



# A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado

*On Medical Liability Insurance.  
The Lost Chance Theory And Disproportionate Harm*

**Ana Isabel Berrocal Lanzarot**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.  
Miembro de la Asociación Española de Derecho Sanitario.

## Resumen

El criterio de imputación de la responsabilidad civil médica es, por regla general, el de responsabilidad subjetiva o por culpa. Si bien, no es ajena a cierta objetivización, tanto en el Derecho positivo, como en la jurisprudencia, lo que viene a condicionar los aspectos básicos del régimen jurídico aplicable a este supuesto de responsabilidad, tales como el régimen de la prueba, el requisito de la causalidad, y la incidencia del consentimiento informado en su apreciación y extensión. Así, el propio demandante no ha de dar siempre cumplida cuenta de la culpa o negligencia en que incurrió el facultativo en el cumplimiento de la obligación de medios que le corresponde ejecutar, sino que a veces cabe que, la falta de diligencia de aquél la infiera el juez a la vista del desarrollo del proceso a través de mecanismos objetivadores como el daño o resultado desproporcionado. Por otra parte, la transformación de la concepción clásica de la relación de causalidad, y evitar que la víctima/paciente quede sin reparación, determina la aparición de la teoría de la pérdida de oportunidad cuando no se pueda establecer si una determinada conducta ha provocado un daño, pero existe la posibilidad que con el comportamiento debido, no se hubiera producido el resultado lesivo.

## Palabras claves

Responsabilidad médica, pérdida de oportunidad, daño o resultado desproporcionado, culpa, riesgo, consentimiento informado, obligación de medios o de resultado.

**Fecha de recepción del artículo**

Enero 2011

**Fecha de aceptación del artículo**

Febrero de 2011

actualidad médico-legal



## Notas

1. DOMÍNGUEZ LUELMO A., Derecho sanitario y responsabilidad médica, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 61; DE ÁNGEL YAGÚEZ R., «Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos», en *Derecho médico. Tratado de Derecho Sanitario, directores Martínez Calcerrada y De Lorenzo y Montero, T. I*, Colex, Madrid 2001, pp. 97-100; FERNÁNDEZ COSTALES J., La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería), La Ley-Actualidad, Madrid 1995, pp. 56-59. En contra de la relevancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado a efectos probatorios, SANTOS BRIZ J., «La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 673-674.

2. ATAZ LÓPEZ J., Los médicos y la responsabilidad civil, Ed. Montecorvo, Madrid 1985, pp. 54-56; LLAMAS POMBO E., La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos, Ed. Trivium, Madrid 1988, pp. 156-159; GÓMEZ CALLE E., «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, 1998, p. 1701.

3. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de abril de 1996 (RJ 1996/2882), en la que se rechaza expresamente la responsabilidad por riesgos en el ámbito de la responsabilidad civil médica, porque «el médico no crea riesgos»; de 11 de febrero de 1997 (RJ 1997/940), señala que «en materia de culpa médico-sanitaria queda descartada toda la idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo su rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo y que exigen de quien alega su existencia la prueba del proceder cuyo reproche se insta, la del daño

## Summary

The imputation's elements of the civil medical responsibility is, as a general rule, that of subjective responsibility or for fault. Though, it is not foreign to certain trend of target, so much in the Statute law, since in the jurisprudence, which comes to determine the basic aspects of the juridical regime applicable to this supposition of responsibility, such as the regime of the test, the requirement of the causality, and the incident of the assent informed in his appraisal and extension. This way, the own plaintiff does not have to give always fulfilled account of the fault or negligence in which the physician incurred the fulfillment of the obligation of means that corresponds to him to execute, but sometimes it fits that, the lack of diligence of that one the judge infers in view of the development of the process across mechanisms targeted as the hurt or disproportionate result. On the other hand, the transformation of the classic conception of the relation of causality, and to prevent the victim / patient from staying without repair, determines the appearance of the theory of the loss of opportunity when it could not establish if a certain conduct has provoked a hurt, but there exists the possibility that with the due behavior, had not produced the harmful result to itself.

## Key words

Medical responsibility, loss of opportunity, hurt or disproportionate result, fault, risk, informed assent, obligation of means or of result..

## I. Consideraciones previas

Un tratamiento sobre la responsabilidad civil médica siempre resulta sobradamente justificado, no sólo por la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden resultar inmediatamente lesionados por la actividad médica, como son la vida y la integridad física, amparados al más alto nivel normativo por nuestra Constitución, sino también por la complejidad del régimen jurídico aplicable a este supuesto de responsabilidad civil, pues, resulta dependiente de la calificación que se dé a la relación jurídica subyacente entablada entre el paciente y el prestador de la asistencia sanitaria, en la que siempre van a concurrir una pluralidad de circunstancias y criterios, que, a falta de un desarrollo normativo, serán concretados por la propia doctrina y la jurisprudencia. Así en dicha relación jurídica incidirá, por una parte, la distinción entre la medicina curativa, necesaria o asistencial, y la medicina voluntaria o satisfactiva, con efecto en el régimen de la prueba<sup>1</sup>, y en la exigencia de un mayor o menor rigor en el cumplimiento por parte del facultativo de su deber de informar al paciente de los riesgos y alternativas del acto médico en cuestión. La primera corresponde a aquellos supuestos, en los que, desencadenado el proceso patológico, se interviene para restablecer la salud o conseguir la curación o mejoría del enfermo. Ello determina, a su vez, la afirmación generalizada de que en este supuesto la obligación del facultativo es de medios o, si se prefiere, que la relación jurídica entablada entre el médico y paciente, se puede calificar de arrendamiento de servicios o *locatio operarum*. En este supuesto, al actor o demandante no le basta acreditar la no curación para que se aprecie la existencia de un incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la prestación imputable al facultativo, pues, se debe probar, además, la relación de causalidad entre el daño y el acto médico, así como la negligencia del causante del daño. Por el contrario, en la medicina satisfactiva –como es el caso, de cirugía estética, reparadora o perfectiva, de ciertos tratamientos odontológicos y oftalmológicos, así como de aquellas interven-



ciones dirigidas a eliminar una determinada función orgánica, tal y como sucede, en el caso de intervenciones de vasectomía o ligadura de trompas— que, es aquella a la que se acude voluntariamente para alcanzar un resultado determinado, una transformación satisfactoria del propio cuerpo, de suerte que en ella, el resultado esperado, actúa como representación final de la actividad que desarrolla el profesional sanitario. En este caso, la relación existente entre el paciente y el facultativo es calificada como arrendamiento de obra o *locatio operis*, y, por consiguiente la obligación asumida por éste es una obligación de resultado. Lo que determina que, la simple acreditación de la no consecución del resultado esperado revela la existencia de un incumplimiento, la relación de causalidad entre éste y el resultado dañoso, así como la presunción de la culpa del demandado, correspondiendo al facultativo desvirtuar bien la concurrencia del nexo causal entre el daño y su actuar, bien la presunción del culpa. Igualmente, en la determinación del régimen jurídico aplicable a este supuesto de responsabilidad civil, el carácter contractual o extracontractual de dicha relación tendrá incidencia directa en cuestiones como el plazo de prescripción. Por otra parte, la naturaleza pública o privada del prestador de la asistencia sanitaria influirá en la determinación tanto del orden judicial competente, como del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil. Finalmente, en la apreciación y extensión de la responsabilidad civil médica, y, una vez, superada la concepción paternalista de la relación médico-paciente, ocupa un lugar destacado y constituye una pieza clave en la concreción de la relación médico-paciente, el consentimiento informado, como expresión del principio de autodeterminación del individuo, en lo que constituye el ejercicio de uno de los derechos de la personalidad<sup>2</sup>.

No obstante, esta posible diferenciación en lo que representa el campo asistencial o curativo del personal sanitario, constituye una regla comúnmente admitida que, el criterio de imputación de la responsabilidad del médico, es de responsabilidad civil por culpa o responsabilidad subjetiva<sup>3</sup>. Este es el régimen de responsabilidad civil consagrado en el Código Civil, y, tan sólo resulta aplicable a la sanidad privada. De forma que, al demandante le corresponde probar la concurrencia de culpa en el actuar dañoso, además, de la existencia de un daño y su vinculación causal con esa determinada actuación u omisión<sup>4</sup>. Si bien, en este contexto, hay que destacar una cierta tendencia de la jurisprudencia en torno a la flexibilización de este régimen, fundamentalmente con el objetivo de incrementar la protección de la víctima. Los mecanismos a los que se recurren son la presunción de culpa en los supuestos de resultado desproporcionado; la no información como supuesto de asunción del riesgo por el facultativo, lo que implica que, a pesar de haber llevado a cabo el acto médico o la intervención quirúrgica en cuestión de forma absolutamente diligente, será responsable el facultativo de los daños causados al paciente ante la asunción por parte de aquél de los riesgos no informados. De modo que, en este caso, no será preciso acreditar su culpa o negligencia para imputarle la responsabilidad, bastando alegar el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de su deber de informar<sup>5</sup>; y por último, la distribución dinámica de la prueba, que supone atribuir la carga probatoria a aquélla de las partes del proceso, que esté en mejores condiciones para acreditar un determinado hecho<sup>6</sup>.

Sin embargo, cuando se trata de sanidad pública, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se rige por lo dispuesto en la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), cuyas normas dispensan en relación con el criterio de imputación una divergencia con el consagrado en el Código Civil, como es el de la objetividad de tal responsabilidad.

En todo caso, a la hora de valorar si el profesional sanitario actuó o no de

devenido y la de la debida relación causal»; y, asimismo, de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004/5890) afirma que «en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad, y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico... que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio (sentencia de 7 de junio de 1988 (RJ 1988/4825), o más generalmente en una acción culposa (sentencia de 22 de junio de 1988)».

4. GARCÍA GARNICA M<sup>a</sup>. del C., «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, director Antonio Orti Vallejo y coordinadora María del Carmen García Garnica, Thomson-Aranzadi, Navarra 2006, p. 231, señala que, «varias razones justifican este rigor en la salvaguarda del carácter subjetivo. Así la medicina no es una ciencia exacta, ya que su buen fin puede verse frustrado por la interferencia de toda una serie de factores aleatorios e inevitables, aun cuando algunos de ellos sean previsibles. Pero, además, ello obedece al propósito de evitar lo que se ha dado en denominar como "medicina defensiva», entendiéndose por tal aquélla en la que el actuar del médico está más orientado a evitar la asunción de riesgos que puedan materializarse en daños, de los que tendría que responder por una alta probabilidad en base a un régimen de responsabilidad civil excesivamente centrado en el



principio pro damnato, que en aplicar al paciente todos los medios y técnicas que conforme al estado de la ciencia puedan hacerle recuperar o mejorar su salud, con el consiguiente perjuicio para el paciente y para la sociedad en general».

5. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 2 de julio de 2002 (RJ 2002/5514), estima la responsabilidad del facultativo y del centro por los daños derivados de un hematoma que, tras la práctica de una vasectomía, acarrió la pérdida de un testículo por atrofia, señalando que aunque no hubo negligencia médica en el operatorio no en el postoperatorio, no se informó al paciente de los riesgos y complicaciones propios de esta clase de intervención.

6. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/914); y, de 17 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7636).

7. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073); de 12 de julio de 1994 (RJ 1994/6730); de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994/7475); de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997/7405); de 12 de diciembre de 1998 (RJ 1998/6543); y, de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004/5890). Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 14 de abril de 2001 (RJ 2001/8968).

8. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 12 de febrero de 2000 (RJ 2000/820); y, de 11 de junio de 2001 (RJ 2001/5674).

9. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1240); y, de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9496).

forma negligente en el ámbito de las obligaciones de medios propios de la medicina asistencia, el parámetro que se suele utilizar es el de la *lex artis ad hoc*. Básicamente se concreta en el deber del facultativo de «tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor, del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo– o exógenos –la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida»<sup>7</sup>.

Sobre tales bases, en el presente trabajo se trazarán las líneas generales, de la responsabilidad civil médica, incidiendo, en las importantes teorías de creación doctrinal y jurisprudencial, como son el daño o resultado desproporcionado, y la pérdida de oportunidad.

## II. Naturaleza de la relación jurídica sanitaria

En la determinación de la naturaleza de la responsabilidad en el supuesto de paciente afiliado a la Seguridad Social, el Tribunal Supremo se decanta en algunas sentencias por el carácter extracontractual de esta responsabilidad, por entender que la relación jurídica que media entre el afiliado o beneficiario de la Seguridad Social y el centro sanitario integrado en ésta, que le presta asistencia médica, es una relación de Derecho público que difiere del contrato<sup>8</sup>; otras, en cambio, han afirmado el carácter contractual, al entender que, entre el afiliado a la Seguridad Social y ésta existe una relación obligatoria que, a pesar de sus peculiaridades, sirve de apoyo para tal calificación<sup>9</sup>. Esta doctrina jurisprudencial, a su vez, encuentra apoyo en otra conforme a la cual se estima que, procede calificar la responsabilidad civil como contractual en aquellos casos en los que entre dañado y causante del daño media una relación jurídica previa, aunque no sea de carácter contractual *strictu sensu*.

Ahora bien, al intervenir una Administración Pública, la Ley 4/1999, LRJ-PAC sujeta a una regulación especial la responsabilidad de las Administraciones Públicas, en la que se prescinde de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Por otra parte, un supuesto cada vez más frecuente en la práctica es el paciente no contrate directamente ni con el facultativo, ni con el centro sanitario en que se presta la asistencia sanitaria, sino con una compañía aseguradora. Ésta, a cambio, del cobro de una prima periódica, se compromete a poner a disposición de sus asegurados un conjunto de profesionales sanitarios y uno o varios centros hospitalarios, que pueden ser o no propios de la aseguradora. Con carácter general, la jurisprudencia viene admitiendo en esta hipótesis tanto el carácter contractual de la responsabilidad de la aseguradora, como su responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en base al artículo 1903 del Código Civil, en aquellos supuestos en los que existe una relación de dependencia respecto a la aseguradora del personal sanitario que atendió al paciente<sup>10</sup>.

En otras ocasiones, el paciente contrata directamente con un centro sanitario público o privado. En este supuesto nos encontramos ante un contrato atípico, conocido como contrato de hospitalización o clínica que, abarca, además, de la prestación de servicios extramédicos y paramédicos, la prestación de servicios médicos, correspondiendo al propio centro sanitario designar al personal sanitario que atenderá al paciente, y poner a su servicio toda la infraestructura hospitalaria. De forma que, producido el daño al paciente, el



titular del centro responderá en vía contractual tanto por los daños directamente imputables a él, como por los causados por sus dependientes y auxiliares, al margen de que dependan o no del centro. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de que el paciente reclame directamente responsabilidad civil extracontractual al médico que haya provocado los daños<sup>11</sup>.

Es posible que el paciente contrate directamente con el facultativo en una consulta privada, siendo al mediar un contrato, la responsabilidad contractual. En el caso de medicina curativa, este contrato tendrá el carácter de arrendamiento de servicios; mientras que, si se trata de medicina voluntaria, será un arrendamiento de obra. Tanto en este supuesto, como si se contrata con el centro sanitario, la obligación será de medios y sólo excepcionalmente en la medicina curativa, o como regla general, en el caso de medicina satisfactiva, estaremos ante una obligación de resultado.

Aunque se trate de un supuesto poco frecuente en la práctica, cabe la posibilidad que la atención médica se produzca al margen de todo vínculo jurídico entre el paciente y facultativo, como entre paciente y centro asistencial. Se trata del caso en que un facultativo actúa espontáneamente en caso de urgencia, sin consentimiento del paciente, ni de las personas llamadas a prestarlos por sustitución o representación, y fuera del centro o de la consulta en que el facultativo presta sus servicios. Lo lógico es pensar que en este supuesto resulta de aplicación las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual. Si bien, el facultativo no sólo está obligado por un mero deber de no irrogar daños a terceros, sino que además debe observar la *lex artis ad hoc* en la aplicación del tratamiento prescrito al paciente, por lo que, se considera conveniente trasladar a este ámbito, aunque no medie contrato, algunas de las reglas propias de la responsabilidad contractual como las contenidas en los artículos 1104 y 1107 del Código Civil<sup>12</sup>. No obstante, no falta quien en este caso considera que, más bien, estamos ante un cuasi-contrato, concretamente, ante la gestión de negocios ajenos sin mandato, al que le resultarían aplicables los artículos 1888 y siguientes del Código Civil<sup>13</sup>.

Sobre tales bases, conviene, no obstante, poner de manifiesto que, la jurisprudencia prescinde en algunas ocasiones de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, pese a las críticas de parte de la doctrina<sup>14</sup>, y lo hace de manera especial en sede de responsabilidad civil médica, bien al prescindir de la calificación del supuesto de hecho de uno u otro modo, bien a aplicar indistintamente las normas de ambas clases de responsabilidad a un mismo supuesto. Es bien conocida la doctrina de la «yuxtaposición de la responsabilidad contractual y extracontractual», o de «unidad de culpa civil»<sup>15</sup>. Con esta doctrina, se considera que el Tribunal tan solo está vinculado a los hechos de la demanda, que son los que integran la causa de pedir, y, en consecuencia, goza de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual, al amparo del principio de *iura novit curia*.

Por otra parte, tiene trascendencia práctica a los efectos de determinar la jurisdicción competente para conocer de los daños causados por los servicios sanitarios, la naturaleza pública o privada del centro sanitario. En el ámbito privado, la jurisdicción competente será la civil; mientras que la jurisdicción contencioso-administrativa basa su competencia tanto en la naturaleza pública de la relación jurídica surgida de la afiliación a la Seguridad Social, como en la consideración de este orden como el competente para conocer la responsabilidad derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, como así lo dispone el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, seguido por el artículo 9.4 de la LOPJ, conforme a la redacción dada al mismo primero por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, y posteriormente por la Ley Orgánica

**10.** GÓMEZ CALLE E., «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario», *op. cit.*, pp. 1707-1710. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/677); de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7998); y, de 10 de junio de 2004 (RJ 2004/3605).

**11.** *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 7 de junio de 1988 (RJ 1988/4825); de 29 de octubre de 1992 (RJ 1992/8178); de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993/771); de 15 de octubre de 1996 (RJ 1996/7110); de 7 de mayo de 1997 (RJ 1997/3874); de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997/4114); de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998/1169); y, de 27 de enero de 2001 (RJ 2001/5377).

**12.** GARCÍA GARNICA M<sup>ra</sup>. del C., «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», *op. cit.*, p. 204.

**13.** GÓMEZ CALLE E., «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario», *op. cit.*, p. 1697. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995/4262).

**14.** GÓMEZ CALLE E., «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario», *op. cit.*, p. 1714.

**15.** *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1240); de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998/7565); de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10161); de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9496); de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000/840); de 3 de diciembre de 2001 (RJ 2001/9856); y, de 10 de junio de 2004 (RJ 2004/3605).



16. LLAMAS POMBO E., La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos, *op. cit.*, pp. 48-50.

17. *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073); de 11 de febrero de 1997 (RJ1997/940); de 29 de julio de 1994 (RJ 1994/6937); de 21 de julio de 1997 (RJ 1997/5523); y de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002/1593).

18. RODRÍGUEZ MARÍN C., «Medicina satisfactiva», *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, director Antonio Orti Vallejo y coordinadora María del Carmen García Garnica, Thomson-Aranzadi, Navarra 2006, p. 298.

19. GÓMEZ CALLE E., «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario», *op. cit.*, p. 1741; ASÚA GONZÁLEZ C., «Responsabilidad civil médica», *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1ª ed., 2002, p. 983. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 7 de julio de 1993 (RJ 1993/6112); de 1 de junio de 1994 (RJ 1994/4570); y, de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994/7475).

20. JORDANO FRAGA FCO., La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, Civitas, Madrid, 1994, pp. 488-490; JIMÉNEZ HORWITZ M., La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 210-212; ASÚA GONZÁLEZ C., «Responsabilidad civil médica», *op. cit.*, p. 981.

19/2003, de 23 de diciembre. Igualmente, será competente el orden contencioso-administrativo –quedando con ello zanjada definitivamente la polémica–, en aquellos supuestos en los que junto a la Administración sean demandados sujetos privados, que hayan concurrido en la producción del daño, o de la aseguradora de la Administración correspondiente, así como en aquellos otros particulares a los que se dirija la demanda. Todo ello, sin perjuicio de ser otra la jurisdicción competente, cuando la conducta del personal al servicio de la Administración –en nuestro caso, del personal sanitario–, esté tipificada como delito o falta. En este supuesto, la competencia para resolver sobre la responsabilidad derivada del daño causado en el ámbito de la medicina pública/privada, corresponderá a los jueces y tribunales del orden penal (tanto la sanción punitiva, como la responsabilidad civil –artículos 109 a 120 del Código Penal–), salvo que sobre la base legal del artículo 109.2 del Código Penal y el artículo 112 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, se hubieran reservado las partes el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil en el orden civil aplicando, en consecuencia, la normas contenidas en el Código Civil.

Por tanto, en este contexto, los jueces y tribunales del orden civil conocerán no sólo de aquellos supuestos en los que el daño se haya causado en el ámbito de la medicina privada, sino también en los que encontrándose tipificada penalmente la conducta dañosa, y al margen de la naturaleza pública o privada de la relación jurídica entablada entre el paciente y quien presta la asistencia sanitaria, el perjudicado se hubiera reservado la acción civil para exigir la reparación de los daños causados ante los tribunales de este orden judicial. Mientras que, los Tribunales del orden contencioso-administrativo resolverán de los litigios relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración conforme los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC. Se consagra, por tanto, la responsabilidad directa de la Administración por los daños causados en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, a excepción del supuesto ya mencionado de conducta tipificada penalmente, en cuyo caso la responsabilidad de la Administración será subsidiaria (artículos 109 y siguientes del Código Penal), y, asimismo, dejando a salvo la posibilidad de aquélla de dirigirse en vía de regreso contra el personal a su servicio, cuando en su actuar haya mediado dolo o culpa o negligencia graves (artículo 145.2 de la LRJ-PAC).

### III. Criterios de imputación de la responsabilidad sanitaria

Como manifestamos en líneas precedentes, la doctrina y jurisprudencia, como regla general, concreta la responsabilidad de los profesionales sanitarios como responsabilidad subjetiva, quedando descartada toda suerte de responsabilidad más o menos objetiva, y, sin que, al respecto, opere la presunción de culpa, ni la inversión de la carga de la prueba, admitida para los daños de otro origen, correspondiendo al paciente la prueba de la culpa y de su relación de causalidad. De esta forma, la responsabilidad debe contener como requisitos la existencia de una culpa o negligencia en la actuación del personal sanitario, un resultado dañoso y, una relación de causalidad entre tales daños y, la conducta culposa o negligente. En consecuencia, en la responsabilidad sanitaria, el actor y el paciente ha de probar el daño, la autoría, la relación de causalidad y la infracción de los deberes profesionales o de la *lex artis ad hoc* por parte del médico. Precisamente, la diligencia exigible al médico en sus modalidades de medicina curativa y voluntaria será esa *lex artis* profesional, al agregarle los términos exclusivos y excluyentes *ad hoc*, que supone actuar conforme al estado de la ciencia en el momento del ejercicio de la conducta y, que conforma el conjunto de todos los deberes médicos, que contiene la citada *lex artis ad hoc*, y que, se concreta, entre otros, en deberes relacionados con la información, con la competencia profesional, con los deberes de asistencia y certificación<sup>16</sup>.



Ahora bien, a pesar de ser la culpa el núcleo central a tener en cuenta, cuando el objeto de la obligación es la obtención de un determinado resultado en el caso de la medicina no curativa, la responsabilidad del facultativo tiene lugar desde el mismo momento en que se asume la obligación, o, incluso desde que se asume el riesgo, independientemente de si la conducta ha sido culpable o no. Se asume, por tanto, el riesgo desde el mismo momento que se actúa, debiendo el demandado/profesional sanitario responder del resultado dañoso, a no ser que probara una circunstancia determinante de la no existencia de nexo causal, como puede ser la culpa exclusiva de la víctima, de un tercero, o, la demostración de la existencia de caso fortuito o fuerza mayor. Esta *cuasi* objetivación de la responsabilidad tiene especial campo de actuación en la medicina no curativa, pues, la base culpabilística no interesa tanto como el resultado final, de tal manera que, los presupuestos de la responsabilidad objetiva quedan mejor estructurados en esta modalidad médica. Por tanto, el médico responde del resultado no deseado, independiente de la calificación de su conducta culpable o negligente. No obstante, el riesgo creado y asumido por el propio médico comparte campo de actuación con el hecho que, el paciente/cliente también mediante el cumplimiento del deber de información por parte del profesional sanitario, ha asumido sus propios riesgos, pudiendo con ello ver aquél moderada su responsabilidad o, incluso, eliminada.

Así las cosas, cuando el resultado dañoso se produce en un centro de naturaleza pública, la responsabilidad queda enmarcada en la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración al amparo de la LRJPAC, y, en donde el titular del centro, al tener la consideración de empresario también se le podrá aplicar la tendencia objetivadora del artículo 1903.4º del Código Civil, que en sede de responsabilidad extracontractual podría encajar en este tipo de medicina no curativa.

Ahora bien, junto con el mencionado artículo 1903.4 del Código Civil, otra manifestación normativa que tiende a consagrar la objetivación de la responsabilidad del personal sanitario sería el artículo 148 del Real Decreto-Ley 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que dispone que: «se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

*En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.*

*Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros». Se considera al paciente/víctima consumidor a efectos de aplicarle este Ley ante la prestación de un servicio de forma defectuosa, siendo el ámbito de aplicación de tal precepto no sólo la sanidad pública, sino también la privada, y, cualquiera que sea modalidad de prestación sanitaria (asistencial o voluntaria).*

Por otra parte, la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo<sup>17</sup>, al juzgar la responsabilidad médica en la medicina curativa y analizando el *onus probandi*, pone de manifiesto que, la no inversión de la carga de la prueba

21. Señala CORMIER C, Le préjudice en droit administratif français. *Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, pról. D. Truchet, LGDJ, Paris 2002, p. 278, que «el juez utiliza la noción de pérdida de oportunidad cuando la prueba del nexo de causalidad es problemática (...), cuando la prueba de la conexión causa-efecto que debe existir entre el hecho ilícito y el daño plantea demasiadas dificultades a la víctima. Se trata, por tanto, de paliar la incertidumbre que pesa sobre la existencia de una relación causal».

22. MEDINA ALCOZ L., La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Thomson-Civitas, Navarra 2007, p. 41.

23. GARCÍA GARNICA M<sup>a</sup>. del C., «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», *op. cit.*, p. 245.

24. GARCÍA GARNICA M<sup>a</sup>. del C., *Últ. Lug. Cit.*

25. LLAMAS POMBO E., Reflexiones sobre Derecho de daños: casos y opiniones, La Ley, Madrid, 2010, p. 33.

26. *Vid.*, en este sentido, VICENTE DOMINGO E., «El daño», *Tratado de Responsabilidad Civil, coordinador L. Fernando Reglero Campos*, 4ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra 2008, p. 304.

27. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073).



28. Vid., en este sentido, GALLARDO CASTILLO M<sup>a</sup>.J., «De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdidas de oportunidad y del daño desproporcionado o culpa virtual», *La Ley*, 2009-5, p. 1394.

29. RJ 1996/8938. En su *Fundamento de Derecho Tercero* se señala que: «sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplea para la curación o sanación, adecuados según la *lex artis ad hoc*», no se excluye la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización».

30. RJ 1997/41114.

31. RJ 1997/5471.

32. RJ 1997/5523.

33. RJ 1997/8816.

34. RJ 1998/7548. En cuyo *Fundamento de Derecho Segundo* se manifiesta que: «Es incontestable que la reducción de la pequeña hernia muscular en el plopíteo de la pierna derecha que presentaba la actora, era una operación quirúrgica sencilla y así resulta de la descripción que hace el médico codemandado en el hecho segundo de su contestación a la demandada (... «tras la incisión, en la piel y tejido celular subcutáneo, se comprueba la inexistencia de tal quiste, y sí de una pequeña hernia muscular», «sin realizar cirugía agresiva, se

opera siempre, con excepción de dos supuestos: 1) Cuando la obligación del médico es de resultado, por ubicarse el acto médico preciso en una *locatio operis*, siendo este el caso de las intervenciones quirúrgicas reparadoras o de estética, en donde el paciente es el cliente; y, 2) Cuando por circunstancias especiales, acreditadas, el daño del paciente es desproporcionado, ha quedado constatada la falta de diligencia y de cooperación del médico, o se ha visto obligado a probar un hecho negativo (la conocida prueba diabólica), como que no fue debidamente informado<sup>18</sup>.

Sentadas tales premisas, el carácter subjetivo del criterio de imputación de la responsabilidad civil aplicable en el ámbito de la medicina privada, conforme a lo dispuesto en el Código Civil, tanto si el paciente ha concertado un contrato de arrendamiento de servicios con el facultativo, como si no media una relación contractual directa, bien porque el paciente haya concertado la prestación de servicios directamente con un centro sanitario privado, —que pone a su disposición los medios personales y materiales necesarios para cumplir con su obligación asistencial—, o bien porque el paciente se ha limitado a concertar un contrato de seguro con una compañía de seguros sanitarios, y a solicitar la prestación de asistencia sanitaria a uno de los facultativos que la aseguradora pone a su disposición, pero sin celebrar un contrato con éste; nos encontramos en el caso de medicina curativa ante una obligación de medios, corriendo a cargo del demandante la prueba del daño, la culpa y el nexo causal; mientras que, en la medicina voluntaria, la obligación es de resultado, no siendo necesaria la prueba de la culpa, sino el daño y el nexo causal entre la conducta del facultativo y el daño. En todo caso, en el primer supuesto mencionado, la responsabilidad del facultativo será contractual, rigiéndose por lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil; en cambio, en los otros dos citados, será extracontractual la responsabilidad y se regirá por lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil. El parámetro de diligencia exigible es el de la *lex artis ad hoc*, tanto si estamos ante una responsabilidad contractual como extracontractual<sup>19</sup>.

En cualquier caso, la responsabilidad civil médica puede ser por actos propios o por hecho ajeno, ya que el facultativo no sólo debe responder por los daños causados que por su propia actuación cause al paciente, sino también por los causados por su dependiente o auxiliares. Aunque, en el ámbito contractual, nuestro Código Civil no consagra expresamente la responsabilidad por hecho ajeno del deudor; sin embargo, encuentra encaje legal, precisamente, en la responsabilidad resultante de contravenir «de cualquier modo» sus obligaciones contractuales que consagra el artículo 1101 *in fine* del Código Civil, a través de lo que se denomina responsabilidad contractual indirecta<sup>20</sup>. Por el contrario, en el ámbito extracontractual, la responsabilidad por hecho ajeno, sí está expresamente recogida en el artículo 1903 del Código Civil. Esta responsabilidad es, asimismo, por culpa, más, concretamente por haber incurrido en culpa *in vigilando* o *in eligiendo* con respecto a los dependientes, presumiéndose la culpa en este supuesto. Si son varios los facultativos que prestan su asistencia al paciente, sin que exista entre ellos una relación de dependencia, hay que destacar que en el ámbito extracontractual responderá solidariamente frente al paciente. También en el ámbito contractual y, pese a que el artículo 1137 del Código Civil excluye la solidaridad. Si la prestación sanitaria tiene lugar en un centro sanitario, el titular del mismo podrá ser, asimismo, responsable por los daños causados al paciente atendido dentro de sus instalaciones, pues, esta responsabilidad es tanto por hecho ajeno como por hecho propio, y tanto contractual como extracontractual, según que el propio paciente haya perfeccionado un contrato de hospitalización o clínica con el centro sanitario, o haya sido el facultativo o, en su caso, la compañía aseguradora la que haya celebrado respectivamente con el hospital dicho contrato. Finalmente, si el centro sanitario es público, se le imputa de forma objetiva y directa a la Administración la responsabilidad deri-



vada de los daños causados en el funcionamiento anormal y normal de los servicios públicos, y entre ellos, de los sanitarios.

#### IV. El nexa causal

La víctima/paciente debe acreditar la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido, tanto si partimos de una responsabilidad basada en la culpa, como si se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva. Con culpa o sin ella, los restantes elementos de la responsabilidad civil continúan siendo operativos, y entre ellos, por supuesto, la existencia de una relación de causalidad. Lo único que varía es la eliminación, modificación o limitación de los supuestos de exoneración de responsabilidad, cuando la calificación de la misma es objetiva o cuasiobjetiva, pues, se asume un riesgo, y en consecuencia, los daños derivados de este riesgo, independientemente de la existencia de un comportamiento culposo o negligente en el demandado (personal sanitario). En la medicina no asistencial, si el médico no informa o no cumple adecuadamente con su deber de informar asume los riesgos de un resultado dañoso, independientemente de su conducta, lo que enlaza con la tendencia objetivista prevista para este tipo de responsabilidad. En cualquier caso, siempre habrá que operar sobre la relación de causalidad entre el acto médico y el daño sufrido, siendo tal relación trascendental a la hora de discernir la responsabilidad civil existente. Por todo ello, la prueba de la culpa, o de la asunción del riesgo va a ser esencial en el análisis de este elemento. En la medicina asistencial, la carga de la misma correrá a cargo del propio paciente; en la medicina voluntaria, será el facultativo demandado el que deberá demostrar la ruptura del nexa causal a él imputado, y de este modo exonerarse o compartir el daño causado.

Ahora bien, ante la incertidumbre de la relación de causalidad, y, por ende, de las dificultades probatorias de la misma en algunos supuestos, en los que resulta difícil o casi imposible demostrar la alta probabilidad de que, sin el hecho ilícito, la víctima habría dejado de sufrir el daño, o lo que es lo mismo, la incapacidad para poder demostrar que la conducta del personal sanitario (agente) se presenta como *condicio sine qua non* del daño producido, ha determinado la aparición en escena de la teoría de la pérdida de oportunidad; una nueva teoría causal que introduce un nuevo criterio normativo no con el fin de negar relevancia resarcitoria a causas físicas probadas, sino a la inversa, para condenar al agente, pese a que su actuación, no se presenta como condición necesaria del menoscabo o daño<sup>21</sup>. Con ello, tiene lugar un cambio de actitud ante el problema causal, pues, si antes dominaba el «espíritu de la limitación», ahora empieza a imponerse el «espíritu de la ampliación», con nuevos planteamientos que, tienden a evitar que, la víctima quede sin reparación por la dificultad que, a veces entraña la prueba de la relación de causalidad<sup>22</sup>. Así las cosas, en la actualidad hay un interés creciente por el hecho causal, y las dificultades de su prueba se han traducido en la inversión radical del sentido de las teorías causales, transformando la concepción clásica de la causalidad. De ahí que, además de la teoría de la pérdida de la oportunidad, haya surgido otras técnicas, como la prueba de las presunciones, o la teoría de la creación o incremento del riesgo, que cada vez tienen un mayor juego, y, persiguen evitar que la dificultad de probar la causalidad en determinados sectores, conduzca a la completa exoneración de quien, con su actuación pudo provocar el daño.

#### V. El resultado o daño desproporcionado

Como corresponde al régimen subjetivo de responsabilidad civil, la jurisprudencia imputa la carga probatoria de la culpa al demandante. Ahora bien, esto no supone que, en todo caso, corresponda al demandante hacer cumplida prueba de la culpa o negligencia en que incurrió el facultativo en el cum-

cierra la fascia muscular y la piel, dando por finalizada la operación»), sin que tal operación tuviera relación o pudiera afectar en modo alguno al nervio ciático poplíteo externo, por lo que el bloqueo de la conducción de tal nervio, consecuencia de la intervención quirúrgica practicada es un resultado anormal y desproporcionado a la naturaleza y entidad de tal intervención y revelador de una conducta negligente del médico que la practicó».

35. RJ 1998/9427.

36. RJ 1999/4895. En el caso presente, se trataba de una mujer relativamente joven (44 años) se somete a una operación relativamente sencilla (extirpación de la vesícula biliar) y fallece de una parada cardiorrespiratoria, sin que el centro médico dé la más mínima explicación coherente sobre ello.

37. RJ 2000/9310.

38. RJ 2003/391.

39. RJ 2003/3890.

40. RJ 2004/1823.

41. RJ 2004/7238.

42. RJ 2006/6127.

43. RJ 2007/552.

44. RJ 2008/3171.

45. RJ 2008/5789.

46. RJ 2009/4459).

47. RJ 2010/7135.

48. JUR 2010/390372.

49. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 20 de septiembre de 2005



(RJ 2005/7503). Ponente. Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, en su *Fundamento de Derecho Quinto* se señala que: «...Además y a mayor abundamiento cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, debe aplicarse una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar, en este caso, la Administración responsable del acto sanitario público, justificando su adecuada actividad, sin que tampoco caigamos en la exigencia de culpabilidad alguna, sino, como dice taxativamente la ley, la producción de un perjuicio acreditado (Tetraplejía), que se origina y está causalmente entroncado con el servicio sanitario público (se produce durante un acto médico en el Hospital 12 de octubre, individualizado (lo padece la actora), económicamente valorable (daños y perjuicios sufridos) y que el paciente no tenía el deber jurídico de soportar».

50. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9427).

51. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/3984).

52. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/6460); de 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7135); y, de 29 de octubre de 2010 (RJ 2010/390372).

53. Vid., SARRATO NARTÍNEZ L., «La doctrina del daños desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria», *La Ley* 2008-4, p. 1462.

plimiento de la obligación de medios que, le correspondía ejecutar, ya que en el juicio de negligencia que lleva a cabo el juzgador, se han de tener en cuenta todos los hechos aportados al proceso, con independencia de quien haya hecho la aportación. De forma que, cabe deducirse la falta de diligencia de los hechos aducidos por el propio demandado, o se infieren por el Juez, a la vista del desarrollo del proceso, como lógica explicación del resultado<sup>23</sup>. Y es, precisamente, en esa inferencia donde el juez recurre a ciertos mecanismos objetivadores de la responsabilidad civil médica como la presunción judicial de culpa, la regla *res ipsa loquitur*, y la prueba *prima facie* o la culpa virtual.

En este contexto, la doctrina del resultado desproporcionado, o la regla *res ipsa loquitur* supone que, la producción de un mal resultado que objetivamente resulte desproporcionado con lo que es usual en la intervención o acto médico que se trate, revele inductivamente la penuria o negligencia de los medios empleados, atendiendo al estado de la ciencia y las circunstancias, o bien al descuido en su conveniente y temporánea utilización<sup>24</sup>. Se trata de una teoría de creación jurisprudencial en la que se trata de compatibilizar el carácter subjetivo de la responsabilidad civil médica, con la protección de la víctima y su resarcimiento, ante la existencia un resultado o daño desproporcionado de los que normalmente nos se producen, sino por razón de una conducta negligente.

En este sentido, señala el profesor LLAMAS POMBO en su obra *Reflexiones sobre Derecho de Daños*, que «los creadores del Derecho de daños han sido, sin duda, los tribunales de justicia, de la mano de las exigencias de los ciudadanos, y con la (a menudo olvidada) labor doctrinal y teórica, que ha dotado a la materia de precisión, sistemática y, ¿por qué no decirlo?, entidad dogmática. En efecto, los paulatinos y trascendentes cambios que ha experimentado la materia durante las últimas décadas, y la definición de los principios que rigen el funcionamiento jurídico, son fruto de las constantes resoluciones de los tribunales, protagonistas de una tarea que va mucho más allá de la mera interpretación de los artículos 1101, 1902 y concomitantes del Código Civil»<sup>25</sup>.

Lo cierto es que, el daño o perjuicio, junto con la acción u omisión negligente y con el nexo de causalidad, como hemos ya puesto de manifiesto en líneas precedentes, es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil aquiliana recogido en el artículo 1902 del Código Civil. El daño, además de ser uno de los presupuestos, es sin duda el elemento imprescindible para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil y de la reparación, tanto en la vía contractual como extracontractual. Se trata de una pieza clave del sistema ya que sin el daño o perjuicio no hay obligación de resarcir y su importancia es tal que la responsabilidad civil se viene estudiando últimamente desde la óptica del derecho de daños, de forma que, se identifica a la responsabilidad extracontractual como el «derecho de daños»<sup>26</sup>. Dentro de este movimiento impulsado por el daño, cabe destacar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por daño desproporcionado, en materia de responsabilidad médica y hospitalaria, que, asimismo, constituye uno de los ámbitos en que se manifiesta la *lex artis*. *Lex artis* que se define como «el criterio valorativo de la concreción del concreto acto médico ejecutado por un profesional de la Medicina, ciencia, o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, como el estado e intervención del paciente, de sus familiares o de la propia organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, derivado de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto



médico ejecutado»<sup>27</sup>. La *Lex artis* se convierte así en el criterio de normalidad, que ha de infringirse en la realización del servicio sanitario para que haya lugar a la obligación de indemnizar, que, a su vez, permite valorar la corrección de los actos médicos, y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, que es el que, a la postre, permite delimitar los supuestos que, verdaderamente dan lugar a responsabilidad, exigiéndose para ello no sólo que exista el elemento de la lesión, sino también infracción de dicha *lex artis*<sup>28</sup>. Asimismo, representa el elemento corrector de los excesos de objetivación de la responsabilidad, pues, aunque, en el ámbito de los servicios públicos, como es el sanitario, es aplicable el principio de responsabilidad objetiva consagrado por el artículo 139 de la LRJ-PC; lo cierto es que, los criterios de imputación aplicables no se separan en gran medida de los que se derivan de la aplicación del principio culpabilístico, ya que, como es bien sabido, los tribunales del orden Contencioso-Administrativo vinculan la existencia de responsabilidad al incumplimiento de los estándares del servicio (o de la *lex artis* (reglas de oficio) por parte del personal sanitario, cuando el daño está directamente vinculado a la realización de actos médicos), dado que existe un criterio general de imputación, recogido hoy en la Ley, fundado en la ausencia del deber de soportar el daño por parte del perjudicado. Desde la propia jurisprudencia, se ha introducido en el sistema de responsabilidad objetiva por la actuación de un servicio público, como el sanitario, cierta dosis de racionalidad a través del concepto de la *lex artis*, de tal forma que, la decisión de si ha sido o no adecuado el empleo de la técnica por parte del facultativo cobra especial relevancia a la hora de determinar, si existe o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño producido.

En este contexto, la teoría fue aplicada por primera vez por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 28 de junio de 1960, en un supuesto de radiodermatitis sufrida por un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X, cuyas puertas protectoras no estaban bien cerradas; y ha sido acogida por la Sala Primera, de nuestro Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 2 de diciembre de 1996<sup>29</sup>, en el caso de una paciente que quedo con tetraparesia espástica tras una hemorragia sufrida a raíz de un parto, y progresivamente ha sido aplicada y decisivamente valorada por esta misma Sala a la hora de apreciar *prima facie* la existencia de un título de imputación a la Administración sanitaria en concepto de responsabilidad patrimonial y de elemento de antijuridicidad, por entenderse que dada la entidad del daño, y su carácter inusual, el sujeto no tiene obligación de soportarlo. Se pueden citar, así, las sentencias de 26 de mayo de 1997<sup>30</sup>, de 1 de julio de 1997<sup>31</sup>, de 21 de julio de 1997<sup>32</sup>, de 13 de diciembre de 1997<sup>33</sup>, de 8 de septiembre de 1998<sup>34</sup>, de 9 de diciembre de 1998<sup>35</sup>, de 29 de junio de 1999<sup>36</sup>, de 20 de noviembre de 2000<sup>37</sup>, de 30 de enero de 2003<sup>38</sup>, de 8 de mayo de 2003<sup>39</sup>, de 18 de marzo de 2004<sup>40</sup>, de 17 de noviembre de 2004<sup>41</sup>, de 26 de julio de 2006<sup>42</sup>, de 5 de enero de 2007<sup>43</sup>, de 23 de mayo de 2008<sup>44</sup>, de 23 de octubre de 2008<sup>45</sup>, de 8 de julio de 2009<sup>46</sup>, de 22 de septiembre de 2010<sup>47</sup>, y, de 29 de octubre de 2010<sup>48</sup>, entre otras.

Esta teoría, conocida como «la doctrina del daño desproporcionado» (también denominada de resultado «clamoroso» o de «culpa virtual») que presume la negligencia del médico, salvo prueba en contrario, cuando se origina en el paciente un daño que en condiciones normales no se habría producido es una teoría propia del orden civil, aunque acogida también por la Sala tercera de lo Contencioso<sup>49</sup>. Ha sido profusamente tratada por la doctrina anglo-americana ante la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia; por la doctrina alemana mediante la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba); por la doctrina francesa, a través de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que se basa en el silogismo: si no hubiese incurrido en culpa alguna, ningún daño se hubiera producido, por lo que la comprobación del

54. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8173).

55. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2009 (RJ 2010/293).

56. RJ 2008/3171. *Fundamento De Derecho Tercero*. Asimismo, *vid.*, la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 4 de noviembre de 2010 (JUR 2010/411012).

57. *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1987 (RJ 1987/5488); de 7 de junio de 1988 (RJ 1988/4825); de 12 de julio de 1988 (RJ 1988/5991); y, de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997/4114).

Por su parte, señala la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 9 de octubre de 2000 (RJ 2000/9184) que: «El artículo 1902 del Código Civil ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (artículo 3.1 del Código Civil) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de culpa».

58. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, de 7 de octubre de 2010 (JUR 2010/391366), se señala que: «...la doctrina del resultado desproporcionado está conectada con el principio de la inversión de la carga de la prueba, porque en el ámbito médico corresponde al médico demandado la carga de la prueba de su actuar diligente, de modo que, cuando no se consigue probar la diligencia, la doctrina del resultado desproporcionado funciona como una presunción de culpa, porque se presume que si se ha producido un resultado de esas características,



es porque el profesional no ha actuado diligentemente».

**59.** Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2007 (RL 2007/2397); y, de 19 de octubre de 2007 (RJ 2007/7308).

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/2925), no se aplica la doctrina del daño desproporcionado, pues, el daño producido se explica forma minuciosa, coherente y convincente por parte del médico, descartando, en consecuencia, que la entubación extemporánea del paciente fuera la causante del daño, y ello impide establecer un criterio de imputación tanto a partir del artículo 1902 del Código Civil, caracterizado por la concurrencia de los requisitos de acción u omisión voluntaria, resultado dañoso, y relación de causalidad, como el artículo 1104 del mismo texto, relativo a la omisión de la diligencia necesaria por la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

**60.** Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/5789); de 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4459); y, de 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7135).

**61.** Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/6460).

**62.** Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001/3984); de 24 de noviembre de 2005 (RJ 2006/111); de 19 de octubre de 2007 (RJ 2007/7309), no resulta de aplicación por desproporcionado que parezca el daño, si el médico prueba que no fue debido a su negligencia, al no

daño hace presumir que hubo culpa, ya que en el curso ordinario de las cosas, ciertos accidentes no pueden ocurrir, si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado; o, en fin, por la utilización de la prueba de presunciones seguido en el sistema judicial italiano, y que parte de la base de premisas que, la ciencia médica proporciona en función de datos derivados de la experiencia o de la probabilidad estadística.

Surge cuando el resultado dañoso provocado por la intervención médica, es dañino e incompatible con las consecuencias de una actuación terapéutica normal, de lo que, se deduce que, no se ha actuado con la diligencia debida. Así, ante ciertos hechos objetivos puede presumirse la culpa médica, —no probada de modo directo—, cuando las circunstancias y el sentido común indican que, el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional; esto es, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias dañosas. Se afirma, asimismo, que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente. Esta responsabilidad profesional del médico responde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma); regla que, se refiere a una evidencia que, crea una deducción de negligencia<sup>50</sup>. En lógica consecuencia, no resulta de aplicación tal regla cuando, por desproporcionado que resulte el daño, el médico prueba que el daño no fue debido precisamente a su negligencia<sup>51</sup>.

Sobre tales bases, el daño desproporcionado se puede definir como «aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional, que obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo el principio de facilidad y proximidad probatoria»<sup>52</sup>.

Se incide en la atribución causal y en el reproche de desviación de la *lex artis ad hoc*, además de los cánones generales sobre el *onus probandi* de la relación de causalidad, pues, se presume la anormalidad en el funcionamiento del servicio sanitario, y por ende, la negligencia en la actuación del personal sanitario, al no responder al buen hacer exigible, esperado y propuesto, y revelarse deductivamente inadecuado y contrario a la *lex artis*, ante la anormalidad/desproporción del resultado dañoso. La mera comprobación del daño desproporcionado, esto es, no previsto ni explicable en la esfera normal de actuación profesional, hace presumir que hubo culpa en el personal sanitario. Una vez más, como así hemos expuesto al inicio de nuestra exposición, el daño es capaz de servir de elemento de imputación de responsabilidad cuando los otros dos elementos se intuyen, pero no se pueden demostrar. Se subsume en el daño la existencia de la culpa. El resultado dañoso es tan manifiestamente desproporcionado en relación con el riesgo asumido por el paciente, que se dice que, los propios hechos hablan por sí solos, o *res ipsa loquitur*, y se deduce la responsabilidad. Se trata de una evidencia «el daño desproporcionado» del que se deduce la culpabilidad del autor.

Por tanto, se requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen, sino por razón de una conducta negligente, y que sea desproporcionado en relación con lo que usualmente sería el correcto actuar en este sentido; siendo, además, necesario que, se origine en la esfera de actuación del médico, sin que sea preciso conocer el detalle exacto de la misma, y, por supuesto, que no sea causado por una conducta o una acción que corresponde a la propia víctima<sup>53</sup>. Del daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor<sup>54</sup>. De todas formas, conviene aclarar que, tal daño no representa un criterio de imputación vinculado sin más al resultado generado en la esfera de acción del demandado, sino que crea o hace surgir una deducción de conducta negligente o de culpabilidad en el médico, mientras éste no pruebe lo contrario, esto es, acredite y explique las circunstancias en que se produjo su actuación y que, ésta fue conforme a la *lex*



*artis*. De forma que, la ausencia u omisión de justificación de un adecuado proceder por parte del profesional sanitario, puede determinar su imputación, y, por ende, su responsabilidad<sup>55</sup>.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 23 de mayo de 2008<sup>56</sup>, se señalan como presupuestos necesarios para que opere este supuesto de responsabilidad: a) La presencia de un evento dañoso de los que normalmente no se producen, sino por una conducta negligente, b) Que ese suceso dañoso venga originado por cualquier conducta que, entre en la esfera de disponibilidad y control del demandado, aunque no se conozca el modo; y, c) Que el daño no sea imputable a un comportamiento culposo de la propia víctima.

Consecuentemente, sobre los requisitos expuestos, si el daño viene originado por una causa que, se encuentra fuera de la disponibilidad del personal sanitario, no concurrirán los requisitos primero y segundo, para que opere la presunción de culpa; de tal forma que, se destruye ésta o la efectividad del principio «*res ipsa loquitur*», con la consiguiente ruptura del nexo causal entre el evento dañoso y su actividad.

En todo caso, la aplicación de tal doctrina no supone acudir a criterios de imputación de carácter objetivo o por riesgo, pues, la exigencia de responsabilidad del médico se funda en estos casos en la culpa<sup>57</sup>; en concreto, en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución (por ejemplo, ante la infección que contrae el paciente como consecuencia de una intervención quirúrgica, cuando se acredita la falta u omisión de las medidas de prevención), que deriva en tal resultado dañoso. De manera que, sobre tales bases, la doctrina del daño o resultado desproporcionado no funciona al margen de la responsabilidad por culpa, pues, en los términos ya expuestos, presume la culpa del médico, a modo de culpa virtual.

Tampoco se consagra una inversión de la carga de la prueba, puesto que, la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la prueba a una de las partes, sino admitir que existen unos hechos cuya evidencia queda demostrada por sí misma (*res ipsa loquitur*), y que son susceptibles de evidenciar la concurrencia de la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigibles según las circunstancias (de especial intensidad en los casos de actividades creadoras de riesgos extraordinario), en tanto no sean refutados (*facta refutanda*) por quien tiene en sus manos el dominio de la actividad sanitaria, y la proximidad y disposición de los instrumentos aptos para purificar lo ocurrido, es decir, el médico<sup>58</sup>. Se presume, por tanto, la anormalidad de la prestación sanitaria, y, por ende, la responsabilidad de aquél. Ante tal situación, se exige al médico «una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida», esto es, corresponde al médico desvirtuar esa presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, al ser el resultado obtenido desproporcionado; y, para ello, deberá justificar su adecuada actividad<sup>59</sup>. Con tal proceder, se atenúa el rigor probatorio a favor del paciente demandante en relación con la prueba de la culpa y la relación de causalidad de ésta con el resultado dañoso, al deducir del propio resultado desproporcionado, la negligencia en la actuación del médico.

Por otra parte, en los términos expuestos, la exigencia de una explicación de su actuación resulta necesaria para destruir tal presunción, ante la existencia de un daño desproporcionado –que, es un daño no derivado habitualmente de la actuación sanitaria, ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conducta en que el daños se produce–, pues, su ausencia u omisión determina que, la imputación al personal sanitario se

poder atribuírseles cualquier consecuencia por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1987 (RJ 19987/5488); y, de 23 de enero de 2009 (RJ 2009/1271).

63. *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986/2824); de 12 de julio de 1988 (RJ 1988/943); de 17 de junio de 1989 (RJ 1989/4696); 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/668); de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/677); de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3249); de 27 de junio de 1997 (RJ 1997/5758); de 21 de julio de 1997 (RJ 1997/5523); de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8816); de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668); de 29 de junio de 2007 (RJ 2007/3871); de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/2925), donde el Ponente de la sentencia D. José Antonio Seijas Quintada, recuerda que la anestesia es un actividad de medios y no de resultado; y, de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/6460), entre otras. Precisamente, esta última sentencia, señala en su *Fundamento de Derecho Primero*: «...la responsabilidad del profesional médico es de medios y, como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente



aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible, pues, no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (STS de 12 de marzo de 2008). Las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactoria, y sobre obligación de medios-obligación de resultado, dice la sentencia de 23 de octubre de 2008, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos, y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8651), analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactoria, declara que «no comporta 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 (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS de

consolide, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia y, por ende, la responsabilidad del personal sanitario ante tal actuación negligente.

La existencia del daño desproporcionado, pues, incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad médica en relación con el *onus probandi* de la relación de causalidad y la presunción de culpa<sup>60</sup>. Siendo, así que, no podrá existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando haya causa que, explique el resultado; explicación que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de esta doctrina jurisprudencial, al no poderse atribuir al médico o personal sanitario cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de su actuación<sup>61</sup>.

En consecuencia, no se excluye la presunción desfavorable que, puede generar un resultado dañoso, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y el descuido en su conveniente y temporánea utilización. Por tanto, corresponde al médico, como hemos puesto de manifiesto, destruir esta presunción de negligencia<sup>62</sup>.

En este contexto, el Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones que la obligación contractual o extracontractual del médico, y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso, la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, su obligación no es de resultado, salvo en caso de medicina satisfactoria, sino de medios, esto es, de proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; así como también ha señalado que, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, que sí es admitida por el Alto Tribunal para los daños de otro origen<sup>63</sup>.

Asimismo, ha resaltado que, el daño desproporcionado a que se refiere esta teoría, no debe equipararse al riesgo típico de la intervención; de modo que, si a pesar de una técnica quirúrgica impecable, se materializa un riesgo típico del que el paciente fue oportunamente informado<sup>64</sup>, y, se produjo por causas inevitables, o si el profesional médico ajusta su actuación a los parámetros de la *lex artis ad hoc*, éste no habrá incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia, ni resultará aplicable, en consecuencia, la teoría del daño desproporcionado.

En consecuencia, esta teoría sólo será de aplicación en el caso 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.

## VI. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria

En el ámbito de la responsabilidad civil hay casos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido –posibilidad u oportunidad, por tanto, de haber obtenido una ventaja o evitado una pérdida–. En el campo sanitario, suele conducirse a este campo los errores y/o retrasos en el diag-



nóstico y tratamiento de dolencias, la falta de información y/o de consentimiento informado y los erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales<sup>65</sup>.

Estamos ante supuestos de estricta incertidumbre causal, quedando, en consecuencia, al margen los casos en que hay una razonable certeza de que el agente dañoso, provocó el daño o que dejó de ocasionarlo. Así la aplicación de la doctrina debida de pérdida de oportunidad queda acotado entre dos extremos, uno negativo y otro positivo, constituido el primero por la nula probabilidad que, comporta una mera posibilidad; y, el segundo, por una alta probabilidad que se viene a convertir en razonable certeza. Así, respecto de este último, sí se tiene la seguridad que de haberse dado la oportunidad de participar al paciente en la toma de decisión, o de aplicarse un determinado tratamiento, no se hubiera producido el daño, y hay probabilidad causal, estamos ante una pérdida de oportunidad que, ha de ser objeto de indemnización (reparación). Si, por el contrario, se tiene la certeza que, aunque se hubiere dado tal oportunidad, el daño se hubiera producido, no resulta operativa tal doctrina, pues, se tiene, valga la redundancia, la certeza de que no hubo nexos causales.

Frente a los supuestos de responsabilidad en que se imputa al médico el resultado dañoso; con la teoría de la pérdida de oportunidad, lo que se atribuye al facultativo es la frustración de las expectativas de sanación, por ejemplo, por un error en el diagnóstico de una enfermedad que, de haberse detectado a tiempo, el paciente hubiera tenido más posibilidades de recuperación.

De ahí que, como señala ASUA GONZÁLEZ ante la incertidumbre del desenlace causal que se derivaría de haberse producido el comportamiento debido, caben diversos planteamientos. El más tradicional que sería el de considerar que si no se puede dar por establecida la relación de causalidad no habría lugar a ninguna responsabilidad. El nexo causal existe o no existe pero no cabe enjuiciar una cuestión con base en causalidades parciales o hipotéticas (principio de indivisibilidad de la causa). Frente a éste, se encuentra la idea de excluir toda responsabilidad, si no se alcanzan las cotas de seguridad requeridas, considerando que, cuando se esté por debajo de tales cotas o umbral, puede tenerse en cuenta expresamente la probabilidad a efectos de establecer una indemnización inferior al daño final sufrido (entendido por tal el que se ha tomado como referencia a efectos de la relación causal que se ha considerado incierta: en un caso de error de diagnóstico y graves secuelas físicas, el daño final sería todo el referido a tales secuelas)<sup>66</sup>.

Como sucede con la teoría del resultado desproporcionado, la jurisprudencia juega un papel decisivo en su configuración. Así, la primera vez que, el Tribunal Supremo decidió sobre un supuesto de incertidumbre causal en tema sanitario, fue con la sentencia de la Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998<sup>67</sup>. Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que habría sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró conveniente cambiar la caja, y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco fuera del botiquín, y sin conocimiento de la ATS. Ésta observando que se había cambiado el recipiente, y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación, y no se pudo reimplantar. Se demandó al titular de la empresa, al médico y a la ATS. El Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria sólo respecto a la ATS, considerando que debía haber comprobado que, el miembro amputado seguía conservándose en hielo natural. Ahora bien, añade el Alto Tribunal, que a ella no puede imputársele la responsabilidad por

25 de abril de 1994, de 11 de febrero de 1997 (RJ 1997/940), de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/2608), de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005/8547); de 4 de octubre de 2006, y de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007/3273). Es, en definitiva, lo que se conoce como la *lex artis* o lo que es lo mismo un supuesto y elemento esencial para llevar a cabo la actividad médica y obtener de una forma diligente la curación del enfermo, a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente».

64. La información al paciente, dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de enero de 2009 (RJ 2009/1481), debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente y obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y, ha de hacerse de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y elegir, rechazar o demorar una determinada terapia o actuación por razón de sus riesgos, e incluso acudir a otro especialista o centro distinto (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8059). Asimismo, añade la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, sección 1ª, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/5789), que, la información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo, o se trate de medicina denominada satisfactoria (Sentencias de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8428); y, de 29 de julio de 2008 (RJ 2008/4638), revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina



no estrictamente necesaria (sentencias de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004/7218); de 26 de abril de 2007 (RJ 2007/3176)); además, 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 extraordinaria (sentencias de 17 de abril de 2007 (RJ 2007/2322); y, de 30 de abril de 2007 (RJ 2007/2397)); en la medicina satisfactoria, la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, 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 (sentencias de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8651); y de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007/3273)); y, por último, la denuncia por información deficiente resulta civilmente inconstitucional, cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión, o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil (sentencias de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007/396); y de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008/3072)). Sin embargo, se considera que, si no se informa del riesgo al paciente, la responsabilidad no deriva del daño desproporcionado, sino de la falta de información. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1997 (RJ 1997/5471).

el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial demostró que, en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma, no se puede imputar a la demandada más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera *se le puede imputar la pérdida de unas expectativas*. En consecuencia, la reparación concedida, sin referencia a ningún parámetro, se cifra en la cantidad de 1.500.000 pesetas.

Después de esta sentencia, trascurrieron algunos años, hasta que, de nuevo el Tribunal Supremo, —esta vez, la Sala 3ª, sección 6ª— se volviera a pronunciar sobre la cuestión en la sentencia de 18 de octubre de 2005<sup>68</sup>. Se trataba de un inicial traumatismo en un tobillo que, un mes después desembocó en varias intervenciones, y en la amputación parcial de la pierna. Se da por probado que existió un retraso en el diagnóstico de una isquemia, y en los dictámenes periciales, se señalaba que, de haberse realizado el diagnóstico con más prontitud, habrían existido más posibilidades de salvar la pierna del paciente. Al respecto razona el Alto Tribunal que «si se hubiera producido el diagnóstico correcto en el momento oportuno es imposible predecir cuál hubiera sido el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas u otras bien distintas, pero lo que, sin duda, es seguro, es que la recurrente hubiera tenido más oportunidades de salvar su pierna que en el momento en que se produjo el diagnóstico, transcurrido un tiempo excesivo desde que se conocieron los síntomas que por dos veces hicieron sospechar al médico de cabecera que estaba ante un proceso de isquemia que debía ser confirmado o descartado, y, si como se sospechaba existía, debía haber sido tratado de manera más eficaz».

Asimismo, en la sentencia de este mismo Tribunal, de la Sala 3ª, sección 6ª, de 21 de marzo de 2007<sup>69</sup>, una paciente diagnosticada de hernia de hiato, lo fue 8 meses más tarde de cáncer gástrico, falleciendo unos meses después. Planteada la reclamación por su hija, ésta pretende la reparación de los daños por la muerte de su madre. La Audiencia Nacional rechaza la indemnización en los términos solicitados, incidiendo en que si se hubiera realizado la endoscopia de modo precoz, hubiera servido para retrasar un tiempo el resultado final y poder asegurar quizá una mejor calidad de vida de la paciente, sin que con ello, en ningún caso, se hubiera podido evitar el fallecimiento y concluyendo que la única indemnización posible es la que trata de valorar la pérdida de esas posibilidades... y ese concepto no se puede valorar sino en 12.000 euros, cantidad con la que se entiende valorada dicha *pérdida de oportunidad de que la evolución hacia el resultado final hubiera sido la misma pero en condiciones más beneficiosas para el paciente, y para su familia directa*. Interpuesto recurso de casación el mismo fue desestimado, incidiéndose en que la Audiencia Nacional entendió que, la gravedad de la dolencia sufrida por la paciente no hubiera podido evitar el desenlace final con el fallecimiento de la misma, sino que apreciando tal vez la posibilidad de un más precoz diagnóstico del cáncer a través de una endoscopia podía haberse conseguido un posible alargamiento de su vida, y tal vez, un mejoramiento de la calidad de vida de sus últimos días.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17 de abril de 2007<sup>70</sup>, se resuelve un caso de ingreso en un centro hospitalario de un paciente con isquemia aguda de miembro inferior derecho. Se prescribió por un facultativo la realización de una artrografía para identificar la etiología del cuadro clínico. Tal prueba no se pudo realizar, y, el facultativo, sin embargo, no ordenó el traslado del paciente a otro centro, falleciendo finalmente. Planteada demanda por la viuda y tres hijos, solicitan la indemnización de 65.000.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a todos los demandados (facultativo, centro hospitalario, y servicio público de salud),



decisión que fue revocada en apelación, condenando a los mismos al pago de 5.000.000 pesetas. La Audiencia dio por bueno que, con la prueba omitida se habría detectado la disección que determinó la muerte del paciente, pero también que no obstante el tratamiento quirúrgico de la afección, bien mediante cirugía cardíaca, bien mediante la revascularización de una isquemia, las probabilidades de éxito y evitación de la muerte, no eran superiores al 20%. Sin embargo, partiendo de la falta de prueba de la relación de causalidad entre la omisión de la de la arteriografía y la muerte del paciente, se incidía en que se privó al paciente, y a sus familiares, al no realizarse la arteriografía, de una expectativa: la eventualidad de que la cirugía vascular o cardíaca alcanzase éxito y en que la *privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable*; si bien, su toma en consideración no es incongruente con el objeto de la *litis*. En todo caso, el daño se procedió a evaluar como daño moral. El Tribunal Supremo da por buena la consideración de la instancia de la falta de certeza de la causalidad y asumió la perspectiva de la Audiencia señalando que «parece excesivo en relación con la omisión no de una prueba diagnóstica, que el médico no podía llevar a cabo, sino con la omisión de una indicación del traslado a otro centro en que la prueba se pudiera realizar cuando la disección aórtica no era ni probable, sino meramente 'no descartable'».

También, la Audiencia Nacional se ha pronunciado a favor de la aplicación de esta teoría, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 29 de octubre de 2003<sup>71</sup>, en el que un paciente con una afección cardíaca al que se le coloca en lista de espera para una intervención valvular, fallece el día antes de que se le llame. Se plantea reclamación por la viuda e hija, considerando que la lista de espera fue mal gestionada. Se concede todo lo solicitado (11.308.414 y 1.256.490 pesetas, respectivamente) destacándose que, la cantidad es razonable y queda dentro de los parámetros que viene aplicando (la) Sala en supuestos similares, estimándose la cantidad proporcionada a los daños sufridos por la unidad familiar. Entre las consideraciones vertidas en la sentencia se habla de *una clara pérdida de oportunidad a la que se adiciona el trágico resultado*, y se señala que sin poder predecir cuál hubiera sido el resultado, no cabe duda que las posibilidades de supervivencia son elevadas. En la sentencia de esta misma Audiencia, Sala y sección, de 15 de febrero de 2006, igualmente, se opta por aplicar esta teoría. Un paciente de 76 años ingresa para la implantación de un marcapasos. En la intervención que se llevó a cabo, sufre un neumotórax, falleciendo. Se plantea demanda por sus hijos, solicitando la correspondiente indemnización. La Sala considera al respecto que, sólo se puede admitir el reproche por el retraso de doce horas en practicar la toracotomía y que *existe una fundada probabilidad que tal demora ha tenido ha tenido trascendencia en la prolongación del postoperatorio, con el mayor riesgo de adquirir la infección, produciéndose una pérdida de oportunidad en cuanto a que de haberse intervenido esas horas antes, se habría reducido el riesgo de infección que finalmente resultó letal*. La indemnización se fija en 24.000 euros, ponderando todos los elementos, retrasos de unas horas en la intervención, deterioro del estado de la paciente a esa horas, posibilidad de reducción del postoperatorio, como consecuencia del mejor estado que, pudo presentar de haberse intervenido con mayor urgencia, menor riesgo de infección.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 9ª, de 20 de julio de 2006<sup>72</sup>, igualmente, ante un retraso en el diagnóstico e intervención de glaucoma en un bebé de meses, la madre, en representación del hijo, y parece que, también en su propio nombre, solicita la correspondiente indemnización. El Tribunal se la concede, incidiendo en que se desconoce qué hubiera podido pasar si al menor se le hubiera atendido inmediatamente, y, añade, lo cierto es que *el retraso en el tratamiento terapéutico adecuado ha producido una pérdida de*

65. Es lo que en la doctrina y jurisprudencia francesa denominan *perte d'une chance*; o en terminología alemana causalidad que fundamenta la responsabilidad (*Haftungsbergründende Kausalität*) o causalidad que da contenido a la misma (*Haftungsausfüllende Kausalität*).

En relación a los casos de responsabilidad sanitaria por errores y retrasos en el diagnóstico y tratamientos de dolencias, el artículo 3:106 de los Principios de Derecho Europeo del *European Group on Tort Law*, establece una fórmula general respecto de las causas inciertas en la esfera de la víctima, en la que se indica que, corresponde a ésta cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento, o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera.

66. ASUA GONZÁLEZ C., Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria, Thomson-Aranzadi, Navarra 2008, p. 18.

67. RJ 1998/8371.

68. RJ 2005/8530.

69. RJ 2007/2644.

70. RJ 2007/2322.

71. JUR 2003/265284.

72. RJ 2007/39.

73. JUR 2007/166246.

74. Cuando la reclamación la hacen los padres, por el daño sufrido por ellos, se habla de *wrongful birth*; pero cuando la reclamación es hecha por el propio hijo, o por los padres en cuanto sus representantes legales, de modo que, el daño que se reclama es el que sufre el propio hijo, se suele hablar de *wrongful life*. Junto con



las reclamaciones por *wrongful conception*, que son reclamaciones de responsabilidad civil, como consecuencia de una anticoncepción fallida que tiene como resultado en nacimiento de un bebé sano, pero no deseado, engloban lo que se denomina *wrongful actions*. Vid., ATAZ LÓPEZ J., «Las wrongful actions en materia de responsabilidad médica», La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas, director Antonio Orti Vallejo y coordinadora María del Carmen García Garnica, Thomson-Aranzadi, Navarra 2006, pp. 342-343. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197) expresamente acogido esta terminología, señalando en su Fundamento de Derecho 6º que: «La expresión «*wrongful conception*» engloba aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas. ...Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir, si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se habla *wrongful birth*, y de *wrongful life*, si quien lo hace es el propio hijo». A lo que se ha llamado *wrongful conception*, otros autores la denominan «*wrongful pregnancy*», «*unwanted pregnancy*» o «*birth of an unwanted child*». Sobre tales denominaciones y, su tratamiento, vid., MARTÍN CASALS M., y SOLÉ FELIU J., «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *InDret*, julio de 2001, p. 2; MACÍA

*oportunidad de tratamiento del enfermo. Pérdida de oportunidad que, aunque sea remota, no puede quedar indemne.* Así se cifra la indemnización en 48.080,97 euros por daños fisiológicos, 12.020,24 por daños estéticos, y 30.050,61 por daños morales. En la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, sección 8ª, de 23 de octubre de 2006<sup>73</sup>, en un paciente que sufre malformación congénita se retrasa en el diagnóstico final por la práctica tardía de una prueba. El Tribunal considera que, *se aprecia una pérdida de oportunidad de poder ser tratado con anterioridad al agravamiento de su situación y de forma diferente. La obligación de indemnizar ha de operar sobre la base de la pérdida de oportunidad apreciada, no por la totalidad de los daños causados, que en buena medida son riesgos típicos asociados a las enfermedades padecidas por el recurrente*, y establece una indemnización de 12.000 euros por los daños morales derivados de la mencionada pérdida de oportunidad.

En las Audiencias, las primeras aplicaciones de la teoría de la oportunidad perdida en el ámbito médico, tienen lugar en relación con reclamaciones de los padres por los daños derivados del nacimiento de los hijos con problemas físicos o psíquicos. Son casos denominados de *wrongful birth*, en que, por negligencia médica, no se ha efectuado el adecuado diagnóstico prenatal que, habría detectado las taras o malformaciones en el feto<sup>74</sup>. La afirmación del nexo causal en estos casos exige acreditar que, si los progenitores hubieran estado adecuadamente informados de los problemas de su hijo, podrían haber tomado la decisión de interrumpir el embarazo, y se les ha privado de esa oportunidad. Lo cierto es que en clave de responsabilidad, —teniendo presente que el nacimiento de un hijo (puesto que los padres han querido ese hijo) no se puede considerar como un daño indemnizable, ni que, como señala la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2001<sup>75</sup>, exista en nuestro Ordenamiento Jurídico un auténtico *derecho subjetivo* a abortar—, se conecta los posibles daños con la privación para la madre de la facultad de decidir abortar, una privación de un derecho a elegir, que se concreta en una lesión del derecho a la dignidad personal y, al principio del libre desarrollo de la personalidad, que debe ser objeto de indemnización. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 2ª, de 15 de septiembre de 1998<sup>76</sup>, señala que «no se trata pues de hacer responder a los demandados por el nacimiento de la niña —con o sin defecto congénito—, pues resulta cuando menos discutible el que pueda considerarse el nacimiento de un hijo con síndrome de *Down* (mongolismo) como «un daño resarcible (...), sino *por no haber dado a los padres la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con síndrome de Down o abortar, figura que la doctrina civilista conoce como 'pérdida de oportunidad'*»; en el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de 5 de mayo de 1998<sup>77</sup>, que si bien, no menciona la teoría de la *chance* (pérdida de la oportunidad), es evidente que fundamenta la solución adoptada en *la privación de la «posibilidad de decidir lo que estimar más conveniente»*, fijando la condena a indemnizar en la cantidad de 30.050,61 euros, y, al respecto, declara que «la no realización de las pruebas, perfectamente posibles según el estado de la técnica médica, o al menos de la no información sobre su posibilidad, resultados y riesgos omitida, determinó que, la demandante careciera del conocimiento sobre la real situación del embarazo y del feto y, en consecuencia, *se le privó de la posibilidad de decidir lo que estimar más conveniente en virtud del derecho que el legislador le conviene en tales casos*». Sobre tales casos, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en sentencia de 6 de junio de 1997 ante el nacimiento de un niño con síndrome de *Down*, sin que se hubiera notificado a la madre la «amniocentesis» realizada en el plazo en el que era legalmente posible la interrupción voluntaria del embarazo. El Alto Tribunal entendió que, ésta estaba dispuesta a interrumpir voluntariamente su embarazo, por lo que consideró que fue la actuación negligente del médico demandada, al no comunicar a tiempo el resultado de la prueba, el que impidió a la madre interrumpir su embarazo. En consecuencia, se conceda a



indemnizar un daño que se declara expresamente como daño moral, y que consiste en «el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo, y que pudiera llegar a alcanzar edades medianas, lo que precisa, a su vez, una atención fija o permanente»; en la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 21 de diciembre de 2005<sup>79</sup>, en esta línea, señala que «es lógico establecer una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas, y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para que, en función de esa información, pueda tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto de vida, como es la opción de interrumpir el embarazo; puesto que no siendo posible hasta la fecha, la corrección de las anomalías cromosómicas, al no tener tratamiento posible, el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir esta interrupción voluntario del embarazo; relación que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos de causalidad en la responsabilidad médica 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 el embarazo en función del diagnóstico prenatal*».

De la misma manera, que se ha operado en la jurisprudencia española, ha actuado la jurisprudencia francesa e italiana durante años, aplicando la doctrina de la pérdida de posibilidades de supervivencia para conseguir salvar algunos de los problemas de causalidad entre la actuación del médico y el daño<sup>80</sup>.

Además de estos supuestos de falta o erróneo diagnóstico prenatal, se ha aplicado también esta doctrina en los supuestos de incumplimiento de la obligación de informar. Así en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de mayo de 2006<sup>81</sup>, se diagnosticó a una menor una tumoración en una pierna, y ante la alta probabilidad de que se malignizara, se aconsejó su extirpación. Meses después de la intervención se presentaron alteraciones severas en el nervio ciático, y tras practicarse una segunda operación, quedaron importantes secuelas. El Tribunal estima el recurso de casación considerando que, se ha incumplido la obligación de informar y vulnerado el derecho a prestar un consentimiento informado (se hace referencia a un derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona), fijando una indemnización de cinco millones de pesetas. Tal indemnización se deriva de la *pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño en función de las secuelas que le quedaron al paciente* en la forma en que esta Sala ha resuelto, para supuestos que no son del caso, amparados bien en que la intervención no era ineludible, y necesaria, o bien porque *se privó al paciente de poder desistir de la misma, al no presentarse como urgencia quirúrgica*, o bien por tratarse de un supuesto de medicina voluntaria. En la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 10 de octubre de 2007<sup>82</sup>, una paciente diagnosticada de tendinitis del supraespinoso e intervenida en noviembre de 2000 para realizar una descompresión, fue objeto posteriormente de infiltración, rehabilitación funcional y cirugía artroscópica, finalizando con unas secuelas de hombro doloroso, que le limitaban funcionalmente, y atrofia de los músculos con pérdida de fuerza. La Audiencia estimó que, *la ausencia de información conllevó para el recurrente que perdiese una oportunidad de elegir otra técnica diferente, como la artroscópica, o incluso no ser operada, y que ha de surgir una deber de indemnizar, si bien,*

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, pp. 46-54.

75. RJCA 2001/1280.

76. AC 1998/1504.

77. AC 1998/7198. Sin embargo, entiende que no procede la indemnización en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002/1929).

78. RJ 1997/4610. En igual sentido, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de marzo de 2005 (JUR 2005/4412); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de enero de 2005 (AC 2005/339).

79. RJ 2005/10149. Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999/748), en un embarazo calificado de bajo riesgo, se realizaron los protocolos establecidos para ese tipo de embarazos, que no incluían ciertas pruebas que habrían permitido detectar antes del nacimiento las malformaciones congénitas con las que finalmente se produjo el nacimiento. El Alto Tribunal entiende que la actuación médica fue conforme a la *lex artis ad hoc*, y que, en consecuencia, no procede la condena por responsabilidad civil; y, en la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 7 de junio de 2002 (RJ 2002/5216), una mujer de 35 años que queda embarazada y ante los riesgos que tal embarazo pudiera tener, solicita a su ginecólogo que le informe de las pruebas existentes para determinar la existencia de malformaciones. Tal información no tiene lugar, como tampoco la práctica de las pruebas pertinentes, naciendo el hijo con síndrome de Down. No obstante, el Tribunal



Supremo entendió que no había relación causal entre la falta de información y el nacimiento del hijo con síndrome de Down «pues aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica, y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia de síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante».

80. Vid., ATAZ LÓPEZ J., Los médicos y la responsabilidad civil, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 343-346.

81. RJ 2006/2399.

82. JUR 2007/339906.

83. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998/8371); y, Sala 3ª, sección 6ª, de 12 de julio de 2007 (RJ 2007/4993). Asimismo, la sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8ª, de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007/166246).

84. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17 de abril de 2007 (RJ 2007/2322), se acepta la perspectiva de la Audiencia de conceder una indemnización por pérdida de oportunidad cuando las probabilidades de éxito y evitación de la muerte no eran superior al 20%.

85. ASUA GONZÁLEZ C., Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria, *op. cit.*, p. 77.

86. JUR 2007/224055.

87. RJ 2007/4993.

### Correspondencia

Departamento de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho. Universidad  
Complutense de Madrid  
Ciudad Universitaria, s/n  
28040 Madrid  
[aiberrocalanzarot@d.ucm.es](mailto:aiberrocalanzarot@d.ucm.es)

esa responsabilidad ha de venir derivada de la pérdida de oportunidad por la falta de advertencia de los riesgos derivados de la operación realizada, en la medida en la que el recurrente pudo haber optado por otras alternativas a la cirugía abierta practicada.

En este contexto, puede decirse que, el daño a indemnizar no es el derivado de la lesión a la salud, la integridad física o la vida, sino la pérdida de oportunidad de obtener un tratamiento médico adecuado o una curación en tiempo oportuno. Se trata de un daño basado en el cálculo de posibilidades de haber actuado en un determinado sentido, acomodándose la indemnización a tales circunstancias<sup>83</sup>. La privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable.

Aceptada la perspectiva de la pérdida de oportunidad, lo que resulta esencial es trazar el ámbito de incertidumbre en el que ha de tener virtualidad. Para ello, se ha de tener en cuenta dos extremos el límite inferior y superior de probabilidad relevante de haberse operado de otra forma, no se hubiera producido el daño final, o al menos, no en la forma en la que ha tenido lugar; y, por otra, la certeza causal de la oportunidad perdida que, ha impedido decidir u optar en un determinado sentido. En España, se ha propuesto el cálculo de la indemnización, fijando un umbral superior en torno al 80% (probabilidad considerada como certeza de que se hubiera actuado en otro sentido, pues, se ha privado de la oportunidad de decidir), y uno inferior en torno al 15% (se estaría ante una oportunidad irrelevante por genérica o inespecífica)<sup>84</sup>. En Italia y Estados Unidos se admiten niveles de probabilidad más bajos, en torno al 50%.

En todo caso, las expresiones responsabilidad por pérdida de oportunidad o daños por pérdida de oportunidad son lo bastante amplias como para dar cobijo a la indemnización de los daños finales en atención a la probabilidad de causalidad; o, si no es posible establecer la relación de causalidad respecto de tales daños finales, a indemnizar otras consecuencias lesivas<sup>85</sup>.

Finalmente, el importe indemnizatorio en que se concreta la pérdida de oportunidad, ha de ser inferior al que correspondiera, si se procediese a la íntegra reparación del daño final. Por tanto, el *quantum* ha de fijarse en función de la probabilidad de causalidad, o expectativa de resultados, de haberse dado la oportunidad de decidir, o de actuar, en su caso, con la fijación de la franja de valores o circunstancias que, se estimen oportunas (edad, secuelas, circunstancias familiares, etcétera). En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 14 de noviembre de 2006<sup>86</sup>, se establece que, se trata de un daño basado en el cálculo de posibilidades, acomodándose la indemnización a tales circunstancias, y resulta evaluable en cada caso. Se fija la indemnización teniendo en cuenta las características del tumor, su ubicación, lo informado sobre las posibilidades de la paciente, y la baremación contenida en la ley 30/1995. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sección 6ª, de 12 de julio de 2007<sup>87</sup>, para la determinación de la cantidad de 120.202,42 euros de indemnización, se tienen en cuenta la edad de la recurrente y sus responsabilidades familiares.