*. En la acción *wrongful life* los hijos reclaman por el daño causado a sí mismos por su propio nacimiento.

Traducido al ámbito procesal, la legitimación activa, que corresponde al titular del bien jurídico lesionado⁷³⁷, corresponderá: en la acción de *wrongful birth* la a los progenitores y no al hijo⁷³⁸. En la acción de *wrongful life* el legitimado es

responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E. , La Ley, Madrid, 2014, pág. 254.

⁷³⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "La quinta Sentencia del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth*: se puede decir que ya existe una jurisprudencia en la materia", Revista práctica de derecho de daños, número 38, mayo, págs. 5-23, laleydigital.laley.es, 2006, pág. 6.

⁷³⁵ TORAL LARA, E., "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español", en Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E. , La Ley, Madrid, 2014, pág. 254.

⁷³⁶ VICENTE DOMINGO, E., "El daño", en Tratado de responsabilidad civil, vol.1 (parte general), (Dir). REGLERO CAMPOS, L.F., Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 366.

⁷³⁷ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Sistema de responsabilidad médica*, 4ª Edición, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 275.

⁷³⁸ Tienen libertad de procreación ambos progenitores pero la decisión sobre la interrupción del embarazo corresponde únicamente a la madre, “puesto que solo ella es titular de la facultad de decidir sobre el aborto en nuestro sistema, según el artículo 417 bis 1.3º del Código Penal”. MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 361. El Tribunal Constitucional declaró constitucional la exclusión del padre en el proceso de decisión de interrumpir el embarazo por “dado que la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla”⁷³⁸. Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, Ponente Gloria Begué Cantón y

el hijo (pero no los padres), quien argumentando que de no haber sido por la negligencia médica, no habría nacido ni tendría que sufrir una vida llena de sinsabores por la enfermedad o deficiencia que sufre.

Por otro lado, en los casos de *wrongful conception* no se reclaman daños ligados a la enfermedad o discapacidad del hijo, puesto que el hijo está sano. Se reclama por la misma concepción, que es fruto de un error médico.

Por último debemos delimitar también estas acciones de otras que implican daño al feto: *“Ni en la acción de wrongful life ni en la de wrongful birth se alega que el profesional sanitario causara el mal que sufre el niño, sino que no advirtió de él a sus progenitores”*⁷³⁹. Es decir: en ninguno de estos supuestos el daño pudo ser evitado por el profesional médico. Por tanto, *“la malformación queda fuera de las posibilidades de la genética”*⁷⁴⁰. En efecto, no podía evitarse el mal aunque se hubiese conocido durante la concepción: *“el niño no podía nacer sano: o nacía enfermo o no nacía. En otras palabras, la*

Rafael Gómez-Ferrer Morant (Sentencia de Pleno), número 53/1985, BOE número 119 de 18 de mayo. El “olvido” del padre ha sido criticado por parte de la doctrina. Véase CALVO MEIJIDE, A., “El nasciturus y su protección jurídica, parte II.”, Actualidad civil, número 2, págs. 263-281, dialnet.unirioja.es, 1992, pág. 269, quien afirma: *“los padres no sufren ni se afligen por tener hijos con taras físicas o psíquicas, sólo sirven para la ejecución del hecho puramente animal de la cópula, quedando excluidos de derechos, obligaciones y sentimientos.”* En el mismo sentido, MAZZILLI, E., “La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 1, núm 10, febrero, www.aranzadi.es, 2012, pág. 29: *“actualmente se sigue manteniendo que la decisión acerca del aborto permanezca exclusivamente dentro de la esfera jurídica de la madre, sin que el padre revista ningún tipo de papel ni pueda legítimamente ejercer ninguna intervención en este ámbito”*. No debemos olvidar que aunque la jurisprudencia concede legitimación a ambos progenitores para el ejercicio de la acción de wrongful birth, existen muchos casos en que la acción es ejercitada solo por la madre y uno en que se ejercitó sólo por el padre, negándole el Tribunal la legitimación activa con los siguientes argumentos: el Tribunal de instancia ha tomado también en consideración la circunstancia de que la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre, conforme resulta del artículo 5 de la Ley General de Sanidad, artículo 417 bis del Código Penal y 9 del Real Decreto 2.409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1.985, lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento, que es lo que ocurre en el supuesto considerado por el Tribunal de instancia, sin tener en cuenta, además, que no hay constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito, de la madre para el ejercicio de la acción de responsabilidad fundado en la privación de ese derecho personal e intransferible que a ella le corresponde, circunstancia ésta, evidentemente, no tomada en consideración por esta Sala en la sentencia invocada como contradictoria. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 5 de diciembre de 2007, Ponente Agustín Puente Prieto, recurso número 92, Roj: STS 8332/2007 - ECLI:ES:TS:2007:8332, Id Cendoj: 28079130062007100473.

⁷³⁹ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 478 nota 76.

⁷⁴⁰ VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 169.

*negligencia del profesional médico no es la causa del mal o de la enfermedad, sino que únicamente afecta a la información recibida por los progenitores y, consiguientemente, a las facultades de que disponen en relación con la interrupción del embarazo*⁷⁴¹.

Consecuencia de lo anterior, los supuestos englobados en las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* no incluyen el daño causado por el médico o el farmacéutico que, por una manipulación a la embarazada, procedimiento invasivo o prescripción medicamentosa causa una lesión al feto sano, que serían supuestos de responsabilidad contractual (artículo 1.101 del Código Civil), extracontractual (artículo 1.902 del Código Civil) o lesiones al feto (artículo 157 del Código Penal). La valoración del daño causado en sede de responsabilidad civil es fácilmente reconducible a las lesiones causadas al bebé recién nacido (por ejemplo durante el parto) y se utilizarían similares parámetros para cuantificar la indemnización.

Una vez definidas las acciones y delimitadas negativamente de otros supuestos cercanos, veamos ahora los supuestos que sí engloban las acciones de nacimiento o concepción erróneas.

En cuanto a las acciones *wrongful conception*, los casos más frecuentes son los embarazos posteriores a una operación de vasectomía o ligadura de trompas⁷⁴². Como ejemplo citaremos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de septiembre de 2014⁷⁴³. Con el fin de no tener más hijos, el esposo se realiza una vasectomía. Tras la intervención recibe el resultado del seminograma, según el que ha quedado estéril y que literalmente dice: “*ya puede tener la relación sexual sin ningún miedo ni precaución, tener sus relaciones cuando quieran y como quieran*”. Cinco años después su esposa concibe a su tercer hijo, que se prueba ser biológico de su marido. Se

⁷⁴¹ MACÍA MORILLO, A., "El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo", Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, págs. 83-98, www.uam.es, 2011, pág. 86.

⁷⁴² De forma espontánea ocurre en algunos casos que tras estas operaciones los conductos seccionados por el cirujano se recanalizan y de nuevo el aparato reproductivo se pone en funcionamiento, pudiendo existir embarazo.

⁷⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de Septiembre de 2014, Ponente Marta Rallo Ayezcurén, resolución 440/2014, recurso número 133/2013, Roj: SAP B 9559/2014-ECLI:ES:APB:2014:9559, Id Cendoj: 08019370162014100448referencia LA LEY CJ:149675/2015.

indemniza por no haberle informado del riesgo de recanalización y se conceden al matrimonio 163.000 Euros, con el fin de indemnizar los gastos de crianza de la niña más los daños morales consistentes en el *"impacto psíquico de los actores al ver frustradas sus expectativas de no tener más hijos después de haber tomado medidas para evitarlo"*.

En las acciones *wrongful conception*, los tribunales suelen motivar la indemnización o bien por una deficiente ejecución quirúrgica (cuando el error técnico se prueba) o bien en base a falta de información del inicio de la eficacia de la técnica o del porcentaje de fallos descritos en la literatura médica⁷⁴⁴. La cuantía de la indemnización tiende a ser diferente en uno y otro caso, tal como apunta SEIJAS QUINTANA: *"la regla general es que, por falta de información, el médico no puede ser condenado a indemnizar en su integridad al paciente por el daño a la salud sufrido a raíz de la actuación médica"*⁷⁴⁵.

En cuanto a las acciones de *wrongful birth*, cuando el nacido sufre una deficiencia o incapacidad, las sentencias condenatorias se basan bien en una errónea interpretación de las pruebas prenatales (informadas como normales) o bien porque no se aconseja la realización de pruebas de diagnóstico prenatal⁷⁴⁶.

El diagnóstico prenatal, siguiendo a FEMENÍA LÓPEZ⁷⁴⁷, puede definirse como aquél *"llevado a cabo sobre el embrión o feto humano in útero, en el transcurso de un embarazo, que trata de detectar una anomalía morfológica, cromosómica o genética actual o una evaluación precisa del riesgo al cual está*

⁷⁴⁴ Si se hubiera informado a la pareja que la técnica es fiable al 90 por ciento pero no infalible, habrían podido decidir asumir ese porcentaje de error o bien utilizar otras técnicas de anticoncepción.

⁷⁴⁵ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad sanitaria: identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad", en Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 543.

⁷⁴⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Ante la cuarta sentencia de la sala primera en materia de *wrongful birth*: ¿es posible hablar ya de una jurisprudencia?", Revista de derecho y genoma humano, número 22, págs. 179-208, www.catedraderechoygenomahumano.es, 2005, pág. 207.

⁷⁴⁷ FEMENÍA LÓPEZ, P. J., "Responsabilidad médica derivada del diagnóstico preimplantacional", en La responsabilidad civil y su problemática actual, (Dir). MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 1176.

sometido el feto para el desarrollo futuro de tales enfermedades”⁷⁴⁸. Dentro del acto médico se encuentra tanto la realización de las pruebas como el consejo de realizarlas⁷⁴⁹. La decisión final de realizar o no diagnóstico prenatal y qué pruebas en concreto corresponde a la paciente gestante, pero el consejo médico dependerá del riesgo de cada embarazo en particular. El ginecólogo valorará conjuntamente los protocolos y el riesgo concreto de la mujer (fase del embarazo, edad de la gestante, existencia de antecedentes de enfermedades hereditarias, que el embarazo sea consecuencia de técnicas de reproducción asistida y resto circunstancias particulares) para hacer una estimación o cálculo de probabilidades de malformaciones en el feto y aconsejar o no la realización de las pruebas de diagnóstico prenatal⁷⁵⁰.

Una vez delimitadas conceptualmente las acciones, en los siguientes epígrafes pasaremos a estudiar cuál es el daño que se solicita se indemnice con el ejercicio de las mismas.

3.2. El daño resarcible: las distintas teorías. El debate en torno al perjuicio indemnizable.

La primera cuestión que se plantea previa a la valoración del daño en estas acciones es la existencia misma del perjuicio. El supuesto fáctico de la acción, tanto de *wrongful birth* como de *wrongful life* es una actuación médica que se considera negligente y que ha llevado al nacimiento de un hijo con discapacidad o enfermedad. En definitiva, el hecho de nacer (desde el punto de vista de los padres) o la misma vida (para el hijo) es lo que se considera daño. Que existen perjuicios para los padres es evidente puesto que “*este nuevo ser, si bien fue deseado –en el sentido de planeado- ocasiona a los progenitores*

⁷⁴⁸ Continúa el autor diciendo que “entre las técnicas de diagnóstico prenatal se distinguen aquellas que permiten mostrar la estructura del embrión o del feto (pertenece a esta categoría la ecografía, la embrioscopia y la fetoscopia), y aquellas otras que, partiendo de extracciones o análisis, permiten exámenes biológicos (pertenece a esta categoría la amniocentesis, la biopsia corial y las biopsias fetales, ya sean de piel, hepáticas o de sangre).

⁷⁴⁹ ROMEO CASABONA, C. M., *Aspectos jurídicos del consejo genético*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1994, pág. 157.

⁷⁵⁰ No debemos olvidar que el diagnóstico prenatal incluye tanto pruebas inocuas (ecografías) como pruebas que suponen riesgo de aborto (como la biopsia corial o la amniocentesis). Por lo tanto su realización no está indicada en todos los casos.

*gastos, problemas y tensiones con los que ellos no contaron a la hora de concebir y que se podrían haber evitado si el niño no hubiera nacido*⁷⁵¹”. Pero si estos perjuicios pueden deslindarse de la misma existencia del nacido o no es lo que se debate por la doctrina. ¿Se puede afirmar que el mal está en nacer? O dicho de otro modo: ¿es condenable el error que da la vida?

El planteamiento de considerar como daño la vida o el nacimiento comporta no solo problemas éticos sino también jurídicos, de forma que, como veremos más adelante, la mayoría de la doctrina evita considerar como daño el mismo hecho del nacimiento en las acciones *wrongful birth* y descarta la misma existencia en nuestro ordenamiento de las acciones *wrongful life*. En los epígrafes siguientes expondremos los distintos puntos de vista jurisprudenciales y doctrinales en torno a la misma existencia del daño, cuál es y qué parámetros deben tomarse en cuenta para indemnizarlo. En torno a la paternidad la sociedad ha evolucionado tanto que nada puede afirmarse con rotundidad⁷⁵², hasta el punto que encontramos en la jurisprudencia posturas tan contradictorias como considerar daño el nacimiento de un hijo sano (pero no deseado) y no considerar daño el nacimiento de un hijo enfermo (pero deseado y diagnosticado erróneamente como sano). Por ello será necesario examinar el caso concreto.

En otro orden de cosas, también cabe plantearse, como hacen doctrina y jurisprudencia, si indemnizar por el nacimiento de un hijo discapacitado no

⁷⁵¹ MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 330.

⁷⁵² En este sentido TAMAYO HAYA afirma que la sociedad ha evolucionado desde la familia tradicional (padre y madre con matrimonio legítimo) hasta las diversas posibilidades que la tecnología permite (algunas amparadas por la legislación y otras no), “lo cual nos lleva a constatar un diverso comportamiento de las personas respecto de la paternidad y maternidad cada vez más ligadas a una decisión voluntaria de asumir tal responsabilidad”. TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, número 6, www.portal.uned.es, 2013, pág.261. Cita esta autora las familias monoparentales – en el caso de las mujeres inseminadas *in vitro* ni siquiera hay “padre” biológico -; la familia con ambos progenitores del mismo sexo (en el caso de dos hombres y gestación subrogada tampoco hay madre biológica pero no jurídica); la familia formada por el progenitor biológico y la nueva pareja de éste; la familia adoptiva, etc. Por lo tanto, nada puede afirmarse con rotundidad en torno a la paternidad que sea cierto en cada uno de los casos, porque la tecnología hoy permite conocer el estado de salud del feto y la legislación permite interrumpir el embarazo. Dentro de esta libertad, cada padre o madre puede optar por su propia solución y lo que se considere o no daño dependerá de cada caso en concreto.

excede la función resarcitoria o indemnizatoria de la responsabilidad civil, convirtiéndose en asistencial, función que corresponde al Estado de Derecho. MAZZILLI entiende que *“la responsabilidad civil no tiene función asistencial, sino indemnizatoria, y que el enfoque correcto es el que prevé que el Estado social deba asumir los costes de asistencia de las personas discapacitadas mediante su sistema de prestaciones públicas y de servicios sociales, para alcanzar objetivos de justicia distributiva para los cuales no se puede esperar que sirvan las normas reguladoras de la responsabilidad civil”*⁷⁵³. En el mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE: *“El Tribunal Supremo, sin duda, trata de solucionar el evidente problema económico que se le presenta a la madre que tiene que atender a un niño deficiente, pero la responsabilidad civil no tiene una función asistencial, sino reparadora; y la delimitación del daño resarcible no puede realizarse con arreglo a criterios que chocan contra principios constitucionales básicos, como es el de respeto a la dignidad de la persona”*⁷⁵⁴. En el mismo sentido la ley francesa 2002-2003 de 4 de marzo de 2002 que se dictó tras el caso *Perruche* y que limita la reclamación de los padres al daño moral no pudiendo incluir el patrimonial puesto que: *“no deberá incluir las cargas particulares que deriven de la anomalía del hijo a lo largo de toda su vida. La compensación de ese perjuicio corresponde a la solidaridad nacional”*.

Una vez expuestas las posturas contrarias a considerar siquiera que existe un daño indemnizable, se analizará la doctrina y jurisprudencia que entiende la existencia del daño y la necesidad de su resarcimiento. Se organizará en cinco epígrafes, agrupando las diferentes posiciones en torno a la naturaleza del perjuicio indemnizable: imposibilidad de abortar, nacimiento de hijo discapacitado, incumplimiento de deber de información, imposibilidad de suficiente preparación psicológica para el nacimiento de hijo discapacitado y, por último, indemnización únicamente de daños patrimoniales.

⁷⁵³ MAZZILLI, E., "La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, núm. 10, febrero, 2012, pág. 14.

⁷⁵⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., CHAPARRO MATAMOROS, P., "Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto", *Revista Boliviana de Derecho*, número 17, págs. 276-295, www.revistabolivianadederecho.org, 2014, pág. 282.

3.3. El daño como imposibilidad de abortar de la madre gestante.

En una expresión muy de moda hoy día, “*el derecho de autodeterminación de la mujer*”⁷⁵⁵, como expresión de la dignidad de la persona regulada en el artículo 10 de la Constitución Española, se considera vulnerado si la gestante no tiene la información correcta sobre el estado de salud del feto en el momento en que puede decidir legalmente interrumpir el embarazo. Así lo ha afirmado con rotundidad el Tribunal Constitucional, entendiendo que obligar a la madre a continuar el embarazo en caso de graves taras o malformaciones del feto sería la “*imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia*”⁷⁵⁶. Ya se adelanta que la imposibilidad de abortar de la madre o lesión a su “*derecho de autodeterminación*” es el daño más comúnmente alegado por doctrina y jurisprudencia en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, siendo prácticamente unánime su consideración⁷⁵⁷. El planteamiento es el siguiente: si el médico hubiera informado correctamente el diagnóstico prenatal y la mujer hubiera sabido que su hijo estaría afectado por una deficiencia, podría haber tomado la decisión de abortar.

En ocasiones se alude a la teoría de la pérdida de la oportunidad (en este caso, de interrumpir el embarazo), para justificar el daño⁷⁵⁸. Se trataría de la pérdida de la oportunidad de evitar (cuando existiera motivo legalmente válido para el aborto) los gastos y daños del nacimiento de un hijo con discapacidad⁷⁵⁹. Con

⁷⁵⁵ TORAL LARA, E., “Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español”, en Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, pág. 262.

⁷⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, Ponente Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant (Sentencia de Pleno), número 53/1985, BOE número 119 de 18 de mayo.

⁷⁵⁷ Expresamente así lo afirman ALISTE SANTOS, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier Libros, colección Processus Iudicii, Barcelona, 2011, pág. 176; Díez-PICAZO JIMÉNEZ, G., “La imposibilidad de abortar, un supuesto más de responsabilidad civil”, Diario La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-168, tomo 3, núm. art. 21642/2001, www.diariolaley.es, 2001, pág. 6; MEDINA, G., “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful Birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, Revista crítica de derecho privado, número 5, págs. 469-491, dialnet.unirioja.es, 2008, pág. 487.

⁷⁵⁸ Nos remitimos al epígrafe correspondiente de este trabajo, Capítulo I, epígrafe 3.3.

⁷⁵⁹ Entendemos que no existe una diferencia sustancial entre alegar la teoría de la pérdida de la oportunidad y la pérdida de la facultad de elección de interrumpir el embarazo. En este sentido, MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos*

otro razonamiento, pero con el mismo contenido, afirma MACÍA MORILLO que el presupuesto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* sólo puede surgir cuando: “1. Las enfermedades o defectos graves que padecía el embrión o feto no podían haber sido curados, aunque se hubieran diagnosticado a tiempo (no existía un remedio para ellos conforme al estado de la ciencia médica). 2. Sí existían, en cambio, técnicas o conocimientos suficientes en el lugar y en el momento planteado para haber realizado un diagnóstico correcto, de acuerdo, por tanto, con la *lex artis ad hoc*. 3. En el ordenamiento jurídico en que se producen tales hechos está reconocida la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, bien de forma general o bien, al menos, para el supuesto concreto del motivo embriopático”⁷⁶⁰. Otros autores, por el contrario, niegan que en estos casos de *wrongful life* se pueda aplicar la teoría de la pérdida de la oportunidad, puesto que la producción del resultado no puede quedar en ningún caso al albur del comportamiento de la víctima, y la mujer embarazada tiene la facultad de interrumpir el embarazo⁷⁶¹, olvidando desde nuestro punto de vista que la facultad está supeditada a los supuestos de despenalización.

Partiendo de la base de la existencia del daño, estudiaremos a continuación los requisitos para que se considere que éste se ha producido, que serán:

1. Que la legislación confiera a la mujer la posibilidad de abortar.
2. Que pueda probarse el nexo causal entre el diagnóstico prenatal (que erróneamente considera sano al bebé) o la ausencia del mismo (por falta de consejo médico para su realización) y el no ejercicio de la facultad de interrumpir el embarazo.

y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 364.

⁷⁶⁰ MACÍA MORILLO, A., "El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo", Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, págs. 83-98, 2011, pág. 85.

⁷⁶¹ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 60/2002, 2002, pág. 1.114.

Comenzaremos por el estudio de la interrupción del embarazo en nuestro ordenamiento. Tal y como pone de manifiesto TORAL LARA⁷⁶², si la ley confiere la posibilidad de abortar o, incluso, un “derecho al aborto” a la mujer embarazada, el hecho de no poder ejercitarlo es un daño indemnizable. Es por tanto necesario que en la legislación esté *“reconocida la facultad de interrupción del embarazo (...) pues tal facultad constituye el presupuesto sobre el que se asienta el daño reclamado”*⁷⁶³. Con independencia de la consideración de la facultad de interrumpir el embarazo como un derecho, una posibilidad o simplemente un supuesto de impunidad en un delito, lo cierto es que, como apunta MACÍA MORILLO, *“la libertad de decisión sobre la procreación futura y la facultad de interrupción voluntaria del embarazo son establecidas por el ordenamiento en reconocimiento de un interés de sus titulares (libre desarrollo de la personalidad, integridad, salud, etc.), por encima, incluso, de otros intereses en conflicto”*⁷⁶⁴. Así lo configura la Ley Orgánica 2/2010⁷⁶⁵ en su artículo 12, que bajo el título de *“garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”*, reza: *“Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”*. De modo que la privación de este derecho o facultad (de abortar) supone un daño.

⁷⁶² TORAL LARA, E., "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español", en Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, pág. 253.

⁷⁶³ MACÍA MORILLO, A., "El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo", Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, págs. 83-98, 2011, pág. 87. En el mismo sentido, NAVARRO MICHEL, M., "Comentario a la Sentencia de 21 de diciembre de 2005", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 72, págs. 1637-1658, www.aranzadi.es, 2006, pág. 1.645.

⁷⁶⁴ MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 346.

⁷⁶⁵ Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Tal y como hemos visto, nuestro ordenamiento confiere a la mujer embarazada la posibilidad de interrumpir legalmente su embarazo. Pero no es un derecho incondicional. La ley Orgánica 2/2010 configura un sistema mixto de plazos e indicaciones, permitiendo el aborto pero no libremente, sino en los casos tasados por la ley. Se distinguen tres períodos: un primer período en que puede llevarse a cabo por la sola voluntad de la mujer, aunque con ciertos requisitos (hasta la semana 14)⁷⁶⁶, un segundo plazo (hasta la semana 22)⁷⁶⁷ en que se adopta el sistema de indicaciones estando permitido el aborto eugenésico y un último período en que se puede interrumpir el embarazo únicamente cuando la malformación fetal tenga tal gravedad que sea incompatible con la vida o “extremadamente grave e incurable”.

Es por ello que la jurisprudencia que se refiere a las acciones de *wrongful birth* debemos analizarla bajo el prisma de la legislación del aborto que se encontrase vigente cuando se dictó, pues tal y como afirma TORAL LARA⁷⁶⁸ muchas de las Sentencias que se han dictado por los tribunales superiores hasta este momento lo han hecho bajo la legislación que regulaba el aborto anterior a la Ley Orgánica 2/2010, es decir; la Ley Orgánica 9/1985, que establecía un sistema de indicaciones más rígido y con límite fijo en la semana 22 de gestación⁷⁶⁹. En contra de esta opinión, MACÍA MORILLO entiende que

⁷⁶⁶ Artículo 14. “Interrupción del embarazo a petición de la mujer. Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.”

⁷⁶⁷ Artículo 15. “Interrupción por causas médicas. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen. b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija”.

⁷⁶⁸ TORAL LARA, E., “Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español”, en Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, pág. 254.

⁷⁶⁹ La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio tenía por objeto único la reforma del artículo 417 bis del Código Penal: “1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la

la aprobación de la citada Ley Orgánica 2/2010 “no incide en la solución jurídica que haya de darse a estas demandas (...) podría haber incluido una mención expresa a estas acciones (las de *wrongful life*) excluyendo la responsabilidad civil, como hizo en su momento la Ley 2002-303, de 4 de marzo, francesa, tras las protestas surgidas a raíz del caso *Perruche* o, al contrario, haber afirmado expresamente su integración en el ordenamiento, como normativa especial de responsabilidad civil”⁷⁷⁰. Desde un punto de vista diferente prevé MAZZILI⁷⁷¹ que el cambio regulatorio supondrá una modificación en el área indemnizatoria, pronosticando que supondrá mayores indemnizaciones para la mujer privada de la facultad de abortar puesto que ahora la legislación configura el aborto como un derecho de la mujer y no sólo como un supuesto de despenalización delictiva.

En relación a los menores de edad debe destacarse la reciente reforma de la Ley Orgánica que regula el aborto⁷⁷². En la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2015 se afirma que es necesario rectificar “el régimen de consentimiento de las menores para la interrupción del embarazo”, tanto por razón de la necesaria “protección del menor” sino también por el correcto “ejercicio de la patria potestad”. Por ello se suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas y se requerirá, además de la “manifestación de voluntad” de la menor embarazada, “el

embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3.ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

⁷⁷⁰ MACÍA MORILLO, A., “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, págs. 83-98, 2011, pág. 95.

⁷⁷¹ MAZZILLI, E., “La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 1, núm. 10, febrero, 2012, pág. 25.

⁷⁷² La Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

consentimiento expreso de sus representantes legales"⁷⁷³.

Desde nuestro punto de vista es evidente el impacto que tiene la legislación del aborto en la declaración de responsabilidad civil del médico. No detectar una malformación fetal tendrá o no consecuencias a nivel de responsabilidad civil en función del momento del embarazo en que se realiza el diagnóstico prenatal y de la gravedad de la misma según la legislación permita o no interrumpir el embarazo en ese momento de la gestación y para esa patología. Si la malformación no detectada no era causa suficiente para interrumpir el embarazo, podrá solicitarse indemnización por el daño psicológico de no haberse podido preparar con más tiempo para el nacimiento del bebé enfermo, pero no por no haber podido interrumpir el embarazo⁷⁷⁴.

Continuando con los requisitos de la existencia del daño en las acciones de *wrongful birth*, el segundo y último de ellos se refiere a la relación de causalidad. Se afirma por quienes ejercen la acción que se les ha causado un perjuicio consistente en impedir la interrupción del embarazo por parte de la gestante. Sin embargo, tal afirmación se encuentra entre lo que la doctrina denomina "*cursos causales no verificables*"⁷⁷⁵, puesto que no se puede en realidad saber qué habría hecho la embarazada de haber conocido las afecciones de su hijo en período apto para interrumpir el embarazo, dado que el futuro nadie lo conoce. La decisión depende de tantos factores que es posible que en dos embarazos de la misma gestante se tomaran decisiones diferentes. No existe forma de probar qué habría ocurrido, ni se realiza "testamento vital" ni es probable que conste manifestación de la embarazada en la historia clínica.

PASQUAU LIAÑO, haciendo un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, afirma que el juicio de probabilidad sobre si la

⁷⁷³ Artículo 9.5 de la Ley Orgánica 2/2010.

⁷⁷⁴ En este sentido resulta fundamental determinar qué malformaciones pueden ser detectadas en la ecografía diagnóstica de la semana 12 o de la semana 20 de embarazo, puesto que algunas malformaciones no es posible verlas hasta la ecografía de la semana 28, que se encuentra fuera del período del aborto eugenésico de la segunda indicación del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010 "*graves anomalías en el feto*".

⁷⁷⁵ Se definen como "*aquellas hipótesis en que la causalidad posible existente entre dos hechos: un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural*", GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 2014, pág. 478.

madre habría interrumpido el embarazo de haber conocido las malformaciones fetales, *“no debe adentrarse en un debate estéril fundado en especulaciones, sino que ha de efectuarse ponderando la edad y demás circunstancias de la madre y la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal”*⁷⁷⁶. Se trata de una presunción que ha de realizarse *“en términos objetivos de racionalidad”* o, dicho de otro modo, valorando conjuntamente las circunstancias de cada caso concreto que son de lo más variado (número de hijos anteriores, si es el primer matrimonio o sucesivo, existencia de antecedentes de malformaciones en la familia, situación económico-social, etc.). Ello, como dice TORAL LARA, ha dado lugar a *“los pronunciamientos jurisprudenciales más dispares sobre la cuestión, desde aquellos que niegan la relación de causalidad porque no existe prueba directa de la intención de abortar de la mujer, a aquellos que presumen tal voluntad de la mera realización de las pruebas prenatales o consideran estéril la discusión sobre tal voluntad”*⁷⁷⁷. A continuación veremos que no existe una línea jurisprudencial clara ni uniforme sobre la existencia de la relación de causalidad, que, no olvidemos, es requisito para declarar la existencia o no de daño indemnizable.

En la jurisprudencia más reciente de la Sala Civil del Tribunal Supremo comienza a considerarse inútil la prueba de la causalidad, bajo el argumento de ser imposible saber qué habría ocurrido de haber tenido toda la información veraz sobre su embarazo. Se repiten con frecuencia los argumentos de la Sentencia de 21 de diciembre de 2005, que dice así: *“con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos de causalidad en la responsabilidad médico sanitaria, en los que debería ser suficiente un simple juicio de probabilidad en razón a la mayor o menor situación de riesgo derivada de la edad de la madre y de la posibilidad legal y física de interrumpir su*

⁷⁷⁶ PASQUAU LIAÑO, M., "Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio", Base de datos SEPIN, SP/DOCT/17288, 2012, pág. 28.

⁷⁷⁷ TORAL LARA, E., "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español", en Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, pág. 257.

embarazo en función del diagnóstico prenatal, al tratarse de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida, puesto que depende sólo de la voluntad de la mujer y responde a criterios de los más variados, como señaló la STC 53/85, derivados del vínculo natural que se establece entre la madre y el nasciturus o de ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales”⁷⁷⁸.

Sin embargo, con carácter general el mismo Tribunal Supremo, en la Sala Contencioso-Administrativa parte de la premisa contraria: ha habido daño al derecho de la autodeterminación de la mujer, se entiende que hubiera abortado de haber conocido el estado del feto y será la Administración Pública quien deberá probar lo contrario. Así, por todas, la Sentencia de 14 de marzo de 2007, que reza: *“resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”*.

Más recientemente pero en la misma línea, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010 se apunta que: *“los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración Sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico,*

⁷⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de diciembre de 2005, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 1002/2005, número de recurso 1986/1999, Referencia CENDOJ Roj: STS 7433/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7433, Id Cendoj: 28079110012005100983, Referencia EL DERECHO EDJ 2005/206730. El razonamiento ha sido reproducido por numerosas Sentencias de la misma Sala.

*experimentado por la recurrida*⁷⁷⁹.

En conclusión podemos afirmar que la causalidad entre la omisión de información de la malformación fetal y la privación del derecho de interrumpir el embarazo no es considerada siempre requisito para declarar la existencia de daño a la embarazada, puesto que no existe una línea jurisprudencial clara, como gráficamente describe la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de mayo de 2013 al hablar de *“la errática doctrina jurisprudencial a la hora de afrontar los requisitos de la acción wrongful birth”*⁷⁸⁰.

3.4. El daño como nacimiento de un hijo discapacitado.

Del nacimiento de hijo discapacitado se derivan, según jurisprudencia y doctrina, variedad de perjuicios. A continuación pasaremos a exponer las consideraciones sobre el nacimiento mismo del hijo con discapacidad, adelantando que mayoritariamente se declara la imposibilidad de considerarlo como daño indemnizable. La mayor parte de la doctrina está en contra de considerar el nacimiento de un hijo como daño, con independencia de que esté sano o sea capacitado o discapacitado, basándose en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Expresando el parecer general, VICANDI MARTÍNEZ afirma: *“lo primero a destacar sobre el daño en la figura de wrongful birth es que éste jamás puede fundarse en el nacimiento de un hijo, independientemente del estado de salud del mismo”*⁷⁸¹. En palabras del

⁷⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4403/2008, Roj: STS 3364/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3364, Id Cendoj: 28079130042010100315.

⁷⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de mayo de 2013, Ponente Fernando Lacaba Sánchez, resolución 188/2013, recurso 666/2012, Roj: SAP GI 447/2013 - ECLI:ES:APGI:2013:447, Id Cendoj: 17079370012013100185.

⁷⁸¹ VICANDI MARTÍNEZ, A., "El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y de presente", Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), núm. 3, septiembre-diciembre, www.dykinson.com, 2013, pág.8. En la misma línea: DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)", Revista de derecho y genoma humano, núm. 4, www.catedraderechoygenomahumano.es, 1996, pág. 105 y ss; MAZZILLI, E., "La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 1, núm 10, febrero, 2012, pág. 79; VIVAS TESÓN, I., "La responsabilidad civil médica en los supuestos de Wrongful Birth y Wrongful Life: análisis jurisprudencial", Revista Aranzadi de derecho

Tribunal Supremo: *“la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño per se”*⁷⁸². Y ello porque afirma TORAL LARA que identificar el daño con el nacimiento de un hijo discapacitado *“vulnera los principios más básicos de nuestro ordenamiento jurídico, empezando por la dignidad de la persona consagrada en el artículo 10 de la Constitución Española. También la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España en el 2007), contempla en su preámbulo que la discriminación de cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad del ser humano. No cabe, por tanto, considerar que el daño reclamado por las acciones wrongful birth sea el nacimiento de un ser discapacitado”*⁷⁸³. Por su parte, MAZZILLI afirma que *“el derecho a la vida no se reconoce solamente a todas las personas, sino a todos los seres humanos”*⁷⁸⁴.

Si bien desde un punto de vista teórico y constitucional es imposible estar en contra de la doctrina mayoritaria, entendemos que el juicio sobre el daño debe adoptar otro punto de vista. Así, estamos de acuerdo con la postura sostenida por PANTALEÓN PRIETO y ROMERO COLOMA, quienes afirman la inutilidad de determinar si es mejor *“no nacer que vivir con taras y/o deficiencias físicas y psíquicas de por vida”*⁷⁸⁵, puesto que *“el juicio sobre si sea o no mejor, y cuánto mejor sea, nacer con taras o no nacer es un juicio personalísimo e insustituible”*⁷⁸⁶. Desde un punto de vista más pragmático pero con el mismo

patrimonial, núm. 11, www.aranzadi.es, 2003, pág. 408; MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial", en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 325.

⁷⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de febrero de 1999, Ponente Jesús Marina Martínez-Pardo, resolución número 1242/1998, recurso 2236/1994, Roj: STS 679/1999 - ECLI:ES:TS:1999:679, Id Cendoj: 28079110011999101490.

⁷⁸³ TORAL LARA, E., "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español", en Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, pág. 261.

⁷⁸⁴ MAZZILLI, E., "La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 1, núm 10, febrero, 2012, pág. 8.

⁷⁸⁵ ROMERO COLOMA, A. M., "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", Revista crítica de derecho inmobiliario, núm. 722, www.revistacritica.es, 2010, pág. 2563.

⁷⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., "Procreación artificial y responsabilidad civil", en *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Ponencias y comunicaciones del Congreso Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, (Dir). PANTALEÓN PRIETO, F., Trivium, Madrid, 1988, pág. 266.

significado, PASQUAU LIAÑO afirma que *“no hay resultado que en si mismo pueda considerarse un daño corporal o daño a la salud”*⁷⁸⁷. En conclusión, si bien es imposible (por inconstitucional) afirmar que el nacimiento de un hijo discapacitado constituya en sí mismo un daño o bien que el mismo hecho de nacer (respecto del propio hijo) sea un daño en sí mismo, es un debate estéril y meramente teórico, puesto que sí existen daños que la jurisprudencia indemniza sin entrar a perfilar su naturaleza.

Es curioso en este sentido ver cómo la primera Sentencia del Tribunal Supremo sobre *wrongful birth*, dictada en 1.997 y lejos aún del concepto de lo “políticamente correcto” sí consideró que *“surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down (mongolismo); lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales (así como el) impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada”*. También en la Sentencia de 4 de noviembre de 2005 habla de *“el daño indudable producido a la madre actora con el nacimiento de un hijo aquejado de Síndrome de Down”*⁷⁸⁸. A pesar de lo expuesto, son escasas las voces discrepantes, puesto que, con carácter general y escasas excepciones, la jurisprudencia ha evitado considerar como daño el nacimiento del hijo discapacitado. Sirva, por todas, la Sentencia de 23 de noviembre de 2007, que afirma: *“no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”*⁷⁸⁹.

También la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de marzo de

⁷⁸⁷ PASQUAU LIAÑO, M., "Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio", Base de datos SEPIN, SP/DOCT/17288, 2012, pág. 22.

⁷⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 2005, Ponente Agustín Puente Prieto, recurso número 5377/2001, Roj: STS 8169/2005 - ECLI:ES:TS:2005:8169, Id Cendoj: 28079130062005100587.

⁷⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de noviembre de 2007, Ponente Encarnación Roca Trias, resolución 1197/2007, número de recurso 4469/2000, Roj: STS 7945/2007 - ECLI:ES:TS:2007:7945, Id Cendoj: 28079110012007101253.

2013⁷⁹⁰, afirma: “ *El daño es independiente de la decisión de abortar (...) y resulta (...) de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad*”.

Con carácter general vemos que el ordenamiento sigue la misma línea de no considerar daño el nacimiento de hijo con discapacidad. Recientemente se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷⁹¹. En su Exposición de Motivos aboga por adaptar el lenguaje, sustituyendo el término “deficiencia” por “discapacidad”⁷⁹². Esta norma modifica la Ley 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que en su artículo 2 define el “*interés superior del menor*”, y, en lo que a este trabajo interesa, instituye como criterio para delimitar el interés superior del menor “*la protección del derecho a la vida*”. Sin embargo, sí se considera daño moral indemnizable el plus de trabajo, gastos o preocupaciones que genera el nacimiento de un hijo discapacitado frente a lo que supondría un hijo sano. En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 23 de octubre de 2009⁷⁹³ afirma: “*no puede olvidarse la mayor dedicación, atención y cuidado que conlleva la educación de un hijo o hija en esa situación, así como la influencia de la misma sobre las expectativas de los progenitores, todo lo cual constituye per se un daño moral indemnizable*”.

⁷⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de marzo de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución número 157/2013, recurso número 1785/2010, Roj: STS 1136/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1136, Id Cendoj: 28079110012013100122.

⁷⁹¹ Su desarrollo legislativo se ha hecho a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29 de julio de 2015).

⁷⁹² Con el fin de “*incluir la referencia oportuna a la Convención de Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, firmada por España el 12 de marzo de 2009*”.

⁷⁹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 23 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso, Ponente Luis Jimena Quesada, resolución 1390/2009, número de recurso 1504/2006, Roj: STSJ CV 7461/2009 - ECLI:ES:TSJCV:2009:7461, Id Cendoj: 46250330022009101546.

Es el mismo argumento que acepta que la crianza de un hijo con discapacidad supone un detrimento patrimonial extraordinario frente a la crianza ordinaria de los hijos. En el mismo sentido la Sentencia de 21 de diciembre de 2005, que afirma: *“el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad”*⁷⁹⁴. O la Sentencia de 25 de mayo de 2010, que afirma: *“los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”*⁷⁹⁵.

Resulta especialmente interesante la recientísima Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 19 de mayo de 2015⁷⁹⁶, en que se accionaban conjuntamente una acción de *wrongful conception* y otra de *wrongful life*. El supuesto de hecho es el siguiente: una joven de 20 años acude al médico para implantarse un dispositivo anticonceptivo en el brazo. Ese mismo año queda embarazada y acude al ambulatorio para comprobar el estado del dispositivo anticonceptivo y éste ha desaparecido. La niña nace con una gravísima enfermedad que supone el reconocimiento de una minusvalía del 70 por ciento. Afirma la resolución que *“el nacimiento de su hija con una grave e incurable enfermedad de carácter hereditario (...) podría haberse evitado con el oportuno tratamiento genético en un embarazo programado o, de no ser posible, mediante renuncia a la maternidad”*. El caso sufre un curioso avatar procesal, puesto que se desestima la reclamación administrativa previa por silencio administrativo y posteriormente se desestima la demanda en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La madre solicita el amparo al Tribunal Constitucional, quien se lo concede y retrotrae las actuaciones. La

⁷⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de diciembre de 2005, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 1002/2005, número de recurso 1986/1999, Referencia CENDOJ Roj: STS 7433/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7433, Id Cendoj: 28079110012005100983, Referencia EL DERECHO EDJ 2005/206730.

⁷⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de mayo de 2010, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 3021/2008, ROJ: STS 3000/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3000, ID CENDOJ 28079130042010100281, LA LEY CJ: 86223/2010.

⁷⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 19 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 4397/2010, Roj: STS 2494/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2494, Id Cendoj: 28079130042015100192.

Administración tuvo un comportamiento claramente obstruccionista, no identificando al médico que realmente atendió a la paciente (firmó uno el turno pero estaba realmente otro) ni siquiera cuando fue requerido por la Sala. La nueva Sentencia estima la demanda, pero únicamente en 80.000 Euros por daño moral y 180 Euros de reembolso de gastos médicos, frente a los 1.649.624 euros solicitados⁷⁹⁷. El Tribunal indemniza únicamente por *wrongful conception*. Después de diez años de pleitos (la implantación del dispositivo fue en 2005 y la Sentencia del Tribunal Supremo en 2015), una larga cadena de errores médicos y judiciales y una hija minusválida, parece una victoria pírrica.

Un caso muy desgraciado se da en el supuesto fallado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2012, Sala de lo Contencioso⁷⁹⁸. Una embarazada de 16 años que da positivo en toxoplasmosis en primer trimestre, es remitida a urgencias y al servicio de embarazo de alto riesgo. Entienden los médicos que la infección ha pasado y que no hay riesgo. En los controles del embarazo normales detectan hidrocefalia, no dando importancia a este dato ni a la toxoplasmosis. Sin embargo, la niña nace con toxoplasmosis congénita, hidrocefalia y encefalopatía severa. El Tribunal considera prescrita la acción para solicitar los daños, entendiendo que el *dies a quo* de la acción debe contarse desde el alta definitiva con secuelas irreversibles, que se dio a los seis meses del nacimiento del bebé. En el recurso de casación se alega por la paciente/recurrente que aunque pudiera considerarse prescrita la acción en relación a los daños físicos, no ha prescrito en relación de la omisión de la información relevante que impidió a la madre interrumpir el embarazo. A pesar de ello entiende el Alto Tribunal que debe aplicarse el mismo plazo de prescripción, que las “*resoluciones de minusvalía e incapacidad no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido*”. Y en aplicación de la ley pero ciertamente, agravando lo que ya es un caso terriblemente desgraciado, la Sentencia impone las costas a la recurrente.

⁷⁹⁷ Desglosados en 670.363 euros para la propia Sra. Delia (por los gastos médicos, embarazo no deseado y necesidad de mantener a su hija) y de 979.261 euros para su hija.

⁷⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 8 de octubre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, recurso número 6290/2011, Roj: STS 6357/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6357, Id Cendoj: 28079130042012100646.

3.5. El daño como incumplimiento del deber de información.

Algunos autores, en respuesta a las dificultades que presenta la consideración como daño indemnizable de la privación del derecho al aborto, defienden que es el incumplimiento del deber de información el perjuicio causado. Esta es la tesis sostenida por ROMERO COLOMA⁷⁹⁹. También TORAL LARA afirma que la postura de identificar el daño en la deficiente información médica “*presenta la indudable ventaja de que el daño se produce con independencia de que exista la facultad o derecho de interrumpir voluntariamente el embarazo por parte de la mujer*”⁸⁰⁰.

En estos casos siempre existe una deficiente información en el sentido material (los padres creen erróneamente que el hijo gestado está sano), aunque ello no suponga necesariamente una infracción de la *lex artis* en cuanto al deber de información en el caso concreto. PASQUAU LIAÑO razona que debe decidirse en el caso concreto si la falta de información correcta sobre las anomalías del feto ha sido o no determinante del nacimiento no deseado del hijo. Analizando las Sentencias del Tribunal Supremo afirma que, en primer lugar, deberá valorarse la existencia de factores específicos de riesgo para determinar si era necesaria la mención al diagnóstico prenatal y, en segundo lugar, “*llevar a cabo un juicio de probabilidad sobre cuál sería la voluntad de la madre (abortar o no) de haber podido conocer la presencia de malformaciones en el feto*”⁸⁰¹.

Analizando la Jurisprudencia, vemos que en general no se concede indemnización por omisión de información. Los fundamentos jurídicos se dedican más a analizar la cuestión del daño desde el punto de vista de privación del derecho a abortar o desde el prisma del mayor coste económico o

⁷⁹⁹ ROMERO COLOMA, A. M., "Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica", Diario La Ley, núm. 7231, 1 de septiembre, diariolaley.laley.es, 2009, pág. 10.

⁸⁰⁰ TORAL LARA, E., "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español", en Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, pág. 267.

⁸⁰¹ PASQUAU LIAÑO, M., "Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio", Base de datos SEPIN, SP/DOCT/17288, 2012, pág. 28.

daño moral, pero raramente basan una condena en la omisión de la información debida. Sin perjuicio de lo expuesto, citaremos alguna Sentencia en que se condena por omisión de información. Así, la Sentencia de la Sala Primera de 6 de julio de 2007, en un caso en que no se informó a los padres de la posibilidad de realizarse una analítica de sangre específica (Triple Screening), apunta que: “De esta omisión informativa trae causa la culpa y el daño causado al patrimonio jurídico de los actores pues se les ha privado del derecho a la información que les asiste, impidiéndoles decidir de una forma consciente y responsable sobre la oportunidad de someterse a unas pruebas posteriores de confirmación y de tomar en su vista la solución mas favorable a sus intereses”⁸⁰² concediendo la cantidad de 90.000 Euros a ambos padres por el daño moral consistente en la omisión de la información debida. En el mismo sentido, la Sentencia de 23 de noviembre de 2007 concede 60.000 Euros de indemnización a ambos padres por daños morales consistentes en la falta de información, puesto que la edad de la gestante, 43 años, unida a la existencia de antecedentes familiares de Síndrome de Down y a la preocupación que la propia paciente manifestó por dichos antecedentes, debía haber desembocado en la información pertinente de la existencia de técnicas de diagnóstico prenatal que a su vez habrían puesto de manifiesto que el feto sufría Síndrome de Down. Es reseñable que en este caso se ejercitan conjuntamente una acción de *wrongful birth* (por los padres) y otra de *wrongful life* (por la hija), pero la Sentencia no ampara el ejercicio de la acción de la hija, afirmando que “el daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes”⁸⁰³.

3.6. El daño como imposibilidad de suficiente preparación psicológica para el nacimiento de un hijo discapacitado.

Algunos de los argumentos esgrimidos para alegar este daño moral son tomados de las acciones de *wrongful conception*. Se alegan la angustia o

⁸⁰² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de julio de 2007, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 837/2007, número de recurso 3036/2000, Roj: STS 4806/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4806, Id Cendoj: 28079110012007100782.

⁸⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de noviembre de 2007, Ponente Encarnación Roca Trias, resolución 1197/2007, número de recurso 4469/2000, Roj: STS 7945/2007 - ECLI:ES:TS:2007:7945, Id Cendoj: 28079110012007101253.

frustración por tener que adaptarse a la nueva situación (el embarazo) creada por la negligencia del profesional sanitario y, en ocasiones, las dudas sobre la paternidad del hijo (el marido se ha hecho la vasectomía y es, aparentemente, estéril) y los problemas familiares que ello acarrea⁸⁰⁴. Al adaptarlo a las acciones de *wrongful birth*, encontramos que el daño moral se traduce en la angustia que se produce en los padres al ver que el hijo, al que creían sano, nace con graves taras o enfermedades.

Se encuentra ampliamente admitido en la doctrina que constituye daño indemnizable el no haber tenido tiempo suficiente para adaptarse psicológicamente a la nueva situación, puesto que se descubre el mal que afecta al hijo en el nacimiento y no durante el embarazo. Así, VICANDI MARTÍNEZ habla de “*elemento sorpresivo*”⁸⁰⁵, concepto ampliamente admitido en la doctrina⁸⁰⁶ y en la Jurisprudencia: “*privación a la madre de la información suficiente para permitirle afrontar esta situación desde el inicio del embarazo*”⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ En este sentido, VICENTE DOMINGO, E., "El daño", en Tratado de responsabilidad civil, vol.1 (parte general), (Dir). REGLERO CAMPOS, L.F., Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 225 y MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 377.

⁸⁰⁵ VICANDI MARTÍNEZ, A., "El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y de presente", Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), núm. 3, septiembre-diciembre, 2013, pág. 13.

⁸⁰⁶ Así MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 60/2002, 2002, pág. 1115, MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 381.

⁸⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de diciembre de 2005, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 1002/2005, número de recurso 1986/1999, Referencia CENDOJ Roj: STS 7433/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7433, Id Cendoj: 28079110012005100983, Referencia EL DERECHO EDJ 2005/206730.

3.7. Los daños patrimoniales.

Existe un daño patrimonial directamente derivado del nacimiento de un hijo con discapacidad, que requiere durante toda su vida de unos gastos adicionales en relación a los que supondría un hijo sin discapacidad⁸⁰⁸.

En la valoración de este daño encontramos dos posturas: quienes entienden que el daño debe incluir únicamente el incremento del coste entre un hijo sano y uno enfermo y, por el contrario, aquellos que engloban todos los gastos del hijo nacido en la indemnización.

En primer lugar expondremos el punto de vista de quienes consideran como daño indemnizable únicamente el plus de gastos derivados directamente de la discapacidad. FEMENÍA LÓPEZ, defendiendo esta postura, estima que habrá de realizarse un calculo del “término medio”⁸⁰⁹ de coste de crianza de un hijo sano y sumarle el coste añadido de la particular enfermedad del nacido. SALÁS DARROCHA⁸¹⁰ habla del “coste añadido” en la crianza de un hijo enfermo. En la misma línea NAVARRO MICHEL⁸¹¹ defiende que los gastos de crianza habituales son una obligación inherente a las relaciones paterno filiales de carácter personalísimo (por ello intransferibles al médico). Por lo tanto únicamente deberían considerarse daño patrimonial *“los mayores gastos que las especiales condiciones del nacido conllevan, los que no hayan sido previstos ni aceptados por la madre y aquellos que, por tanto, la privación de*

⁸⁰⁸ Es el daño clasificado por la doctrina como de rebote o “par ricochet”, que supone que el daño experimentado por la víctima (el hijo enfermo) repercute en los padres, a los que causa un daño patrimonial. MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 384, VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en Tratado de responsabilidad civil, vol.1 (parte general), (Dir). REGLERO CAMPOS, L.F., Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 273.

⁸⁰⁹ FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “Responsabilidad médica derivada del diagnóstico preimplantacional”, en La responsabilidad civil y su problemática actua, (Dir). MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 1185.

⁸¹⁰ SALÁS I DARROCHA, J. T., “Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, actualidad Administrativa, núm. 22, págs. 2692-2711, www.revistas.laley.es, 2005, pág. 2.701.

⁸¹¹ NAVARRO MICHEL, M., “Comentario a la Sentencia de 21 de diciembre de 2005”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 72, págs. 1637-1658, 2006, pág. 1.654.

su derecho a interrumpir el embarazo le ha ocasionado”⁸¹². MACÍA MORILLO, en la misma línea, apunta que “los gastos especiales no van unidos al hecho de la concepción, sino al hecho de la discapacidad del niño, por lo que (al decidir tener un hijo) se pueden considerar asumidos solo los primeros, no los segundos”⁸¹³. MAZZILLI entiende que deben incluirse los gastos consistentes en: “aquellas cantidades en que razonablemente se estimen incrementados los deberes legales de asistencia al nacido. Entre ellos se incluyen la necesidad de tratamiento médico especializado y/o de acudir a centros especializados en estimulación precoz y/o rehabilitación, la adaptación del domicilio familiar lo más posible a las necesidades del hijo, la búsqueda y transporte en su caso a un centro escolar normal o con programa de integración o de educación especial, o el salario de la persona que eventualmente deba atender al hijo además de los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de toda índole vinculados a la suerte de las lesiones, incluido el coste de los tratamientos y/o intervenciones quirúrgicas que fueren necesarias en un futuro”⁸¹⁴. En cuanto a la forma de probar cuál es ese incremento en el coste, apunta MARTÍN DEL PESO a “periciales, datos que recojan las asociaciones de afectados de la enfermedad que trate sobre el mayor coste que generan los individuos que la padecen, etc.”⁸¹⁵

También en la Jurisprudencia encontramos resoluciones que siguen esta teoría. Así, Sala Primera del Tribunal Supremo afirma: “Fuera de esta cobertura quedan los demás (daños) que no tengan relación con la minusvalía puesto no estamos en un supuesto de daños causados a los progenitores por la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta

⁸¹² TORAL LARA, E., "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español", en Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, pág. 275.

⁸¹³ MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 402.

⁸¹⁴ MAZZILLI, E., "La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 1, núm 10, febrero, 2012, pág. 11.

⁸¹⁵ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial", en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 326.

de la discapacidad”⁸¹⁶. En la misma línea, la *Sentencia de 16 de junio de 2010*: “los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”⁸¹⁷.

Un punto de vista similar, en el sentido de indemnizar únicamente el incremento de gastos causados por la discapacidad, pero incidiendo en el elemento sorpresa antes apuntado, es mantenido por VICANDI MARTÍNEZ, quien afirma que “estos gastos añadidos (...) como consecuencia de una falta de previsión, todo ello fruto del desconocimiento del estado de salud del menor hasta el momento mismo del alumbramiento. Para que pueda acudir a esta opción indemnizable es necesario algo más que el simple nacimiento de un niño con graves taras, se requiere la convergencia de un segundo elemento: la imprevisión. El aumento de esta partida económica reside en la premura que envuelve estos gastos, motivada por la desinformación sufrida por los padres del neonato, que confiaban en el buen estado de su hijo (...) esta situación obliga a los padres a actuar de manera rauda y urgente, dado que sin poder reponerse de la impresión de ver nacer a un ser enfermo que se vaticinaba sano, deben iniciar todos los trámites pertinentes, a fin de cubrir las necesidades de su nuevo hijo”⁸¹⁸.

Sosteniendo la postura contraria, PANTALEÓN PRIETO entiende que deben indemnizarse todos los gastos que genera el hijo, tanto ordinarios como extraordinarios, siempre que se los padres hubieran optado por interrumpir el embarazo si hubieran conocido el estado real de salud del feto⁸¹⁹. Y ello porque

⁸¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de diciembre de 2005, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 1002/2005, número de recurso 1986/1999, Referencia CENDOJ Roj: STS 7433/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7433, Id Cendoj: 28079110012005100983, Referencia EL DERECHO EDJ 2005/206730.

⁸¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4403/2008, Roj: STS 3364/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3364, Id Cendoj: 28079130042010100315.

⁸¹⁸ VICANDI MARTÍNEZ, A., “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y de presente”, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), núm. 3, septiembre-diciembre, 2013, pág. 51.

⁸¹⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de

de haber abortado no habrían tenido que afrontar ningún gasto, luego todos los gastos que el hijo genere durante toda su vida serán gastos extraordinarios.

Por su parte PASQUAU LIAÑO, analizando la forma en que la jurisprudencia aborda la valoración del daño causado, afirma que en algunas Sentencias “se propone un juicio hipotético sobre el impacto que la información habría podido tener en la decisión del paciente, de manera que el facultativo solo será responsable si logra acreditarse que un paciente normal habría podido situarse en un conflicto de toma de decisiones como consecuencia directa de la información. En tal caso, se entenderá establecido el nexo de causalidad íntegro entre desinformación y daño final, y la indemnización será la que corresponda al daño íntegro, pues conforme al criterio clásico de evitabilidad, ha quedado establecido que el médico privó al paciente de una oportunidad real de evitar el daño, lo que comporta asunción del riesgo por parte del facultativo”⁸²⁰.

En la Jurisprudencia encontramos que se barajan estos mismos conceptos apuntados por la doctrina y hay ejemplos de ambas posturas: Sentencias que indemnizan toda la vida del nacido (en general, concediendo indemnizaciones a tanto alzado) y otras que tratan de cubrir únicamente los gastos que genera la discapacidad, siguiendo los más variados criterios. En el examen jurisprudencial civil es siempre necesario tener en cuenta que el juzgador se encuentra limitado por los principios dispositivo y de congruencia, de modo que concede (o no) lo pedido, pero nunca aquello que no se ha solicitado.

En los casos en que se desglosan en la demanda los diferentes conceptos que se solicitan no podemos perder de vista que se piden gastos futuros (junto a

reproducción humana . Ponencias y comunicaciones del Congreso Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, (Dir). PANTALEÓN PRIETO, F., Trivium, Madrid, 1988, pág. 268.

⁸²⁰ Continúa el autor: “Jugársela al todo o nada puede propiciar grandes derrotados (aquellos que son condenados injustamente a pagar todo, o aquellos que injustamente se ven privados de toda indemnización) y por ello un planteamiento así es concebido como maximalista y poco prudente: los tribunales prefieren, desde luego, reservarse la válvula de escape de la ponderación o el fraccionamiento del daño (según porcentajes de las oportunidades perdidas) para los casos dudosos. Prefiere, dicho en términos coloquiales, dos tueras a un ciego. La posibilidad de moderación es particularmente atractiva en los casos de enorme desproporción entre el grado de negligencia en que se ha incurrido al informar y la magnitud del daño sufrido por el paciente”. PASQUAU LIAÑO, M., “Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio”, Base de datos SEPIN, SP/DOCT/17288, 2012, pág. 34.

otros pasados). Vemos algunos supuestos en que se niega la indemnización por gastos que no es seguro que tengan que producirse. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007, aceptando los razonamientos de la instancia, entiende que: *“la Sala considera que no hay razón para que los recurrentes tengan, por el momento, que adecuar su vivienda y vehículo, pues es su hijo es un niño muy pequeño. Estos dos últimos conceptos, así como los correspondientes a gastos de persona cualificada, fisioterapeuta y gastos de parafarmacia, no están justificados al constituir gastos pro futuro. Además, debe considerarse que la sanidad pública prestará la asistencia médica-sanitaria que el niño precise, a más de considerar, por otro lado, la asistencia social que presta el Sistema de Seguridad Social”*⁸²¹.

En relación a la cuantía de la indemnización, vemos una tendencia de la Jurisprudencia hacia la concesión de pensión vitalicia (bien a nombre de los padres o incluso a nombre del hijo), ligada a los gastos y a la vida del hijo, en un intento de adecuar lo concedido a los gastos reales, ya que en el momento del nacimiento no es posible determinar cuáles serán los gastos extraordinarios que la enfermedad o deficiencia del hijo obligará a afrontar ni tampoco durante cuánto tiempo. Esta pragmática posición de la jurisprudencia, que nosotros defendemos, ha sido criticado por algún sector doctrinal por considerarlo un *“peligroso acercamiento al resarcimiento por wrongful life”*⁸²². Sin embargo, entendemos que en este tipo de acciones es ciertamente difícil cuantificar el perjuicio (económico, ya que el moral lo es en cualquier acción), puesto que la esperanza de vida es muy variable de un caso a otro y no puede determinarse a priori, lo que supone que si la indemnización se concede a tanto alzado

⁸²¹ Si bien puede parecer una declaración de principios de la Sala de lo Contencioso, examinando el caso fallado vemos que quizás la cantidad de la condena se explica por lo elevado de la indemnización solicitada por los padres (casi dos millones de euros). Se conceden 270.000 Euros, de modo que la Sentencia de instancia va eliminando gastos solicitados. El supuesto de hecho de esta sentencia fue un sangrado vaginal en la semana 9, que supuso el ingreso hospitalario de la gestante. En las pruebas realizadas se encuentra una infección por toxoplasmosis. No se hicieron análisis al feto para determinar si dicha infección había sido contagiada, como así ocurrió. Los daños con que nació el bebé fueron toxoplasmosis congénita e hidrocefalia. De haberse comunicado a tiempo, la madre podría haber interrumpido voluntariamente el embarazo. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de junio de 2007, Ponente Agustín Puente Prieto, número de recurso 4745/2003, Roj: STS 5117/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5117, Id Cendoj: 28079130062007100292.

⁸²² MAZZILLI, E., "La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 1, núm 10, febrero, 2012, pág. 17.

puede darse un enriquecimiento injusto (el niño fallece con pocos años a consecuencia de la enfermedad) o de no resarcimiento, si alcanza una edad mediana y requiere de gastos extra durante toda su vida. Por otro lado, la crítica de convertir estas indemnizaciones en un pago por *wrongful life* es fácilmente evitable en la forma en que lo hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006⁸²³, en un caso de hijo con Síndrome de Down no detectado. Concede una pensión vitalicia de 900 Euros mensuales no a favor del nacido sino de la persona que ostenta la patria potestad o tutela, que se abonará durante toda la vida del nacido, y se actualizará conforme al IPC.

También es frecuente en las Sentencias más modernas, que se concedan indemnizaciones “mixtas” (un tanto alzado más pensión vitalicia). Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 de octubre de 2009⁸²⁴, en un caso de no detección del Síndrome de Down, donde se conceden 140.000 Euros a ambos progenitores conjuntamente por daños morales y pensión vitalicia de 1.051 Euros mensuales a la menor. Otra tendencia jurisprudencial moderna es la concesión de las cantidades a los menores pero “*atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad*”⁸²⁵.

Es de destacar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha fijado una suerte de indemnización *a forfait* en los casos de no detección del Síndrome de Down. Ello unido a la inversión de la carga de la

⁸²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de mayo de 2006, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 481/2006, número de recurso 3337/1999, Roj: STS 3350/2006 - ECLI:ES:TS:2006:3350, Id Cendoj: 28079110012006100567. En este caso la gestante manifestó especial interés en el diagnóstico prenatal de esta patología en concreto, solicitando se le realizase amniocentesis por tener un paciente con dicha afección. La muestra de la amniocentesis no tenía líquido suficiente y no se pudo realizar el análisis, pero este hecho no fue comunicado a la paciente, de modo que no fue informada del fracaso de la prueba hasta que ya había pasado el plazo del aborto legal.

⁸²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 23 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso, Ponente Luis Jimena Quesada, resolución 1390/2009, número de recurso 1504/2006, Roj: STSJ CV 7461/2009 - ECLI:ES:TSJCV:2009:7461, Id Cendoj: 46250330022009101546.

⁸²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 de marzo de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Marti, número de recurso 4165/2010, Roj: STS 1673/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1673, Id Cendoj: 28079130042012100197. También Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 28 de marzo de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Marti, recurso número 2362/2011, Roj: STS 2067/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2067, Id Cendoj: 28079130042012100213.

prueba y a la doctrina sentada en unificación de doctrina de la indemnización por daño moral en la deficiente detección de malformación en un *nasciturus* hace que a partir del año 2000, exista un cuerpo jurisprudencial que tiende a la estimación de las demandas en esta Sala. Sin embargo, y a pesar que se trató de fijar una cuantía única “*indemnización por daño moral a la familia en cuantía de 80.000 Euros y daño patrimonial de 200.000 Euros por el sobre coste que genera la crianza y educación de un hijo con Síndrome de Down*”⁸²⁶, es necesario tener en cuenta que sobre la Sentencia pesa el deber de congruencia, por lo que no puede conceder aquello que no se le ha pedido o en forma o por cuantía diferente. Ello hace que, a pesar de citar las cuantías antedichas, en la práctica la indemnización depende de variados factores (la solicitud inicial en la reclamación contencioso-administrativa, la cuantía que se concede en el Tribunal Superior de Justicia respectivo, los términos del recurso de casación, la forma de la indemnización pedida (pensión vitalicia, reembolso de gastos, gastos futuros, etc.). Así vemos diferentes cantidades concedidas en las Sentencias de 4 de noviembre de 2008⁸²⁷ (300.000 Euros) , 16 de junio de 2010⁸²⁸ (150.000 Euros más 1.500 de pensión vitalicia), 27 de octubre de 2010⁸²⁹ (600.000 Euros), 28 de marzo de 2012⁸³⁰ (desestimación de la demanda por prescripción).

⁸²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 28 de marzo de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Marti, recurso número 2362/2011, Roj: STS 2067/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2067, Id Cendoj: 28079130042012100213.

⁸²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 2008, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso núm. 4936, Roj: STS 5899/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5899, Id Cendoj: 28079130062008100410. En esta Sentencia se concedió por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 300.000 Euros de indemnización. Dicha Sentencia fue recurrida en casación por la Generalitat Valenciana y el Tribunal Supremo confirmó la Sentencia.

⁸²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4403/2008, Roj: STS 3364/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3364, Id Cendoj: 28079130042010100315. En esta Sentencia se concede 1.500 Euros mensuales de pensión vitalicia al nacido y 150.000,00 Euros por daños (75.000 padre y lo mismo a la madre).

⁸²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de octubre de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4978/2007, Roj: STS 5422/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5422, Id Cendoj: 28079130042010100537.

⁸³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 8 de octubre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Marti, recurso número 6290/2011, Roj: STS 6357/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6357, Id Cendoj: 28079130042012100646.

4. LA INFLUENCIA DE LOS BAREMOS EN LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO INDEMNIZABLE.

4.1. Aplicación del Baremo de tráfico a la responsabilidad civil sanitaria.

El estudio de esta cuestión se dividirá en dos partes: la primera expondrá la situación existente hasta el 12 de enero de 2016, derivada de la aplicación del llamado Baremo de tráfico, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004 (a la que se dedicará este epígrafe). La segunda parte expondrá la regulación actual, tras la entrada en vigor de la Ley 35/2015 (que será objeto de estudio en el epígrafe 4.2).

La valoración del daño corporal, como apunta MARTÍN DEL PESO, ha dado un “giro copernicano”⁸³¹ desde la instauración del sistema tasado de valoración legal de la Ley 30/95. Este llamado “Baremo” es “*un sistema legal vinculante para la valoración de los daños personales a los efectos de la cuantificación de la responsabilidad civil contraída en accidentes de circulación*”⁸³². La ventaja evidente de la aplicación de un Baremo es la igualdad de todas las víctimas considerada como el pago de las mismas cantidades por las mismas lesiones: “*al no existir hasta el año 1995 un sistema tasado y previamente fijado, cada Juez era libre de aplicar o valorar las consecuencias indemnizatorias que le parecían procedentes en un caso concreto, con lo que las diferencias de trato eran obvias y entendibles por los juristas, pero no por los perjudicados que habían sufrido un accidente de circulación no pudieran entender esta diferencia de trato ante los mismos hechos cuando son tratados en diferentes órganos judiciales*”⁸³³.

Tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 8/2004, la valoración del daño corporal con de las tablas de este sistema deviene obligatorio en los casos de accidentes de tránsito por la aplicación del artículo 1.4, que establece: “los

⁸³¹ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 130.

⁸³² MEDINA CRESPO, M., *La valoración legal del daño corporal*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 87.

⁸³³ MAGRO SERVET, V., “Aplicación orientativa del baremo de tráfico a supuestos de lesiones distintos al derecho de la circulación”, Diario La Ley, número 7574, 22 de febrero, referencia LA LEY 15137/2010, www.diariolaley.laley.es, 2011, pág. 1.

daños y perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado por hechos de la circulación regulados en esta Ley, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios del Título IV y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo". Su aprobación supuso un hito importante, puesto que desaparecía la libertad judicial para la valoración, estableciendo un complicado sistema de puntos (que clasificaban las lesiones) combinado con un precio por cada punto que se establece ministerialmente cada año.

La utilización del Baremo fue masiva como consecuencia de su obligatoriedad, pero tuvo detractores que, bien alegaban la independencia judicial o bien ponían de manifiesto la mayor carencia de la norma: la imposibilidad de reparar la totalidad del daño cuando éste era elevado y afectaba de forma permanente a la capacidad de trabajo del lesionado y por tanto a sus ingresos futuros. La norma fue muy discutida hasta su proclamación de constitucionalidad en la STC 181/2000⁸³⁴, que, si bien fijó su adecuación a la Carta Magna en su mayoría, también declaró la inconstitucionalidad de la Tabla V en relación al lucro cesante en los casos en que en el accidente intervenga culpa relevante y judicialmente declarada. Esta Sentencia resultó trascendental por haber *"despejado una importantísima incógnita, a saber, si el sistema resarcitorio (...) era o no vinculante"*⁸³⁵.

En marzo de ese mismo año 2000 se dictó una Sentencia fundamental sobre la interpretación del Baremo de tráfico. Fijada ya la inconstitucionalidad de la regulación del Baremo para el lucro cesante, tenía el Tribunal Supremo que pronunciarse sobre qué criterio seguir para la indemnización de dicho lucro. Y así, decidió que es *"posible acudir a otro concepto indemnizatorio"*⁸³⁶ siempre y cuando *"la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos*

⁸³⁴ Sentencia 181/2000, de 29 de junio del año 2000, del Pleno del Tribunal Constitucional.

⁸³⁵ *"Los medios de comunicación dedicaron muy poco espacio (incomparablemente menor que el habitualmente reservado a acontecimientos deportivos o de cotilleo social de mínima magnitud) a dar noticia de una resolución (...) esperada desde hace mucho tiempo por los sectores jurídicos y económicamente especializados"*. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Después de la sentencia 181/2000 del Pleno del Tribunal Constitucional", Congreso Constituyente de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 15, 16 y 17 de noviembre, www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias, 2001, pág. 21.

⁸³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de marzo de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 228/2010, recurso 1741/2004, Referencia LA LEY CJ12521/2010, Referencia CENDOJ 28079110012010100189.

o por incapacidad permanente que figuran en el Baremo no baste para compensar el lucro cesante(...) Es decir, no se pagará solo el perjuicio causado, sino también las consecuencias que puede tener ese perjuicio en la profesionalidad del perjudicado”⁸³⁷. A partir de este momento, se da respuesta a las reivindicaciones realizadas por las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico, que veían cómo no era posible resarcir el daño realmente causado puesto que no podían salirse del Baremo en sus peticiones, acrecentándose esta injusticia cuanto mayores eran los ingresos del perjudicado.

Una vez declarado constitucional el Baremo (con la salvedad antedicha), la utilización de esta norma se popularizó para la valoración del cualquier daño corporal, aunque lo causara un hecho que nada tuviese que ver con el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Así, “el Tribunal Supremo se ha ocupado de dar una interpretación analógica a las previsiones del sistema en distintas cuestiones incluidas en el ámbito de cobertura legal, como son las relativas al lucro cesante y la interpretación de las circunstancias extraordinarias a que se refiere el apartado primero de la regla séptima”⁸³⁸.

Aunque si bien en un primer momento el Tribunal Supremo se mostró contrario a la posibilidad de la aplicación del Baremo de tráfico a ámbitos diferentes de la circulación de vehículos a motor, era frecuente que las Audiencias Provinciales sí lo utilizaran para valorar únicamente el daño corporal. Con el tiempo también el Alto Tribunal entendió adecuada su aplicación analógica y hoy en día ya no es discutido que puede utilizarse con carácter orientativo, que no vinculante, en todo tipo de ámbitos en que se deba valorar el daño corporal a efectos de responsabilidad civil. Con los años se ha dado un paso más, de modo que si no utiliza el Baremo para la fijación del daño, es lugar común que se deberá

⁸³⁷ MAGRO SERVET, V., "El lucro cesante en la incapacidad permanente en los accidentes de circulación, STS de 25 de marzo de 2010", Diario La Ley, Número 7445, Sección Tribuna, 14 de julio de 2010, referencia LA LEY 4264/201, www.diariolaley.laley.es, 2010, pág. 1.

⁸³⁸ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "Aplicación del sistema valorativo de daños personales y su interpretación jurisprudencial fuera del tránsito motorizado: ¿qué pasa con la reparación íntegra del lucro cesante?", en *Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 496.

motivar el por qué⁸³⁹, para evitar la *“injusta y frecuente sensación de quien acude a demandar reparación por los daños que se le han causado fuera de los accidentes de circulación, de que está jugando a la lotería”*⁸⁴⁰. Se justifica, por tanto por la posibilidad de evitar *“en la medida de lo posible, resoluciones totalmente dispares”*⁸⁴¹. Esta ampliación objetiva de la norma es el llamado “efecto expansivo del Baremo”. Así, la Sentencia de 31 de mayo de 2011 reza: (la Jurisprudencia) *“viene admitiendo los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación del sistema (...) si bien, no con el carácter vinculante que el sistema presenta respecto de la cuantificación del daño derivado de un hecho de la circulación, sino únicamente con valor orientativo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso”*⁸⁴². El principal motivo aducido para utilizarlo en cualquier valoración del daño corporal, es, básicamente, la mayor garantía y seguridad jurídica para las partes implicadas *“pues les da pautas para conocer la motivación que ampara el cálculo de una determinada indemnización”*⁸⁴³, aunque esta aplicación del Baremo de tráfico es criticada⁸⁴⁴, por estimarse *“insuficiente por no contemplar supuestos ajenos a la accidentalidad vial y vinculados estrictamente a actuaciones de profesionales o a dificultades de funcionamiento relacionadas con la organización o la gestión*

⁸³⁹ MAGRO SERVET, V., "Aplicación orientativa del baremo de tráfico a supuestos de lesiones distintos al derecho de la circulación", Diario La Ley, número 7574, 22 de febrero, referencia LA LEY 15137/2010, 2011, pág. 11; BAENA RUIZ, E., "Daños personales. El Baremo de tráfico: ¿debería utilizarse siempre en supuestos distintos de los accidentes de tráfico?", Sepin doctrina, Encuesta jurídica, SP/DOCT/3697, www.sepin.es, 2008, pág. 3.

⁸⁴⁰ HERRADOR GUARDIA, M. J., "Daños personales. El Baremo de tráfico: ¿debería utilizarse siempre en supuestos distintos de los accidentes de tráfico?", Sepin doctrina, Encuesta jurídica, SP/DOCT/3697, www.sepin.es, 2008, pág. 4.

⁸⁴¹ "Es decir que, ante una misma situación o contingencia, se den pronunciamientos condenatorios totalmente distintos según provengan de hechos de la circulación o de otros actos lesivos, sin perjuicio ello de que tal Baremo, para el supuesto que nos ocupa no sea vinculante pudiéndose erigir como criterio orientador". Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de abril de 2011, Ponente Francisco Marín Castán, resolución 237/2011, recurso número 1814/2007, Roj: STS 2032/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2032 Id Cendoj: 28079110012011100215.

⁸⁴² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 31 de mayo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 344/2011, recurso 128/2008, El Derecho EDJ 95532/2011, CENDOJ ID: 28079110012011100340.

⁸⁴³ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "Aplicación del sistema valorativo de daños personales y su interpretación jurisprudencial fuera del tránsito motorizado: ¿qué pasa con la reparación íntegra del lucro cesante?", en Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 499.

⁸⁴⁴ El Consejo Asesor de Sanidad el 28 de junio de 2013 suscribió un informe sobre el "Baremo para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario", consultar en <http://static.diariomedico.com/docs/documentos/Baremo.pdf>.

sanitarias”, así como por no conseguir el total resarcimiento del daño, dado que no es posible probar daños mayores que los previstos en el Baremo.

Así, vemos que la Jurisprudencia aplica las normas de valoración corporal del Baremo de tráfico a los daños corporales causados por responsabilidad sanitaria. Nos falta determinar hasta qué punto se puede aplicar analógicamente el sistema. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de noviembre de 2012: *“esta regla tiene dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, (consideradas probadas por la primera instancia), y otra (...) en ningún caso, podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria (...) que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado”*⁸⁴⁵.

Utiliza el mismo criterio la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2012⁸⁴⁶. Se ejercitó la acción directa del paciente contra la aseguradora, solicitando en la demanda las cantidades que correspondían a las secuelas padecidas según Baremo. En el recurso se tratan de impugnar las cuantías concedidas solicitando otras cantidades. El Alto Tribunal responde que no puede utilizarse el Baremo en unas secuelas y en otras no o utilizar Baremos de diferentes años⁸⁴⁷, en el argumento que es lugar común en esta materia en la Sala Primera: no es posible utilizar el cálculo del Baremo para algunas secuelas y para otras una indemnización *“extra tabulas”*.

⁸⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de noviembre de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 696/2012, recurso 894/2010, Roj: STS 7154/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7154, Id Cendoj: 28079110012012100638.

⁸⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de noviembre de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 696/2012, recurso 894/2010, Roj: STS 7154/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7154, Id Cendoj: 28079110012012100638.

⁸⁴⁷ Dice la Sentencia: *“para la determinación, valoración y cuantificación de los días de estabilización y secuelas del actor, la parte actora se acogió al Baremo vinculante para los accidentes de tráfico, pero orientativo en otros casos, como el que resulta de la responsabilidad civil médica. También lo hizo la demandada lo que generó un conflicto sobre el Baremo de aplicación que fue resuelto en razón al consenso existente entre ambas partes y ello porque si bien el perito de la actora tuvo en cuenta para la valoración de las secuelas la Ley 30/1995, la propia actora invocó la Ley 34/2003 para cuantificar los días de estabilización y secuelas, siendo entonces de aplicación el principio de libre disposición de las partes”*.

El mismo criterio se utiliza en la Sentencia de 18 de junio de 2013, en que el ginecólogo intenta parto vaginal pero el útero se rompe, el feto se asfixia y sufre parálisis cerebral. La demandante solicitó una parte de la indemnización conforme al Baremo y además una pensión vitalicia, pero no fue concedido por el Tribunal, con el argumento: *"y lo que no es posible es tenerlo en cuenta (el Baremo) cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial para, como en este caso, conseguir una renta vitalicia"*⁸⁴⁸.

Esta norma de la Sala Primera, que permite utilizar el Baremo de tráfico en ámbitos diferentes de la circulación de vehículos a motor de modo orientativo, pero sin salirse de los límites que la propias tablas suponen no es seguida por la Sala Tercera. Asimismo, ha sido criticada por la doctrina, que entiende que *"precisamente porque el sistema no es vinculante, pueden corregirse las deficiencias del mismo y no es arbitrario hacerlo si se prueban perjuicios superiores a los que la estricta aplicación de la norma obliga a indemnizar al perjudicado"*⁸⁴⁹.

En este sentido afirma MEDINA CRESPO que el nuevo Baremo de Tráfico, al igual que el antiguo *"constituye un estatuto de reparación parcial, por lo que, cuando se trate de valorar los perjuicios derivados de cualquier daño corporal ajeno al tránsito motorizado, su utilización referencial no puede (no debe) impedir el resarcimiento íntegro, al valorar tanto los perjuicios atendidos por él como los que, siendo reales, quedan fuera de su esfera aplicativa o, al menos, es disputable que encajen en él"*⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ La demandante solicitó un millón de euros más una renta vitalicia anual de 42.000 Euros. El Alto Tribunal concedió 944.000 Euros. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 403/2013, recurso número 368/2011, Roj: STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247, Id Cendoj: 28079110012013100339, Base de datos SEPIN referencia SP/SENT/723019.

⁸⁴⁹ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 232.

⁸⁵⁰ "Por eso debe revisarse de raíz la doctrina jurisprudencial sobre la utilización orientativa del Baremo y, en particular, debe desecharse la de la auto vinculación total, para asumir, no ya la del desvío justificado, sino la del desvío necesario". MEDINA CRESPO, M., "El manejo del nuevo baremo de tráfico fuera de su específico ámbito: la necesaria desvinculación de sus límites cualitativos y cuantitativos", Sepin doctrina, SP/DOCT/19962, www.sepin.es, 2015, pág. 2.

En relación al daño moral, expone las diferentes posturas MARTÍN DEL PESO⁸⁵¹, al afirmar: *“el primer interrogante que se plantea es si amén del daño moral puro ligado a la esfera psíquica y espiritual del sujeto (...) cabe hablar de padecimientos morales ligados a un daño puramente corporal (...) para después, examinarse la cuestión de si podemos encontrar criterios generales de valoración de estos distintos daños morales o simplemente quedan éstos reducidos al arbitrio judicial”*.

Al realizar la operación de fijar la cuantía de la indemnización el tribunal tratará de acotar el daño moral en el padecimiento físico evaluable, que puede, a su vez, traducirse a una cuantía económica a través del Baremo, que puntúa dichos padecimientos psíquicos.

En este sentido es reseñable la Sentencia de 9 de diciembre de 2010⁸⁵², en un caso de implantación de prótesis mamarias defectuosas que tuvieron que retirarse a las pacientes mediante operación quirúrgica. A pesar de ser el hecho el mismo (operarse las mamas y sustituir las prótesis) el Tribunal, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada una de las afectadas, graduó el daño moral en tres categorías: moderado (el derivado de la propia operación), intenso (se añade el defecto estético) y más elevado (se aúna a los anteriores el no poder quedarse embarazadas). Atribuyó en reparación del daño moral las indemnizaciones de 18.000, 21.000 y 24.000 Euros respectivamente a cada una de las categorías⁸⁵³. Comentando la citada

⁸⁵¹ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial", en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 298.

⁸⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de diciembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución número 545/2010, recurso 1433/2006, Roj: STS 7204/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7204, Id Cendoj: 28079110012010100805.

⁸⁵³ Dice así la Sentencia: *“(i) A aquella afectada recurrente (D.ª Estibaliz) que ha sufrido un daño moral relevante en grado moderado inherente al tratamiento médico y a la ansiedad padecida, teniendo en cuenta los días de hospitalización y de impedimento para el ejercicio de sus actividades habituales, le corresponde una indemnización de 18.000 Euros. (ii) A aquellas afectada recurrente (D.ª Virtudes) que ha sufrido un daño moral en grado más intenso, inherente al padecimiento de defectos estéticos, además del tratamiento médico y de la ansiedad padecida, teniendo en cuenta los días de hospitalización y de impedimento para el ejercicio de sus actividades habituales, les corresponde una indemnización de 21.00 Euros. (iii) A aquellas afectadas recurrentes (D.ª Bárbara y D.ª Celestina) que han sufrido un daño moral en grado más elevado, inherente a las limitaciones derivadas de la indicación médica de no quedarse embarazadas, además del padecimiento de defectos estéticos, del tratamiento médico y de la ansiedad padecida, teniendo en cuenta los días de hospitalización y de impedimento para el ejercicio de sus actividades habituales, les corresponde una indemnización de 24.000 Euros . D) Las cantidades reseñadas comprenden los distintos”*.

resolución, MARTÍN DEL PESO apunta: *“es una descripción y cuantificación jurisprudencial del daño moral puro? La sentencia es importante (...) porque adopta una escala de graduación y, por tanto, valorativa, del daño moral (moderado, intenso, muy intenso) y emplea (sin citarlos) criterios del sistema legal del Anexo para establecer las distintas indemnizaciones, de ahí que, aunque exprese el Tribunal Supremo que la cuantificación del daño moral no está sujeta a reglas, de facto está creando criterios para graduar, evaluar y cuantificar el daño moral”*⁸⁵⁴.

En relación al daño moral, nos centraremos a continuación en discernir si es posible resarcir el daño moral además del daño corporal tasado según el Baremo de tráfico. La respuesta será negativa, de igual forma que en aquellos casos en que se utiliza el Baremo en su ámbito estricto de circulación de vehículos a motor. Como se señaló anteriormente, la Jurisprudencia de la Sala Primera insiste en que no es posible aplicar conjuntamente el Baremo y otras cantidades para aumentar la cuantía de la indemnización, lo que incluye el daño moral. Dice así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de noviembre de 2011, *“fue conforme a derecho la decisión de la Audiencia Provincial de no conceder una indemnización complementaria (que el Juzgado sí concedió, en cuantía de 100.000 Euros) por los daños morales reclamados porque, aceptada la aplicación del sistema legal de valoración previsto en el ámbito de la circulación, no cabe acoger una indemnización al margen del mismo (puesto que) la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al mismo, pues (...) su indemnización por separado solo es posible en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente”*⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial", en Derecho de daños, (Dir). HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 322.

⁸⁵⁵ Por una imprudencia médica se causan lesiones a un joven de 20 años que ve afectada su capacidad de movimiento y ya no puede jugar al fútbol. Se solicitan 63.000 Euros por la valoración de las secuelas conforme a Baremo y otros 100.000 Euros por daños morales complementarios, alegando un gran daño moral por el cambio de vida que le suponen las secuelas. El Juzgado de Primera Instancia concede ambas cantidades y la Audiencia Provincial revoca la Sentencia en el único sentido de eliminar la cantidad añadida por daño moral. En casación se confirma la sentencia de apelación. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de noviembre de 2011, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 906/2011, recurso

La Sala Tercera, con diferente criterio, busca la aplicación del Baremo para el resarcimiento del daño moral en un caso en que el paciente queda parapléjico a consecuencia de una operación de espalda, necesaria para curar una patología y realizada correctamente según la *lex artis*. El demandante solicita 600.000 Euros sin desglosar la cuantía y el Tribunal busca una cantidad adecuada que tenga alguna referencia legal. Y la encuentra en la Tabla II en el apartado *“para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean. La cuantía aplicable para dicho concepto es la de 11.170.000 pesetas (67.000 Euros), que es la que, a falta de otras referencias, esta Sala toma como orientación acudiendo a un prudente criterio estimativo”*⁸⁵⁶. Como vemos, es diferente el criterio en esta Sentencia, puesto que no indemniza la totalidad de los daños conforme a Baremo, sino que utiliza únicamente la cuantía del daño moral (también existían daños físicos baremables, la paraplejía).

Por otro lado, similar cuestión nos plantearemos en relación al lucro cesante: ¿puede aplicarse el Baremo de tráfico para la valoración de los daños corporales y además solicitar una cantidad para indemnizar el lucro cesante? Vemos que el criterio mayoritario de la Jurisprudencia es el mismo que en el caso del daño moral. El Baremo es un sistema completo que puede utilizarse para la valoración de la indemnización o no utilizarse en absoluto, pero no caben sistemas mixtos. Encontramos alguna sentencia en que se utiliza el

2155/2008, Roj: STS 9288/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9288, Id Cendoj: 28079110012011100900, LA LEY 281254/2011. Continúa la Sentencia: *“Este es el caso de los daños morales complementarios mencionados en la Tabla IV, cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos, respecto de los cuales ha dicho esta Sala que resultan compatibles con otros factores de corrección -siendo posible conceder indemnización por perjuicios económicos y por incapacidad permanente total o incluso por daños morales complementarios, por tratarse de tres factores de corrección, independientes y concurrentes entre sí-, dependiendo en todo caso su concesión de la concurrencia del supuesto fáctico que contempla la norma reguladora de cada factor ya que la falta de acreditación del supuesto de hecho normativo aboca a la no aplicación del factor corrector”*.

⁸⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de abril de 2000, Ponente Xiol Ríos, recurso número 8065/1995, Roj: STS 2750/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2750, ID Cendoj: 28079130062000100145.

factor de corrección de la tabla IV que se refiere a circunstancias extraordinarias, para valorar el lucro cesante, pero sin incrementar la indemnización al perjuicio total sufrido, sino únicamente al máximo que permite el sistema. Como ejemplo la Sentencia de la Sala Primera, de 25 de marzo de 2010, que dice *“este factor de corrección está ordenado a la reparación del lucro cesante, como demuestra el hecho de que se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos. La regulación de este factor de corrección presenta, sin embargo, características singulares (...) aunque (...) facilita a favor del perjudicado la siempre difícil prueba de lucro cesante (...) pueden dar lugar a notables insuficiencias. El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable”*. Vemos que la propia Sentencia asume que no queda totalmente reparado el lucro cesante, pero lo fundamenta *“teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente”*⁸⁵⁷.

Esta postura de no resarcir la totalidad del lucro cesante ha sido criticada por la doctrina. Así dice MARTÍN DEL PESO: *“mi opinión es que al menos cuando se aplica con carácter orientativo el sistema (el Baremo), fuera de la circulación (de vehículos a motor), debe llegarse a la indemnización efectiva de los perjuicios económicos acreditados, superando los límites (del porcentaje del Baremo) como primer paso para lograr el resarcimiento del lucro cesante”*⁸⁵⁸.

La Sentencia de 27 de mayo de 2015 sigue este criterio doctrinal al confirmar una indemnización de 300.000 Euros a tanto alzado más una pensión vitalicia de 5.000 Euros para la perjudicada por acto médico. La perjudicada, de 20 años de edad, queda en situación de gran invalidez. Su demanda es desestimada en la primera instancia y estimada en apelación, concediéndole las cantidades antedichas. El hospital y la compañía de seguros, condenados solidariamente al pago, recurren en casación la cuantía concedida, alegando

⁸⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de marzo de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 228/2010, recurso 1741/2004, Referencia LA LEY CJ12521/2010, Referencia CENDOJ 28079110012010100189.

⁸⁵⁸ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "Aplicación del sistema valorativo de daños personales y su interpretación jurisprudencial fuera del tránsito motorizado: ¿qué pasa con la reparación íntegra del lucro cesante?", en Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 530.

que se ha utilizado el baremo de tráfico con carácter orientativo pero las cuantías finales exceden con mucho la citada norma y recuerdan la consolidada doctrina del Alto Tribunal en relación al Baremo que propugna: *"lo que no es posible es tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial para, como en este caso, conseguir una renta vitalicia incompatible con la indemnización que se determina"*. A pesar de ser cierta esta doctrina jurisprudencial, la Sala de lo Civil confirma la resolución de la Audiencia Provincial porque no existe jurisprudencia consolidada sobre si *"la cuantía de la renta vitalicia puede llegar a superar el límite que para la indemnización para gran invalidez se establece en el Baremo. Sobre este punto no se ha pronunciado específicamente la jurisprudencia de esta Sala y (...) se trata de una cuestión no pacífica en la doctrina menor pues existen Audiencias que (...) consideran que la pensión vitalicia es un concepto indemnizatorio autónomo y otras que consideran, por el contrario, que tiene naturaleza sustitutiva de la indemnización fijada, sin que puedan por tanto excederse en la cuantificación los límites cuantitativos del Baremo"*. La Sentencia entiende que, en el caso juzgado, la suma de 5.000 Euros mensuales *"no es tan solo el resultado de la sustitución de la indemnización máxima contemplada en el baremo para el concepto indemnizatorio de grandes inválidos sino que comprende también otros conceptos"* ⁸⁵⁹ (perjuicios económicos y morales a familiares y gastos médicos y asistencia vitalicia).

Por último, en relación a los sistemas de baremación del daño, debemos hacer referencia a aquellos supuestos en que se dictan normas específicas para valoración del daño por existir una pluralidad de afectados. Citaremos la Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público y otras normas tributarias. Para beneficiarse de los beneficios de la norma se requiere renunciar previamente a las reclamaciones contra la Administración o personal sanitario.

⁸⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 262/2015, recurso número 1459/2013, ROJ: STS 2565/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2565 Id Cendoj: 28079110012015100309.

También en los casos en que se contagié SIDA en el ámbito intrahospitalario se conceden indemnizaciones tasadas. Se regulan en el Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público realizadas antes de la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH.

4.2. El nuevo Baremo de Tráfico: la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

Una vez expuesta la situación doctrinal y jurisprudencial vigente tras la aprobación de la Ley 30/95 pasaremos a continuación a estudiar el llamado nuevo Baremo de tráfico, con la aprobación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación entró en vigor el 1 de enero de 2016.

Su redacción no estuvo exenta de polémica, debido a la importancia de la Ley, tanto como regulación aplicable a los desgraciadamente frecuentes accidentes de circulación como a su generalizado uso como norma de referencia para la valoración del daño. En su tramitación parlamentaria sufrió enmienda a la totalidad por los grupos IU, ICV-EUiA, CHA: LA IZQUIERDA PLURAL, en base a los siguientes motivos: Primero.- No responder a un sistema de responsabilidad objetiva por el hecho circulatorio. Segundo.- Imputar la carga de la prueba al lesionado en caso de concurrencia de culpas (en particular, al ciclista que no llevase casco). Tercero.- Pecar de inconstitucionalidad por la lesión al derecho a la integridad moral, desproteger a la infancia y la juventud, lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de concurrencia de culpas y el derecho a la integridad física e intimidad por la obligación de someterse a las pruebas médicas que prescriban las aseguradoras. Cuarto.- Vulnerar la indemnidad total del daño. Quinto.- Beneficiar a las compañías aseguradoras en perjuicio de los derechos de los ciudadanos lesionados y el interés general. Sexto.- Tratarse de una propuesta antisocial y que lesiona la equidad.

Con carácter previo a su exposición es obligado decir que, a pesar de su entrada en vigor aún no tenemos ejemplos judiciales de su aplicación, puesto que es necesario para la admisión de la demanda acompañar *“los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el asegurador”*. El Juzgado o Tribunal, en aplicación del artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil inadmitirá a trámite la demanda presentada⁸⁶⁰. Por lo tanto, es pronto para que se haya completado el proceso de accidente-estabilización lesional-oferta motivada-rechazo de la oferta que la Ley impone para demandar y no sabemos cómo será el devenir práctico de esta norma.

La Exposición de motivos de la Ley 35/2015 justifica su aprobación apuntando a la necesidad de reforma Baremo para cumplir su función de forma efectiva, *“buscando un justo resarcimiento de los perjuicios sufridos por las víctimas y sus familias como consecuencia de un siniestro de tráfico”*. Es decir, la reparación íntegra del daño. Este es uno de los principios rectores de la ley, junto con la reparación vertebrada y la objetivación de la valoración del daño, como se verá después. La reparación íntegra del daño⁸⁶¹, pero siempre *“dentro de los límites de los criterios de valoración”* de la propia Ley⁸⁶² y sin que se puedan fijar *“indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él”*⁸⁶³. La reparación vertebrada *“valora por separado los daños*

⁸⁶⁰ A pesar de la dicción literal de la Ley, en la práctica no se inadmiten de plano sino que se requiere a la parte para que presente los documentos necesarios, dándole la posibilidad de subsanar, más acorde con la tutela judicial efectiva que la inadmisión directa. En cualquier caso, sería deseable, como siempre, una mayor sistemática de las reformas que tengan naturaleza procesal, puesto que no se ha modificado el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, si bien es cierto que el operador jurídico tiene la obligación de conocer el derecho vigente, el legislador en los últimos tiempos no facilita esta labor con la dispersión jurídica de las normas que aplica y la falta de sistemática en las mismas.

⁸⁶¹ En un análisis conjunto de la norma, RENILLA, P. apunta que la ley realiza una reparación vertebrada, pero que dista mucho de ser íntegra, del daño. RENILLA, P., "Concepto de secuelas intergravatorias y agravatorias", Curso de actualización en valoración del daño corporal: ley 35/2015, Colegio de médicos de Valencia, 5 de febrero, www.redforense.es, 2016, pág. 1.

⁸⁶² PERIS MARTINEZ, A., "El nuevo Baremo", Sepin doctrina, SP/DOCT/19698, www.sepin.es, 2015, pág. 3.

⁸⁶³ Artículo 33.5 de la Ley 35/2015. El artículo 89 establece que la dependencia económica de progenitores, abuelos y personas con discapacidad es vitalicia.

patrimoniales y los no patrimoniales, y, dentro de unos y otros, separa los diversos conceptos (...) para evitar vacíos y solapamientos” ⁸⁶⁴.

Algunos autores critican que se afirme la reparación íntegra del daño cuando se trata de daño extramatrimonial, *“puesto que este tipo de perjuicios no permiten la reparación por restablecimiento (...) sólo es posible una compensación por consolución”*⁸⁶⁵. Mas aún cuando *“una de las principales debilidades del texto presentado se halla en que no se ha sabido o no ha podido superar del todo la confusión, muy extendida en nuestro país, entre un sistema de valoración del daño y un sistema de limitación de las indemnizaciones, finalidades distintas que a menudo se solapan y se interfieren”*⁸⁶⁶.

La objetivación del daño se logra a través del consenso de todos los implicados (víctimas, aseguradoras, médicos y juristas) en un sistema vertebrado que, desde nuestro punto de vista, es exhaustivo, lógico y adaptado a la realidad social española. Decimos esto porque, como veremos después, fija una serie de premisas de carácter social que constituyen una buena radiografía sociológica: al fijar la duración de las indemnizaciones estima la esperanza de vida de los mayores de 80 años en ocho años⁸⁶⁷, equipara el matrimonio a las uniones de hecho, prevé que existan varias líneas de descendencia (y varias parejas sucesivas en el tiempo) en un mismo perjudicado, da una duración estimada al matrimonio de 15 años⁸⁶⁸, fija la dependencia económica de los hijos en los 30 años de edad⁸⁶⁹ y contempla la existencia de diferentes

⁸⁶⁴ MARTÍN CASALS, M., "Líneas generales de la propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas", SEPIN Artículos monográficos, ref. SP/18912/DOCT, 2014, pág. 3.

⁸⁶⁵ MARTÍN CASALS, M., "Líneas generales de la propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas", SEPIN Artículos monográficos, ref. SP/18912/DOCT, 2014, pág. 2.

⁸⁶⁶ MARTÍN CASALS, M., "Líneas generales de la propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas", SEPIN Artículos monográficos, ref. SP/18912/DOCT, 2014, pág. 2.

⁸⁶⁷ Dando cobertura legal a la realidad del envejecimiento de la población (art. 46).

⁸⁶⁸ Dice el artículo 90 que cuando el perjudicado sea el cónyuge viudo se considerará que, de no haberse producido el fallecimiento, el matrimonio hubiera tenido una duración mínima de 15 años y si el matrimonio ya hubiera durado ese tiempo, se considerará que se habría mantenido otros 15 años.

⁸⁶⁹ Dice el artículo 82 que son personas perjudicadas los hijos menores de edad y *“se presume que también lo son, salvo prueba en contrario, los hijos de hasta treinta años”*.

unidades familiares de distinta composición⁸⁷⁰. Por otro lado, equipara la existencia de familiares (por matrimonio o de sangre) a otros que no tienen esa consideración legal pero que emocional o emotivamente tienen esa consideración para el lesionado, al decir en el artículo 62.3 que tiene la condición de perjudicado quien, *“de hecho y de forma continuada ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría o asume su posición”*. En este orden de cosas, también se establecen los coeficientes actuariales para la conversión de capital en renta vitalicia (artículo 42), en una adaptación a la jurisprudencia sobre responsabilidad civil, que utiliza esta forma indemnizatoria cada vez con más frecuencia. Estos criterios de adaptación de la norma a la realidad de nuestro país nacen fruto del consenso de todos los operadores implicados en la norma, que se reunieron para crear una ley con marcada trascendencia jurídica y social.

El daño se estructura en tres conceptos: perjuicio personal básico (que es para todos los lesionados igual), perjuicio personal particular (el propio de cada lesionado), -no excluyentes y acumulables- y perjuicio patrimonial. En cuanto a este último, se establece un sistema racional de lucro cesante, dejando atrás el sistema del anterior Baremo que *“compensa sistemáticamente unos pretendidos perjuicios económicos, se hayan producido o no”*⁸⁷¹ para introducir una fórmula matemática donde el multiplicando son los ingresos actuales y el multiplicador una cantidad propia para cada lesionado que combina varios factores (duración del perjuicio, riesgo de fallecimiento) y deduce las pensiones públicas que se cobren por el mismo hecho dañoso. Este sistema, continuando con la Exposición de Motivos, *“particulariza la indemnización (referida) a la situación personal del perjudicado o a la especial repercusión que en él tiene la situación de víctima”*.

El principio de reparación íntegra se desarrolla en la Ley mediante un sistema que tiene en cuenta las circunstancias particulares de cada víctima, tanto económicas como personales, sociales y familiares, a través de la diferenciación entre el “perjuicio básico” y el “perjuicio particular” de cada

⁸⁷⁰ Artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2004.

⁸⁷¹ Exposición de motivos de la Ley 25/2015.

víctima. De este modo se afirma que el sistema *“tiene por objeto valorar todos los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado por hechos de la circulación”*⁸⁷² y por finalidad *“asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos”*⁸⁷³.

Para reparar todos los daños causados, se valorarán separadamente la muerte, las secuelas y las lesiones temporales⁸⁷⁴. También se indemnizan los daños morales *“mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad”*⁸⁷⁵.

La reparación vertebrada supone que se valoran separadamente los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de cada categoría, los diferentes conceptos dañosos. A pesar de tener una estructura diferente, las categorías que se indemnizan son equiparables a las de la normativa anterior. No así los conceptos que se indemnizan, como veremos después. Se prevén el fallecimiento, las lesiones temporales (antiguos días de incapacidad), y el perjuicio patrimonial, distinguiendo entre el daño emergente y el lucro cesante (antiguo perjuicio económico). También se han separado por completo el perjuicio patrimonial del físico y del moral, siendo categorías con tratamiento diferenciado.

El Baremo funciona como un sistema cerrado, que no deja opción a la libertad judicial salvo para la apreciación de “perjuicios excepcionales”, definidos también en la Ley. Serán *“los perjuicios relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, que se indemnizarán de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en los arts. 77 y 112”*⁸⁷⁶. Ambos preceptos contemplan el perjuicio excepcional dentro del perjuicio personal particular, para cuantificar la valoración de la indemnización en los supuestos de muerte y secuelas, con un máximo del 25 por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico.

⁸⁷² Artículo 32 del Real Decreto Legislativo 8/2004.

⁸⁷³ Artículo 33.2 Real Decreto Legislativo 8/2004.

⁸⁷⁴ Artículo 34 Real Decreto Legislativo 8/2004.

⁸⁷⁵ Artículo 33.3 Real Decreto Legislativo 8/2004.

⁸⁷⁶ PERIS MARTINEZ, A., "El nuevo Baremo", Sepin doctrina, SP/DOCT/19698, 2015, pág. 6.

Esta Ley sin duda va a suponer un cambio en la dinámica de las indemnizaciones por accidente de tráfico dado que modifica el proceso que deben seguir las compañías y los lesionados para obtener la indemnización. Dicho camino tiene como guía fundamental el intento de evitar la vía judicial, favoreciendo las indemnizaciones pactadas. De hecho *“no deja de ser relevante que la despenalización de las faltas coincida en el tiempo con el proyecto de Ley, en trámite parlamentario, que reforma el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”*⁸⁷⁷. Ello se logra a través de varios instrumentos:

1. La obligación impuesta al lesionado de colaborar con los servicios médicos de la compañía aseguradora, de modo que ésta podrá solicitar las pruebas que estime pertinentes y el lesionado deberá someterse a ellas y acudir al servicio de valoración del daño corporal.
2. La obligación también impuesta al lesionado de acudir con toda la documentación de que disponga al informe de valoración de daño corporal⁸⁷⁸.
3. La obligación de la aseguradora de emitir la oferta vinculante motivada.
4. La obligación de la compañía de costear las pruebas que necesite el Médico Forense para dictar su informe de valoración de daño corporal si el lesionado acude al Instituto de Medicina Legal para dicho informe tras rechazar la oferta motivada, así como de pagar el precio del informe cuando hay acuerdo sobre su realización.
5. La derivación a mediación con carácter previo a la vía judicial⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "La despenalización de las faltas de tráfico y la responsabilidad civil", Diario La Ley, número 8544, 21 de mayo, referencia LA LEY 3406/2015, www.diariolaley.laley.es, 2015, pág. 13.

⁸⁷⁸ Esta disposición trata de acabar con un problema que se planteaba en la práctica: en ocasiones el Juez no permitía la aportación de documental de la aseguradora (principalmente, informes de detective privado que trataban de probar la inveracidad de las lesiones afirmadas en la demanda) hasta el acto del juicio, de modo que era en este acto cuando el demandante se veía sorprendido por el documento y, ante la imposibilidad de defenderse, solicitaba la suspensión del juicio. Era, por tanto, una situación perjudicial para ambas partes: para la aseguradora por la limitación en los medios de prueba y para el lesionado por el retraso que suponía dicha suspensión.

⁸⁷⁹ Acudir a mediación es, en cualquier caso, voluntario, tal como se prevé en el nuevo artículo 14 del Real Decreto 8/2004, que sigue los preceptos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 07/07/2012). Es interesante, en este sentido, el "Protocolo en mediación en derecho de la circulación para aseguradoras, abogados y

La aprobación de esta Ley, unida a la desaparición del Libro III del Código Penal con la consiguiente despenalización de las faltas supondrá un avance en la desjudicialización de los siniestros por accidente de tráfico⁸⁸⁰. Es obligatorio para la víctima acudir a un procedimiento extrajudicial⁸⁸¹, dirigiéndose en primer lugar a la aseguradora para comunicar el siniestro, quien deberá emitir la oferta o respuesta negativa motivada. La comunicación interrumpe la prescripción de la reclamación judicial, lo que es muy importante teniendo en cuenta el plazo de un año del artículo 1.968 en relación con el 1.902 y la reducción del plazo de las acciones personales por la modificación del artículo 1.964 (todos del Código Civil). A contrario sensu, si el Médico Forense pide pruebas para realizar su informe, la compañía debe costearlas. La vía extrajudicial se configura como obligatoria dado que no se admitirán a trámite las demandas que no acompañen los documentos acreditativos de la presentación de la reclamación a la compañía aseguradora.

Esta Ley impone nuevos deberes a los lesionados, que deberán someterse a las pruebas médicas pertinentes que el asegurador solicite para realizar las periciales médicas que considere necesarias para emitir su informe, acudir al médico que designe la compañía para la valoración de su estado médico y presentar todos los documentos de que disponga que se refieran al accidente⁸⁸².

Se introduce la novedad (inédita en nuestro derecho) de permitir que los médicos forenses que prestan sus servicios en los diferentes Institutos de

médicos”, elaborado bajo el auspicio de la Audiencia Provincial de Alicante. Consultar en base de datos SEPIN en SP/DOCT/19166.

⁸⁸⁰ En la fecha de depósito de esta Tesis no se puede comprobar el funcionamiento en la práctica del sistema, puesto que, aunque la Ley entró en vigor el pasado uno de enero, el proceso que deben seguir las víctimas antes de presentación de demanda (estabilización de la lesión, informe médico, presentación de la oferta motivada, aceptación o rechazo) se prolonga en el tiempo lo suficiente como para que la Ley tarde meses en llegar a los juzgados.

⁸⁸¹ LÓPEZ VALVERDE, M., "Lo que no te han contado del nuevo Baremo", Sepin opinion, SP/DOCT/19367, ww.sepin.es, 2015, pág. 1.

⁸⁸² Con la vigencia del anterior Baremo era una decisión del lesionado acudir o no a los médicos de la compañía contraria, tanto para la valoración de su estado como para recibir rehabilitación o tratamiento médico. También era decisión del lesionado acudir directamente a la vía judicial, bien mediante demanda o por denuncia a la vía penal. Estas decisiones se tomaban en base a las preferencias del lesionado o a la estrategia de su Letrado. Para contrarrestar esta falta de acceso a la información de la compañía obligada al pago (que en ocasiones ni veía los informes médicos ni al lesionado), se popularizó la contratación de detectives privados que constataran el estado de salud real del lesionado. Hoy las obligaciones de lesionado se regulan en el artículo 7 del Real Decreto 8/2004.

Medicina Legal y Ciencias Forenses emitan informes de valoración del daño a petición del lesionado fuera de un procedimiento judicial⁸⁸³. Es un elemento más para favorecer la vía extrajudicial del conflicto, porque ocurría con demasiada frecuencia que el lesionado denunciaba únicamente para obtener un informe del Forense (incoando los Juzgados un Juicio de Faltas). Estos profesionales, médicos de profesión y orgánicamente adscritos a la Administración de Justicia son expertos en valoración del daño corporal y tienen una alta consideración en sede judicial, siendo absolutamente imparciales, por lo que era muy frecuente que la Sentencia aceptara la valoración del Forense con preferencia a la de un médico privado contratado a tal fin. Para evitar que el lesionado tenga que acudir a los tribunales para obtener el informe, se permite la víctima del accidente acudir directamente al Instituto de Medicina Legal. Por otro lado, también se ha modificado el modelo de informe, haciéndolo muy exhaustivo y con multitud de casillas que deben rellenarse obligatoriamente y que coinciden con los conceptos de la Ley 30/2015. De este modo se suple la presencia del Forense en el juicio a fin de ser interrogado sobre el informe para aclarar cuestiones no previstas en él. En relación a la mediación, hay que tener en cuenta que en Cataluña *“en los Hospitales Públicos es una realidad, con resultados reales. La mediación ha conseguido en este proyecto un cambio de la cultura organizativa, ha mejorado el nivel de satisfacción de los usuarios de la salud, también la salud laboral de todos los profesionales que en ella trabajan y ha supuesto la disminución de costes laborales”*⁸⁸⁴.

La norma ha apostado decididamente por la mediación como método alternativo de resolución de los conflictos derivados de accidentes de tránsito motorizado. Veremos, con su aplicación, si adquiere resultados relevantes de disminución de litigiosidad y aumento de la satisfacción de las víctimas, como se pretende y como ha resultado en otros ámbitos judiciales.

⁸⁸³ Real Decreto 1148/2015, de 18 de diciembre, por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor.

⁸⁸⁴ SANTA CRUZ AYO, M. J., "Evaluación, diagnóstico y formas de gestión de la responsabilidad civil médica", Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, número 79, 2011, pág. 46.

Con muy buena técnica legislativa (de la que ya no estamos acostumbrados⁸⁸⁵, la Ley define los conceptos que va a utilizar posteriormente. Algunos de estos conceptos no se encontraban definidos legalmente hasta la fecha con lo que resultará de mucha utilidad tener una definición auténtica, más aún teniendo en cuenta el efecto expansivo del Baremo. Son los siguientes:

- Pérdida de autonomía personal⁸⁸⁶ (art. 50): consiste en el menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria.
- Actividades esenciales de la vida ordinaria (art. 51): comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica.
- Gran lesionado (art. 52): quien no puede llevar a cabo las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de ellas.
- Pérdida de desarrollo personal (art. 53): el menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de actividades específicas de desarrollo personal.
- Actividades específicas de desarrollo personal (art. 54): aquellas actividades tales como las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad.
- Asistencia sanitaria (art. 55): prestación de servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como las prestaciones complementarias que se requieran para el diagnóstico o tratamiento de las lesiones y el transporte necesario para poder prestar la asistencia. A menos que sea

⁸⁸⁵ Discrepan algunos autores, como FRAGA MANDIÁN, A., que lo califica de norma ejemplo de la “diarrea legislativa” y de “proyecto farragoso, complejo y que generará, a buen seguro, un importante aumento de la litigiosidad”. FRAGA MANDIÁN, A., “Primera aproximación al proceloso mundo del nuevo Baremo”, *Sepin doctrina*, SP/DOCT/19086, www.sepin.es, 2015, pág. 1 y 17, respectivamente.

⁸⁸⁶ El concepto de “autonomía personal” es básico en el nuevo sistema, de modo que se pasa el acento de la persona como generadora de ingresos o como sufriente de una lesión al libre desarrollo de la personalidad y la búsqueda de la felicidad.

objeto de una partida resarcitoria específica, se entiende que también incluye la prestación de servicios de rehabilitación.

- Ayudas técnicas y productos de apoyo para la autonomía personal (art. 58): los instrumentos, equipos o sistemas utilizados por una persona con discapacidad, fabricados especialmente o disponibles en el mercado, que potencian la autonomía personal o que tienen por objeto prevenir, compensar, controlar, mitigar o neutralizar deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la vida de relación. También se incluyen aquellos que potencien su autonomía personal.
- Unidad familiar (art. 60): en caso de matrimonio o pareja de hecho estable, la integrada por los cónyuges o miembros de la pareja y, en su caso, por los hijos, ascendientes y demás familiares y allegados que convivan con ellos. También es unidad familiar la que conlleve, por lo menos, la convivencia de un ascendiente con un descendiente o entre hermanos.

Otra de las novedades de la Ley es la indemnización a todos los perjudicados en caso de fallecimiento. El anterior Baremo tenía las categorías de perjudicados consideradas como excluyentes, sin embargo el nuevo indemniza a todos y cada uno de los perjudicados (con un mínimo de 400 Euros), entendiéndose como perjudicados, además de los considerados en el anterior Baremo (cónyuge, hijo, personas dependientes, etc.) también los relacionados familiar o afectivamente con el fallecido dentro de los cinco años anteriores al siniestro, los denominados “allegados”. Y dentro de cada categoría, se introduce la existencia de perjudicados “análogos”, de modo que, según el artículo 62.3 tiene la condición de perjudicado quien, *“de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría o asume su posición”*. Dentro de estos perjudicados se incluye la indemnización a los familiares de víctimas de los grandes lesionados, indemnización que consiste en el resarcimiento de sus propios gastos médicos o psicológicos.

También se indemniza al ama de casa que haya sido víctima de accidente, con el equivalente al Salario Mínimo Interprofesional, en el artículo 84, recogiendo una larga aspiración de un colectivo que desempeña una labor fundamental

para la estructuración familiar y que no se encuentra protegido a nivel legal. En el artículo siguiente también se prevé que el perjudicado se dedique parcialmente a las labores domésticas, de modo que se le concederá el tercio de la indemnización por estas labores que se puede sumar al lucro cesante por su actividad laboral fuera de casa.

En cuanto al lucro cesante por fin una norma legal establece unas normas para su fijación, siendo el resultado de la operación de multiplicar los ingresos de la víctima en el momento del accidente por unos parámetros que serán diferentes en cada víctima, en función de: las personas que tuviera a cargo, las pensiones públicas a que tenga derecho por la misma causa, la duración de la dependencia económica, el riesgo de fallecimiento y una tasa prevista para la inflación⁸⁸⁷. En cuanto a la forma de abono de la indemnización, se permite bajo petición la sustitución total o parcial del pago único por renta vitalicia y también solicitar el pago mensual de la indemnización anual⁸⁸⁸.

Introduce unos conceptos para la siempre difícil valoración del daño estético en el artículo 102 que son: el grado de visibilidad ordinaria del perjuicio, la atracción a la mirada de los demás, la reacción emotiva que provoca y la posibilidad de que ocasione una alteración en la relación interpersonal del perjudicado.

Sobre los daños morales, únicamente se indemnizan de modo separado cuando los perjuicios psicofísicos, orgánicos, sensoriales o estéticos sean lo suficientemente graves⁸⁸⁹. Se valoran con independencia los daños morales por pérdida de calidad de vida, incidiendo en el concepto de autonomía personal, moderándose de muy grave a leve según la cantidad de actividades que pierda la posibilidad de llevar a cabo. También se abona el daño moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados. La pérdida de feto se indemniza con una cantidad fija, que dependerá del tiempo de embarazo (menos o más de doce semanas de gestación).

⁸⁸⁷ Artículos 81 a 92 y 126 a 133 del Real Decreto-Legislativo 8/2004, según modificación efectuada por la Ley 35/2015.

⁸⁸⁸ Esta es una posibilidad que favorece a determinadas víctimas, con menor capacidad de gestionar grandes cantidades de dinero o, porque les garantiza, al menos una economía de subsistencia, pero que gusta menos a las compañías de seguros, que, contrariamente a lo que pudiera parecer prefieren no diferir los pagos sino cerrar expedientes.

⁸⁸⁹ Deben exceder de 36 o de 60 puntos, respectivamente, según los artículos 105 y 106.

Son factores que pueden alterar la indemnización:

- Al alza: el perjuicio excepcional, que puede incrementar un máximo de un 25 por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico (art. 112).
- A la baja: por la culpa concurrente de la víctima se reduce la indemnización hasta en un 75 por ciento (por ejemplo, no llevar puesto el cinturón), salvo para los menores de 14 años o incapacitados. También se aplica dicha reducción si la víctima incumple su deber de mitigar el daño⁸⁹⁰.

En cuanto a la tercera categoría, la del perjuicio patrimonial, se incluyen: los gastos de asistencia sanitaria futura (se calculan los de toda la vida y se abonan en el momento del accidente), prótesis, rehabilitación, mejora de vivienda, ayudas técnicas, un perjuicio específico por incremento de costes de movilidad y la ayuda de tercera persona (con una tabla que especifica el número de horas de ayuda en función de los puntos de secuela).

La norma introduce una regulación diferenciada de los traumatismos menores de la columna vertebral, que tanta polémica han generado. Una aspiración de las compañías aseguradoras en el proceso de elaboración de la Ley fue la lucha contra el fraude que se producía, de un modo desproporcionado en relación a otras lesiones, en el llamado "latigazo cervical". En esta patología se aúnan varios factores que posibilitan el fraude: ser una patología muy frecuente, que no tiene reflejo en pruebas diagnósticas en un porcentaje muy alto y puede causar síntomas (leves o moderados) con un impacto muy pequeño en el vehículo. Además resulta muy difícil probar que los daños de la espalda no eran preexistentes al accidente (aproximadamente un 70 por ciento de la población tiene daños en la espalda de algún tipo). Por todos estos factores las compañías de seguros pusieron el acento en esta patología y podemos decir que el latigazo cervical ha sido el gran perdedor de la Ley, que, en valoración global, ha incrementado las cuantías indemnizatorias sobre todo en lesiones graves y muy graves pero a cambio de exigir mayores requisitos a esta

⁸⁹⁰ LÓPEZ VALVERDE, M., "Lo que no te han contado del nuevo Baremo", Sepin opinion, SP/DOCT/19367, 2015, pág. 1.

patología. El artículo 135 prevé su indemnización como lesiones temporales cumpliendo los requisitos siguientes:

- Exclusión: que no medie otra causa que pudiera justificar la lesión.
- Cronológico: que los síntomas aparezcan en el lapsus que los estudios médicos consideran como posible.
- Topográfico: que coincida la parte de la espalda afectada con el lugar del accidente.
- De intensidad: que se pueda explicar la gravedad de la patología con el accidente producido.

Dice el artículo 135: *“la secuela que derive de un traumatismo cervical menor se indemniza sólo si un informe médico concluyente acredita su existencia tras el período de lesión temporal”*. La utilización de la palabra “concluyente” supone una apuesta decidida de la Ley de terminar con el fraude y la incertidumbre que esta patología introducía para las compañías aseguradoras. Sin embargo, en la práctica forense se plantean dudas sobre el significado de tal vocablo: ¿debemos entender que es “probada” por una prueba de imagen, una electromiografía o un estudio biomecánico? Por el contrario, ¿se considera concluyente cuando es afirmada de manera “inequívoca” por un informe médico clínico?⁸⁹¹. Debemos esperar a que la Jurisprudencia fije doctrina en torno a este punto.

Por último, en relación al ámbito temporal, también se modifica el sistema tan asentado del Baremo anterior. El momento de fijar la cuantía de la indemnización será el del accidente, que se actualizará cuando se determine el importe definitivo⁸⁹². Desaparece así el método anterior de fijar las lesiones en el momento del accidente y la cuantía en el momento del alta definitiva⁸⁹³. De esta forma se evita que exista un beneficio en retrasar el momento de fijación de la cuantía (entre el accidente y la Sentencia pueden pasar años si una parte

⁸⁹¹ VICENTE MENDOZA, M., "Introducción a las modificaciones existentes en la Ley 35/2015. Real Decreto 1148/2015 e Informe Pericial Médico Legal", Curso de actualización en valoración del daño corporal: ley 35/2015, Colegio de médicos de Valencia, 5 de febrero, www.redforense.es, 2016, pág. 1.

⁸⁹² Artículo 40.2 de la Ley 35/2015.

⁸⁹³ PERIS MARTINEZ, A., "El nuevo Baremo", Sepin doctrina, SP/DOCT/19698, 2015, pág. 5.

se esfuerza provocar dilaciones procesales), puesto que esta queda fijada de una vez y para siempre en el momento del accidente.

4.3. Las últimas tendencias: hacia un nuevo Baremo para la responsabilidad civil médica.

Se plantea en doctrina y jurisprudencia el *“profundo y relativamente reciente debate sobre si debe ser conveniente dejar la valoración al libre arbitrio judicial o fijarla conforme a sistemas pautados, reglados y normativos. A la problemática contribuía la ausencia de una doctrina jurisprudencial sobre cuantificación del daño que elaborase criterios técnicos para la distinción y clasificación del daño, lo cual no ha ocurrido hasta fecha muy reciente”*⁸⁹⁴. No es hasta la Ley 30/2015, con la implantación del Baremo para accidentes de tráfico, cuando se instaura un sistema de previa cuantificación del daño sufrido⁸⁹⁵.

La doctrina proclive al establecimiento de Baremos o pautas para la fijación de las indemnizaciones por daño justifica su posición en aras de la igualdad de la víctima, con absoluta independencia de quién haya sido el profesional o evento que lo causó. Así lo apunta HERRADOR GUARDIA, quien interesa la *“establecimiento de un sistema legal para la valoración y compensación del daño corporal en responsabilidad civil, con independencia del sector de la actividad en que el daño se produzca”*⁸⁹⁶.

También se argumenta a favor del Baremo que sería conveniente para crear seguridad jurídica. Así apunta SEIJAS QUINTANA que *“posiblemente, en unos*

⁸⁹⁴“Esta labor contrastaba con el Derecho comparado, en el que los Tribunales –y también la doctrina- han elaborado tablas y difundido Baremos orientativos”. MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 71.

⁸⁹⁵ Aunque la norma lleva ya 20 años en vigor, no es hasta la nueva LEC cuando es posible que estos supuestos accedan a casación. Ello unido al tiempo que tarda en fallarse la resolución definitiva en el Tribunal Supremo, hace que en el año 2015 sea el debate sobre el Baremo de tráfico una cuestión relativamente novedosa para el Tribunal y por ello falta de una doctrina suficientemente consolidada, siendo determinante aún la doctrina de cada una de las Audiencias Provinciales.

⁸⁹⁶ HERRADOR GUARDIA, M. J., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 975.

momentos en los que se pretende reforzar la seguridad jurídica, sería conveniente que para la valoración del daño, siempre difícil e insegura, se establecieran unos Baremos que permitan una concreción más objetiva a esta suerte de daños no patrimoniales, adaptados a las peculiaridades de la responsabilidad civil médica y al régimen de aseguramiento, distinta de la que resulta del régimen propio del automóvil y, en particular, de la responsabilidad por riesgo que imprime este sistema”⁸⁹⁷.

El establecimiento de Baremos de daños financiados por todos los ciudadanos constituye un mecanismo de garantía social, indemnizando daños ilícitos (que la víctima no tiene obligación de soportar) pero que derivan de una fuente de riesgo que beneficia a toda la sociedad⁸⁹⁸ o al que todo ciudadano está expuesto (ataque terrorista, delito violento, etc.). Estos *“mecanismos colectivos de indemnización de daños, tales como la Seguridad Social o los Fondos de Garantía estatales forman parte, igual que la responsabilidad civil, del Derecho de Daños y se basan en agrupar los daños en torno a ciertas causas (...) siendo la expresión directa de la solidaridad social frente a la mala fortuna de algunas víctimas”⁸⁹⁹.*

En este sentido es interesante el trabajo que realizó en el año 2.000 por el Centro europeo de la responsabilidad civil y del seguro de Viena, dirigido por el jurista inglés HORTON ROGERS, donde se comparan la indemnizaciones concedidas en los distintos países por los daños morales derivados de determinados tipos de lesión corporal, como: tetraplejía, ceguera total, pérdida del gusto y del olfato, pérdida de la mano dominante, etc. Apunta MARTÍN CASALS⁹⁰⁰ que las indemnizaciones concedidas por los tribunales españoles son difícilmente comparables por tres motivos: porque las Sentencias en muchos casos conceden indemnizaciones a tanto alzado, porque el “baremo

⁸⁹⁷ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad sanitaria: identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad", en Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 547.

⁸⁹⁸ Accidentes de tráfico, o accidentes laborales, puesto que la circulación de vehículos a motor o el empleo son beneficiosos para todos.

⁸⁹⁹ CASAS PLANES, M. D., "Daños médicos causados por error de diagnóstico", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 21, Sección informe de Jurisprudencia, noviembre, 2004, pág.7.

⁹⁰⁰ MARTÍN CASALS, M., "¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?", II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba, 2001, pág. 4.

de tráfico” mezcla el daño moral con el lucro cesante y porque tampoco existe en nuestro país la costumbre de publicar tablas con las indemnizaciones concedidas. Mas concretamente, en relación a la responsabilidad médica, ya en el año 2.001, este autor escribía: se ha llevado a cabo un trabajo por un *“grupo de juristas y médicos evaluadores que ha tenido la pretensión de (establecer) un Baremo europeo del daño corporal. A instancia de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo se creó en 1.999 un grupo (...) presidido por los profesores BRUSNELLI y LUCAS con el objeto de estudiar la armonización de las reglas aplicables a los daños (...) personales y proponer unas reglas generales para ponerlos en práctica que pudieran ser aceptadas por todos los miembros de la UE. El resultado de estos trabajos desembocó en una propuesta sobre la racionalización de la valoración médico legal de los perjuicios no económicos”*⁹⁰¹.

La profesión médica apunta que la utilización del baremo de tráfico para supuestos de responsabilidad médica resulta insuficiente por *“no contemplar supuestos ajenos a la accidentalidad vial y vinculados estrictamente a actuaciones de profesionales o a dificultades de funcionamiento relacionados con la organización o la gestión sanitarias”*⁹⁰². Desde el Ministerio de Sanidad se defiende la utilidad del Baremo médico: *“el Baremo (...) pretende acabar con las situaciones de incertidumbre (...) las reclamaciones en el ámbito sanitario son crecientes, es una tendencia generalizada en todo el mundo”*⁹⁰³. También en el ámbito médico se solicita una regulación uniforme: *“un Baremo automatizaría (...) el proceso de indemnización, lo haría más equitativo, evitaría tener que recurrir a la justicia y acortaría muchos litigios (...) además*

⁹⁰¹ MARTÍN CASALS, M., *“¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?”*, II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba, 2001, pág. 2.

⁹⁰² OMC, *“Baremo sanitario: claves de por qué no interesa su puesta en marcha”*, Revista oficial del consejo general de colegios médicos de España, número 35, octubre de 2015, www.cgcom.es/revista, 2015, pág. 29.

⁹⁰³ SÁNCHEZ FIERRO, Vicepresidente en 2015 del Consejo Asesor del Ministerio de Sanidad, citado en SEVILLANO, E., *“¿Cuánto vale una mala operación?”*, El País Digital, Sección España, 6 de julio, www.politica.elpais.com, 2015, pág. 1.

cambiaría la cultura del reconocimiento de errores, que ahora es de ocultación”

904 .

La creación de un Baremo sanitario es criticada por otros autores por diferentes motivos. Opina MARTÍN DEL PESO que en el momento actual, habiéndose conseguido al fin una consolidada jurisprudencia sobre el Baremo de tráfico, sería preferible realizar únicamente alguna modificación más modesta para adaptar el Baremo de tráfico y no la creación de un sistema completamente nuevo, *“sin perjuicio de que el proyecto iniciado, si cuenta con el consenso necesario, siga desarrollándose hasta su implantación futura”*⁹⁰⁵. En el extremo opuesto y al valorar la reciente reforma del Baremo de tráfico, MARTÍN CASALS reprocha que *“se ha perdido una oportunidad de oro”*, apuntando que en las primeras reuniones del Grupo Plenario que debatía el tema estuvieron presentes también representantes del Ministerio de Sanidad, pero *“luego desaparecieron al quedar claro que la Propuesta se referiría sólo a un sistema valorativo relacionado con hechos de la circulación”*⁹⁰⁶. La Disposición Adicional Tercera de la Ley 30/2015 incluye una previsión específica para un futuro *“Baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria”*, al establecer un desiderátum, que *“el sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del Baremo indemnizatorio”* sanitario.

Además del ya mencionado principio de igualdad de las víctimas, otro motivo alegado para la configuración del Baremo sanitario es la viabilidad económica de la profesión médica. El claro aumento de las indemnizaciones por mala praxis médica, la efectividad del principio *pro damnato* y las voces que se alzan a favor de la total indemnidad del lucro cesante pueden llevarnos, con el tiempo, hacia un panorama como el actual en los Estados Unidos de América. A pesar de ser los médicos estadounidenses unos de los profesionales mejor pagados

⁹⁰⁴ RODRÍGUEZ SENDÍN, Presidente de la Organización Médica Colegial en 2015, citado en SEVILLANO, E., "¿Cuánto vale una mala operación?", El País Digital, Sección España, 6 de julio, 2015, pág. 2.

⁹⁰⁵ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 233.

⁹⁰⁶ MARTÍN CASALS, M., "Líneas generales de la propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas", SEPIN Artículos monográficos, ref. SP/18912/DOCT, 2014, pág. 1.

del mundo, la cuantía de las indemnizaciones concedidas en los tribunales americanos ha elevado las primas de las aseguradoras hasta límites insostenibles para muchos profesionales, de modo de que, de facto, les impide el ejercicio de la profesión. Lo expone así BAILEY: *“Claramente, el sistema de responsabilidad médica en Estados Unidos se ha roto (...) en un esfuerzo por frenar las demandas y rebajar el techo de las primas de las aseguradoras, se ha propuesto la reforma del sistema, de forma que algunos Estados están legislando sobre esta materia. En la actualidad, más de 30 estados tienen un límite legal de 250.000,00 dólares a los daños no económicos”* (ello incluiría lo que en derecho español es el daño moral más los daños punitivos estadounidenses). El impacto de estas leyes es tal que *“En los primeros 3 años de la ley en Texas las demandas por responsabilidad médica han bajado un 50 por ciento y mas de 7.000 médicos se han mudado a Texas para ejercer allí su profesión, de modo que las licencias concedidas para el ejercicio de la profesión médica ha aumentado en un 59 por ciento”*⁹⁰⁷. Este aumento de las primas redundando directamente en el aumento de los costes de la medicina, puesto que *“un doctor debe pagar unas primas a la aseguradora un 91 por cien más altas que la pasada década (...) por lo que deberá aumentar sus ingresos en un 4’6 por ciento”*⁹⁰⁸. Desde un punto de vista estrictamente económico, *“el objetivo económico de la imposición de normas de responsabilidad profesional es incentivar la conducta diligente de los proveedores sanitarios y conseguir una disminución del número de errores o negligencias médicas”*⁹⁰⁹. Sin embargo, vemos como un mal uso del sistema lleva a situaciones indeseadas.

La situación en Estados Unidos ha llegado a tal punto que los profesionales de la medicina han encontrado algunas soluciones creativas, como la prestación de sus servicios en las ciudades fronterizas de Méjico, donde las leyes sobre mala praxis son diferentes y no existe la posibilidad de ser condenado a tan cuantiosas indemnizaciones en los Tribunales. Así, vemos que en Ciudad Juárez, *“una localidad fronteriza de Méjico que llegó a ser la más violenta del*

⁹⁰⁷ BAILEY, R., "Medical Liability Reform: The Good, The Bad and The Ugly", EMRA, Emergency Medicine Residents Association, www.emra.org, 2012, pág. 1.

⁹⁰⁸ BAILEY, R., "Medical Liability Reform: The Good, The Bad and The Ugly", EMRA, Emergency Medicine Residents Association, 2012, pág. 2.

⁹⁰⁹ CARLES, M., "Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica", Gaceta Sanitaria, versión impresa, v.17, n.6, revista nov-dic 2003, Barcelona, 2003, pág. 7.

*mundo (...) resurge con esta modalidad turística: el coste de una intervención es una décima parte (...) el turismo médico se ha incrementado hasta en un 50 por ciento en el último año, lo que se traduce en unos 40 pacientes estadounidenses al día por cada médico*⁹¹⁰. El éxito de esta fórmula en las ciudades limítrofes con Estados Unidos es tal que incluso se anuncia por el Gobierno Mexicano como atractivo turístico del país⁹¹¹.

En nuestro país se alzan, desde hace ya veinte años, voces que apuntan a los mismos problemas y denuncian la falta de aseguramiento de las compañías de seguros a la profesión médica, por los que se hace necesario *“encontrar un marco de consenso, casi diría de sentido común, que satisfaga las necesidades del médico, las del centro asistencial, los derechos del enfermo y los de la sociedad en su conjunto”*⁹¹².

La reducción de los daños punitivos o morales no es la única forma en que se ha tratado de paliar la situación. Desde otro punto de vista, se ha tratado de afrontar el aumento de la litigiosidad con las llamadas *“I’m sorry laws”*, promulgadas en cerca de treinta Estados de Estados Unidos. Estas leyes promueven el reconocimiento del error médico sin que pueda utilizarse como prueba en un juicio y que parecen estar teniendo un efecto de reducción de las demandas. En palabras de MARTÍNEZ LEÓN: *“admitir los errores, pedir disculpas por lo que ha salido mal (...) mejora la relación médico-paciente, mejora la confianza en el profesional y ayuda a prevenir errores. Parece que también disminuye el coste legal y las reclamaciones”*⁹¹³. En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA: *“Debería incluirse la obligación de decir: -lo siento, me equivoqué-, en las sentencias condenatorias*

⁹¹⁰ CHAPARRO, L., "El turismo médico en la frontera de México con Estados Unidos se dispara", EFE SALUD, 23 de noviembre de 2012, www.efesalud.com, 2012, pág. 2.

⁹¹¹ www.visitmexico.com

⁹¹² FORNES RUIZ, J., "La responsabilidad social del médico", en *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, (Dir). Fundación de ciencias de la salud, Madrid, 1995, pág. 29.

⁹¹³ MARTÍNEZ LEÓN, M., QUEIPO BURÓN, D., MARTÍNEZ LEÓN, C., "Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Junio de 2009, www.revistas.ucm.es, 2009, pág. 10.

por negligencia profesional”⁹¹⁴, por el efecto beneficioso que tiene en las víctimas.

Por otro lado, el aumento de la litigiosidad incide directamente en la praxis médica, llevando a más profesionales a utilizar la “medicina defensiva”, es decir, la realización de procedimientos diagnósticos adicionales que no son estrictamente necesarios pero que protegen al médico en caso de una posterior demanda. *“En Estados Unidos, la práctica de la medicina defensiva se relaciona con el fenómeno conocido como Malpractice Crisis (...) que ha repercutido en el precio de las primas que pagan los médicos (...) y el aumento del gasto sanitario”*⁹¹⁵.

Desde Europa también se reclama el establecimiento de un Baremo para mala praxis médicas e infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria (IRAS). Así, la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria del Parlamento Europeo ha aprobado una resolución en que se baraja esta idea de crear un Baremo de daños continental. Dice así la resolución: *“velando porque los Estados miembros dispongan de sistemas que ofrezcan compensaciones financieras equitativas en caso de negligencias derivadas de una asistencia médica inapropiada (...) armonizar (...) a escala europea (...) formas de indemnización (...) colectiva para las clases de enfermos que hayan sufrido lo mismo, o bien daños por la ocurrencia de acontecimientos similares durante el tratamiento terapéutico”*⁹¹⁶.

El Baremo médico europeo⁹¹⁷, impulsado por el grupo ROTHLEY y que está vigente como documento oficial (no vinculante) desde el año 2.006, tiene una estructura diferente al Baremo español, ya que divide las dolencias según el sistema corporal afectado (nervioso, sensorial y estomatológico). En vez de

⁹¹⁴ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., "El perdón a la víctima en supuestos de negligencia médica", Revista de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro, número 45, primer trimestre, www.asociacionabogadosrcs.org, 2013, pág. 8.

⁹¹⁵ MARTÍNEZ LEÓN, M., QUEIPO BURÓN, D., MARTÍNEZ LEÓN, C., "Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas", Revista de la Escuela de Medicina Legal, Junio de 2009, 2009, pág. 4.

⁹¹⁶ En la resolución “Sobre una asistencia sanitaria más segura en Europa: mejorar la seguridad de los pacientes y combatir la resistencia a los antimicrobianos (2014/2207INI)”. Consultar en www.europarl.europa.es

⁹¹⁷ <http://www.uv.es/edumursa/EDP/Documentos/Baremo%20Europeo%20preambulo.pdf>.

puntuar las secuelas, parte del concepto de salud y va deduciendo porcentajes de utilidad (la movilidad completa sería el 100 y de ahí se va deduciendo). Es importante resaltar que *“no incluye el lucro cesante ni la valoración del daño moral derivado del fallecimiento”*⁹¹⁸.

En España ya se está trabajando en la creación de un Baremo específico para indemnizaciones sanitarias, aunque parece un trabajo destinado a no finalizarse puesto que ha sido varias veces paralizado por el Ministerio y varias veces retomado. Las voces que lo reclaman afirman que tiene evidentes ventajas: *“abriría la competencia en el mercado asegurador, se frenarían los incrementos de primas, se unificaría el valor de la vida o la salud humana y se racionalizarían las indemnizaciones, permitiendo además calcular las reservas y el coste del seguro reduciendo la incertidumbre del resultado económico de un ejercicio”*⁹¹⁹. Desde otro punto de vista *“se trata de una herramienta procesal que favorece, entre otros aspectos, la disminución de la litigiosidad, el pronto cobro de las indemnizaciones y que la determinación y cuantificación de los riesgos sean asumibles”*⁹²⁰. Por parte de los representantes del Ministerio de Sanidad y del Ministerio de Justicia se ha estado trabajando durante años en la elaboración del Baremo, que añade 111 secuelas al de tráfico⁹²¹, aunque como antes decíamos, no tiene visos de aprobarse ni siquiera como documento orientativo.

El Consejo Asesor de Sanidad el 28 de junio de 2013 suscribió un informe sobre el *“Baremo para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario”*⁹²². En este informe se enumeran como ventajas de la existencia de dicho Baremo: *“a) mayor seguridad jurídica, b) reducción de litigiosidad, c) agilidad en el cobro de*

⁹¹⁸ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 233.

⁹¹⁹ Redacción Médica, miércoles 24 de septiembre de 2014, www.redacionmedica.com.

⁹²⁰ SÁNCHEZ FIERRO, J. en OMC, "Baremo sanitario: claves de por qué no interesa su puesta en marcha", Revista oficial del consejo general de colegios médicos de España, número 35, octubre de 2015, 2015, pág. 34.

⁹²¹ Según afirmó BOROBA FERNÁNDEZ en la mesa redonda "El Baremo de indemnización por daños sanitarios. Valoración del daño y seguridad de los pacientes", en el XXI Congreso de Derecho Sanitario, 2014.

⁹²² <http://static.diariomedico.com/docs/documentos/Baremo.pdf>

indemnizaciones, d) previsibilidad de costes y cuantías, e) determinación de las primas”.

5. FORMA Y CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN EN RESPONSABILIDAD MÉDICA.

5.1. La cuantificación de los daños patrimoniales.

Una vez se ha establecido la existencia de daño, sea éste corporal o moral, deberá cuantificarse para poder repararlo a través de la indemnización. Cuáles son los parámetros para establecer la cuantía será el objeto de estudio en este epígrafe. Dividiremos la materia en dos partes; la primera hará referencia a la cuantía del daño en función del paciente, quien ha sufrido los daños; en la segunda parte veremos si influye quién sea el obligado al pago en la cuantía indemnizatoria.

El principio general en la valoración del daño es *“la total indemnidad de la víctima, al amparo de los artículos 1.106 y 1.902 del Código Civil”*⁹²³, que *“conlleva la cobertura de todos los daños y perjuicios hasta su reparación integral (pero) sin que dicho resarcimiento pueda convertirse en un motivo de lucro”*⁹²⁴. Lograr este punto de equilibrio en que la víctima es satisfecha en todos sus perjuicios pero sin que logre ventaja patrimonial de la indemnización es la búsqueda del grial de la responsabilidad civil. En este sentido afirma MARTÍN DEL PESO que *“la definición y valoración de la indemnización de perjuicios anudada a la responsabilidad civil (...) quizá sea (...) uno de los temas que suscita mayor debate en el momento actual en el campo del Derecho”*⁹²⁵.

⁹²³ SEIJAS QUINTANA, J. A., "Responsabilidad sanitaria: identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad", en Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, (Dir). LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013, pág. 539.

⁹²⁴ CARRO GONZÁLEZ, F. J., *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*, Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 2013, pág. 119.

⁹²⁵ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 71.

En primer lugar acudiremos a la regulación legal en sede de responsabilidad civil, donde vemos que, tal como apunta ROCA TRÍAS, ni el artículo 1.902 ni el 1.101 del Código Civil ni tampoco la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen una regla relativa a la valoración del daño, de manera que la fijación del quantum indemnizatorio corresponderá a los tribunales⁹²⁶. La norma que regula la valoración del daño es el llamado Baremo de tráfico, el Real Decreto Legislativo 8/2004, modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que se ha estudiado en profundidad en el capítulo correspondiente⁹²⁷.

En este capítulo haremos referencia a los diferentes criterios que Jurisprudencia y doctrina han utilizado para fijar la cuantía de la indemnización en los casos en que ha existido responsabilidad médico-sanitaria. En este ámbito los daños producidos son personales en la mayoría de los casos⁹²⁸ a lo que se sumarán los perjuicios materiales y patrimoniales derivados de dichos daños y el daño moral.

En relación al daño patrimonial, en la doctrina se han formulado diversas teorías para su valoración. Siguiendo en este punto a NAVEIRA ZARRA⁹²⁹, podemos citar las siguientes:

1. La teoría de la diferencia. El daño vendría determinado por la diferencia de valor entre el patrimonio actual del sujeto dañado y el que tendría de no haberse producido el hecho dañoso.
2. La concepción objetiva del daño. El daño sería el valor de mercado del bien dañado⁹³⁰.
3. La concepción subjetiva del daño. Para determinar el valor del daño a indemnizar es necesario tener en cuenta el interés lesionado en la

⁹²⁶ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 200.

⁹²⁷ Capítulo I, epígrafe 4.2.

⁹²⁸ También encontramos algunos supuestos en que se demanda exclusivamente por daño moral (mala atención sanitaria que no causa daño físico, falsos negativos de enfermedad).

⁹²⁹ Clasificación en NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 62 y ss.

⁹³⁰ "Se deben establecer, según algunos, «criterios presuntivos» de valoración del daño, para (supuestamente) facilitar las cosas a la víctima. Y en este marco se inscribe el denominado sistema tabular para efectuar tal valoración, el cual se encuentra en este momento en fase de profunda modificación en nuestro ordenamiento jurídico". LLAMAS POMBO, E., "¿Un derecho de daños para la crisis?", *Práctica de Derecho de Daños*, LA LEY, Número 120, Sección Editorial, Tercer trimestre, 2014, pág.1.

medida en que viene determinado por las concretas circunstancias del individuo lesionado. No se indemniza el mismo daño igual a diferentes sujetos porque se entiende que no se ha lesionado el interés en la misma medida. Por ello se deberán tomar en consideración las circunstancias personales del perjudicado para valorar el daño.

Podemos diferenciar dos categorías en el daño patrimonial: el daño emergente y el lucro cesante. En una primera aproximación el daño emergente coincidiría con el valor del bien, pero debemos aplicar dos correcciones: una al alza, que es el premio de afección⁹³¹ o daño moral derivado de la pérdida patrimonial y otra a la baja, la depreciación del bien⁹³² entendida como la diferencia entre el valor de mercado y el valor que tenía cuando la cosa se perdió. En cuanto al lucro cesante, tiene relevancia en los casos de responsabilidad médica en cuanto que la pérdida de la salud del paciente afecta a su capacidad de trabajo y, por tanto, a sus ingresos. De hecho encontramos una tendencia al alza en la indemnización del lucro cesante en las condenas por responsabilidad civil médica. Citaremos a continuación algunas Sentencias en que se aprecia.

En primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de julio de 2014⁹³³ valora la indemnización concedida en un caso en que el paciente queda gran inválido según sus ingresos anteriores a la invalidez. Se le conceden 1.500.000 Euros, calculados en base a sus ingresos anuales y a los años que le quedaban de ejercicio de la profesión.

También se solicita indemnización por lucro cesante de los padres (principalmente de la madre) en los casos de hijos nacidos con graves deficiencias que implican la renuncia de la madre al trabajo. Los tribunales la han concedido en algunas ocasiones, con el argumento de *“existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o*

⁹³¹ Este concepto se regula en la Ley de Expropiación forzosa, que en su artículo 47 establece un porcentaje del 5% sobre el justiprecio, independiente del valor del bien, puesto que se refiere al daño moral (derivado de la privación del bien expropiado a su legítimo propietario).

⁹³² MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 73.

⁹³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, de 24 de julio de 2014, Ponente Eugenio Sánchez Alcaraz, resolución número 306/2014, recurso 253/2014, SP/SENT/787362. Esta Sentencia se encuentra recurrida en casación.

*muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados*⁹³⁴. Se conceden 300.000 Euros, sin desglosar la cuantía.

En la Sentencia de 24 de mayo de 2012, donde de un total indemnizatorio de 1.600.000 Euros, un millón se atribuye a daño emergente y lucro cesante. En este caso es una mujer que acude a dar a luz a una clínica y por un mal funcionamiento de la misma, el ginecólogo que la debe atender no está disponible, se produce sufrimiento fetal y el bebé nace con parálisis cerebral. La paciente, abogada de profesión, prueba en el pleito la disminución de ingresos a consecuencia de la atención que necesita su hija, cantidades que le son concedidas en la cuantía de la diferencia entre las declaraciones de IRPF anteriores y posteriores al nacimiento del hijo.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007⁹³⁵ no se concede indemnización por lucro cesante, a pesar de haberlo solicitado. El supuesto de hecho es complicado: se trata de una embarazada que trabaja con radiación y que interrumpió un embarazo anterior por este motivo (fue juzgada y absuelta en la jurisdicción penal del delito de aborto). Posteriormente vuelve a quedar embarazada y no sigue los consejos de la ginecóloga, realizándose varias radiografías. La niña nace con malformaciones en pies y manos y la madre solicita indemnización por lucro cesante por los cuidados que su hija necesita, pero el Tribunal de instancia no le concede cantidad por este concepto y el Tribunal Supremo confirma la Sentencia.

Tampoco se concede indemnización por lucro cesante en el caso de un joven, futbolista de profesión, que queda con secuelas en una pierna que le impiden seguir desempeñándola. Sin embargo, se concede una indemnización por daño moral a tanto alzado (63.000 Euros) que se intuye comprensiva de otros

⁹³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 2008, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso núm. 4936, Roj: STS 5899/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5899, Id Cendoj: 28079130062008100410.

⁹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 14 de marzo de 2007, Ponente Margarita Robles Fernández, número de recurso 8017/2002, Roj: STS 1540/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1540, Id Cendoj: 28079130062007100083.

conceptos solicitados. En primera instancia se concedió la citada cantidad por las secuelas conforme a baremo y además otros cien mil euros “ponderando todas las circunstancias aplicando un estricto principio de justicia material”. En casación fueron retirados los cien mil euros por entender contrario al criterio jurisprudencial conceder una parte de indemnización conforme a baremo y otra fuera del mismo⁹³⁶.

En los casos de fallecimiento apunta ROCA TRÍAS que la muerte de una persona “debe incluir tres tipos de conceptos: los gastos que genera la muerte (entierro, funeral, testamentaria, etc.); las consecuencias en relación a los parientes que dependen económicamente del fallecido y el daño moral consecuencia del dolor que provoca la mencionada muerte”⁹³⁷. En la Jurisprudencia en general se suelen conceder cantidades a tanto alzado, sobre todo cuando el fallecido no generaba ingresos. Así la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011⁹³⁸, que concede una cantidad a tanto alzado por daño moral por el fallecimiento de un hijo (feto muerto durante el parto): 85.000 Euros a los padres y 15.000 al hermano.

Veamos otro caso en que se concede una indemnización por lucro cesante en el caso de quedar el paciente inválido (hemipléjico tras una cirugía), cantidad que se fija en 400.000 Euros por daño moral y patrimonial (sin desglosar) en la Sentencia de 13 de julio de 2010⁹³⁹.

Puesto que las cantidades concedidas en cada caso son muy diferentes y atienden a distintos argumentos, no vemos que puedan establecerse líneas o parámetros comunes, salvo en algunos casos específicos. Sí existe una especie de “indemnización a forfait” en el ámbito contencioso-administrativo para los casos en que el bebé nace con síndrome de Down por error en el

⁹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de noviembre de 2011, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 906/2011, recurso 2155/2008, Roj: STS 9288/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9288, Id Cendoj: 28079110012011100900, LA LEY 281254/2011.

⁹³⁷ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 202.

⁹³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de febrero de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 62/2011, recurso 1888/2007, El Derecho EDJ 2011/8438, CENDOJ ROJ STS 504/2011 - ECLI:ES:TS:2011:504.

⁹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de julio de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 483/2010, recurso 1523/2006, El Derecho, EDJ 2010/152957, CENDOJ ID:28079110012010100478.

diagnóstico, que incluye tanto los daños patrimoniales como los morales. Así lo establece la Sentencia de 28 de marzo de 2012: *“procede fijar la indemnización en los mismos que ya hemos hecho en nuestra reciente sentencia recaída en el recurso 4165/2010 , donde señalamos que en casos de síndrome de Down, procede establecer la cuantía de 280.000 euros. Y en dicha cuantía lo fijamos en el presente supuesto. De dicha cantidad, corresponde al daño moral al entorno familiar la cantidad de 80.000 Euros y para la menor, entendiéndose que se indemniza el sobre coste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades, se reconoce la partida de 200.000 euros por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad⁹⁴⁰”*. Se concede la misma indemnización en la Sentencia de 20 de marzo de 2012⁹⁴¹ y en la de 4 de noviembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso⁹⁴², aunque no puede afirmarse que sea una norma en todos los casos.

Por su parte, la Sala Primera del Alto Tribunal, ni siquiera ha intentado unificar las cuantías. En el mismo supuesto de hecho (nacimiento de hijo con Síndrome de Down sin diagnosticar) concede en la Sentencia de 18 de junio de 2010⁹⁴³ 600.000 Euros incluyendo daño moral (aunque sin desglosar las cuantías).

En conclusión, podemos afirmar que las cuantías concedidas en la Jurisprudencia se mueven entre tres parámetros: la cantidad solicitada en la Sentencia, la aplicación del Baremo de tráfico y las cantidades concedidas en

⁹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 28 de marzo de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, recurso número 2362/2011, Roj: STS 2067/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2067, Id Cendoj: 28079130042012100213.

⁹⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 de marzo de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, número de recurso 4165/2010, Roj: STS 1673/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1673, Id Cendoj: 28079130042012100197.

⁹⁴² Se aumenta la indemnización en 20.000 Euros por la instancia y el Alto Tribunal la mantiene citando la doctrina anteriormente expuesta de 280.000 Euros. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 2008, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso núm. 4936, Roj: STS 5899/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5899, Id Cendoj: 28079130062008100410.

⁹⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4403/2008, Roj: STS 3364/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3364, Id Cendoj: 28079130042010100315.

la Sala correspondiente del Tribunal⁹⁴⁴, por lo que resulta imposible delimitar a priori qué cantidad se concederá en caso de estimar la demanda.

Hasta aquí hemos visto los criterios de cuantificación del daño en relación a quien lo sufre. Ahora nos referiremos a la segunda parte de la cuestión, la valoración del mismo en relación a quien lo causa: ¿se tiene en cuenta la capacidad económica del deudor a la hora de fijar la indemnización o por el contrario ésta sólo depende del daño causado y los perjuicios personales del paciente? Comenzaremos con el análisis del médico (y su aseguradora) como deudor en relación a la valoración del daño.

En primer lugar, debemos contestar a la siguiente pregunta: ¿será la misma la cuantía a abonar si se actuó con culpa leve o grave? Encontramos una respuesta legal en el artículo 1.107 del Código Civil, donde se gradúa la obligación de reparar en función de la buena o mala fe del dañador, ampliando la responsabilidad en este último caso a *“todos los perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento”*. Esta norma está prevista para la responsabilidad contractual, pero, ¿es posible su aplicación al ámbito de la responsabilidad extracontractual? No hay consenso en la doctrina sobre este punto, así NAVEIRA ZARRA entiende que no puede aplicarse por no ser supuestos equivalentes y VICENTE DOMINGO que sí puede aplicarse este artículo a la responsabilidad extracontractual puesto que *“las diferencias entre daño contractual y extracontractual quedan en un segundo plano (...) lo que propongo es una labor de revisión de los criterios comunes de valoración de este daño ante las nuevas manifestaciones de lucro cesante,*

⁹⁴⁴ En la Sentencia de 22 de junio de 2010 fallece un paciente con un infarto de miocardio que había sido dado de alta unas horas antes en el servicio de urgencias interpretando erróneamente el dolor torácico como de tipo mecánico. Se considera *mala praxis* por error en el diagnóstico y se condena a la Administración a indemnizar. Para determinar la cantidad la Sentencia explica: *“para su determinación seguiremos la pauta establecida en la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, que invoca la recurrente, y en la que en un supuesto similar fallecimiento de un paciente por un hecho prácticamente idéntico, algo más joven que el de nuestro caso y que dejó viuda y un hijo de corta edad, ponderando todas esas circunstancias se fijó como indemnización procedente la cantidad de trescientos sesenta mil seiscientos siete euros con veintiséis céntimos (360,607,26 euros)”*. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 22 de junio de 2010, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 5540/2008, ROJ: STS 4341/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4341, ID CENDOJ 28079130042010100414, LA LEY CJ114306/2010.

*independientemente de dónde se produzca*⁹⁴⁵.

En la Jurisprudencia sobre responsabilidad sanitaria no encontramos condenas basadas en el artículo 1.107, pero sí abundantes referencias al grado de incumplimiento de los deberes médicos que la prestación de asistencia sanitaria conlleva (diagnosticar, rellenar la historia clínica, seguimiento del paciente, realizar las pruebas necesarias, guardar el secreto médico, etc.). En este sentido, y en relación con la obligación de prestación del médico, vemos que la Jurisprudencia hace referencias a la diferencia entre incumplir *levemente* estos deberes o hacerlo de manera *patente y notoria*. Dice así el Tribunal Supremo: *“la diligencia del médico comporta (...) el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas para cada uno conforme a una buena praxis médica y con el cuidado y precisión según la naturaleza y circunstancias”*⁹⁴⁶, o también *“en el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Solo la omisión de pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas pueden servir de base para declarar su responsabilidad”*⁹⁴⁷.

Si bien para declarar la responsabilidad por el daño causado es necesario un incumplimiento culpable de los deberes que la buena práctica médica impone, no encontramos una correlación entre la gravedad de la mala praxis y la cuantía indemnizatoria, sino que la cuantía de la misma depende del daño sufrido por el paciente, que puede ser grave a consecuencia de una imprudencia levísima del médico o bien causarse un daño leve con una imprudencia grave.

Sentada la irrelevancia de la culpa médica en la valoración del daño causado,

⁹⁴⁵ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, pág. 308. VICENTE DOMINGO, E., *El lucro cesante*, Editorial Reus, Madrid, 2014, pág. 23.

⁹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 403/2013, recurso número 368/2011, Roj: STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247, Id Cendoj: 28079110012013100339, Base de datos SEPIN referencia SP/SENT/723019.

⁹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010, recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.

veremos a continuación si existe relación entre la cuantía indemnizatoria y el condenado a su pago cuando se trata de una entidad (hospital, Administración, Mutua). Es decir, si los Tribunales condenan a las mismas cuantías cuando el obligado al pago es el médico que causó el daño o es la entidad empleadora del mismo

Hay voces que afirman la oportunidad de tener en cuenta la capacidad económica del deudor a fin de valorar la cuantía indemnizatoria, afirmando que *“Hay que establecer (...) un nuevo principio de ‘asimetría subjetiva’ en la responsabilidad civil, y atender a las cualidades del sujeto implicado: no (...) son iguales todos los dañadores. Lo que, según se propugna, debería dar lugar a una moderación de las indemnizaciones en consideración también del dañador (si es poderoso económicamente o no lo es)”*⁹⁴⁸.

En la misma línea nos preguntamos: ¿existen especialidades en la valoración del daño cuando la Sentencia condena a la Administración Sanitaria? ¿Son diferentes las cuantías concedidas en casos de responsabilidad objetiva de la Administración que cuando la condena se basa en la responsabilidad subjetiva del médico? Decía la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de julio de 1.997, que *“cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos”*⁹⁴⁹.

Estas afirmaciones se confirman en el estudio jurisprudencial, como prueban también las Sentencias de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo citadas más arriba en este epígrafe, que conceden una indemnización *a forfait*, de modo que el este orden jurisdiccional tiene en cuenta otros criterios diferentes, aparte del daño sufrido, para conceder las

⁹⁴⁸ En contra de esta posibilidad y con una buena dosis de ironía, LLAMAS POMBO, E., "¿Un derecho de daños para la crisis?", *Práctica de Derecho de Daños*, LA LEY, Número 120, Sección Editorial, Tercer trimestre, 2014, pág.1. Afirma este autor que es hora de *“limitar la perspectiva economicista del Derecho (...), limitar el formalismo legal (...) y el derecho debe seguir siendo fundamentalmente axiológico (...) inspirado por determinados valores”*.

⁹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de julio de 1997, Ponente Jose Jose Almagro Nosete, resolución 604/1997, recurso 1937/1993, Roj: STS 4655/1997 - ECLI:ES:TS:1997:4655, Id Cendoj: 28079110011997101830.

indemnizaciones. La dificultad estriba en que, al no expresar en las Sentencias dichos criterios, puede dar la sensación de que los Magistrados fijan las indemnizaciones en una suerte de "lotería", donde con carácter general, el número premiado otorga menos cantidad el orden contencioso que en el civil.

En el mismo sentido, afirma RODRÍGUEZ CARBAJO que *"Hay que tener en cuenta que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas –a diferencia de los daños causados con ocasión del uso y circulación de vehículos de motor, que, en su mayor parte, se rigen por el controvertido baremo- los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo no están sujetos a ningún sistema de valoración imperativo o tasado, conservando plena libertad para la aplicación del quantum indemnizatorio en cada caso (...). Ello trae como consecuencia que, en ocasiones, se dicten sentencias-como la aquí comentada en que, a pesar de haberse reconocido el funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, la indemnización concedida de 3.000 Euros por la pérdida de un ojo, no parece muy razonable"*⁹⁵⁰. Lo que sí es seguro es que a las preguntas antes formuladas podemos contestar que no encontramos en la Jurisprudencia referencias a la capacidad económica del pagador a la hora de valorar la indemnización.

5.2. La cuantificación del daño moral.

Veamos las especialidades en torno a la reparación del daño moral. Se distingue el daño objetivamente considerado o "daño común", que sería aquél que se puede observar objetivamente (porque lo sufriría cualquier persona en las mismas circunstancias) del "*daño propio o pretium doloris*" que es el que sufre cada víctima teniendo en cuenta su situación particular.

Existen dos concepciones del daño moral. Una objetiva, que afirma que *"el pretium doloris se compone por todos los padecimientos físicos y psicofísicos que sufre la víctima (...) todo lo que es "medible", en la medida en que*

⁹⁵⁰ RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., "La valoración de los daños causados por la Administración sanitaria. Análisis de la STS de 11 de octubre de 2006", actualidad Administrativa, núm. 1 al 15 de enero de 2007, tomo I, referencia 112336/2006, núm.art. 4359/2006, 2006, pág. 5.

científicamente se puede saber que existe ese daño"⁹⁵¹. Y otra, subjetiva, que apunta a la no necesidad de prueba "científica" sobre la existencia del daño. GIL MEMBRADO dice: "*Si bien los daños y perjuicios requieren de prueba, cabe establecerlos por presunciones en el caso de que el enlace se muestre como lógico. Estaríamos en estos supuestos ante hechos de los que se deduce necesariamente la existencia del daño*"⁹⁵². La Jurisprudencia en general atiende esta última concepción, utilizando criterios de sentido común, considerando como situaciones que causan daño moral aquellas que a cualquier persona en las mismas circunstancias le causarían dicho daño. La Jurisprudencia atenderá a conceptos tales como el prudente arbitrio, las circunstancias de cada caso, la equidad y, en todos los ámbitos jurisdiccionales, la necesidad de motivación por parte de los tribunales, siempre tratando de solucionar una cuestión que, en realidad, constituye una problemática sin solución, que es la valoración del daño moral puro.

No existe forma de cuantificar objetivamente el dolor, angustia o zozobra causado a otra persona, pero, dado que la reparación es económica, se debe tratar de objetivar de alguna forma para evitar la arbitrariedad y la sensación de injusticia de las víctimas. Por ello la doctrina apunta diferentes criterios para su cuantificación. Seguiremos en esta exposición a DE ÁNGEL YAGÜEZ⁹⁵³, quien clasifica los criterios existentes en tres:

- Atribuir "a tanto alzado" un valor económico al daño moral.
- Cuantificar el daño corporal sufrido y, partiendo de esta cifra, añadir el daño moral.
- Considerar que el daño moral queda incluido en la indemnización del daño físico.

Cualquiera que sea el criterio que se escoja, es importante apuntar, con ROCA TRÍAS, que la valoración del daño moral debe hacerse siempre con

⁹⁵¹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 161.

⁹⁵² GIL MEMBRADO, C., *La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*, Comares, Granada, 2014, pág. 118.

⁹⁵³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 115.

independencia del grado de culpa del autor⁹⁵⁴. También lo afirma así PANTALEÓN PRIETO, al decir que las normas de responsabilidad civil tienen una función *“reintegradora del estado de cosas (y por ello) absoluta independencia de la culpa (...) en sus supuestos de hecho”*⁹⁵⁵. En el mismo sentido, los Principios Europeos de Responsabilidad Civil, artículo 10:301.2⁹⁵⁶. Incluso hay quien asegura que sería deseable una uniformidad también para el caso de daños morales⁹⁵⁷.

Veremos algunos ejemplos jurisprudenciales en que se debate sobre la cuantía del daño en el caso concreto, alegando el paciente que la indemnización debía ser mayor por sus circunstancias particulares, de modo que no consideraba indemnizado todo el *“pretium doloris”*.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 4 de marzo de 2011 se indemniza la incontinencia fecal absoluta causada a una paciente de 30 años a consecuencia de una operación necesaria de fístula anal y los consiguientes: *“trastorno depresivo, pérdida vida sexual y socio-laboral”*. Se descarta mala praxis siendo la condena por falta de consentimiento informado al no haber informado de la posibilidad de esta complicación. En Primera Instancia se condenó al médico y aseguradora al pago de 18.000 Euros. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la Sentencia y aumentó la cuantía de la indemnización a 36.000 Euros. A pesar de ello, se recurrió en casación por *“vulnerar el principio de total indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad civil extracontractual.”* El Tribunal Supremo, al confirmar la condena, afirma que la Sentencia valoró las circunstancias concretas del caso, cuales son: la secuela, el padecimiento, el comportamiento de la paciente que

⁹⁵⁴ ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 200.

⁹⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., "La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el derecho español", en *Derecho del consumo*, (Dir). Ministerio de Justicia, Estudios de derecho judicial, 2001, pág. 31.

⁹⁵⁶ Al referirse al daño no patrimonial, dice: *“en general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo”*. Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, European Group of Tort Law, consultar en <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>.

⁹⁵⁷ GALÁN CORTÉS, J. C., "Daños personales. El Baremo de tráfico: ¿debería utilizarse siempre en supuestos distintos de los accidentes de tráfico?", *Sepin doctrina*, Encuesta jurídica, SP/DOCT/3697, www.sepin.es, 2008, pág. 12.

no acude a la consulta pautada con el cirujano que la operó ni a ningún otro hasta dos años después, la edad de 30 años de la paciente “*sin que la recurrente invoque en su escrito de interposición del recurso de casación hecho alguno, entre los admitidos como probados por la Sentencia de apelación, que pudieran haber sido tomados en consideración (...) del que pueda deducirse una indemnización distinta*”⁹⁵⁸. Consideró, por lo tanto, el Alto Tribunal, que al haber valorado todas las circunstancias del caso concreto se había indemnizado el total daño causado.

Es reseñable el caso que decide la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 2006⁹⁵⁹. Se trata de un paciente moribundo con crisis respiratorias a quien sus hijos deciden, contra el criterio médico, llevar a casa a pasar sus últimos días de vida. Ya en el domicilio llaman a la doctora, que acude ese día y al siguiente. La doctora revisa la medicación pero, según los hijos, se niega a ver al enfermo. Demandan a la médico por conducta profesional negligente (por incumplimiento de deberes éticos y código deontológico del médico) y solicitan se declare que ha causado un daño moral al fallecido y a los hijos. No se alegan daños personales, únicamente morales por “falta de humanidad” de la doctora. En Primera Instancia se condena al pago de una indemnización por daños morales, la Audiencia Provincial revoca la Sentencia, desestimando la demanda y el Tribunal Supremo confirma dicha resolución desestimatoria de la demanda⁹⁶⁰.

Otro ejemplo donde se constata la dificultad de valoración del daño moral es la Sentencia de 15 de septiembre de 2015⁹⁶¹. Todas las ecografías realizadas en el embarazo arrojan un resultado “normal” y sin embargo, la niña nace con

⁹⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de marzo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 101/2011, recurso 1918/2007, El Derecho EDJ 2011/30414, CENDOJ ID: 28079110012011100176.

⁹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 5 de diciembre de 2006, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Sentencia número 1267/2006, número de recurso 4838/1999, CENDOJ: Roj: STS 7573/2006 - ECLI:ES:TS:2006:7573, Id Cendoj: 28079110012006101247, Base de datos La Ley referencia 149999/2006.

⁹⁶⁰ No obstante, el Alto Tribunal no entra a valorar el concepto de si se causó o no daño moral, sino que desestima por no considerar probado que la doctora se negó a ver al paciente, por lo que nos quedamos con la duda de si habría declarado la existencia del daño y cómo la habría valorado.

⁹⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de septiembre de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 479/2015, recurso número 2675/2013, ROJ: STS 3752/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3752 Id Cendoj: 28079110012015100465.

daños gravísimos: *“síndrome de Moebius, con carencia de ambas manos, pies zambos, mocrognatia, microglosia, siringomielia y síndrome de Wolf-Parkinson-White, con gastrostomía y traqueostomía”*. Los padres desistieron de la demanda respecto del médico, continuando únicamente contra la aseguradora. En primera instancia se conceden 500.000 Euros pero la Audiencia Provincial de Madrid amplía esta cantidad al total solicitado, 1.200.000 Euros, con el siguiente argumento: *“ante la dificultad de acertar en la determinación de la cuantía y acudiendo a la empatía, la sentencia de Primera Instancia puede ser completada con la valoración de otros factores concurrentes o con otros argumentos económicos, y tiene en cuenta el dolor del propio hijo que va a ser consciente de sus malformaciones y disfunciones a lo largo de su vida, aunque la indemnización haya de hacerse efectiva a través de los propios padres”*. Vemos que la propia Sentencia *“acude a la empatía”* para determinar la indemnización procedente.

Un factor de mucha importancia en relación a la valoración del daño corporal en la Jurisprudencia ha sido la influencia que el comportamiento que la víctima ha tenido en la causación del daño. Así, se determinará si la víctima actuó conforme a las instrucciones médicas (rehabilitación, toma de medicación, etc.) y, de no hacerlo, qué relevancia ha tenido este hecho en la producción del daño final. Veamos como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de noviembre de 2010. Una paciente es operada en una mano tras sufrir un traumatismo. El cirujano prescribe rehabilitación pero la paciente no realiza las sesiones y queda con incapacidad para profesión habitual. Se solicita una indemnización de más de un millón de euros, pero la sentencia es absolutoria en todas las instancias, considerando que *“no existió infracción de la lex artis pues la secuela padecida puede aparecer por distintas causas y solo podía evitarse mediante la rehabilitación, en la que resulta importante la colaboración de la paciente, que no se produjo”*⁹⁶².

También el Tribunal Supremo desestima la demanda en la Sentencia de 11 de abril de 2013 por falta de colaboración del paciente, que considera responsable

⁹⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010, recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.

del resultado. Se trata del caso de un paciente aquejado de poliometritis que se cae y sufre una fractura. Le operan y le ponen un clavo, que se desplaza. Al cambiar de clínica le re intervienen varias veces y queda con muletas. En primera instancia se desestima la demanda, la Audiencia Provincial estima la demanda y condena a la clínica y al traumatólogo solidariamente al pago de 120.000 Euros. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima la demanda por entender que el paciente no cumplió las instrucciones médicas, ya que *"se levantaba y se iba al baño andando, obligando a recolocar la tracción y que seguía fumando y haciendo lo que quería"*⁹⁶³.

Recapitulando la doctrina y jurisprudencia estudiadas, podemos afirmar que se conceden indemnizaciones por daño moral en muy diversos supuestos:

- Por lesión al derecho de autodeterminación del paciente por faltar consentimiento informado.
- Por los dolores y padecimientos psíquicos que conlleva el daño corporal. En estos casos se diferencia entre las lesiones corporales que sanan y las que dejan secuelas. En las primeras se entiende que la indemnización de la lesión embebe el daño moral y en las segundas que debe indemnizarse por separado.
- Por el perjuicio afectivo que se sufre en relación al padecimiento o fallecimiento de un ser querido.

A su vez, el Tribunal Supremo clasifica en dos tipos el daño moral en su famosa Sentencia de 22 de febrero de 2001: *"1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (...) si por las características de la gravedad de la lesión (...) 2º) Cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho*

⁹⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de abril de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 199/2013, recurso 2017/2010, El Derecho EDJ 55332/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100213.

*ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito”*⁹⁶⁴.

En conclusión, vemos que los criterios utilizados para la valoración del daño moral serán: como base el “daño moral puro” (el que cualquiera tendría en las mismas circunstancias); en segundo lugar, el *pretium doloris* (que puede ampliar la indemnización); en último lugar el comportamiento del lesionado (susceptible de minimizar la indemnización). Y, como veíamos antes, siempre con independencia del grado de culpa del autor del daño.

Veamos un ejemplo de disparidad de criterios entre los tribunales inferior y superiores que lleva a una cuantificación distinta del mismo daño en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de cuatro de noviembre de 2010, que falla en caso de una niña que nace sin manos ni antebrazos a pesar que las pruebas diagnósticas se informaron como normales. La Primera Instancia concede 300.000 Euros y la segunda más de 700.000, cantidad que confirma el Alto Tribunal. La diferencia estriba en que *“acude el Juez de Primera Instancia al criterio de equidad (...) frente al criterio de la Audiencia que toma como referencia datos objetivos para asignar un valor razonable a cada uno de los daños: privación de la facultad de optar por la intervención del embarazo, nacimiento y vida discapacitada de su hija y gastos a los que los progenitores tendrán que hacer frente para una adecuada atención de la niña nacida con graves malformaciones”*⁹⁶⁵.

Mención específica merece el caso de la implantación de las prótesis mamarias rellenas de aceite de soja, que tuvieron que explantarse y sustituirse por otras puesto que se probó no la toxicidad del producto sino que no se había probado que no lo fuera. No se consideró por la Jurisprudencia que existía un riesgo abstracto y futuro, sino uno presente, concretado en la falta de seguridad de las prótesis implantadas y su consiguiente y necesaria intervención quirúrgica para retirarlas y, en su caso, sustituirlas por otras. Los

⁹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de febrero de 2001, Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez, resolución número 139/2001, recurso 358/1996, Roj: STS 1264/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1264, Id Cendoj: 28079110012001101545.

⁹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de noviembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 669/2010, recurso 444/2007, Roj: STS 6363/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6363 Id Cendoj: 28079110012010100733.

daños que se hubieron de indemnizar en estos casos fueron: los gastos de retirarlas, la incapacidad temporal, las secuelas físicas y los daños morales específicos. Apunta GIL MEMBRADO que *“en relación a la entidad del daño moral en este tipo de lesiones se considera que es mayor que el derivado de otras causas a consecuencia de la finalidad de las intervenciones quirúrgicas estéticas ya que a consecuencia de las causas por las que se recurre a ella y la sensibilidad de las personas que las utilizan este tipo de resultados genera un mayor sufrimiento que se deriva de la frustración de expectativas”*⁹⁶⁶.

Veamos un caso de cuantificación del daño moral conforme a una norma dictada *ad hoc*⁹⁶⁷ en la Sentencia de 2 de febrero de 2015. Se concede una indemnización de cerca de 900.000 Euros a una niña que fue contagiada de SIDA en una transfusión hospitalaria cuando tenía 8 meses de edad. La transfusión se realizó en el año 1.986, antes de la obligatoriedad de las pruebas de detección pero cuando ya existían *“recomendaciones sobre la materia y en 1984 se comercializaba una prueba para la detección de anticuerpos del VIH y el virus, para la época en que se produjo su contagio, había sido aislado y existían marcadores para detectarlo en sangre, por mucho que fuera incipiente la legislación que regulaba tal cuestión”*⁹⁶⁸.

Por último no debemos olvidar que el Tribunal queda vinculado por la petición de las partes. Así, en la Sentencia de 30 de septiembre de 2011 en que la paciente queda incapaz en un 75 por ciento tras una operación de hernia discal, tras descartarse la mala praxis, se conceden 30.051,61 Euros por falta de consentimiento informado por ser ésta la cantidad *“que fue la que la perjudicada reclamó a la Administración por el concepto de daños morales”*⁹⁶⁹.

⁹⁶⁶ GIL MEMBRADO, C., *La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa*, Comares, Granada, 2014, pág. 116.

⁹⁶⁷ Ver en capítulo 2 epígrafe 4.2 los distintos sistemas de Baremación del daño.

⁹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 2 de febrero de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 29/2015, recurso número 3417/2012, ROJ: STS 206/2015 - ECLI:ES:TS:2015:206 Id Cendoj: 28079110012015100031.

⁹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de septiembre de 2011, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 3536/2007, ROJ:STS 6394/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6394, ID CENDOJ: 28079130042011100518.

5.3. La forma de la indemnización: tanto alzado o renta vitalicia.

La última cuestión que puede afectar a la cuantía de la indemnización será la forma que ésta adopte: a tanto alzado o en forma de renta vitalicia. La deuda en que se materializa la obligación de indemnizar es una deuda de valor y no de dinero⁹⁷⁰, es decir, el dinero actúa como sustitutivo de una reparación *in natura*, porque la misma es físicamente imposible. Es una deuda no cuantificable previamente, puesto que su carácter es resarcitorio y será necesario determinar con carácter previo el daño a indemnizar para después fijar la cuantía del mismo.

Son dos operaciones diferentes que pueden estar separadas en el tiempo cuando la curación requiere meses o incluso años o cuando es necesario un pleito para determinar la existencia del daño a indemnizar. Es por ello que se fijó el criterio en la jurisprudencia relativa a la valoración del daño corporal en accidentes de tráfico: la fijación de la cuantía se hace en un momento posterior a la determinación del daño⁹⁷¹. Así dice ROCA TRÍAS que *“la cantidad concreta que debe hacerse efectiva por el responsable para reparar el daño objeto de la indemnización no se fija en el momento de haberse producido éste, sino en el momento en que recaiga la condena a la reparación, si la reclamación se efectúa a través del proceso judicial (...) para evitar que (las víctimas) sufran el doble perjuicio del propio daño y la desvalorización de la moneda cuando quien está obligado tarda mucho en hacer efectivo el pago”*⁹⁷². Para evitar este perjuicio, en el nuevo Baremo de tráfico, según la modificación

⁹⁷⁰ En este sentido ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 224, MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil", en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 79.

⁹⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de Pleno, de 17 de abril de 2007, Ponente Encarnación Roca Trias, recurso núm. 2598, resolución 430/2007, Roj: STS 4225/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4225, Id Cendoj: 28079110012007100600. Esta Sentencia fijó doctrina jurisprudencial sobre la valoración del daño en accidentes de tráfico, doctrina que es utilizada para la fijación del daño con carácter general. Dice así: *“los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado”*.

⁹⁷² ROCA I TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 224.

hecha por la Ley 32/2015, se utiliza un único momento para determinar la cuantía, que es el del año en que se produce el accidente, con independencia del tiempo que tardan en curar las lesiones⁹⁷³.

La cuantía final que recibe el paciente también depende de la forma de pago de la indemnización, porque, por un lado, la jurisprudencia aplica cada vez con más frecuencia la indemnización en forma de renta vitalicia (aunque sigue siendo escaso su número en proporción a las indemnizaciones totales concedidas) y, por otro, tampoco la cuantía obtenida es la misma cuando se desglosan los gastos presentes y futuros que cuando se solicita una cantidad a tanto alzado⁹⁷⁴. La renta vitalicia se considera adecuada en situaciones de gran invalidez⁹⁷⁵. Apunta la doctrina razones de su escasa utilización, a pesar de la previsión legal en el baremo de tráfico (a veces incluso aunque la demandante lo haya solicitado), como son *“lo inconcreto de la previsión legal, la falta de garantías ofrecidas durante el procedimiento para la satisfacción de la renta y el riesgo de una dilatada ejecución o la posibilidad de originar frecuentes y complejos incidentes en fase de ejecución, (así como) que tampoco suele ser postulado por quienes actúan en representación del lesionado, que prefieren cobrar íntegramente el quantum líquido y total de la indemnización”*⁹⁷⁶.

Se considera útil el sistema de renta vitalicia para la reparación de los daños graves personales que se alargarán en el tiempo, especialmente cuando el lesionado es un recién nacido con problemas graves. Entendemos que esta última forma de pago responde mejor a los principios de justicia e indemnidad total, puesto que se ajusta a las necesidades reales cotidianas del paciente y hasta el momento de su fallecimiento, mientras que la capitalización puede malgastarse por los tutores del lesionado o por él mismo. La doctrina apunta la

⁹⁷³ Artículo 40.2 de la Ley 35/2015. Pensamos que este sistema dotará de mayor seguridad jurídica al sistema y evitará que se alarguen innecesariamente los pleitos.

⁹⁷⁴ Esta última cuestión depende, básicamente, de la estrategia procesal del Abogado. Deberá valorar, a la hora de redactar la demanda, la solidez de las pruebas de que dispone para justificar gastos y la cuantía global, en función de las cuantías que se consideran “usuales” en los Tribunales donde deba litigar.

⁹⁷⁵ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 204, refiriéndose a la indemnización por gran invalidez derivada de accidente de circulación.

⁹⁷⁶ MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R., “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, (Dir). SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015, pág. 204.

conveniencia de adoptar la forma de renta vitalicia en determinados supuestos, como en los casos de las acciones de *wrongfull birth*, por la forma en que los padres han de afrontar los gastos del hijo enfermo o minusválido. Es frecuente que la atención a estos niños genere más gastos que en los casos de niños sin minusvalías pero durante menos tiempo, por la menor esperanza de vida que tienen. De esta forma “se conseguiría que la responsabilidad civil cumpliera de manera exacta con la función indemnizatoria que le es propia”⁹⁷⁷.

A pesar de ello podemos decir que, en general, la renta vitalicia no es la forma indemnizatoria aceptada por la jurisprudencia, aunque es más común en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y vemos que en algunos casos la indemnización se acuerda a favor del nacido y no de los padres.

Veamos algunos ejemplos. Citaremos en primer lugar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 20 de julio de 2009. Se demanda por más de tres millones de Euros, concediendo la Primera Instancia a 1.014.116,24 Euros, cantidad ligeramente reducida en apelación y confirmada en casación. Solicita la clínica que se modere la indemnización y, subsidiariamente, que se conceda una renta vitalicia, negando esta posibilidad el Alto Tribunal, al sentar: “La pretensión de atender a una alternativa indemnizatoria distinta, consistente en la fijación de una renta vitalicia, es algo que si bien se contempla en las reglas 8 y 9 del apartado Primero del Anexo del baremo, resulta inaceptable en estos momentos, no solo porque no ha sido ofrecida por los demandantes ni planteada por la recurrente en sus escritos iniciales, sino porque se desconoce las garantías que pudieran asegurar la subsistencia del capital sobre el que se calcula la renta y la forma de computarla en función de las circunstancias concurrentes que a la postre contribuyan para una correcta fijación”⁹⁷⁸.

⁹⁷⁷ TORAL LARA, E., "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español", en Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar, (Dir). LLAMAS POMBO, E. , La Ley, Madrid, 2014, pág. 276. En el mismo sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)", Revista de derecho y genoma humano, núm. 4, 1996, pág. 154, MAZZILLI, E., "La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 1, núm 10, febrero, 2012, pág. 15.

⁹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2009, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 280/2009, recurso 173/2005, CENDOJ: Roj: STS 4866/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4866,Id Cendoj: 2807911001200910054, SEPIN: SP/SENT/469948.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de junio de 2010 se falla el caso de un bebé que nace con Síndrome de Down, a pesar de tener el diagnóstico prenatal negativo por cuanto hubo un error en la toma de muestras y se analizó la muestra de otro tubo, correspondiente a otra paciente. Los padres solicitaron una indemnización a tanto alzado, de algo más de 600.000 Euros. Sin embargo, la Sala concede una indemnización de pensión vitalicia al nacido de 1.500 Euros mensuales actualizables con el IPC más 75.000 Euros a la madre y otros tantos al padre. Se recurre la Sentencia por incongruencia entre lo solicitado y lo concedido, argumentando la Sala que no existe incongruencia: *“esa diferencia o falta de correlación entre el pronunciamiento pedido y el sentenciado (...) no constituye un vicio de incongruencia. De un lado, porque la naturaleza o género del medio de reparación y el perjuicio que se repara no varían, pues tanto lo pedido como lo otorgado consisten en la entrega de una cantidad de dinero con la que sufragar las necesidades de cuidado y atención de quien padece la enfermedad, variando sólo el modo o manera en que esa cantidad se entrega o pone a disposición de quien ha de necesitarla. De otro, porque nada se alega acerca de que esa variación constituya o de lugar para la parte recurrente a un gravamen o coste de mayor entidad o más perjudicial que el que derivaría de la entrega en una sola vez del capital pretendido por los padres para aquellos fines”*⁹⁷⁹.

Se niega la conveniencia de la renta vitalicia en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de junio de 2013, que falla un caso de un bebé que nace con parálisis cerebral⁹⁸⁰. En la demanda se solicita algo más de un millón de euros más una pensión vitalicia anual de 42.000 Euros. En primera instancia se desestima la demanda, la Audiencia Provincial de Valencia concede 944.000 Euros, condena que confirma el Tribunal Supremo. Argumenta el Alto Tribunal en contra de conceder el citado montante económico más una indemnización porque la cuantía se solicitó conforme al

⁹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4403/2008, Roj: STS 3364/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3364, Id Cendoj: 28079130042010100315.

⁹⁸⁰ Se considera mala praxis porque el ginecólogo intenta el parto vaginal a pesar de haber tenido en los quince meses anteriores una cesárea y un aborto. Se estimula el parto y el útero se rompe, lo que produce asfixia en el feto y la consiguiente parálisis cerebral.

baremo de tráfico y la renta a tanto alzado, y por tanto *“lo que no es posible es tenerlo en cuenta (el Baremo) cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial para, como en este caso, conseguir una renta vitalicia”*⁹⁸¹.

Vemos la fórmula mixta en la Sentencia de la Sala Tercera, de 27 de abril de 2015⁹⁸², donde se concede *“la cantidad de seiscientos mil euros más una pensión vitalicia de 1.000 euros mensuales que se actualizará cada 1 de enero según IPC”*. Se trata del caso de un bebé que nace con gran invalidez a causa de sufrimiento fetal en el parto. Por último, también observamos que en algunos casos similares se concede la indemnización a los padres en vez de al hijo o en parte a los padres y en parte al hijo. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1.999⁹⁸³, que reza: *“procede estimar adecuada como cantidad a satisfacer (...) a la actora (...) la cantidad de 450.000 Euros (...) de ellos, los padres como representantes legales, sólo podrán disponer libremente de 150.000 Euros, quedando los 300.000 Euros restantes, depositados en una C/C o similar, con su rendimiento correspondiente, hasta que la propia Mari Trini alcance su mayoría de edad”*.

En la Sentencia de 2 de diciembre de 2010 la familia solicita una indemnización a tanto alzado. A pesar de esta petición, en primera instancia se concede una pensión vitalicia además de una cantidad sustancialmente menor a entregar en el momento. Fundamenta la resolución el cambio en la forma de pago en que: *“se adopta en interés y beneficio del ahora incapaz para garantizar que tenga de por vida lo necesario, evitando cualquier pérdida económica o mala gestión de cantidad indemnizatoria”*. La aseguradora de la Administración (ambas son condenadas) recurre la Sentencia por este motivo: *“en el presente caso la parte actora solicitó una indemnización por diversos conceptos que ascendía a*

⁹⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 403/2013, recurso número 368/2011, Roj: STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247, Id Cendoj: 28079110012013100339, Base de datos SEPIN referencia SP/SENT/723019.

⁹⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de abril de 2015, Ponente Jose Luis Requero Ibáñez, recurso 2114/2013, ROJ: STS 1713/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1713, Id Cendoj: 28079130042015100141.

⁹⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de febrero de 1999, Ponente Jesús Marina Martínez-Pardo, resolución número 1242/1998, recurso 2236/1994, Roj: STS 679/1999 - ECLI:ES:TS:1999:679, Id Cendoj: 28079110011999101490.

1.036.296,84 Euros, en tanto que la Sala de instancia en la sentencia recurrida acordó sustituir la indemnización consistente en pago de una cantidad a tanto alzado por la concesión de una pensión vitalicia para el incapaz de 2.000 Euros mensuales”. En cuanto a la incongruencia alegada señala la Sentencia de casación que: “Es indudable que en esta litis no se ha producido una incongruencia por exceso pues atendidas las cantidades reclamadas por los actores, que podrían ser capitalizadas, lo concedido no supera a lo solicitado. En cuanto a la incongruencia mixta o por desviación (extra petita partium) tampoco se ha producido, pues la Sala de instancia al resolver como lo hizo tampoco cambió la naturaleza de lo pedido, pues lo pedido era una indemnización y lo acordado también lo es, sin que pueda apreciarse desviación alguna por el simple hecho de establecer la sentencia un mecanismo de pago diferente de aquel que se interesa por los actores”⁹⁸⁴.

⁹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 2 de diciembre de 2010, Ponente Carlos Lesmes Serrano, recurso número 4872/2006, ROJ: STS 6891/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6891, ID CENDOJ: 28079130062010100724, LA LEY 217807/2010.

CAPÍTULO III: LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

Con la finalidad de reflejar la situación actual de la Jurisprudencia sobre el tema de esta tesis se ha realizado un análisis de cien Sentencias del Tribunal Supremo, dictadas durante los últimos cinco años (2.010 a 2.015), referentes a responsabilidad médica.

En cada una de ellas hemos reseñado los siguientes parámetros: Ponente, Sala, especialidad médica demandada, clase de daño que se pide resarcir (desde leve a fallecimiento), edad del paciente que sufrió el daño (agrupado en cinco categorías, desde neonato hasta jubilado), cantidad solicitada en la demanda (agrupada en cuatro tramos, en cifra ascendente), daños cuyo resarcimiento se solicita (clasificados en patrimonial, físico, moral y lucro cesante), si estima o desestima la demanda y ello frente a cada demandado (médico, hospital, aseguradora, administración), en el caso de estimar la demanda cuáles son los daños concedidos según la clasificación anterior (patrimonial, físico, moral y lucro cesante), el motivo de la condena (falta de consentimiento, pérdida de la oportunidad, mala praxis médica – diferenciando diagnóstico y tratamiento-, mal funcionamiento de la Administración o el Hospital –diferenciando entre el retraso y otras causas-; si en la indemnización concedida se ha utilizado el Baremo de tráfico para fijar la cifra, y, por último, si el ámbito hospitalario donde se realizó la atención médica era público o privado.

Las tablas y figuras que a continuación se exponen son el resultado de la combinación de los factores antes descritos, en la forma que se ha considerado más significativa para nuestro estudio.

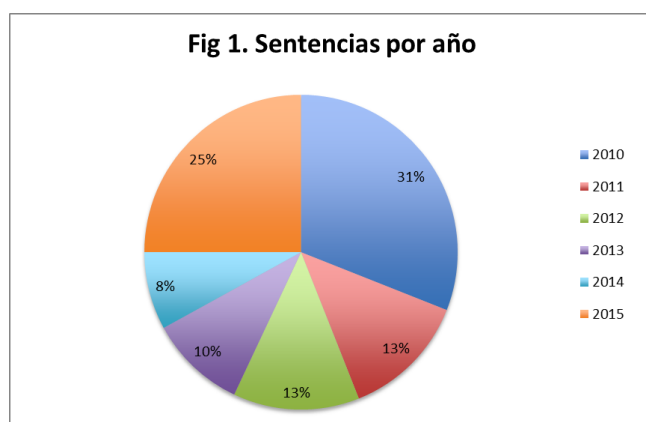
En cuanto a los datos técnicos de la estadística realizada, es necesario advertir que se trata de un análisis únicamente descriptivo de la muestra

analizada. Si bien no se ha realizado análisis inferencial⁹⁸⁵, entendemos que la cantidad de resoluciones, unido al método para escogerlas⁹⁸⁶, resulta suficientemente ilustrativa de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo a día de hoy.

1. Descripción de la muestra escogida.

En primer lugar realizaremos una descripción de la muestra escogida para pasar, en el siguiente epígrafe, a analizar los resultados del análisis.

Las Sentencias elegidas para el estudio, como se ve en la figura número 1, son: 31 del año 2.010, 13 del año 2.011, 12 del año 2.012, 10 del año 2.013, 8 del año 2.014 y 25 del año 2.015. Del total de Sentencias, 55 son de la Sala de lo Contencioso y 45 de la Sala Civil.



Año	Sentencias
2010	31
2011	13
2012	13
2013	10
2014	8
2015	25

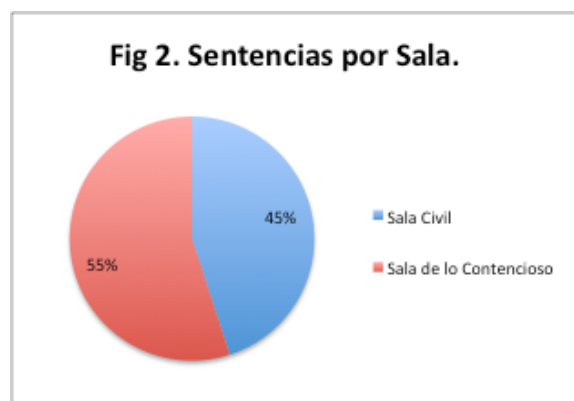
El hecho de que exista diferente número de resoluciones en los distintos años de la muestra no es intencionado, sino que deviene de la imposibilidad material de escoger igual número para cada año, no siendo tan abundantes las Sentencias civiles en la materia como las contenciosas. Para lograr una muestra equilibrada de ambas jurisdicciones ha sido necesario en algunos años reducir el número a costa de aumentarlo en otros.

⁹⁸⁵ La inferencia extrae conclusiones a partir de una muestra, extendiéndolas al total de la población estadística. En nuestro estudio supondría realizar aseveraciones del tipo: "todas las Sentencias se basan en...", lo que podría no resultar cierto en *algunos* casos.

⁹⁸⁶ Epígrafe I del capítulo III (a continuación).

Por otro lado, las Sentencias de cada jurisdicción tienen su propia idiosincrasia. Las de la Sala de lo Civil no son tan numerosas pero suelen tener una exposición más completa de los antecedentes de hecho, de modo que, con carácter general, contienen todos los datos del devenir procesal del caso desde la primera instancia. Sin embargo, en muchas ocasiones hemos debido desechar las resoluciones contenciosas porque no constan los datos necesarios para el estudio (como la cantidad solicitada en la demanda, quiénes han sido los demandados inicialmente o el motivo por el cuál se demandó). Así conseguimos evitar que en la estadística el campo de “NC” (no consta el dato) fuese excesivo y el análisis careciera de interés.

Por último, es importante señalar que en los seis años elegidos como muestra no ha existido ningún cambio legislativo relevante en la materia (a nivel nacional, porque sí se han aprobado algunas normas autonómicas) ni tampoco un cambio jurisprudencial notable⁹⁸⁷. Consideramos que una horquilla de los últimos cinco años era idónea para describir el estado actual de la Jurisprudencia.



⁹⁸⁷ Con la única excepción de la Sentencia de 13 de octubre de 2.015, que sienta doctrina en el sentido de fijar en un año la prescripción de la acción de los mutualistas de MUFACE, por entender que la relación del mutualista con la aseguradora es extracontractual, ya que deriva su relación con la prestación sanitaria de su condición de funcionario público, no de la contratación directa con la compañía. Dice así la resolución: “la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año”. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de octubre de 2015, Ponente resolución número 546/2015, recurso 959/2103, Roj: STS 4148/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4148, Id Cendoj: 28079119912015100035 referencia LA LEY CJ 142747/2015, Base de datos SEPIN SP/SENT/828010.

En conclusión, estudiaremos 55 Sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo y 45 de la Sala de lo Civil del mismo órgano, dictadas entre 2.010 y 2.015, como se observa en la figura número 2.

Continuando con el análisis de la muestra, podemos observar que el 40 por ciento de las resoluciones son del mismo Ponente, del Magistrado José Antonio Seijas Quintana. Es indicado resaltar que no se escogieron en función del Ponente, sino de forma aleatoria según los años y la cantidad de datos que contuviera la resolución, tal y como se ha indicado más arriba, de forma que podemos concluir que una parte muy significativa de las resoluciones de responsabilidad médica que se dictan en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo corresponden al mismo Ponente. No ocurre lo mismo en la Sala de lo Contencioso, donde los Ponentes se encuentran más repartidos, como advertimos en la figura número 3.

Fig 3. Distribución de las resoluciones por ponentes

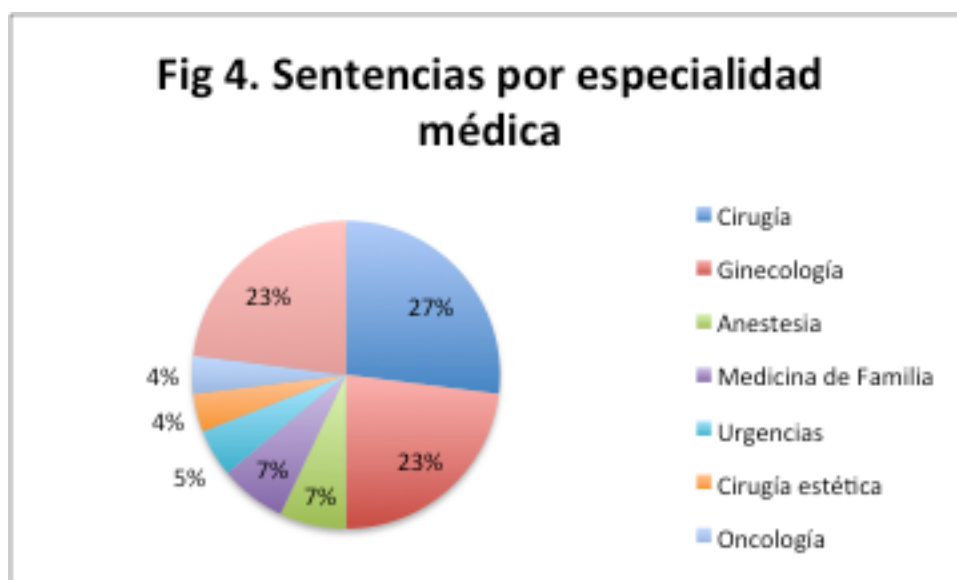
Ponente	Sentencias
José Antonio Seijas Quintana (Sala Civil)	40
Segundo Menéndez Pérez (Sala de lo Contencioso)	7
Santiago Martínez-Vares García (Sala de lo Contencioso)	7
Celsa Picó Lorenzo (Sala de lo Contencioso)	7
Enrique Lecumberri Martí (Sala de lo Contencioso)	6
María del Pilar Teso Gamella (Sala de lo Contencioso)	4
Juan Antonio Xiol Ríos (Sala Civil)	4
José Luis Requero Ibáñez (Sala de lo Contencioso)	4
Jesús Cudero Blas (Sala de lo Contencioso)	4
Ricardo Enríquez Sancho (Sala de lo Contencioso)	3
Luis María Díez-Picazo Giménez (Sala de lo Contencioso)	2
Juan Carlos Trillo Alonso (Sala de lo Contencioso)	2
Carlos Lesmes Serrano (Sala de lo Contencioso)	2
Antonio Martí García (Sala de lo Contencioso)	2
Ramón Trillo Torres (Sala de lo Contencioso)	1
Octavio Juan Herrero Pina (Sala de lo Contencioso)	1
José Manuel Sieira Miguez (Sala de lo Contencioso)	1
Eduardo Baena Ruiz (Sala Civil)	1
Ángel Ramón Arozamena Laso (Sala de lo Contencioso)	1
Agustín Puente Prieto (Sala de lo Contencioso)	1

2. Resultados del análisis.

2.1. Especialidad médica demandada.

En la figura número 4 veremos las especialidades médicas demandadas. En el apartado de cirugía se ha excluido la cirugía estética, reseñándola como independiente, por tratarse de medicina satisfactiva.

Es significativo que entre las distintas cirugías y la ginecología suman el 50 por ciento de las especialidades demandadas, como vemos en la figura número 3. En un primer análisis podríamos afirmar que la razón estriba en que la intervención sobre el cuerpo es más agresiva en el caso de operaciones quirúrgicas (cirujanos) o en los partos (ginecólogos) y que, por tanto, las consecuencias pueden ser más graves. Si bien parece que las razones de la alta litigiosidad están relacionadas con la gravedad del daño o lo cruento del acto médico, esto no se cumple en el caso de anestesistas u oncólogos.



Llama poderosamente la atención la baja incidencia de demandas contra anestesistas: únicamente el siete por ciento. Sí es destacable en esta especialidad que la media del suplico supera el millón de euros por ser el daño causado grave o muy grave. En los casos de anestesia general el riesgo es la hipoxia de una mala intubación o los efectos adversos del anestésico sobre el sistema nervioso central, lo que puede derivar en coma o incapacidad permanente. Cuando se trata de anestesia epidural, los resultados adversos de una intervención sobre la columna vertebral pueden

ser devastadores (pérdida de sensibilidad o fuerza en las piernas, en todas las extremidades, en la mitad del cuerpo, etc.). Por ello, los daños son graves y la cantidad solicitada elevada.

ESPECIALIDAD	%
Cirugía	27
Ginecología	23
Medicina de Familia	7
Anestesia	8
Urgencias	5
Oncología	4
Cirugía estética	4
Oftalmología	3
Traumatología	2
Radiología	2
Neurocirugía	2
Cardiología	2
Urología	1
Preventiva	1
Otorrino	1
Odontología	1
Neurología	1
NC	1
Hematología	1
Farmacia	1
Digestivo	1
Cirugía vascular	1
Análisis clínicos	1

Tampoco existe una alta incidencia de litigios contra oncólogos (únicamente del 4 por ciento), a pesar de tratarse de una especialidad donde un mayor porcentaje de pacientes fallece a causa de su patología. Quizás precisamente lo cruento de la enfermedad frena a los pacientes a la hora de demandar o quizás la aceptación de que la patología es mortal en muchos casos y que retrasar dicho final es un éxito y evitarlo una gran victoria que no es posible en todos los casos. En las demandas a esta especialidad son mayoritarias las de mal funcionamiento, cuando el retraso del sistema ha convertido un cáncer tratable en uno

inoperable.

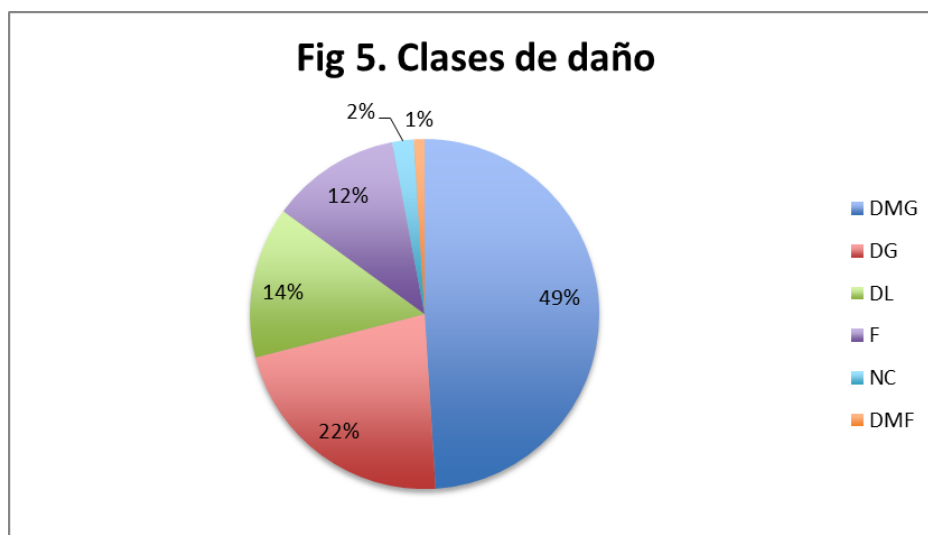
En otro orden de cosas, el número de demandas contra cirujanos estéticos sólo es el 4 por ciento, menor que por ejemplo, contra médicos de familia o el mismo porcentaje que contra oncólogos, lo que nos hace plantearnos si es cierto el mito de los riesgos judiciales de esta especialidad. Además, en ninguna de las demandas contra cirujanos estéticos se ha solicitado más de

500.000 Euros de indemnización. Esta situación tiene varias lecturas, porque debemos tener en cuenta que hablamos de las demandas que llegan hasta el Alto Tribunal, no de las que se presentan en primera instancia. Puede que no sea cierto que el ejercicio de esta especialidad conlleve un gran riesgo de litigio, pero la práctica nos muestra otra realidad: los cirujanos estéticos son más proclives al pacto que otras especialidades médicas por lo nociva que les resulta la publicidad desfavorable, puesto que practican una medicina electiva o no necesaria, donde la fama es primordial a la hora de elegir un especialista. Por ello, las demandas se quedan en la primera instancia y no llegan al Alto Tribunal. Por otro lado, encontramos una particularidad en las demandas contra cirujanos estéticos: es común que se demande por varios actos médicos, porque la paciente se realiza varias intervenciones referentes a diferentes partes de su cuerpo y demanda porque el resultado final no es el pretendido inicialmente.

2.2. Clases de daño cuyo resarcimiento se solicita.

La casuística de daños en la práctica es muy variada y no hay dos demandas iguales ni pacientes idénticos, por ello se han aglutinado las lesiones sufridas en categorías, para poder comparar casos similares.

Se han agrupado los daños físicos en las siguientes categorías: daño leve, daño grave (con una incapacidad del 30 por ciento o superior), daño muy grave (incapacidad del 70 por ciento o superior) y, por último, fallecimiento. Se puede observar la distribución en la figura número 5.



DMG: Daño Muy Grave.
 DG: Daño Grave.
 DL: Daño Leve.
 F: Fallecimiento.
 DMF: Daño Moral Familiares.

No existen apenas demandas en las que se haya pedido el resarcimiento únicamente de daño patrimonial, puesto que por la especialidad de la materia concurren casi siempre daños físicos y se solicita su resarcimiento de manera conjunta (patrimoniales y físicos). Únicamente en los casos de *wrongful birth* algunos padres solicitan exclusivamente daños patrimoniales. Estos daños serán los mayores gastos que el hijo discapacitado supone frente al hijo sano. Los demandantes argumentan que habrían tenido el hijo igualmente aunque hubieran conocido a tiempo el diagnóstico y que por tanto no requieren que se les resarza de un hecho que no consideran dañoso.

En cuanto a los daños morales, sucede como en el caso de los anteriores, que suele pedirse su resarcimiento conjuntamente con los daños físicos, aunque sí existen casos en los que se solicitan únicamente daños morales, como ocurre cuando se demanda por pérdida de la oportunidad.

En porcentajes, solicitan el resarcimiento del daño físico un 36 por ciento de los casos y el daño moral un 41 por ciento de los casos. En un 40 por ciento no consta qué tipo de daños han solicitado, por no haber desglosado los pedimentos en la demanda (es lo más habitual) o no haber hecho constar

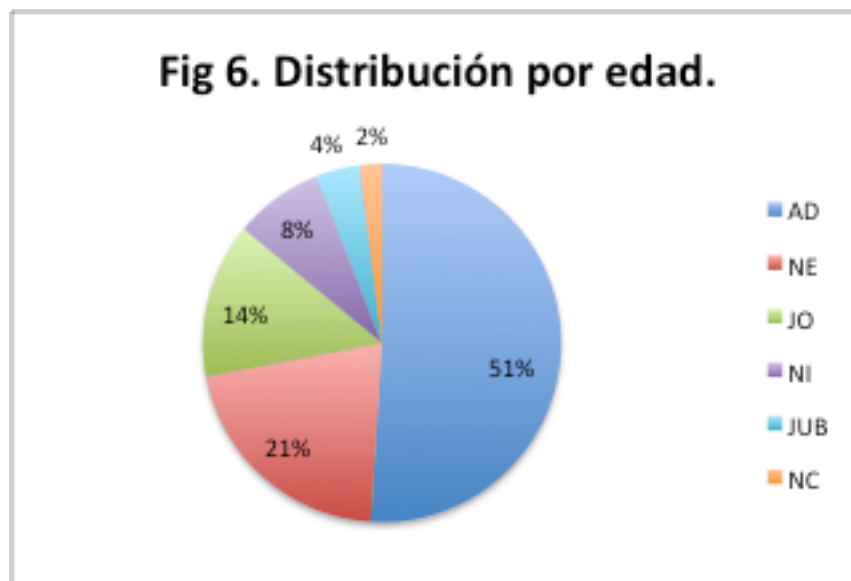
este desglose en los antecedentes de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo.

En relación a su gravedad, vemos que la mitad de los casos que llegan al Tribunal Supremo son por daños muy graves (incapacidad superior al 70 por ciento) y que, sumados a los fallecimientos, suponen un 62 por ciento del total. A sensu contrario, solo 14 casos de los que se han elevado a casación resolvían un supuesto de daño leve. Esto es razonable si pensamos en la cuantía para la admisión del recurso ante el Alto Tribunal, de 600.000 Euros, que es uno de los motivos para acceder a la casación según el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto, las posibilidades de recurrir en casación un caso de daño leve son escasas, y menos aún de ganar el recurso, puesto que, como veremos a continuación, un 69 por ciento de las Sentencias se confirman en casación. De hecho, en la muestra analizada, solo dos de los casos de daño leve se casaron y uno de ellos para revocar la indemnización concedida por la Audiencia Provincial, siendo la Sentencia del Tribunal Supremo absolutoria.

2.3. Edad del lesionado.

Otro de los parámetros que se ha analizado es la edad del lesionado. Se ha dividido la muestra en cinco tramos de edad: neonatos (NE), niños (NI), jóvenes (JO), adultos (AD) y, por último, jubilados (JUB). Las categorías están referidas a la clasificación que el nuevo baremo de Tráfico⁹⁸⁸ establece – esta norma considera “joven” a las personas comprendidas entre 18 y 30 años - y, a partir de esta premisa, categorizamos “adultos” a los mayores de 30 años y menores de 65 y “jubilados” a los mayores de 65.

⁹⁸⁸ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. BOE de 23 de septiembre de 2015.



Vemos en el la figura número 6 que la distribución de las Sentencias según la edad del lesionado no corresponde ni con la distribución poblacional general ni tampoco con la frecuencia de uso de los servicios médicos. Pese a que son los niños y ancianos quienes más utilizan los servicios médicos, no obstante la suma de las Sentencias sobre estos dos grupos de población es únicamente un 12 por ciento del total.

Destacaremos el elevado número de casos que corresponden a neonatos (21 por ciento), frente al 8 por ciento relativo a los niños. Las demandas sobre neonatos se refieren bien a los falsos diagnósticos benignos durante el embarazo (que se revelan falsos en el nacimiento), bien a problemas surgidos durante el parto que suponen que el feto sano se convierte en un niño enfermo, a menudo de por vida. La especialidad demandada en estos casos es mayoritariamente la ginecología, aunque también la radiología (radiólogos y ginecólogos están autorizados para las ecografías diagnósticas más importantes del embarazo) y minoritariamente otras especialidades. Las cantidades solicitadas son, con carácter general, elevadas y es donde con mayor frecuencia se conceden pensiones vitalicias. Ello se explica por los daños que sufren los fetos al nacer, generalmente causados por hipoxia, que devienen en incapacidad total en un porcentaje muy alto de los casos. Por otra parte, al tratarse de recién nacidos deberán ser indemnizados por todo lo que les queda de vida, y por consiguiente se piden cantidades para un

largo período de tiempo. Además de las cuantías para paliar daños físicos y psíquicos, en este tipo de demanda es frecuente que se soliciten cantidades por lucro cesante de familiares, principalmente de la madre, ya que suele ser la que deja de atender a su trabajo para cuidar del recién nacido, que, a diferencia del bebé sano – el cual deja de necesitar cuidados constantes a los pocos años - los requerirá de por vida.

Como apuntábamos antes, destaca el bajo porcentaje de resoluciones referidas a jubilados, que, sin embargo, son frecuentes usuarios de los servicios de salud. Esto podría apuntar a que suelen ser pacientes con varias patologías donde es más complicado demostrar la existencia de la mala praxis, puesto que el nexo causal entre la actuación del médico y el resultado queda afectado por otras enfermedades. También podría ser debido a que, como se indemniza en función de la esperanza de vida (o, desde otro punto de vista, los años que se deberán sufrir los daños causados), al tener menor esperanza de vida la cantidad es menor y no pasa el filtro de la cuantía exigida para la casación. Es preciso señalar que los pleitos continúan tras el fallecimiento del paciente, por medio de la sucesión procesal de sus herederos en la parte demandada.

2.4. Cantidades solicitadas en la demanda y concedidas en la sentencia.

En este epígrafe se analiza la relación entre las cantidades solicitadas en la demanda y las finalmente concedidas en la Sentencia. Las primeras son fruto únicamente de la voluntad de la parte demandante, quien puede decidir acogerse al baremo de tráfico; solicitar una cantidad a tanto alzado; pedir en función de un listado de gastos (algunos realizados y otros previstos); acogerse a Sentencias anteriores que han fallado casos semejantes, etc. La casuística es muy variada y advertimos que no pueden establecerse normas generales en relación a los pedimentos, sino que depende del caso, de las necesidades de la parte y de la estrategia procesal del Letrado.

Por citar un ejemplo, en los casos de *wrongful birth* encontramos dos extremos: aquellas demandas que enumeran detalladamente los gastos que previsiblemente se realizarán (silla de ruedas, cuotas de la asociación de discapacidad, fisioterapeuta, logopeda, adaptación de la casa, etc. - cada uno justificado de forma documental, bien sea factura o presupuesto-) y otras en que se solicita una cantidad a tanto alzado por la pérdida de la oportunidad, sin explicar en qué se invertirá. A medio camino vemos aquellas Sentencias que aplican directamente el baremo de Tráfico.

Lo que sí podemos afirmar es que las cuantías que se conceden en la Sentencia están influidas por la cantidad solicitada exclusivamente en cuanto al límite cuantitativo (por el principio dispositivo), pero no en cuanto a la fundamentación, puesto que las cantidades concedidas en muchas ocasiones no tienen una correlación a los conceptos solicitados. Cuando este hecho se ha recurrido en casación por incongruencia, el Alto Tribunal ha declarado que no existe tal incongruencia puesto que lo solicitado es una cantidad de dinero y lo concedido también, aunque adopte una forma diferente (pensión vitalicia, por ejemplo), de la pedida.

Centrándonos ahora en la Sentencia, observamos que los criterios para cuantificar la indemnización son variados: cantidades que la propia Sala haya fijado como idóneas en casos similares; se atiende a la equidad; a los listados de gastos presentados como estimados; fijar simplemente una cantidad sin justificación, etc. Contrariamente a la sensación que se tiene en la práctica forense, únicamente en un 12 por ciento de los casos se utilizó el baremo de Tráfico como elemento objetivo para fijar la indemnización, como vemos en la figura número 7.

BAREMO DE TRÁFICO	%
NO	87
SI	12
No consta	1

Fig 7. Distribución de sentencias por baremo

En relación a las cuantías, se han dividido las cantidades solicitadas en cuatro grupos. Es importante hacer constar que en un 30 por ciento de las Sentencias el dato no estaba reseñado por lo que era imposible obtenerlo. El

cuadro se refiere a las 70 resoluciones en que constaba la cantidad solicitada en la demanda inicial y por tanto pueden compararse con la cantidad concedida en la Sentencia.

- GRUPO 1: Hasta 500.000 Euros
- GRUPO 2: De 500.000 a un millón de Euros
- GRUPO 3: De uno a dos millones de Euros
- GRUPO 4: Más de 2 millones de Euros o pensiones vitalicias.

Fig 8. Cantidad solicitada en la demanda.

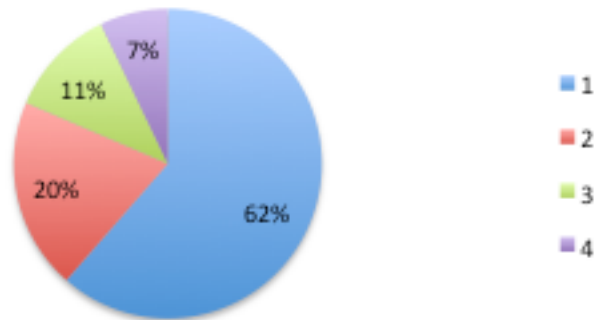
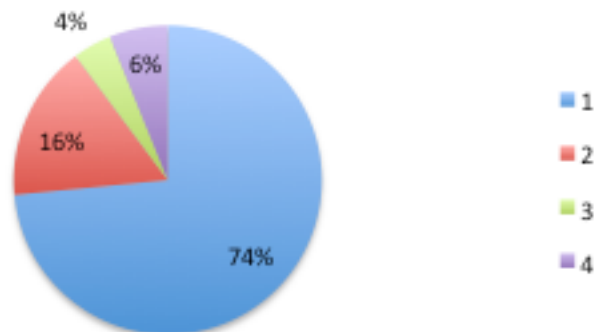


Fig 9. Cantidad concedida en la Sentencia



De la comparación de las figuras 8 y 9 podemos dilucidar que el porcentaje de indemnizaciones concedidas en el grupo cuatro (el más cuantioso, de más de dos millones de Euros o pensiones vitalicias), es similar en cantidad pedida que en la concedida –varía únicamente un 1 por ciento-, mientras que los grupos dos y tres se reducen hasta un 12 por ciento, incremento que se pasa al grupo 1. En términos globales se puede afirmar que, cuando la Sentencia es estimatoria de la demanda en casación, las concedidas son similares a las solicitadas (con una variación solo de un 12 por ciento a la baja), por lo que se respetan en general los planteamientos de la demanda.

2.5. Confirmación de la sentencia en el Tribunal Supremo.

Tal y como se observa en la figura número 10, un 69 por ciento de las Sentencias se confirman en el Tribunal Supremo frente a un 31 por ciento que se casan. Si ya resulta difícil que un recurso de casación sea admitido, dado que los motivos de casación son pocos y las normas procesales estrictas, tampoco es sencillo que la Sentencia se revoque, puesto que solo un 31 por ciento de la Sentencias son revocadas en el Tribunal Supremo.

FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO	%
CASA	31
CONFIRMA	69

Fig 10. Confirmación de la Sentencia en el Tribunal Supremo.

2.6. Aspecto subjetivo de las demandas.

Para lograr el resarcimiento del paciente, la demanda puede presentarse contra: el médico, la clínica u hospital, la aseguradora de ambas, la aseguradora del paciente (o mutua) y la Administración Pública (y/o su aseguradora). No hemos encontrado un patrón a la hora de escoger los

demandados, por lo que entendemos que depende de la estrategia procesal del Letrado y de la posibilidad de llegar a acuerdos pre-procesales.

DEMANDAS CONTRA MÉDICOS	%
Absuelto	12
Condenado	17
No demandado	71

Fig 11. Demandas contra médicos

Resulta sorprendente que en un 71 por ciento de los casos no se demandó al médico (figura número 11), lo que contradice la sensación de persecución profesional que sufre la profesión médica y también la idea de la demanda como venganza del paciente. Si no se demandó al médico, lo que busca el paciente es lograr un resarcimiento de sus padecimientos (de tipo económico), no perjudicar al profesional que realizó el acto médico.

Como norma general, el médico queda económicamente indemne de las demandas, salvo raras excepciones: cuando la póliza no cubría el total del daño o cuando se ejerce la acción de repetición. El ejercicio de la acción de repetición de la aseguradora contra el médico es absolutamente minoritario. De ese 29 por ciento de los casos en que se demandó al médico, fueron condenatorias 17 resoluciones.

En un total de 58 de los casos estudiados se demandó a la Administración (figura número 12) lo que coincide, *grosso modo*, con las 55 Sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa, existiendo una pequeña corrección que deviene de las demandas en vía civil contra hospitales públicos.

DEMANDAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN	%
Absuelta	28
Condenada	30
No demandada	42

Fig 12. Demandas contra la Administración.

Podemos destacar que en más de un 70 por ciento de los casos no se demande directamente a la aseguradora (figura número 13). A pesar de ello, la compañía de seguros termina haciéndose cargo del pago de la indemnización si existe condena, por lo que, de una manera u otra interviene en el procedimiento. En todos los seguros de responsabilidad civil aparece la cláusula de la obligatoriedad de notificar el supuesto a la aseguradora, requisito sin el que la compañía no se hace cargo del siniestro, luego la misma compañía se persona como interviniente provocada en muchos casos. Por otro lado, el demandado suele utilizar los servicios jurídicos de su compañía, que, aunque no se persone como entidad jurídica, defiende a su asegurado y deposita en el Juzgado las cuantías de la condena o una parte de la cantidad solicitada para hacer el ofrecimiento de pago o evitar el recargo de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro⁹⁸⁹.

DEMANDAS CONTRA LA ASEGURADORA	%
Absuelta	7
Condenada	19
No demandada	74

Fig 13. Demandas contra aseguradora.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que el 55 por ciento de las Sentencias son de la jurisdicción contenciosa, donde no se suele demandar a la aseguradora. En esta jurisdicción sí es frecuente el ejercicio de la acción de repetición, entre Administración (como demandante) y su aseguradora (como demandada), que pide el resarcimiento del pago que el ente público hizo al lesionado como consecuencia de la condena.

2.7. Fundamento de la sentencia estimatoria de la demanda.

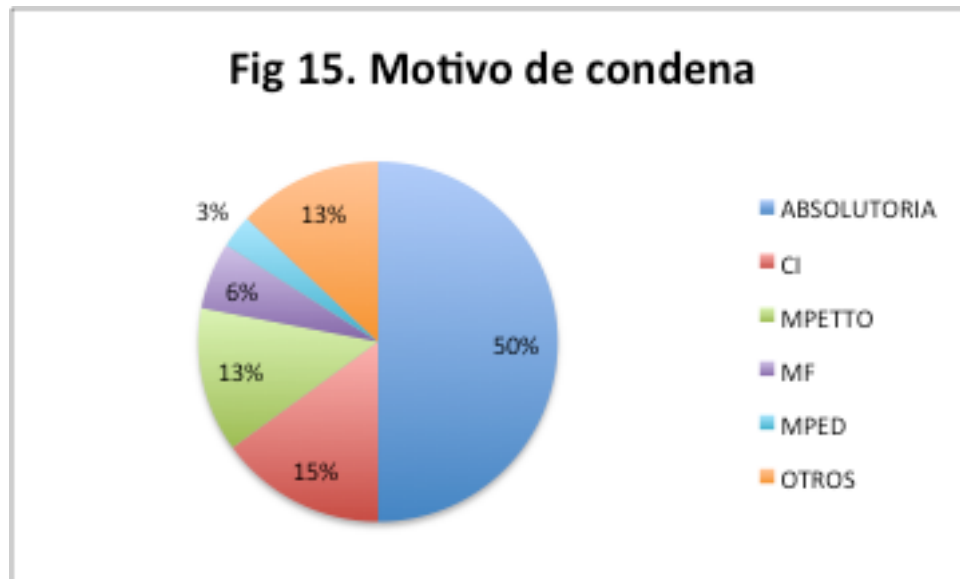
De las Sentencias estudiadas, el 50 por ciento desestiman la demanda (bien porque se ha confirmado la absolución de la instancia o bien porque se ha casado la Sentencia y la del Tribunal Supremo desestima la demanda inicial), como observamos en la figura número 14. Respecto al 50 por ciento restante,

⁹⁸⁹ Ley 50/1980, de 8 de octubre.

que estima la demanda, veamos cuál ha sido la fundamentación de la condena en la figura número 15.

MOTIVO DE LA CONDENA	NUMERO
DESESTIMATORIAS	50
CONSENTIMIENTO INFORMADO	15
MALA PRAXIS (en tratamiento)	13
MALA PRAXIS (en diagnóstico)	3
MAL FUNCIONAMIENTO (gestión del servicio de salud)	8
OTROS	3
PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD	3
No consta el motivo de condena	2
VARIOS MOTIVOS: mal funcionamiento y consentimiento informado	1
VARIOS MOTIVOS: retraso y consentimiento informado	1
VARIOS MOTIVOS: mala praxis en tratamiento y consentimiento informado	1

Fig. 14. Motivo de condena.



Podemos observar que la falta de consentimiento informado está prácticamente al nivel de la mala praxis como motivo de condena (30 frente al 32 por ciento) cuando se condena como único motivo, y que lo iguala si lo

añadimos como motivo combinado – cuando se condena por varios motivos -, quedando en la misma cifra del 33 por ciento las condenas por mala praxis y las de falta de consentimiento informado. Si bien ya está consolidado jurisprudencialmente que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*, en puridad podríamos considerarlo igualmente *mala praxis*, pero ambos términos continúan distinguiéndose en la doctrina y la práctica forense.

En lo que respecta a la mala praxis, *stricto sensu*, hemos diferenciado el error en tratamiento (un 13 por ciento) del error en diagnóstico (un 3 por ciento). El error en diagnóstico es más difícil de probar en juicio, por dos motivos que expondremos a continuación.

Por un lado será necesario que un perito confirme que el diagnóstico era erróneo y que en el momento en que se hizo era posible un diagnóstico correcto con los elementos de juicio que se tenían⁹⁹⁰ y, por otro lado, será necesario probar que tal diagnóstico causó un daño al paciente (bien por tratamiento de una enfermedad que no existía o bien por no tratar un mal que sí existía), puesto que si el daño se hubiera producido de igual forma, no habrá indemnización.

En cuanto al mal funcionamiento, se considera como tal una descoordinación, olvido o retraso que suponga que un paciente no haya sido atendido con la prontitud que el caso requería, cuando haber dispensado una atención temprana pudiera haber modificado el resultado de la patología y, por lo tanto, minimizado el daño. Son casos que en ocasiones se consideran mal funcionamiento y en otros pérdida de la oportunidad. Podemos citar como ejemplos: la parturienta que requería cesárea urgente pero por mala organización del servicio no había ginecólogo de guardia y la cesárea se retrasa; el paciente con cáncer que tarda meses en ser derivado a oncología de forma que cuando llega al médico que le corresponde el cáncer es inoperable; el paciente con apendicitis cuyo TAC no es informado en el servicio de urgencias y deviene en peritonitis, etc. La diferencia entre el mal funcionamiento y la mala praxis es que el primero no puede achacarse a

⁹⁹⁰ Como hemos visto, la Jurisprudencia se refiere a ello como “prohibición de regreso”.

un profesional concreto, bien porque no es culpa de ningún sanitario en particular (como una mala organización de guardias de la que no puede culpabilizarse al ginecólogo) o bien porque ha existido actuar culpable pero no se conoce de quién y se responsabiliza a la organización en general, evitando cargar al lesionado con una prueba de la culpa imposible. Es ejemplo de este último caso el falso negativo del síndrome de Down al hacer el análisis de la amniocentesis, que se realizó de un tubo equivocado (no era de la paciente correcta sino de otra embarazada), sin que conste de quién fue el error en la cadena de custodia⁹⁹¹.

En relación a la pérdida de la oportunidad, se aplica principalmente en las acciones *wrongful birth*. Se trata de un supuesto de causalidad hipotética: de haber sabido cuál era el diagnóstico correcto (que el hijo nacería enfermo o discapacitado), la paciente habría tenido la oportunidad de haber actuado de otro modo (habiendo practicado un aborto legal o tomando medidas para adaptarse mejor a la situación). Pero si se la privó de la información que necesitaba para tomar dicha decisión, no ha *tenido la oportunidad* de actuar con todos los elementos de juicio. Es el único daño en que existe una *“indemnización a forfait”*. Si bien no es aplicada en todos los casos, en algunas Sentencias se acude a una cantidad prefijada para entender resarcido el daño, con independencia de la cantidad pedida o de los daños justificados. La cantidad es de 280.000,00 Euros por el nacimiento de un hijo con síndrome de Down cuyo diagnóstico prenatal no había detectado esta patología. De ellos 200.000 se atribuyen al daño patrimonial (el sobrecoste de criar a un hijo enfermo) y 80.000 al daño moral.

Las condenas basadas en *mala praxis* se reducen al 17 por ciento de las totales. Se confirma, por tanto, la tendencia a la baja de esta clase de Sentencias frente a aquellas basadas en el consentimiento informado (15), mal funcionamiento del servicio sanitario (8) y pérdida de la oportunidad (3). Sumados estos tres últimos conceptos obtenemos 26 Sentencias condenatorias fundamentadas en cuestiones que no tienen que ver con la

⁹⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4403/2008, Roj: STS 3364/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3364, Id Cendoj: 28079130042010100315.

praxis médica frente a las 17 basadas en la infracción de la práctica profesional médica. Por otro lado, si sumamos las resoluciones relativas al consentimiento informado con aquellas referidas a la pérdida de la oportunidad obtenemos la cifra de 18, que está prácticamente igualada a la de Sentencias que reprochan al médico la mala praxis (17). Ello confirma, sin ningún género de dudas, que el aspecto de autodeterminación del paciente se ha convertido en esencial en la práctica médica.

La última categoría en los fundamentos de condena se ha denominado “otros”. Se han incluido aquellos casos en que consta el motivo de condena pero no coincide con ninguno de los anteriores (que son los motivos “ordinarios” de condena). De estos tres casos dos se refieren a casos de vacunación, en que se indemniza al paciente por daños gravísimos que le causa una vacuna (a un paciente de 37 años le dejó en silla de ruedas la vacuna antigripal y una niña de 6 años quedó sorda después de vacunarse de la “triple vírica”, que es obligatoria). En ambos casos las vacunas estaban en buen estado, no hubo mala praxis en su aplicación y eran médicamente indicadas, pero los sistemas inmunes de los pacientes reaccionaron de forma absolutamente inusual y sufrieron las terribles consecuencias antes descritas. En ambos casos se considera procedente indemnizar en función del beneficio social que el calendario vacunal proporciona, de modo que si toda la sociedad se beneficia, también debe cargar con el coste que el daño ha provocado.

El último caso incluido en “otros” se refiere a una reacción también inédita de un producto sanitario: un stent implantado en la arteria de un paciente joven se rompe, debido a los esfuerzos musculares que éste realiza. Descartada la mala praxis, se condena a indemnizar a la compañía farmacéutica suministradora del producto.

Por último debemos hacer referencia a la baja incidencia de las condenas fundadas en varios motivos (únicamente el 3 por ciento de las estudiadas). Destaca que en todos estos casos de motivación combinada la falta de consentimiento informado es uno de los fundamentos de la condena.

2.8. Carácter de la atención: sistema público de salud o sanidad privada.

A pesar de haberse resuelto por la jurisdicción contenciosa un 55 por ciento de los casos, el porcentaje de hospitales públicos demandados es del 67 por ciento (figura número 16). Ello significa que, tal como apuntamos en el estudio, se continúan resolviendo en la jurisdicción civil pleitos referentes a la sanidad pública.

HOSPITAL	NUMERO
PÚBLICO	67
PRIVADO	33

Fig 16. Distribución por hospital.

Más concretamente, observamos en la figura número 17 que entre las Sentencias de la Sala de lo Civil hay 13 que se refieren a hospitales públicos. *A contrario sensu*, también hemos encontrado una Sentencia de la Sala de lo Contencioso que se refiere a un hospital privado. En este caso la cuestión litigiosa que llegó hasta el Alto Tribunal fue precisamente referida a la naturaleza pública o privada de la relación litigiosa, puesto que, en principio, parece existir un problema de incompetencia de jurisdicción. El caso se refería a un paciente, funcionario, que, como mutualista de MUFACE, había elegido el régimen de gestión privada sanitaria y a DKV como compañía. La Sala de lo Contencioso falló que la relación jurídica era de naturaleza pública, al afirmar que “entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual”⁹⁹², y, por tanto, el pleito versaba sobre la obligación de la sanidad pública de dar cobertura a sus funcionarios y la jurisdicción civil era competente. El Alto Tribunal sentó doctrina en este sentido, lo que resultó nefasto para el paciente puesto que se la aplicó el

⁹⁹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de octubre de 2015, Ponente resolución número 546/2015, recurso 959/2103, Roj: STS 4148/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4148, Id Cendoj: 28079119912015100035 referencia LA LEY CJ 142747/2015, Base de datos SEPIN SP/SENT/828010.

plazo de prescripción de un año por ser la relación extracontractual y se le desestimó la demanda.

HOSPITAL	Sala Civil	Sala de lo Contencioso	Total general
PÚBLICO	13	54	67
PRIVADO	32	1	33

Fig. 17 Distribución por hospital y Sala del Tribunal.

3. Sentencias analizadas en el capítulo III.

1. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 3 de marzo de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 127/2010, recurso 956/2006, CENDOJ: Roj: STS 976/2010 - ECLI:ES:TS:2010:976 Id Cendoj: 28079110012010100109.
2. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de marzo de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Sentencia número 211/2010, recurso 326/2006, El Derecho EDJ 2010/45218, CENDOJ ID: 280791100120100214.
3. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de julio de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 483/2010, recurso 1523/2006, El Derecho, EDJ 2010/152957, CENDOJ ID:28079110012010100478.
4. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de septiembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 567/2010, recurso 1004/2006, Roj: STS 4716/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4716 Id Cendoj: 28079110012010100548.
5. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de septiembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 575/2010, recurso número 2222/2006, El Derecho EDJ 2010/213607, CENDOJ ID: 28078110012010100594, Roj: STS 5151/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5151.

6. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 29 de octubre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 694/2010, recurso 951/2007, El Derecho EDJ 2010/241731, CENDOJ ID: 28079110012010100657.
7. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de noviembre de 2010, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 669/2010, recurso 444/2007, Roj: STS 6363/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6363 Id Cendoj: 28079110012010100733.
8. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010, recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.
9. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de diciembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución número 545/2010, recurso 1433/2006, Roj: STS 7204/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7204, Id Cendoj: 28079110012010100805.
10. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de enero de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 1/2011, recurso número 1565/2007, ID CENDOJ: 2807911001201110014, Base de datos EL DERECHO: EDJ 2011/5188.
11. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de febrero de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 62/2011, recurso 1888/2007, El Derecho EDJ 2011/8438, CENDOJ ROJ STS 504/2011 - ECLI:ES:TS:2011:504.

12. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de marzo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 101/2011, recurso 1918/2007, El Derecho EDJ 2011/30414, CENDOJ ID: 28079110012011100176.

13. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 340/2011, recurso 124/2008, CENDOJ ID: 28079110012011100290, El Derecho EDJ 90960/2011, La Ley CJ 62790/2011.

14. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 31 de mayo de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 344/2011, recurso 128/2008, El Derecho EDJ 95532/2011, CENDOJ ID: 28079110012011100340.

15. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de junio de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 357/2011, recurso 791/2008, El Derecho EDJ 99508/2011, CENDOJ ID: 28079110012011100317.

16. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de noviembre de 2011, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 906/2011, recurso 2155/2008, Roj: STS 9288/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9288, Id Cendoj: 28079110012011100900, LA LEY 281254/2011.

17. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de Pleno, de 16 de enero de 2012, Ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández, resolución número

993/2011, recurso 460/2011, Roj: STS 528/2012 - ECLI:ES:TS:2012:528, Id Cendoj: 28079119912012100003.

18. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de febrero de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 45/2012, recurso 343/2009, CENDOJ: Roj: STS 1578/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1578, Id Cendoj: 28079110012012100136SEPIN: SP/SENT/666570.

19. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de mayo de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 333/2012, recurso 2002/2009, El Derecho EDJ 2012/89300, CENDOJ ID: 28079110012012100305.

20. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 24 de mayo de 2012, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 336/2012, recurso 2128/2009, CENDOJ: Roj: STS 3450/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3450, Id Cendoj: 28079110012012100321, Base de datos SEPIN: SP/SENT/675454.

21. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de julio de 2012, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Sentencia número 407/2012, recurso 67/2008, El Derecho EDJ 2012/228164, CENDOJ ID: 28079110012012100601.

22. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de marzo de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 138/2013, recurso número 1629/2010, Roj: STS 868/2013 - ECLI:ES:TS:2013:868 Id Cendoj: 28079110012013100102.

23. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de abril de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 199/2013, recurso 2017/2010, El Derecho EDJ 55332/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100213.

24. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 403/2013, recurso número 368/2011, Roj: STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247, Id Cendoj: 28079110012013100339, Base de datos SEPIN referencia SP/SENT/723019.

25. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 28 de junio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución número 463/2013, recurso 265/2011, El Derecho EDJ 127292/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100385.

26. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 3 de julio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia 475/2013, recurso 437/2011, El Derecho, EDJ 127300/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100393.

27. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 19 de julio de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 513/2013, recurso 923/2011, El Derecho EDJ 140051/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100432.

28. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de octubre de 2013, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 616/2013, recurso 1578/2011, El Derecho EDJ 197146/2013, CENDO ID: 28079110012013100552, referencia SEPIN SP/SENT/736565.

29. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 7 de mayo de 2014, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución número 230/2014, recurso 545/2012, El Derecho EDJ 70966/2014, CENDOJ ID 28079110012014100197.

30. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de mayo de 2014, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 226/2014, recurso número 285/2012, ROJ: STS 1768/2014, Id Cendoj: 28079110012014100196, LA LEY CJ: 5348/2014.

31. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 19 de mayo de 2014, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 247/2014, recurso número 1182/2012, ROJ: STS 1910/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1910, ID CENDOJ:28079110012014100209, LA LEY CJ:57404/2014.

32. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 29 de mayo de 2014, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 288/2014, recurso número 888/2012, Roj: STS 2039/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2039 Id Cendoj: 2807911001201410022, LA LEY CJ: 60527/2014.

33. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de junio de 2014, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 284/2014, recurso número 847/2012, ROJ: STS 4289/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4289 Id Cendoj: 28079110012015100565, LA LEY CJ: 68742/2014.

34. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 2 de febrero de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 29/2015, recurso número 3417/2012, ROJ: STS 206/2015 - ECLI:ES:TS:2015:206 Id Cendoj: 28079110012015100031.

35. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 3 de febrero de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 18/2015, recurso número 2434/2012, ROJ: STS 206/2015 - ECLI:ES:TS:2015:206 Id Cendoj: 28079110012015100031.

36. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de febrero de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 33/2015, recurso 194/2013, CENDOJ: Roj: STS 434/2015 - ECLI:ES:TS:2015:434, Id Cendoj: 28079110012015100054, SEPIN: SP/SENT/799467.

37. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 262/2015, recurso número 1459/2013, ROJ: STS 2565/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2565 Id Cendoj: 28079110012015100309.

38. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de junio de 2015, Ponente Eduardo Baena Ruiz, resolución 336/2015, recurso número 1370/2013, ROJ: STS 3209/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3209 Id Cendoj: 28079110012015100418.

39. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 17 de junio de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 330/2015, recurso

- número 1275/2013, ROJ: STS 2572/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2572, Id Cendoj: 28079110012015100315.
40. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 8 septiembre de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 483/2015, recurso número 2247/2013, ROJ: STS 3722/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3722 Id Cendoj: 28079110012015100456.
41. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de septiembre de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 478/2015, recurso número 2377/2013, ROJ: STS 3753/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3753 Id Cendoj: 28079110012015100466.
42. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de septiembre de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 479/2015, recurso número 2675/2013, ROJ: STS 3752/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3752 Id Cendoj: 28079110012015100465.
43. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de octubre de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 544/2015, recurso número 3140/2014, ROJ: STS 4149/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4149 Id Cendoj: 28079119912015100036, BASE DE DATOS LA LEY 142748/2015.
44. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de octubre de 2015, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, resolución 566/2015, número de recurso 2213/2013, ROJ: STS 4289/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4289 Id

Cendoj: 28079110012015100565, Base de datos SEPIN SP/SENT/828968.

45. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 de enero de 2010, Ponente Agustín Puente Prieto, recurso número 6574/2005, Roj: Id Cendoj: STS 227/2010 - ECLI:ES:TS:2010:227 28079130062010100032, Base de datos LA LEY: CJ 964/2010

46. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 23 de febrero de 2010, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso número 4794, ROJ: STS 692/2010 - ECLI:ES:TS:2010:692, ID CENDOJ 28079130062010100072.

47. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de marzo de 2010, Ponente Antonio Martí García, recurso 92/2008, Roj: STS 1161/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1161, ID CENDOJ: 28079130042010100124, LA LEY CJ:6945/2010.

48. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de marzo de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 3944/2008, ROJ: STS 1752/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1752, ID CENDOJ 28079130042010100180.

49. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 31 de marzo de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 3372/2008, ROJ: STS 1756/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1756, ID CENDOJ 28079130042010100183, LA LEY 27089/2010.

50. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de abril de 2010, Ponente Juan Carlos Trillo Alonso, recurso número 3875/2005, ROJ: STS 2212/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2212, ID CENDOJ 28079130062010100190, LA LEY CJ 49152/2010.

51. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 11 de mayo de 2010, Ponente Octavio Juan Herrero Pina, recurso número 5933/2005, Roj: STS 2335/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2335, ID CENDOJ: 28079130062010100206.

52. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de mayo de 2010, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 3021/2008, ROJ: STS 3000/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3000, ID CENDOJ 28079130042010100281, LA LEY CJ: 86223/2010.

53. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de junio de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 3038/2008, ROJ: STS 3725/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3725, ID CENDOJ: 28079130042010100355, LA LEY CJ:110127/2010.

54. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 22 de junio de 2010, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 5540/2008, ROJ: STS 4341/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4341, ID CENDOJ 28079130042010100414, LA LEY CJ114306/2010.

55. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 23 de junio de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 551/2008, ROJ: STS 3569/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3569, ID CENDOJ: 28079130042010100340.

56. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de junio de 2010, Ponente Jose Manuel Sieira Miguez, recurso 5927/2007, Roj: STS 3463/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3463, Id Cendoj: 28079130062010100303.
57. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 29 de junio de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 4637/2008, ROJ: STS 3498/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3498, ID CENDOJ 28079130042010100326.
58. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de junio de 2010, Ponente Carlos Lesmes Serrano, recurso número 7412/2005, ROJ: STS 4340/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4340, ID CENDOJ 28079130062010100402, LA LEY CJ: 114398/2010.
59. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de julio de 2010, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso 5836/2008, ROJ: STS 4302/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4302, ID CENDOJ 28079130042010100406.
60. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 8 de octubre de 2010, Ponente Juan Carlos Trillo Alonso, recurso número 5446/2005, ROJ: TS 5438/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5438, ID CENDOJ 28079130062010100505, LA LEY CJ: 181960/2010.
61. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de octubre de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso

5525/2008, ROJ: STS 5304/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5304, ID CENDOJ: 28079130042010100498, LA LEY CJ: 181903/2010.

62.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de octubre de 2010, Ponente Enrique Lecumberri Martí, recurso número 984/2009, ROJ: STS 5551/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5551, ID CENDOJ: 28079130042010100547, LA LEY CJ: 199159/2010.

63.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 3 de noviembre de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 440/2009, ROJ: STS 5721/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5721, ID CENDOJ: 28079130042010100560, LA LEY CJ:195158/2010.

64.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 8 de noviembre de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 313/2009, ROJ: STS 5687/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5687, ID CENDOJ: 28079130042010100558, LA LEY CJ:195156/2010.

65.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de noviembre de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso 1867/2009, ROJ:STS 6500/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6500, ID CENDOJ 28079130042010100625.

66.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 2 de diciembre de 2010, Ponente Carlos Lesmes Serrano, recurso número 4872/2006, ROJ: STS 6891/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6891, ID CENDOJ: 28079130062010100724, LA LEY 217807/2010.

67. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de febrero de 2011, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 3747/2009, ROJ: STS 450/2011 - ECLI:ES:TS:2011:450, ID CENDOJ: 28079130042011100051.
68. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de septiembre de 2011, Ponente Antonio Martí García, número de recurso 6280/2009, STS 5922/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5922, Id CENDOJ 28079130042011100489.
69. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de septiembre de 2011, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 3536/2007, ROJ:STS 6394/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6394, ID CENDOJ: 28079130042011100518.
70. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de noviembre de 2011, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 906/2011, recurso 2155/2008, Roj: STS 9288/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9288, Id Cendoj: 28079110012011100900, LA LEY 281254/2011.
71. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 2011, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 1033/2007, ROJ: STS 6595/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6595, ID CENDOJ: 28079130042011100540, CJ 195810/2011.
72. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 7 de diciembre de 2011, Ponente Enrique Lecumberri Martí, recurso número 1468/2010, ROJ: STS 8078/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8078, ID CENDOJ 28079130042011100656, CJ 1468/2010.

73. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de diciembre de 2011, Ponente Jose Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 964/2011, recurso 2069/2008, El Derecho EDJ 307886/2011, CENDOJ ID: 28079110012011100851.
74. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de octubre de 2012, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 6878/2010, ROJ: STS 6645/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6645, ID CENDOJ: 28079130042012100669.
75. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 2 de noviembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, resolución, recurso 772/2012, Roj: STS 7293/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7293, Id Cendoj: 28079130042012100713, LA LEY 169871/2012.
76. Sentencia del Tribuna Supremo, Sala de lo Contencioso, de 6 de noviembre de 2012, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 2354/2011, ROJ: STS 7523/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7523, ID CENDOJ: 28079130042012100740.
77. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de noviembre de 2012, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 5283/2011, Roj: STS 7388/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7388, Id Cendoj: 28079130042012100722, Base de datos Sepin SP/SENT/697965.

- 78.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de noviembre de 2012, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 5330/2011, ROJ: STS 8111/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8111, ID CENDOJ 28079130042012100792.
- 79.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de diciembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, Número de recurso 6157/2011, Roj: STS 8738/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8738 Id Cendoj 28079130042012100839.
- 80.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 5 de diciembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, recurso número 3370/2011, CENDOJ: Roj: STS 8121/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8121, Id Cendoj: 28079130042012100795Base de datos Sepin SP/SENT/699770.
- 81.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 21 de diciembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, Recurso número 4229/2011, STS 8548/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8548, ID CENDOJ 28079130042012100822.
- 82.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de junio de 2013, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 2187/2010, ROJ: STS 2988/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2988, Id Cendoj: 28079130042013100142.
- 83.Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 24 de junio de 2013, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 471/2013,

ROJ: STS 3391/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3391, ID CENDOJ: 28079130042013100168, LA LEY 92196/2013.

84. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 8 de julio de 2013, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 1176/2013, ROJ: STS 3740/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3740, ID CENDOJ: 28079130042013100186, LA LEY CJ:105815/2013.

85. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 2014, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 2637/2013, ROJ: STS 4586/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4586, ID CENDOJ 28079130042014100287, LA LEY CJ: 156003/2014.

86. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de diciembre de 2014, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 3684/2013, ROJ: STS 5311/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5311, ID CENDOJ: 28079130042014100333, CJ: 177741/2014.

87. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de enero de 2015, Ponente María del Pilar Teso Gamella, recurso 2810/2013, ROJ: STS 20/2015 - ECLI:ES:TS:2015:20, ID CENDOJ: 28079130042015100004, LA LEY CJ:224/2015.

88. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de febrero de 2015, Ponente María del Pilar Teso Gamella, recurso número 332/2013, ROJ: STS 593/2015 - ECLI:ES:TS:2015:593, ID CENDOJ: 28079130042015100059, LA LEY CJ: 10099/2015.

89. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de febrero de 2015, Ponente María del Pilar Teso Gamella, recurso 978/2013, ROJ: STS 743/2015 - ECLI:ES:TS:2015:743, ID CENDOJ: 28079130042015100068, LA LEY CJ:13855/2015.
90. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 14 de abril de 2015, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso número 3871/2013, ROJ STS 1568/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1568, ID CENDOJ: 28079130042015100122, LA LEY CJ: 42816/2015.
91. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de abril de 2015, Ponente Jose Luis Requero Ibáñez, recurso 2114/2013, ROJ: STS 1713/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1713, Id Cendoj: 28079130042015100141.
92. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 6 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 2099/2013, ROJ: STS 2135/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2135, ID CENDOJ: 28079130042015100168, LA LEY CJ:59440/2015.
93. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 19 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 4397/2010, Roj: STS 2494/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2494, Id Cendoj: 28079130042015100192.
94. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 26 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 2548/2013, ROJ: STS 2316/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2316, ID CENDOJ: 28079130042015100175, LA LEY CJ: 64808/2015.

95. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 6 de octubre de 2015, Ponente José Luis Requero Ibáñez, recurso 3808/2013, ROJ: STS 4222/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4222 , ID CENDOJ: 28079130042015100289, LA LEY CJ: 14387/2015.

96. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de octubre de 2015, Ponente Jose Luis Requero Ibáñez, recurso 3701/2013, ROJ: STS 4223/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4223, ID CENDOJ: 28079130042015100290.

97. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 12 de noviembre de 2015, Ponente Jose Luis Requero Ibáñez, recurso número 704/2014, ROJ: STS 4781/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4781, ID CENDOJ: 28079130042015100328, LA LEY CJ:169663/2015.

98. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de diciembre de 2015, Ponente María del Pilar Teso Gamella, recurso número 1449/2014, ROJ: STS 5380/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5380, ID CENDOJ: 28079130042015100373, CJ: 191269/2015.

99. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de diciembre de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso 967/2014, ROJ: STS 5339/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5339, ID CENDOJ: 28079130042015100367, LA LEY CJ: 191263/2015.

100. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 21 de diciembre de 2015, Ponente Angel Ramón Arozamena Laso, recurso 1247/2014, ROJ: STS 5640/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5640, ID CENDOJ: 28079130042015100402.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO PRIMERO: LA PROYECCIÓN DE LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ACTUACIÓN MÉDICA.

El acto médico.

1. Formalmente existe consenso en conceptualizar la naturaleza de la obligación del médico como obligación de medios, exigiéndole únicamente la aplicación de la *lex artis ad hoc* y no un resultado. No obstante, la Jurisprudencia en ocasiones tiende hacia el resarcimiento del daño, realizando una función de “justicia distributiva”, los casos en que se ha causado un daño grave al paciente sin incumplimiento de la *lex artis*. Para fundamentar estas condenas los Tribunales se basan en la falta de un adecuado consentimiento informado, un mal funcionamiento del servicio sanitario o, incluso, la solidaridad social.
2. La actuación del médico se mide en función de la *lex artis* con independencia de la clase de medicina que se practique. Bien sea curativa o satisfactoria, la prestación del médico será de medios y no de resultado salvo que se hubiera garantizado al paciente un resultado concreto. Por ello será necesario en el juicio examinar la publicidad del médico estético o la clínica, para ver cuál es el resultado que el médico se comprometió a alcanzar.
3. En la práctica judicial no tiene relevancia alguna para el paciente que la naturaleza de su relación con el médico se considere contractual o extracontractual, salvo en lo que se refiere a la prescripción de la acción para exigir el resarcimiento del daño, dado que el plazo de prescripción de la acción extracontractual es de un año frente a los cinco años de la contractual.

El consentimiento informado.

4. Se ha avanzado en la conciencia social del ciudadano como sujeto de derechos con capacidad de autodeterminación, de modo que se considera que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis* y que la actuar sin él genera un daño moral. A pesar de ello, la Jurisprudencia no concede indemnizaciones si el paciente no ha sufrido daño físico aunque el médico hubiera actuado sin cumplir con los requisitos legales del consentimiento.
5. La distinción entre medicina satisfactiva y curativa ha perdido la relevancia que tuvo antaño, pero, en relación al consentimiento, sí tiene un trato diferenciado. Cuando se trata de medicina electiva, el paciente debe ser informado de *todos* los riesgos a los que se expone, tanto los probables como los posibles. Bastará con que el riesgo esté descrito en la literatura médica para que deba ser advertido. En otro caso se considerará que existió falta de consentimiento informado.

La relación de causalidad.

6. La responsabilidad civil médica tiene la misma naturaleza que cualquier otro supuesto de responsabilidad civil profesional. Por ello, con independencia de si se trata de medicina pública o privada, satisfactiva o curativa, el paciente deberá probar los tres elementos clásicos de la responsabilidad civil para lograr el resarcimiento del perjuicio: el daño, la culpa y la relación de causalidad. La relación de causalidad es el elemento de más difícil prueba en los pleitos sobre responsabilidad civil médica por la dificultad de diferenciar los efectos propios de la enfermedad de los del acto médico. Las periciales médicas son vitales puesto que el jurista carece de los conocimientos médicos necesarios, pero con frecuencia el Juez debe decidir el pleito manejando informes periciales contradictorios: unos expresarán que el daño es consecuencia de la enfermedad o del *factor reaccional* del enfermo y otros que el

- perjuicio es consecuencia de la *mala praxis* médica. Por ello, en la práctica cobrará una mayor importancia el cumplimiento de la *lex artis* (de mayor facilidad probatoria) que la relación de causalidad para fundamentar una indemnización.
7. La teoría de la pérdida de la oportunidad indemniza los resultados nocivos que podrían haberse evitado de haber conocido el paciente cuál era la situación real de su patología. Se indemniza una situación hipotética, puesto que no es posible saber qué habría ocurrido de haber conocido el diagnóstico real. Para indemnizar la pérdida de la oportunidad se valora el daño y se le aplica el porcentaje de la probabilidad de curación que tenía la patología en el momento de la información terapéutica incorrecta. Por ejemplo, si las probabilidades de curar el cáncer eran del treinta por ciento en el momento en que no se diagnosticó esta patología, se valora el daño causado por el cáncer, se le aplica el treinta por ciento y se obtiene la cantidad con la que se indemniza.
 8. La teoría del daño desproporcionado se aplica únicamente en supuestos de gran desproporción entre el acto médico y el daño sufrido (por ejemplo, fallecer el paciente por una operación de amígdalas), que resultan difícilmente explicables sin que haya existido una actuación errónea por parte del médico. Pero no supone una verdadera inversión de la carga de la prueba, únicamente una presunción de mala praxis, por lo que el paciente debe seguir probando los tres elementos de la responsabilidad civil (daño, culpa y relación de causalidad) si no quiere ver desestimada su demanda.

La culpa.

9. La culpa en la actuación médica se traduce en el incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Cada especialidad tiene sus propias normas profesionales, que se plasman en el cumplimiento de los Protocolos. En la medicina moderna lo más habitual es que varios profesionales y

especialidades actúen en el mismo paciente. Esto supone que existe una dificultad probatoria añadida en la culpa médica, es decir, deslindar el resultado de la actuación de cada profesional que intervino en el proceso curativo.

10. Un elemento al que no se le concede la importancia que merece es la influencia del comportamiento de la víctima (el paciente) sobre su propio proceso de enfermedad, puesto que es el único que tiene bajo su control la fuente de riesgo. Únicamente cuando la desatención de su proceso es muy evidente se exime de culpa al médico. No debería ampararse la demanda de quien exige un resultado de la actuación médica sin poner los medios sobre su propio cuerpo para conseguirla. Además en estos casos, por el juego de las normas procesales, pesa sobre el médico la prueba de la culpa del paciente.

Responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario.

11. Es unánime rechazar cualquier tendencia objetivadora de la responsabilidad civil médica puesto que el facultativo actúa sobre personas que no reaccionan de la misma forma ante los tratamientos. Jurisprudencia y doctrina se refieren a esta intervencionalidad subjetiva como “*factor reaccional del enfermo*” o “*carácter esencialmente enfermable del ser humano*”. La responsabilidad objetiva se entiende en el ámbito sanitario únicamente en el sentido de mal funcionamiento de los servicios hospitalarios, donde una mala gestión administrativa o la descoordinación de los servicios médicos puede ser fatal para el paciente. Es más sencillo conseguir una condena por mal funcionamiento, que por *mala praxis* puesto que no requiere prueba sobre la *lex artis ad hoc*.

Aspectos procesales.

12. A pesar de los cambios legislativos, decididos a imponer la jurisdicción contenciosa sobre la civil en cualquier cuestión relacionada con el sistema público de salud, en la práctica, bien sea por la *vis atractiva* de la jurisdicción civil o bien por la aplicación de la teoría de la evitación del “*peregrinaje jurisdiccional*”, continuamos viendo sentencias en la jurisdicción civil relativas a hospitales públicos.
13. La inversión de carga de la prueba en responsabilidad civil médica se da principalmente en los casos de infecciones hospitalarias o sangre contaminada. Entendemos que los supuestos de daño desproporcionado no suponen una inversión real de la carga de la prueba puesto que el médico puede eximirse de culpa probando la causa real del daño, luego no es necesario que pruebe que actuó conforme a la *lex artis*. Otros casos en los que se invierte la carga de la prueba, aunque de escasa incidencia en la práctica, son aquellos en que desaparece un elemento documental de la historia clínica, cuya responsabilidad de custodia corresponde al médico u hospital.
14. La cuestión con más relevancia práctica en el ámbito procesal de la responsabilidad médica es la prescripción de la responsabilidad extracontractual. Dado que la relación con el sistema público de salud se considera como extracontractual, el plazo de prescripción es de un año. También se aplica esta prescripción de un año para los funcionarios que utilizan la sanidad privada derivados por su mutualidad. Si bien en algunos casos se ha aplicado la doctrina de la unidad de culpa civil, no existe doctrina sobre cuándo aplicarla, lo que sería deseable puesto que supone alargar considerablemente el plazo de prescripción.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL DAÑO.

Concepto y clases del daño.

15. Los daños que se resarcen en responsabilidad civil médica son principal, pero no exclusivamente, los daños corporales causados por el acto médico. En menor medida, también se indemnizan los gastos patrimoniales generados de forma directa o indirecta por el daño físico. Cobra cada vez mayor importancia cuantitativa la indemnización de los daños morales. En raras ocasiones se indemniza el lucro cesante, por lo que, a pesar de proclamar toda la legislación y la jurisprudencia que el principio de indemnidad total está informando toda la responsabilidad civil en nuestro país, en la práctica no es un criterio real de resarcimiento del daño.

El daño resarcible en las acciones *wrongful birth*.

16. En las acciones *wrongful birth* doctrina y jurisprudencia afirman tajantemente y apoyándose en principios constitucionales y universales que no se puede sostener que tener un hijo discapacitado sea un daño. Sin embargo están de acuerdo en indemnizar a quien los médicos afirmaron que iba a tener un precioso y sanísimo bebé y ha tenido un hijo discapacitado o enfermo de por vida, fundamentando estas condenas en diferentes motivos: la imposibilidad de abortar de la madre gestante, el incumplimiento del deber de información, la imposibilidad de suficiente preparación psicológica para el nacimiento de un hijo discapacitado o los daños patrimoniales.

La influencia de los baremos de tráfico en la determinación del daño indemnizable.

17. La influencia del baremo de Tráfico es residual en responsabilidad civil médica, a pesar de considerarse de “aplicación universal”. Se acude a él con más frecuencia cuando la condena aprecia infracción de la *lex artis*, que, como hemos visto, es un motivo minoritario de condena.
18. En este momento es imposible predecir qué cantidades se concederán en una demanda por responsabilidad civil médica, indeterminación que entendemos perjudicial para todos los implicados en el caso. Conceptualmente, existe una tensión entre el principio de indemnidad total (que supone ceñirse únicamente al caso concreto) y el de seguridad jurídica, plasmado en el establecimiento de baremos que unifican todos los supuestos que puedan plantearse.
19. Entendemos que sería deseable el establecimiento de un baremo exclusivo para los casos de responsabilidad civil médica, dado que la aplicación orientativa del baremo de Tráfico no cubre todos los supuestos (como ocurre, por ejemplo, con la pérdida de oportunidad o las acciones *wrongful life*). El resarcimiento debería hacerse conforme a dicho “baremo sanitario”, añadiendo además el lucro cesante a fin de lograr el principio de indemnidad total. Dicho lucro cesante se limitaría en su cantidad máxima (como se ha hecho en USA respecto a los daños punitivos), de modo que el sistema permitiría la posibilidad de conocer las cantidades máximas a las que puede ser condenado el médico según la especialidad que practique. De esta forma el facultativo tendría elementos de juicio para contratar la póliza de seguros que más le convenga. Dicho cambio legislativo debería acompañarse de una modificación en la legislación del seguro profesional, de modo que el médico pudiera ejercer la profesión sabiendo que su seguro profesional cubre su práctica médica. Y ello porque resulta nocivo para la sociedad en general que los médicos, que realizan una labor social insustituible, practiquen su profesión con la inseguridad patrimonial que les supone la

posibilidad de ser condenados a cantidades que su póliza de seguros no cubre.

Forma y cuantía de la indemnización.

20. Lo más común en cuanto a las cuantías pedidas y concedidas continúa siendo la cantidad a tanto alzado, aunque comienza a utilizarse la pensión vitalicia como forma de resarcimiento.
21. Es frecuente que el daño consistente en la falta de consentimiento se indemnice con menores cantidades que si hubiese existido mala praxis (en ocasiones en la Jurisprudencia se utiliza el criterio del 50 por ciento de lo que correspondería por mala praxis).

Líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo sobre responsabilidad civil médica.

22. El resarcimiento del daño moral se ha convertido en una partida indemnizatoria tan importante como el daño físico. Se indemniza tanto el daño moral que acompaña al corporal como los casos de daño moral puro: la pérdida de la oportunidad y de falta de consentimiento informado.
23. Las condenas basadas en la mala praxis son menores en número que las fundamentadas en la falta de consentimiento informado.
24. Existe más probabilidad de ver admitido un recurso de casación cuando el caso falla un supuesto de daño grave que cuando se trata de daños leves.
25. No suele indemnizarse el lucro cesante en las demandas por responsabilidad civil médica, lo que unido a la inexistencia de daños punitivos en nuestro sistema y la utilización del Baremo de Tráfico como

orientativo supone que la capacidad productiva mermada por un hecho dañoso es prácticamente imposible de recuperar a través de la indemnización. No obstante, la mayor parte de los casos en que se indemniza el daño en el Alto Tribunal se refieren a personas que se encuentran en edad laboral, a pesar de no ser estos usuarios los que con mayor frecuencia utilizan los servicios médicos (niños y ancianos) por lo que de manera indirecta sí se atiende a la pérdida de dicha capacidad laboral.

26. En cuanto a las cantidades solicitadas en las demandas y concedidas en las Sentencias, no sobrepasan los 500.0000 Euros en su mayoría, por lo que se puede afirmar que no ha sido tanto en términos globales el incremento de las cantidades en las condenas por la responsabilidad civil médica.
27. Por otro lado, existen condenas que sobrepasan las cantidades del seguro de responsabilidad civil que las compañías aseguradoras realizan al estamento médico. La tendencia es claramente al modelo norteamericano en cuanto a la responsabilidad pero no tiene una correlación con los honorarios que cobran los médicos en USA, puesto que un médico de la Seguridad Social está equiparado en sueldo a otro cualquiera del grupo A pero puede incurrir en una responsabilidad económica impensable para cualquier otro funcionario de carrera.
28. Únicamente un 31 por ciento de las Sentencias se revoca en casación. Ello unido al alto coste del litigio y a la duración de los sucesivos procesos judiciales (en las Sentencias estudiadas vemos que no es infrecuente que entre el acto médico y la Sentencia de casación transcurran diez años), supone un freno a la hora de plantear una casación, por lo que el justiciable (y su Letrado) deberían estar muy seguros de tener posibilidades reales de poder modificar el fallo en el Alto Tribunal y de ser capaz el cliente económicamente de soportar costes judiciales tan altos. Por otro lado, también es necesario tener en cuenta que psicológicamente el hecho de litigar afecta mucho a los implicados y hasta que el caso no queda definitivamente zanjado en la vía judicial, el paciente y su familia no pueden comenzar el proceso de

superación psicológica de lo que les ha ocurrido. Por todo ello, acudir a casación debería ser realmente el último recurso del paciente.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

ABEL LLUCH, X., ARIMANY MANSO, J., GÓMEZ DURÁN, E.L.: "El dictámen médico-legal en supuestos de responsabilidad civil profesional médica: fuentes y contenido". *Justicia: revista de derecho procesal*, número 2, dialnet.unirioja.es, 2014.

ALISTE SANTOS, T. J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*. Atelier Libros, colección Processus Iudicii, Barcelona, 2011.

ALONSO ÁLAMO, M.; "El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales". En "El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales", (Dir) MENDOZA BUERGO, B., Civitas, Madrid, 2010.

ÁLVAREZ OLAYA, P.: *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2015.

ÁLVAREZ UNDURRAGA, G.: *Metodología de la investigación jurídica: hacia una nueva perspectiva*. Tesis doctoral, Facultad de ciencias jurídicas y sociales. Universidad central de Chile, Santiago de Chile, 2002.

ANDREU TENA, E., AZPARREN LUCAS, A., DONAT LAPORTA, E.: "Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva". Revista española de medicina legal, núm. 39, <http://www.elsevier.es/mlegal>, 2013.

ARQUILLO COLET, B.: Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración. Los problemas de aseguramiento de la responsabilidad civil de las administraciones públicas y sus soluciones jurídicas. Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2006.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.; "Responsabilidad civil médica". En "Responsabilidad civil médica", (Dir) BUSTO LAGO, J.M., Aranzadi, Navarra, 2006.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria. Cuadernos de Aranzadi Civil, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario". Revista CESCO de Derecho de Consumo, 8/2013, <http://www.revista.uclm.es>, 2013.

ATAZ LÓPEZ, J.: Los médicos y la responsabilidad civil. Montecorvo, Madrid, 1985.

BAENA RUIZ, E.: " Daños personales. El Baremo de tráfico: ¿debería utilizarse siempre en supuestos distintos de los accidentes de tráfico?". Sepin doctrina, Encuesta jurídica, SP/DOCT/3697, <http://www.sepin.es>, 2008.

BAENA RUIZ, E., CARRERAS MARAÑAS, J.M., GALÁN CORTÉS, J.C., SEOANE PRADO, J., MARTÍN DEL PESO, R., PÉREZ CUESTA, R.: "Encuesta jurídica: en la medicina satisfactiva o voluntaria, ¿cabe la responsabilidad médica por no obtener un resultado como el ofertado en la publicidad? ¿Qué valor tiene esa publicidad?". SEPIN, SP/DOCT/15870, <http://www.sepin.es>, 2011.

BAILEY, R.: "Medical Liability Reform: The Good, The Bad and The Ugly". EMRA, Emergency Medicine Residents Association, <http://www.emra.org>, 2012.

BANACLOCHE PALAO, J.; "Algunas cuestiones procesales polémicas en los pleitos de daños". En "Algunas cuestiones procesales polémicas en los pleitos de daños", (Dir) HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013.

BANDRÉS, F.: "Consentimiento informado y daño moral: entre el sofisma y el desatino". Blog de Fernando Bandrés, [consult.es](http://www.fernandobandres.es), post de 12 de noviembre, <http://www.fernandobandres.es>, 2013.

BASTIDA FREIJEDO, F. J., XIOL RÍOS, J.A.: Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales. Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2012.

BONET NAVARRO, J.: "Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil". Diario La Ley, número 7256, de 6 de octubre, referencia 15712/2009, diariolaley.laley.es, 2009.

BOTANA GARCIA, G.: "Falta de prueba de la mala praxis". *Práctica de Derecho de Daños*, 113, marzo-abril, referencia 1198/2013, laleydigital.laley.es, 2013.

BOTANA GARCIA, G.: "Falta de aplicación de la doctrina jurisprudencial en casos de infección nosocomial". *Práctica de Derecho de Daños*, núm 116, septiembre, referencia 5257/2013, laleydigital.laley.es, 2013.

BOTANA GARCÍA, G. A.: "Condenada Administración Sanitaria por falta de consentimiento de la paciente". *Práctica de derecho de daños, Sección Administraciones Públicas*, núm 120, referencia 4918/2014, laleydigital.laley.es, 2014.

BOTANA GARCÍA, G. A.: "Lesión de paciente no atribuible a la mala praxis médica". *Práctica de derecho de daños, Sección Administraciones Públicas*, número 121, revista tercer trimestre, referencia 5009/2014, laleydigital.laley.es, 2014.

BUSNELLI, F. y o.: *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. SpringerWienNewYork, Austria, 2005.

CALVO MEIJIDE, A.: "El nasciturus y su protección jurídica, parte II.". *Actualidad civil*, número 2, págs. 263-281, dialnet.unirioja.es, 1992.

CAMAS JIMENA, M., GÓMEZ RIVERO, M.C., SILLERO CROVETTO, B., SUCH MARTÍNEZ, J.: Responsabilidad médica. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CARLES, M.: "Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica". Gaceta Sanitaria, versión impresa, v.17, n.6, revista nov-dic 2003, Barcelona, 2003.

CARRASCO PERERA, A.: "Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina". INDRET, número 1, enero, <http://www.indret.com>, 2006.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; "Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español". En "Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español", (Dir) HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013.

CARRERAS MARAÑA, J. M.: "¿Qué jurisdicción es competente para conocer de la reclamación formulada frente a la aseguradora de la Administración por los daños causados por ésta?". Base de datos SEPIN, Encuesta jurídica, referencia SP/DOCT/3486, <http://www.sepin.es>, 2007.

CARRERAS MARAÑA, J. M.: "En un acto médico negligente, ¿responden las aseguradoras en virtud de una póliza de seguro de asistencia sanitaria?". Encuesta Jurídica, Base de datos SEPIN, SP/DOCT/4044, <http://www.sepin.es>, 2009.

CARRO GONZÁLEZ, F. J.: Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria. Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 2013.

CASAS PLANES, M. D.: "Daños médicos causados por error de diagnóstico". *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 21, Sección informe de Jurisprudencia, noviembre, <http://www.revistas.laley.es>, 2004.

CHAPARRO, L.: "El turismo médico en la frontera de México con Estados Unidos se dispara". *EFE SALUD*, 23 de noviembre de 2012, <http://www.efesalud.com>, 2012.

CORCHETE MARTIN, M. J.: "El consentimiento informado. Algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional". *LA LEY*, 2014.

CRESPO MORA, M. C.: "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*". *INDRET*, número 2, abril, <http://www.indret.com>, 2013.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de daños*. Bosch, Barcelona, 2009.

CUEVILLAS MATOZZI, I.: *La relación de causalidad en el ámbito del derecho de daños*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DAVID H. SOHN, J., (MD): "Informed Consent: A "New" Form of Medical Liability?". <http://www.aaos.org/news/aaosnow/may13/managing4.asp>
American Academy of Orthopaedic Surgeons, AAOS., May, Electrónico, 2013.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: La responsabilidad civil. Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Tecnos, Madrid, 1995.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)". Revista de derecho y genoma humano, núm. 4, <http://www.catedradederechoygenomahumano.es>, 1996.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Ante la cuarta sentencia de la sala primera en materia de wrongful birth: ¿es posible hablar ya de una jurisprudencia?". Revista de derecho y genoma humano, número 22, págs. 179-208, <http://www.catedraderechoygenomahumano.es>, 2005.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La quinta Sentencia del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth: se puede decir que ya existe una jurisprudencia en la materia". Revista práctica de derecho de daños, número 38, mayo, págs. 5-23, laleydigital.laley.es, 2006.

DE LAS HERAS GARCÍA, M.; "Recepción y naturaleza del llamado consentimiento informado del paciente". En "Recepción y naturaleza del

llamado consentimiento informado del paciente", (Dir) GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.R., Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

DE LAS HERAS GARCÍA, M.: Estatuto ético-jurídico de la profesión médica. Dykinson, Madrid, 2005.

DE JORGE MESAS, L. F.: "La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria". Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 498, <http://www.aranzadi.es>, 2001.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto". Revista Boliviana de Derecho, número 17, págs. 276-295, <http://www.revistabolivianadederecho.org>, 2014.

DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C.: El régimen de prueba en la responsabilidad civil médica. Aranzadi, Navarra, 1996.

DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003". Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 63, octubre-diciembre, <http://www.aranzadi.es>, 2003.

DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C.: Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario. Comares, Granada, 2006.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G.: "La imposibilidad de abortar, un supuesto más de responsabilidad civil". *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-168, tomo 3, núm. art. 21642/2001, <http://www.diariolaley.es>, 2001.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Derecho de daños*. Civitas, Madrid, 2000.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.; "Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos". En "Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos", (Dir) MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2007.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: "Vehículo accidentado: reparación o indemnización. El límite a la indemnización del daño real en los casos de "siniestro total". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 2, <http://www.revista.uclm.es>, 2012.

EDITORIAL: "Un Real Decreto de prescripción enfermera que deja sin protección jurídica a los profesionales". *Revista de la Organización Colegial de Enfermería*, núm. 20733, noviembre de 2015, <http://www.consejogeneralenfermeria.org/sala-de-prensa/noticias>, 2015.

ESTRUCH ESTRUCH, J.: *La responsabilidad civil del Registrador*. Fundación Registral, Madrid, 2014.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J.; "Responsabilidad médica derivada del diagnóstico preimplantacional". En "Responsabilidad médica derivada del diagnóstico

preimplantacional", (Dir) MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2007.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J.: Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: "Después de la sentencia 181/2000 del Pleno del Tribunal Constitucional". Congreso Constituyente de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 15, 16 y 17 de noviembre, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias>, 2001.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: "Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales". Revista jurídica de Castilla y León, número 3, mayo, <http://www.jcyl.es>, 2004.

FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: Responsabilidad civil médico-sanitaria. Aranzadi, Navarra, 1984.

FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: Sistema de responsabilidad médica, 4ª Edición. Editorial Comares, Granada, 2002.

FORNES RUIZ, J.; "La responsabilidad social del médico". En "La responsabilidad social del médico", (Dir) Fundación de ciencias de la salud, Madrid, 1995.

FRAGA MANDIÁN, A.: "Primera aproximación al proceloso mundo del nuevo Baremo". Sepin doctrina, SP/DOCT/19086, <http://www.sepin.es>, 2015.

GALÁN CORTÉS, J. C.: "Daños personales. El Baremo de tráfico: ¿debería utilizarse siempre en supuestos distintos de los accidentes de tráfico?". Sepin doctrina, Encuesta jurídica, SP/DOCT/3697, <http://www.sepin.es>, 2008.

GALÁN CORTÉS, J. C.: "En un acto médico negligente, ¿responden las aseguradoras en virtud de una póliza de seguro de asistencia sanitaria?". Encuesta Jurídica, Base de datos SEPIN, SP/DOCT/4044, <http://www.sepin.es>, 2009.

GALÁN CORTÉS, J. C.: Responsabilidad civil médica, 4ª Edición. Civitas, Madrid, 2014.

GALÁN CORTÉS, J. C.; "La responsabilidad civil médico-sanitaria". En "La responsabilidad civil médico-sanitaria", (Dir) SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015.

GARCÍA ÁLVAREZ, M. A.: "Interdisciplinariedad y libertad clínica". Clínica y Salud, año 3, vol.3, núm 1, págs. 5 a 10, <http://www.copmadrid.org/publicaciones/cl%C3%ADnica>, 1.992.

GARCÍA BLÁZQUEZ, M., CASTILLO CALVÍN, J.M.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica. Comares, Granada, 2011.

GARCÍA LÓPEZ, R.: Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia. Bosch, Barcelona, 1990.

GARCIA SERRANO, F.: El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil, Anuario de Derecho Civil, Vol. 25, Nº 3, págs. 799-851. BOE, http://www.boe.es/publicaciones/anuario_derecho, 1972.

GIL MEMBRADO, C.: La responsabilidad civil por implante mamario. Mala praxis, consentimiento informado y prótesis defectuosa. Comares, Granada, 2014.

GÓMEZ CALLE, E.; "La contribución de la víctima a la causación del daño". En "La contribución de la víctima a la causación del daño", (Dir) HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013.

GUERRERO ZAPLANA, J.: Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria, 5ª Edición. Lex Nova, Valladolid, 2006.

GUERRERO ZAPLANA, J.: "El ¿nuevo? consentimiento informado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009". Revista de Jurisprudencia El Derecho, número 2, <http://www.aranzadi.es>, 2009.

GUERRERO ZAPLANA, J.: Guía práctica de las reclamaciones sanitarias. Lex Nova, Thomson Reuters, Madrid, 2013.

HERRADOR GUARDIA, M. J.: "Daños personales. El Baremo de tráfico: ¿debería utilizarse siempre en supuestos distintos de los accidentes de tráfico?". Sepin doctrina, Encuesta jurídica, SP/DOCT/3697, <http://www.sepin.es>, 2008.

HERRADOR GUARDIA, M. J.: Derecho de daños. Aranzadi, Navarra, 2013.

HUANG, S. H.: "Truth-telling to patient's terminal illness: What makes oncology nurses act individually?". European Journal of Oncology Nursing, Volume 18, Issue 5, October, <http://www.journals.elsevier.com>, 2014.

JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N.: Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria. Tecnos-práctica jurídica, Madrid, 2011.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: "Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o testamento vital". Diario La Ley, número 7334, 3 de febrero, ref D-35, <http://www.diariolaley.es>, 2010.

LAMA AYMA, A.: "La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad". INDRET, número 2, <http://www.indret.com>, 2006.

LARENZ, K.: Derecho de obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

LLAMAS POMBO, E.: "La llamada culpa médica: doctrina general y especialidades problemáticas". Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, número

II, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2002.

LLAMAS POMBO, E.: "¿Existe el daño extracontractual *in re ipsa*?". Práctica de Derecho de Daños, LA LEY, Número 76, Sección Editorial, Noviembre, <http://www.laleydigital.laley.es>, 2009.

LLAMAS POMBO, E.: "¿Un derecho de daños para la crisis?". Práctica de Derecho de Daños, LA LEY, Número 120, Sección Editorial, Tercer trimestre, <http://www.laleydigital.laley.es>, 2014.

LLAMAS POMBO, E.: Estudios sobre responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar. LA LEY, Madrid, 2014.

LLAMAS POMBO, E.: "Doctrina del TS sobre el daño *in re ipsa*". Práctica de Derecho de Daños, LA LEY, Número 122, Sección Editorial, Primer trimestre, <http://www.laleydigital.laley.es>, 2015.

LINDE PANIAGUA, E.: "La responsabilidad de la Administración Sanitaria". En "La responsabilidad de la Administración Sanitaria", (Dir) Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1993.

LÓPEZ HERRERA, E.: Manual de responsabilidad civil. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

LÓPEZ VALVERDE, M.: "Lo que no te han contado del nuevo Baremo". Sepin opinion, SP/DOCT/19367, ww.sepin.es, 2015.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: "El perdón a la víctima en supuestos de negligencia médica". Revista de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro, número 45, primer trimestre, <http://www.asociacionabogadosrcs.org>, 2013.

LUNA YERGA, A.: "Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2003. Responsabilidad de profesionales sanitarios". Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 62, págs 655-672, <http://www.aranzadi.es>, 2003.

LUNA YERGA, A.: "Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria". INDRET, volumen 4, número 165, octubre, <http://www.indret.com>, 2003.

LUNA YERGA, A.: La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

MACÍA GÓMEZ, R.: "La previsible evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal en la profesión médica". Diario La Ley, núm. 6997, 25 de julio, Sección Tribuna, <http://www.diariolaley.es>, 2008.

MACÍA MORILLO, A.: "El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo". Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, págs. 83-98, <http://www.uam.es>, 2011.

MACÍA MORILLO, A.: La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life). Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MAGRO SERVET, V.: "El lucro cesante en la incapacidad permanente en los accidentes de circulación, STS de 25 de marzo de 2010". Diario La Ley, Número 7445, Sección Tribuna, 14 de julio de 2010, referencia LA LEY 4264/201, <http://www.diariolaley.laley.es>, 2010.

MAGRO SERVET, V.: "Aplicación orientativa del baremo de tráfico a supuestos de lesiones distintos al derecho de la circulación". Diario La Ley, número 7574, 22 de febrero, referencia LA LEY 15137/2010, <http://www.diariolaley.laley.es>, 2011.

MAGRO SERVET, V.: "Las nuevas tecnologías aplicadas a la medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica. ¿Más tecnologías = más responsabilidad?". Diario La Ley, número 7837, Sección Doctrina, 13 de abril, <http://www.diariolaley.es>, 2012.

MARTÍN CASALS, M.: "¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?". II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba, <http://www.civil.udg.edu/cordoba/ponencias>, 2001.

MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002". Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 60/2002, 2002.

MARTÍN CASALS, M.; "A través del espejo". En "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo", (Dir) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., Civitas, Madrid, 2002.

MARTÍN CASALS, M.; "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil ". En "La responsabilidad civil y su problemática actual", (Dir) MORENO MARTÍNEZ, J.A., Dykinson, Madrid, 2007.

MARTÍN CASALS, M.: "Líneas generales de la propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas". SEPIN Artículos monográficos, ref. SP/18912/DOCT, <http://www.sepin.es>, 2014.

MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R.; "El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial". En "El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial", (Dir) HERRADOR GUARDIA, M.J., Aranzadi, Navarra, 2013.

MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R.; "Aplicación del sistema valorativo de daños personales y su interpretación jurisprudencial fuera del tránsito motorizado: ¿qué pasa con la reparación íntegra del lucro cesante?". En " Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro", (Dir) LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013.

MARTÍN DEL PESO GARCÍA, R.; "La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil". En "Responsabilidad civil.

Aspectos fundamentales", (Dir) SEIJAS QUINTANA, J.A., Sepin, Madrid, 2015.

MARTÍN SANTISTEBAN, S.; "Una aproximación entre responsabilidad contractual y extracontractual desde el punto de vista de la imputación del daño". En "Bases de un derecho contractual europeo", (Dir) ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARTINEZ GALLEGO, E. M.; "Análisis jurídico del consentimiento informado". En "Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar", (Dir) LLAMAS POMBO, E., LA LEY, Madrid, 2014.

MARTÍNEZ LEÓN, M., QUEIPO BURÓN, D., MARTÍNEZ LEÓN, C.: "Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas". Revista de la Escuela de Medicina Legal, Junio de 2009, <http://www.revistas.ucm.es>, 2009.

MAZZILLI, E.: "La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas". Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, vol. 1, núm 10, febrero, <http://www.aranzadi.es>, 2012.

MEDINA ALCOZ, L.: Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

MEDINA ALCOZ, L.: La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

MEDINA ALCOZ, M.: La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual. Dykinson, Madrid, 2003.

MEDINA ALCOZ, M.: La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos. Dykinson, Madrid, 2004.

MEDINA CRESPO, M.: La valoración legal del daño corporal. Dykinson, Madrid, 1997.

MEDINA CRESPO, M.; "La responsabilidad objetiva en el Código Civil. La estructura atributiva y la vocación expansiva de sus preceptos". En "Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro", (Dir) LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013.

MEDINA CRESPO, M.: "El manejo del nuevo baremo de tráfico fuera de su específico ámbito: la necesaria desvinculación de sus límites cualitativos y cuantitativos". Sepin doctrina, SP/DOCT/19962, <http://www.sepin.es>, 2015.

MEDINA, G.: "Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful Birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español". Revista crítica de derecho privado, número 5, págs. 469-491, dialnet.unirioja.es, 2008.

MÉNDEZ LÓPEZ, T.: "La responsabilidad sanitaria de los médicos internos residentes (MIR)". Monografías SEPIN, <http://www.sepin.es>, 2011.

Mediuris, S. L., Obra colectiva: Derecho para el personal sanitario. Marcial Pons, Madrid, 2011.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A.: Derecho de daños. Aranzadi, Navarra, 2013.

NAVARRO MICHEL, M.: "Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario". Anuario de Derecho Civil, volumen 56, número 3, <http://www.boe.es/publicaciones/anuariodederechocivil>, 2003.

NAVARRO MICHEL, M.: "Comentario a la Sentencia de 21 de diciembre de 2005". Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 72, págs. 1637-1658, <http://www.aranzadi.es>, 2006.

NAVEIRA ZARRA, M.: El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Tesis del Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad del La Coruña, La Coruña, 2005.

NAVEIRA ZARRA, M.: El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006.

NG, N. Y.; "Ethics and Social Value Judgments in Public Health". En "Ethics and Social Value Judgments in Public Health", (Dir) RUGER, J.P., Elsevier, Melbourne, 2014

OMC: "Baremo sanitario: claves de por qué no interesa su puesta en marcha". Revista oficial del consejo general de colegios médicos de España, número 35, octubre de 2015, <http://www.cgcom.es/revista>, 2015.

OSSORIO SERRANO, J. M.: Lecciones de derecho de daños. LA LEY, Madrid, 2011.

PANTALEÓN PRIETO, F.; "Procreación artificial y responsabilidad civil". En "La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana . Ponencias y comunicaciones del Congreso Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987", (Dir) PANTALEÓN PRIETO, F., Trivium, Madrid, 1988.

PANTALEÓN PRIETO, F.; "Causalidad e imputación objetiva. Criterios de imputación". En "Causalidad e imputación objetiva. Criterios de imputación", (Dir) Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

PANTALEÓN PRIETO, F.: Comentario al artículo 1902 del Código Civil. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

PANTALEÓN PRIETO, F.: Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración. Civitas, Madrid, 1995.

PANTALEÓN PRIETO, F.; "La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el

derecho español". En "Derecho de consumo", (Dir) Ministerio de Justicia, Estudios de derecho judicial, 2001.

PARRA SEPÚLVEDA, D.: La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa. Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014.

PASQUAU LIAÑO, M.: "Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio". Base de datos SEPIN, SP/DOCT/17288, <http://www.sepin.es>, 2012.

PLAZA PENADÉS, J.: El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria. Aranzadi, Navarra, 2002.

PLAZA PENADÉS, J.; "Responsabilidad civil del prestador de servicios médico-sanitarios". En "Responsabilidad civil del prestador de servicios médico-sanitarios", (Dir) REYES LÓPEZ, M.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PÉREZ GARCÍA, M. J.: "Significado y alcance del deber de información y del consentimiento informado en el ámbito de la medicina satisfactiva: breves reflexiones a propósito de la STS de 21 de octubre de 2005". Base de Datos El Derecho, 24 de julio, <http://www.elderecho.com>, 2006.

PERIS MARTINEZ, A.: "El nuevo Baremo". Sepin doctrina, SP/DOCT/19698, <http://www.sepin.es>, 2015.

PUIG CARLES, I.: "Normas de Actuación de Colegios y Médicos ante padres Separados/Divorciados con hijos. Parte III. Centros Médicos". Legalis Consultores, 2 de octubre, <http://www.legalisconsultores.es>, 2013.

PUJOL-ROBINAT, A., MARTÍ-FUMADÓ C., GIMÉNEZ PÉREZ, D., MEDALLO-MUÑIZ, J.: "Criterios médico-legales en la valoración de la responsabilidad médica". Revista española de medicina legal, número 4, vol. 39, <http://www.elsevier.es>, 2013.

REAL CUENCA, F.: "Contestación a SANTA CRUZ AYO, M.J. en su discurso Diagnóstico y formas de gestión de la responsabilidad civil médica". Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, número 79, <http://www.ravjl.com/ver/12/academicos--a%C3%B1o-de-posesion-y-discursos.html/>.

RENILLA, P.: "Concepto de secuelas intergravatorias y agravatorias". Curso de actualización en valoración del daño corporal: ley 35/2015, Colegio de médicos de Valencia, 5 de febrero, <http://www.redforense.es>, 2016.

RIBOT IGUALADA, J.: "Comentario a la Sentencia de 2 de julio de 2002". Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1 de enero de 2002, <http://www.aranzadi.es>, 2002.

RIBOT IGUALADA, J.: "Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 2006: Nexo de causalidad y daño resarcible en un supuesto de responsabilidad médico-sanitaria por omisión de la información previa y adecuada sobre los

riesgos que entraña una intervención quirúrgica imprescindible". Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 74, págs. 773-800, <http://www.aranzadi.es>, 2007.

RIBOT IGUALADA, J.: "La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado". Revista de derecho privado, <http://www.dialnet.unirioja.es>, 2007.

RIVAS LÓPEZ, A. L.: Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal). Fundación asesores locales, El Derecho Práctico, Málaga, 2012.

ROCA i TRIAS, E., NAVARRO MICHEL, M.: Derecho de daños: textos y materiales, 6ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ ARTALEJO, F., ORTÚN RUBIO, V. : "Los protocolos clínicos". Revista de medicina clínica, vol. 65, núm. 8, págs. 309-316, <http://www.elsevier.es>, 1.990.

RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R.: "La valoración de los daños causados por la Administración Sanitaria. Análisis de la STS de 11 de octubre de 2006". actualidad Administrativa, núm. 1 al 15 de enero de 2007, tomo I, referencia 112336/2006, núm. art. 4359/2006, laleydigital.laley.es, 2006.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: Responsabilidad médica y hospitalaria. Bosch, Barcelona, 2004.

RODRÍGUEZ MARÍN, C.; "Medicina satisfactiva". En "Medicina satisfactiva", (Dir) ORTI VALLEJO, A., Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: "La despenalización de las faltas de tráfico y la responsabilidad civil". Diario La Ley, número 8544, 21 de mayo, referencia LA LEY 3406/2015, <http://www.diariolaley.laley.es>, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El derecho de daños y la responsabilidad por accidente de trabajo". Diario La Ley, Relaciones Laborales número 2, pág. 23, referencia LA LEY 4255/2002, <http://www.diariolaley.laley.es>, 2003.

ROMEO CASABONA, C. M.: Aspectos jurídicos del consejo genético. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1994.

ROMERO COLOMA, A. M.: El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica. Editorial Reus, Madrid, 2007.

ROMERO COLOMA, A. M.: "Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica". Diario La Ley, núm. 7231, 1 de septiembre, [diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es), 2009.

ROMERO COLOMA, A. M.: "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)". Revista crítica de derecho inmobiliario, núm. 722, <http://www.revistacritica.es>, 2010.

SALÁS i DARROCHA, J. T.: "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". actualidad Administrativa, núm. 22, págs. 2692-2711, <http://www.revistas.laley.es>, 2005.

SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A.: "Causalidad y responsabilidad". INDRET, núm. 1, <http://www.indret.com>, 2006.

SANCHO GARGALLO, I.: "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado". INDRET, núm. 2, abril, <http://www.indret.com>, 2004.

SANTA CRUZ AYO, M. J.: "Evaluación, diagnóstico y formas de gestión de la responsabilidad civil médica". Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, número 79, <http://www.ravjl.com/ver/12/academicos--a%C3%B1o-de-posesion-y-discursos>, 2011.

SANTOS BRIZ, J.: La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal, 5ª edición. Montecorvo, Madrid, 1989.

SANTOS BRIZ, J. y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: Comentario del artículo 1.106 del Código Civil en Comentario del Código Civil, 2ª Edición. Bosch, Barcelona, 2006.

SANZ MULAS, N.; "La responsabilidad penal del personal". En "La responsabilidad penal del personal", (Dir) LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014.

SARRATO MARTÍNEZ, L.: "Delimitación jurídica y contenido de la denominada lex artis médica". Actualidad jurídica Aranzadi, número 728, <http://www.aranzadi.es>, 2007.

SARRATO MARTÍNEZ, L.: "La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria". Diario La Ley, núm. 6968, Sección Tribuna, 16 de junio, Ref. D-189, <http://www.diariolaley.com>, 2008.

SEIJAS QUINTANA, J. A.: "Responsabilidad civil de clínicas y compañías de asistencia médica". SEPIN, sección artículos monográficos, SP/DOCT/8043, <http://www.sepin.es>, 2010.

SEIJAS QUINTANA, J. A.; "Responsabilidad sanitaria: identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad". En "Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro", (Dir) LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., ELUM MACÍAS, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013.

SEIJAS QUINTANA, J. A.: Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, 2ª Edición. Sepin, Madrid, 2015.

SEOANE PRADO, J.: "En un acto médico negligente, ¿responden las aseguradoras en virtud de una póliza de seguro de asistencia sanitaria?". Encuesta Jurídica, Base de datos SEPIN, SP/DOCT/4044, <http://www.sepin.es>, 2009.

SEUBA TORREBLANCA, J. C.: Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis. Civitas, Madrid, 2002.

SEVILLANO, E.: "¿Cuánto vale una mala operación?". El País Digital, Sección España, 6 de julio, <http://www.politica.elpais.com>, 2015.

SISO MARTÍN, J.: Las variables jurídicas del ejercicio de la Medicina. Examen de la responsabilidad sanitaria. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008.

SOLER PRESAS, A.: "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR". INDRET, número 2, mayo, <http://www.indret.com>, 2009.

SOTO NIETO, F.: "Responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Existencia de aseguradora. Jurisdicción. Competencia". Diario La Ley, N° 7490, Sección Doctrina, 18 de Octubre de 2010, Año XXXI, Ref. D-314, <http://www.diariolaley.laley.es>, 2010

TAMAYO HAYA, S.: "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas". Revista Digital Facultad de Derecho, número 6, <http://www.portal.uned.es>, 2013.

TORAL LARA, E.; "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español". En "Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar", (Dir) LLAMAS POMBO, E. , La Ley, Madrid, 2014.

TRESPADERNE BERACIERTO, M. I.: Argumentos para un nuevo enfoque en el enjuiciamiento de la responsabilidad por defectuosa asistencia en la organización sanitaria. Comares, Granada, 2014.

URRUELA MORA, A., ROMEO MALANDA, S.: "Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica". Revista de Derecho Penal, núm. 34, págs. 35-74, 2011.

VALLEJO JIMÉNEZ, G. A.: Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica. Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de León., León, 2012.

VAN GERVEN, W.: Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law. Hart Publishing, Oxford, 2000.

VÁZQUEZ BARROS, S.: Responsabilidad civil de los médicos. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "La autonomía del paciente y la protección de datos personales sensibles. Especial referencia a la historia clínica electrónica". Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, número 36, <http://www.aranzadi.es>, 2014.

VERDERA SERVER, R., ESTRUCH ESTRUCH, J., MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: Derecho de daños. Aranzadi, Navarra, 2009.

VICANDI MARTÍNEZ, A.: "El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria. Un estudio jurisprudencial". Revista de Derechos Fundamentales, núm. 3, <http://www.derechosfundamentales.cl>, 2009.

VICANDI MARTÍNEZ, A.: "El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y de presente". Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), núm. 3, septiembre-diciembre, <http://www.dykinson.com>, 2013.

VICANDI MARTÍNEZ, A.: "El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria: una visión dogmática y jurisprudencial de la realidad actual". Revista CEFLEGAL, núm. 169, febrero, <http://www.ceflegal.com>, 2015.

VICENTE DOMINGO, E.; "El daño". En "Tratado de responsabilidad civil, vol.1 (parte general)", (Dir) REGLERO CAMPOS, L.F., Aranzadi, Navarra, 2008.

VICENTE DOMINGO, E.: El lucro cesante. Editorial Reus, Madrid, 2014.

VICENTE MENDOZA, M.: "Introducción a las modificaciones existentes en la Ley 35/2015. Real Decreto 1148/2015 e Informe Pericial Médico Legal". Curso de actualización en valoración del daño corporal: ley 35/2015,

Colegio de médicos de Valencia, 5 de febrero, <http://www.redforense.es>, 2016.

VIVAS TESÓN, I.: "La responsabilidad civil médica en los supuestos de Wrongful Birth y Wrongful Life: análisis jurisprudencial". Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 11, <http://www.aranzadi.es>, 2003.

XIOL RÍOS, J. A.: "La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil del abogado". SEPIN Artículos monográficos, SP/DOCT/17407, <http://www.sepin.es>, 2011.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Dykinson, Madrid, 2001.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, Ponente Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant (Sentencia de Pleno), número 53/1985, BOE número 119 de 18 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio de 2002, Ponente Manuel Jiménez de Parga, Recurso de amparo 3468/1997, BOE número 188, de 7 de agosto de 2002.

Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo de 2011, Ponente Elisa Pérez Vela, BOE de 28 de abril de 2011.

AUDIENCIAS PROVINCIALES Y TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso, de 17 de abril de 2009, Ponente Javier Izquierdo Del Fraile, Sentencia número 166/2009, Recurso 67/2008, Base de datos SEPIN SP/SENT/461751.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 2, de 30 de septiembre de 2009, Ponente María Jesús Oliveros Rosselló, Número de Sentencia 1269/2009, número de recurso 675/2006, Base de datos La Ley 324698/2009, Roj: STSJ CV

9440/2009 - ECLI:ES:TSJCV:2009:9440 Id Cendoj:
46250330022009101751.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 23 de octubre de 2009, Sala de lo Contencioso, Ponente Luis Jimena Quesada, resolución 1390/2009, número de recurso 1504/2006, Roj: STSJ CV 7461/2009 - ECLI:ES:TSJCV:2009:7461, Id Cendoj: 46250330022009101546.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 6 de abril de 2011, Ponente Pedro Javier Altares Medina, Sentencia 47/2011, Recurso 128/2010, SAP CS 517/2011- ECLI:ES:APCS:2011:517.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 2012, Ponente Alejandro María Valiño Arcos, resolución 572/2012, recurso 1229/2011, CENDOJ: Roj: SAP V 4241/2012 - ECLI:ES:APV:2012:4241, Id Cendoj: 46250370112012100461, SEPIN SP/SENT/699150.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, de 7 de noviembre de 2012, Ponente María de los Desamparados Carles Vento, Sentencia número 960/2012, Recurso número 1791/2008, Base de datos Sepin referencia SP/SENT/703417.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 17 de diciembre de 2012, Ponente José Manuel Barral Díaz, resolución número 496/2012, ROJ: SAPO 3574/2012-ECLI: ES:APO:2012:3574.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, de 22 de febrero de 2013, Ponente Miguel Antonio Soler Margarit, Sentencia número 125/2013, Recurso número 568/2010, Base de datos Sepin, referencia SP/SENT/719402.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de mayo de 2013, Ponente Fernando Lacaba Sánchez, resolución 188/2013, recurso 666/2012, Roj: SAP GI 447/2013 - ECLI:ES:APGI:2013:447, Id Cendoj: 17079370012013100185.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, de 23 de diciembre de 2013, Ponente Susana Catalán Muedra, resolución 578/2013, recurso 137/2013, CENDOJ: Roj: SAP V 5578/2013 - ECLI:ES:APV:2013:5578 Id Cendoj: 46250370112013100433, SEPIN: SP/SENT/759950.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, de 17 de enero de 2014, Ponente Miguel Antonio Soler Margarit, resolución 17/2014, recurso 759/2011, CENDOJ: Roj: STSJ CV 31/2014 - ECLI:ES:TSJCV:2014:31 Id Cendoj: 46250330022014100013, SEPIN: SP/SENT/757600.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 27 de enero de 2014, Ponente María Filomena Ibáñez Solaz, resolución 21/2014, recurso 537/2013, CENDOJ: Roj: SAP V 693/2014 - ECLI:ES:APV:2014:693 Id Cendoj: 46250370072014100023, SEPIN: SP/SENT/759976.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 5 de marzo de 2014, Ponente María Pilar Eugenia Cerdán Villalba, CENDOJ:Roj:

SAP V 1475/2014 - ECLI:ES:APV:2014:1475 Id Cendoj: 46250370072014100108, SEPIN: SP/SENT/766353.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de marzo de 2014, Sección 11ª, de 31 de marzo de 2014, Ponente Alejandro Francisco Giménez Murria, resolución 126/2014, recurso 448/2013, CENDOJ: Roj: SAP V 2081/2014 - ECLI:ES:APV:2014:2081 Id Cendoj: 46250370112014100095, SEPIN: SP/SENT/77455.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso, de 31 de marzo de 2014, Ponente Julio Gallego Otero, Sentencia número 276/2014, Recurso número 1604/2011, Roj: STSJ AS 1006/2014-ECLI:ES:TSJAS:2014:1006, ID CENDOJ 33044330012014100318.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 9 de abril de 2014, Ponente María Pilar Eugenia Cerdán Villalba, resolución 131/2014, recurso 84/2014, CENDOJ: Roj: SAP V 1989/2014 - ECLI:ES:APV:2014:1989, Id Cendoj: 46250370072014100126, SEPIN: SP/SENT/773492.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de junio de 2014, Ponente María Alicia Millán Herrandiz, Recurso 766/2010, SEPIN SP/SENT/774190.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, de 24 de julio de 2014, Ponente Eugenio Sánchez Alcaraz, resolución número 306/2014, recurso 253/2014, SP/SENT/787362.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de Septiembre de 2014, Ponente Marta Rallo Ayezuren, resolución 440/2014, recurso número 133/2013, Roj: SAP B 9559/2014-ECLI:ES:APB:2014:9559, Id Cendoj: 08019370162014100448referencia LA LEY CJ:149675/2015.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 2014, Ponente Mariano Espinosa de Rueda-Jover, Resolución 806/2014, Recurso 148/2008, STSJ MU 2307/2014 - ECLI:ES:TSJMU:2014:2307.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de marzo de 2015, Ponente Asunción Claret Castany, Sección 19ª, resolución 32/2015, recurso 579/2013, SP/SENT/811816.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de junio de 2015, Ponente Vicente Ortega Llorca, Sección 6ª, resolución número 153/2015, recurso 176/2015, SP/SENT/832301

TRIBUNAL SUPREMO: SALA PENAL Y SALA DE CONFLICTOS.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Penal, de 4 de abril de 2001, Ponente Andrés Martínez Arrieta, recurso número 2338/1999, resolución 574/2001, Roj: STS 2826/2001 - ECLI:ES:TS:2001:2826, Id Cendoj: 28079120012001104026.

Auto del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Jurisdicción, de 19 de diciembre de 2013, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, auto número

35/2013, Roj: ATS 12345/2013 - ECLI:ES:TS:2013:12345A, Id Cendoj: 28079160422013200039.

Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos, Sección 42, de 24 de abril de 2015, Ponente Inés Huerta Garicano, recurso número 4/2015, Roj: ATS 2965/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2965A, Id Cendoj: 28079160422015200007, referencia SEPIN AO/AUTRJ/811894.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Penal, de 25 de septiembre de 2015, Ponente Andrés Palomo del Arco, recurso 648/2015, sentencia 532/2015, Roj: STS 3874/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3874, Id Cendoj: 28079120012015100527.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 14 de junio de 1991, Ponente José María Reyes Monterreal, resolución número 1820, Roj: STS 16257/1991 - ECLI:ES:TS:1991:16257, Id Cendoj: 28079130031991101060.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de abril de 2000, Ponente Xiol Ríos, recurso número 8065/1995, Roj: STS 2750/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2750, ID Cendoj: 28079130062000100145.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 14 de octubre de 2003, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 1058/1999, ROJ: STS 6299/2003 - ECLI:ES:TS:2003:6299, Id Cendoj: 28079130062003100748.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 26 de febrero de 2004, Ponente José Manuel Sieira Miguez, recurso 8656/1999, ROJ: STS 1287/2004 - ECLI:ES:TS:2004:1287, ID CENDOJ 28079130062004100100.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de abril de 2005, Ponente Eduardo Espín Templado, recurso número 5588/2002, Roj: STS 2238/2005 - ECLI:ES:TS:2005:2238, Id Cendoj: 28079130032005100114.

Sentencia del Tribunal Supremo , Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 2005, Ponente Agustín Puente Prieto, recurso número 5377/2001, Roj: STS 8169/2005 - ECLI:ES:TS:2005:8169, Id Cendoj: 28079130062005100587.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 14 de marzo de 2007, Ponente Margarita Robles Fernández, número de recurso 8017/2002, Roj: STS 1540/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1540, Id Cendoj: 28079130062007100083.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de junio de 2007, Ponente Agustín Puente Prieto, número de recurso 4745/2003, Roj: STS 5117/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5117, Id Cendoj: 28079130062007100292.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 5 de diciembre de 2007, Ponente Agustín Puente Prieto, recurso número 92, Roj: STS 8332/2007 - ECLI:ES:TS:2007:8332, Id Cendoj: 28079130062007100473.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de noviembre de 2008, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso núm. 4936, Roj: STS 5899/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5899, Id Cendoj: 28079130062008100410.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 de enero de 2010, Ponente Agustín Puente Prieto, recurso número 6574/2005, Roj: Id Cendoj: STS 227/2010 - ECLI:ES:TS:2010:227 28079130062010100032, Base de datos LA LEY: CJ 964/2010

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 23 de febrero de 2010, Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso número 4794, ROJ: STS 692/2010 - ECLI:ES:TS:2010:692, ID CENDOJ 28079130062010100072.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de marzo de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 3944/2008, ROJ: STS 1752/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1752, ID CENDOJ 28079130042010100180.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 31 de marzo de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 3372/2008, ROJ: STS 1756/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1756, ID CENDOJ 28079130042010100183, LA LEY 27089/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de mayo de 2010, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 3021/2008,

ROJ: STS 3000/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3000, ID CENDOJ 28079130042010100281, LA LEY CJ: 86223/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de junio de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 3038/2008, ROJ: STS 3725/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3725, ID CENDOJ: 28079130042010100355, LA LEY CJ:110127/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4403/2008, Roj: STS 3364/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3364, Id Cendoj: 28079130042010100315.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 22 de junio de 2010, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 5540/2008, ROJ: STS 4341/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4341, ID CENDOJ 28079130042010100414, LA LEY CJ114306/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de junio de 2010, Ponente José Manuel Sieira Miguez, recurso 5927/2007, Roj: STS 3463/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3463, Id Cendoj: 28079130062010100303.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 29 de junio de 2010, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 4637/2008, ROJ: STS 3498/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3498, ID CENDOJ 28079130042010100326.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 8 de octubre de 2010, Ponente Juan Carlos Trillo Alonso, recurso número 5446/2005,

ROJ: TS 5438/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5438, ID CENDOJ 28079130062010100505, LA LEY CJ: 181960/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de octubre de 2010, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 4978/2007, Roj: STS 5422/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5422, Id Cendoj: 28079130042010100537.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 2 de diciembre de 2010, Ponente Carlos Lesmes Serrano, recurso número 4872/2006, ROJ: STS 6891/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6891, ID CENDOJ: 28079130062010100724, LA LEY 217807/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de septiembre de 2011, Ponente Antonio Martí García, número de recurso 6280/2009, STS 5922/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5922, Id CENDOJ 28079130042011100489.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de septiembre de 2011, Ponente Segundo Menéndez Pérez, recurso número 3536/2007, ROJ:STS 6394/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6394, ID CENDOJ: 28079130042011100518.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 2011, Ponente Celsa Picó Lorenzo, recurso número 1033/2007, ROJ: STS 6595/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6595, ID CENDOJ: 28079130042011100540, CJ 195810/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 7 de diciembre de 2011, Ponente Enrique Lecumberri Marti, recurso número 1468/2010, ROJ: STS 8078/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8078, ID CENDOJ 28079130042011100656, CJ 1468/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 de marzo de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Marti, número de recurso 4165/2010, Roj: STS 1673/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1673, Id Cendoj: 28079130042012100197.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 28 de marzo de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Marti, recurso número 2362/2011, Roj: STS 2067/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2067, Id Cendoj: 28079130042012100213.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 8 de octubre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Marti, recurso número 6290/2011, Roj: STS 6357/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6357, Id Cendoj: 28079130042012100646.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de octubre de 2012, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 6878/2010, ROJ: STS 6645/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6645, ID CENDOJ: 28079130042012100669.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 2 de noviembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, resolución, recurso 772/2012, Roj: STS 7293/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7293, Id Cendoj: 28079130042012100713, LA LEY 169871/2012.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 13 de noviembre de 2012, Ponente Santiago Martínez-Vares García, recurso número 5283/2011, Roj: STS 7388/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7388, Id Cendoj: 28079130042012100722, Base de datos Sepin SP/SENT/697965.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de noviembre de 2012, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 5330/2011, ROJ: STS 8111/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8111, ID CENDOJ 28079130042012100792.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 4 de diciembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, Número de recurso 6157/2011, Roj: STS 8738/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8738 Id Cendoj 28079130042012100839.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 21 de diciembre de 2012, Ponente Enrique Lecumberri Martí, Recurso número 4229/2011, STS 8548/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8548, ID CENDOJ 28079130042012100822.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 28 de mayo de 2013, Ponente Ricardo Enríquez Sancho, recurso número 660/2013, Roj: STS 2732/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2732, Id Cendoj: 28079130042013100132.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 3 de octubre de 2014, Ponente María del Pilar Teso Gamella, Recurso número

4000/2012, CENDOJ: Roj: STS 3890/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3890, Id Cendoj: 28079130042014100239Base de datos SEPIN SP/SENT/783092.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de abril de 2015, Ponente José Luis Requero Ibáñez, recurso 2114/2013, ROJ: STS 1713/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1713, Id Cendoj: 28079130042015100141.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 6 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 2099/2013, ROJ: STS 2135/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2135, ID CENDOJ: 28079130042015100168, LA LEY CJ:59440/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 19 de mayo de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso número 4397/2010, Roj: STS 2494/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2494, Id Cendoj: 28079130042015100192.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 6 de octubre de 2015, Ponente José Luis Requero Ibáñez, recurso 3808/2013, ROJ: STS 4222/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4222 , ID CENDOJ: 28079130042015100289, LA LEY CJ: 14387/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de diciembre de 2015, Ponente Jesús Cudero Blas, recurso 967/2014, ROJ: STS 5339/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5339, ID CENDOJ: 28079130042015100367, LA LEY CJ: 191263/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 21 de diciembre de 2015, Ponente Angel Ramón Arozamena Laso, recurso

1247/2014, ROJ: STS 5640/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5640, ID CENDOJ: 28079130042015100402.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA CIVIL

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 2 de diciembre de 1996, Ponente José Almagro Nosete, resolución 1022, recurso 404/1993, Roj: STS 6868/1996 - ECLI:ES:TS:1996:6868, Id Cendoj: 28079110011996101606.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de julio de 1997, Ponente José Almagro Nosete, resolución 604/1997, recurso 1937/1993, Roj: STS 4655/1997 - ECLI:ES:TS:1997:4655, Id Cendoj: 28079110011997101830.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de febrero de 1999, Ponente Jesús Marina Martínez-Pardo, resolución número 1242/1998, recurso 2236/1994, Roj: STS 679/1999 - ECLI:ES:TS:1999:679, Id Cendoj: 28079110011999101490.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 12 de enero de 2001, Ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Sentencia número 3/2001, recurso 3688/1995, ROJ 74/2001- ECLI:ES:TS:2001:74, ID CENDOJ: 28079110012001277.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de febrero de 2001, Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez, resolución número 139/2001, recurso 358/1996, Roj: STS 1264/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1264, Id Cendoj: 28079110012001101545.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 26 de marzo de 2004, Ponente Clemente Auger Liñán, resolución 276/2004, recurso 1458/1998, Roj: STS 2100/2004 - ECLI:ES:TS:2004:2100, Id Cendoj: 28079110012004100271.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de octubre de 2005, Ponente Jesús Corbal Fernández, Sentencia número 758, recurso número 1039/1999, El Derecho EDJ 2005/165831, SEPIN SP/SENT/121634.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de diciembre de 2005, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 1002/2005, número de recurso 1986/1999, Referencia CENDOJ Roj: STS 7433/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7433, Id Cendoj: 28079110012005100983, Referencia EL DERECHO EDJ 2005/206730.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de febrero de 2006, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, recurso número 2249/1999, resolución 84/2006, Roj: STS 742/2006 - ECLI:ES:TS:2006:742, Id Cendoj: 28079110012006100144, La Ley CJ 430/2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de mayo de 2006, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 481/2006, número de recurso 3337/1999, Roj: STS 3350/2006 - ECLI:ES:TS:2006:3350, Id Cendoj: 28079110012006100567.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 5 de diciembre de 2006, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Sentencia número 1267/2006,

número de recurso 4838/1999, CENDOJ: Roj: STS 7573/2006 - ECLI:ES:TS:2006:7573, Id Cendoj: 28079110012006101247, Base de datos La Ley referencia 149999/2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de Pleno, de 17 de abril de 2007, Ponente Encarnación Roca Trias, recurso núm. 2598, resolución 430/2007, Roj: STS 4225/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4225, Id Cendoj: 28079110012007100600.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de julio de 2007, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 837/2007, número de recurso 3036/2000, Roj: STS 4806/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4806, Id Cendoj: 28079110012007100782.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de noviembre de 2007, Ponente Encarnación Roca Trias, resolución 1197/2007, número de recurso 4469/2000, Roj: STS 7945/2007 - ECLI:ES:TS:2007:7945, Id Cendoj: 28079110012007101253.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 17 de septiembre de 2008, Ponente José Almagro Nosete, resolución 806/2008, recurso 653/2002, Roj: STS 4758/2008 - ECLI:ES:TS:2008:4758 Id Cendoj: 28079110012008100751.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 23 de octubre de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, resolución 5371/2008, recurso número 870/2003, ROJ STS 5371/2008, ID CENDOJ 28079110012008100895.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de enero de 2009, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 2/2009, recurso 1746/2003, El Derecho EDJ 2009/10465, CENDOJ ID: 28079110012009100014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de junio de 2009, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución número 438/2009, recurso 2701/2004, Roj: STS 3490/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3490, Id Cendoj: 28079110012009100381, Base de datos SEPIN SP/SENT/462165.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2009, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 280/2009, recurso 173/2005, CENDOJ: Roj: STS 4866/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4866, Id Cendoj: 2807911001200910054, SEPIN: SP/SENT/469948.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2009, Ponente Juan Antonio Xiol Rios, recurso número 1090/2005, resolución número 800/2009, Roj: STS 8467/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8467, Id Cendoj: 28079110012009100836.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 3 de marzo de 2010, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 127/2010, recurso 956/2006, CENDOJ: Roj: STS 976/2010 - ECLI:ES:TS:2010:976 Id Cendoj: 28079110012010100109.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de marzo de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 228/2010, recurso 1741/2004, Referencia LA LEY CJ12521/2010, Referencia CENDOJ 28079110012010100189.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de marzo de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Sentencia número 211/2010, recurso 326/2006, El Derecho EDJ 2010/45218, CENDOJ ID: 280791100120100214.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de junio de 2010, Ponente Carlos Lesmes Serrano, recurso número 7412/2005, ROJ: STS 4340/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4340, ID CENDOJ 28079130062010100402, LA LEY CJ: 114398/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de julio de 2010, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 483/2010, recurso 1523/2006, El Derecho, EDJ 2010/152957, CENDOJ ID:28079110012010100478.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de septiembre de 2010, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 567/2010, recurso 1004/2006, Roj: STS 4716/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4716 Id Cendoj: 28079110012010100548.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de septiembre de 2010, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 575/2010, recurso número 2222/2006, El Derecho EDJ 2010/213607, CENDOJ ID: 28078110012010100594, Roj: STS 5151/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5151.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de noviembre de 2010, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 669/2010, recurso

444/2007, Roj: STS 6363/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6363 Id Cendoj: 28079110012010100733.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 524/2010, recurso 1644/2006, CENDOJ: Roj: STS 6810/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6810 Id Cendoj: 28079110012010100781.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de diciembre de 2010, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución número 545/2010, recurso 1433/2006, Roj: STS 7204/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7204, Id Cendoj: 28079110012010100805.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de enero de 2011, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 1/2011, recurso 1565/2007, El Derecho EDJ 2011/5188, CENDOJ ID: 28079110012011100014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de febrero de 2011, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 62/2011, recurso 1888/2007, El Derecho EDJ 2011/8438, CENDOJ ROJ STS 504/2011 - ECLI:ES:TS:2011:504.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de marzo de 2011, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 101/2011, recurso 1918/2007, El Derecho EDJ 2011/30414, CENDOJ ID: 28079110012011100176.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de abril de 2011, Ponente Francisco Marín Castán, resolución 237/2011, recurso número 1814/2007, Roj: STS 2032/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2032 Id Cendoj: 28079110012011100215.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2011, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 340/2011, recurso 124/2008, CENDOJ ID: 28079110012011100290, El Derecho EDJ 90960/2011, La Ley CJ 62790/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 31 de mayo de 2011, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 344/2011, recurso 128/2008, El Derecho EDJ 95532/2011, CENDOJ ID: 28079110012011100340.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de junio de 2011, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 357/2011, recurso 791/2008, El Derecho EDJ 99508/2011, CENDOJ ID: 28079110012011100317.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de julio de 2011, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, resolución 606/2011, recurso 1283/2007, referencia CENDOJ 28079110012011100547, referencia LA LEY 165551/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de noviembre de 2011, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, resolución 906/2011, recurso 2155/2008, Roj: STS 9288/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9288, Id Cendoj: 28079110012011100900, LA LEY 281254/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de diciembre de 2011, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 964/2011, recurso 2069/2008, El Derecho EDJ 307886/2011, CENDOJ ID: 28079110012011100851.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de Pleno, de 16 de enero de 2012, Ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández, resolución número 993/2011, recurso 460/2011, Roj: STS 528/2012 - ECLI:ES:TS:2012:528, Id Cendoj: 28079119912012100003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 16 de enero de 2012, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 948/2011, recurso 2243/2008, El Derecho EDJ 6926/2012, CENDOJ ID: 28079110012012100028.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de febrero de 2012, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 45/2012, recurso 343/2009, CENDOJ: Roj: STS 1578/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1578, Id Cendoj: 28079110012012100136SEPIN: SP/SENT/666570.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de mayo de 2012, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 333/2012, recurso 2002/2009, El Derecho EDJ 2012/89300, CENDOJ ID: 28079110012012100305.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 24 de mayo de 2012, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 336/2012, recurso

2128/2009, CENDOJ: Roj: STS 3450/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3450, Id Cendoj: 28079110012012100321, Base de datos SEPIN: SP/SENT/675454.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 4 de julio de 2012, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Sentencia número 407/2012, recurso 67/2008, El Derecho EDJ 2012/228164, CENDOJ ID: 28079110012012100601.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de Pleno, de 13 de septiembre de 2012, Ponente José Antonio Seijas Quintana, recurso número 2019/2009, resolución 535/2012, Roj: STS 7648/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7648, Id Cendoj: 28079119912012100013.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de noviembre de 2012, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 696/2012, recurso 894/2010, Roj: STS 7154/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7154, Id Cendoj: 28079110012012100638.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de marzo de 2013, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución número 157/2013, recurso número 1785/2010, Roj: STS 1136/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1136, Id Cendoj: 28079110012013100122.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de abril de 2013, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 199/2013, recurso 2017/2010, El Derecho EDJ 55332/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100213.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de junio de 2013, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 403/2013, recurso número 368/2011, Roj: STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247, Id Cendoj: 28079110012013100339, Base de datos SEPIN referencia SP/SENT/723019.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 28 de junio de 2013, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución número 463/2013, recurso 265/2011, El Derecho EDJ 127292/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100385.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 3 de julio de 2013, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia 475/2013, recurso 437/2011, El Derecho, EDJ 127300/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100393.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 19 de julio de 2013, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 513/2013, recurso 923/2011, El Derecho EDJ 140051/2013, CENDOJ ID: 28079110012013100432.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de octubre de 2013, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 616/2013, recurso 1578/2011, El Derecho EDJ 197146/2013, CENDO ID: 28079110012013100552, referencia SEPIN SP/SENT/736565.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 25 de noviembre de 2013, Ponente Ignacio Sancho Gargallo, resolución 713/203, recurso 1842/2011, CENDOJ: Roj: STS 5822/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5822 Id Cendoj: 28079110012013100705, SEPIN SP/SENT/743768.

Auto del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 28 de enero de 2014, de inadmisión del recurso de casación, Ponente Francisco Marín Castán, Recurso número 1003/2013, Base de datos SEPIN SP/AUTRJ/758152.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de mayo de 2014, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Recurso 285/2012, resolución 226/2014, Roj: STS 1768/2014, Id Cendoj: 28079110012014100196.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 29 de mayo de 2014, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 288/2014, recurso número 888/2012, Roj: STS 2039/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2039 Id Cendoj: 2807911001201410022, LA LEY CJ: 60527/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 30 de mayo de 2014, Ponente Ignacio Santo Gargallo, recurso número 1439/2012, número de resolución 251/2014, Roj: STS 2647/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2647, Id Cendoj: 28079110012014100303.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de julio de 2014, Ponente José Antonio Seijas Quintana, Sentencia número 412/2014, Recurso número 2795/2012, SP/SENT/773265.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 2 de febrero de 2015, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 29/2015, recurso número 3417/2012, ROJ: STS 206/2015 - ECLI:ES:TS:2015:206 Id Cendoj: 28079110012015100031.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 3 de febrero de 2015, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 18/2015, recurso número 2434/2012, ROJ: STS 206/2015 - ECLI:ES:TS:2015:206 Id Cendoj: 28079110012015100031.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 18 de febrero de 2015, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 33/2015, recurso 194/2013, CENDOJ: Roj: STS 434/2015 - ECLI:ES:TS:2015:434, Id Cendoj: 28079110012015100054, SEPIN: SP/SENT/799467.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 27 de febrero de 2015, Ponente María del Pilar Teso Gamella, recurso 978/2013, ROJ: STS 743/2015 - ECLI:ES:TS:2015:743, ID CENDOJ: 28079130042015100068, LA LEY CJ:13855/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 17 de abril de 2015, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución número 213/2015, recurso número 728/2014, Roj: STS 1418/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1418, Id Cendoj: 28079110012015100183.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2015, Ponente Francisco Javier Orduña Moreno, resolución número 765/2014, recurso 2167/2012, Roj: STS 2553/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2553, Id Cendoj: 28079119912015100026.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de mayo de 2015, Ponente Eduardo Baena Ruiz, resolución 249/2015, recurso número 1134/2013, ROJ: STS 2728/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2728, Id Cendoj: 28079110012015100326, BASE DE DATOS SEPIN SP/SENT/817002.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2015, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 262/2015, recurso número 1459/2013, ROJ: STS 2565/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2565 Id Cendoj: 28079110012015100309.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 8 septiembre de 2015, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 483/2015, recurso número 2247/2013, ROJ: STS 3722/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3722 Id Cendoj: 28079110012015100456.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 15 de septiembre de 2015, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 479/2015, recurso número 2675/2013, ROJ: STS 3752/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3752 Id Cendoj: 28079110012015100465.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 13 de octubre de 2015, Ponente resolución número 546/2015, recurso 959/2103, Roj: STS 4148/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4148, Id Cendoj: 28079119912015100035 referencia LA LEY CJ 142747/2015, Base de datos SEPIN SP/SENT/828010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 20 de octubre de 2015, Ponente José Antonio Seijas Quintana, resolución 544/2015, recurso número 3140/2014, ROJ: STS 4149/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4149 Id Cendoj: 28079119912015100036, BASE DE DATOS LA LEY 142748/2015.