



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la
Comunicación de Segovia**

Grado en Derecho

**RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL VERSUS
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD
PROFESIONAL MÉDICA**

Presentado Por:

Raquel Bertolo Gómez

Tutelado Por:

Henar Álvarez Álvarez

Fecha:

3 de julio de 2023

RESUMEN

La medicina es una materia que se encuentra en constante cambio debido a la evolución de la sociedad y a los avances tecnológicos, lo que ha dado lugar al surgimiento de nuevos procedimientos, técnicas y tratamientos. Por todo ello, a lo largo de los años la prestación de servicios sanitarios ha ido mejorando y perfeccionándose.

El presente trabajo de fin de grado se centra, en primer lugar, en el estudio de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, incluyendo el problema del plazo de prescripción de las acciones de ambas responsabilidades, así como su posible yuxtaposición en determinados casos.

Posteriormente, procedo a analizar la responsabilidad civil médica y sus aspectos más relevantes, estableciendo considerables diferencias entre la medicina curativa o necesaria y la medicina voluntaria o satisfactiva. En cuanto al contenido de la responsabilidad civil médico-sanitaria, se examinan sus elementos principales como son: la naturaleza de la obligación de los profesionales sanitarios dependiendo del tipo de medicina ante el que se encuentren, la culpa o negligencia y la carga de su prueba, el consentimiento informado, la teoría de la pérdida de oportunidades, las distintas clases de daños que pueden derivar de acciones u omisiones culposas del médico y su posterior reparación mediante una indemnización.

Por último, menciono brevemente cuál es la jurisdicción competente para resolver las reclamaciones por responsabilidad civil médica dependiendo de los sujetos contra los que se dirijan dichas reclamaciones.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil, médico, lex artis, culpa, negligencia, daño, indemnización, consentimiento informado, medicina satisfactiva, medicina necesaria, obligación de medios, obligación de resultado, diligencia debida, pérdida de oportunidad.

ABSTRACT

Medicine is a subject that is constantly changing due to the evolution of society and technological advances, which has given rise to new procedures, techniques and treatments. For all these reasons, over the years the provision of health services has been improving and perfecting itself.

This thesis focuses, firstly, on the study of contractual and non-contractual civil liability, including the problem of the timing limitations for the prescription of both liabilities, as well as their possible juxtaposition in certain cases.

Subsequently, I proceed to analyze the medical civil liability and its most relevant aspects are analyzed, establishing considerable differences between healing or necessary medicine and voluntary or satisfying medicine. Regarding the content of medical-health civil liability, its main elements are examined, such as the nature of the obligation of health professionals depending on the type of medicine they are dealing with, fault or negligence, and the burden of proof, informed consent, the theory of loss of opportunities, the different types of damage that may come from the doctor's negligent actions or omissions and their subsequent reparation by means of compensation.

Finally, I briefly mention which is the competent jurisdiction to resolve medical liability claims, which is determined depending on the subjects against whom the claims are directed.

KEYWORDS

Civil liability, doctor, *lex artis*, blame, negligence, damage, compensation, informed consent, satisfactory medicine, necessary medicine, obligation of means, obligation of result, due diligence, missed opportunity.

ABREVIATURAS

CC - Código Civil.

CE - Constitución Española.

LCS - Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

LEC - Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Art. – Artículo.

RAE - Real Academia Española.

AP – Audiencia Provincial.

TC – Tribunal Constitucional.

TSJ – Tribunal Superior de Justicia.

TS - Tribunal Supremo.

STS - Sentencia del Tribunal Supremo.

Núm. - Número.

Op. Cit. - Obra citada.

Ed. – Editorial.

P. – Página.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	11
1.1. Responsabilidad civil contractual.....	12
1.2. Responsabilidad civil extracontractual.....	12
1.3. Elementos comunes y diferencias entre ambas responsabilidades.....	14
1.4. Yuxtaposición de ambas responsabilidades y unidad de la culpa civil.....	15
1.4.1. Teorías resolutorias de la yuxtaposición de ambas responsabilidades civiles.....	17
1.4.1.1. Teorías de la absorción.....	18
1.4.1.2. Teoría de la opción.....	18
1.4.1.3. Teoría del concurso de normas.....	19
1.5. La prescripción de la acción.....	20
2. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	23
2.1. La actividad médica.....	23
2.2 Naturaleza jurídica de la obligación del médico: obligación de medios, de medios acentuada y de resultado.....	24
2.3. Medicina curativa y medicina voluntaria.....	26
2.4. Supuestos concretos de responsabilidad civil médica.....	28
2.4.1. Esterilizaciones: especial referencia a las acciones por esterilizaciones fallidas.....	28
2.4.1.1 Sentencias estimatorias de la reclamación.....	29
2.4.1.2. Sentencias desestimatorias de la reclamación.....	30
2.4.2. Odontología.....	30
2.4.3. Cirugía estética.....	31
3. LA CULPA.....	33
3.1. Concepto.....	33
3.2. La prueba de la culpa: teoría de la facilidad probatoria e historia clínica.....	34
3.3. Culpa anónima y déficit asistencial.....	36
3.4. Teoría del daño desproporcionado o culpa virtual.....	37

4. CONSENTIMIENTO INFORMADO: especial referencia a la Ley 41/2002.....	39
4.1. Concepto y significación.....	39
4.2. Presupuestos.....	43
4.2.1. Titular.....	43
4.2.2. Tiempo.....	45
4.2.3. Forma.....	46
4.2.4. Objeto.....	46
4.3. Contenido y límites.....	47
4.3.1. Contenido.....	47
4.3.1.1. Especial referencia a las acciones de <i>wrongful birth</i> y de <i>wrongful life</i>	49
4.3.2. Factores moduladores del grado de información.....	50
5. PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES: TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.....	51
5.1. Concepto.....	51
5.2. Supuestos concretos de pérdida de oportunidad en el ámbito médico.....	54
5.2.1. Supuestos de actuación sin la debida diligencia.....	54
5.2.2. Supuestos de defectuosa actuación técnica del médico.....	55
5.2.3. Supuestos de omisión del consentimiento informado.....	55
6. DAÑOS INDEMNIZABLES.....	56
6.1. Aproximación al concepto de daño.....	56
6.2. Daño reparable y sus características.....	57
6.2.1. Certidumbre del perjuicio.....	57
6.2.2. El daño ha de ser propio.....	57
6.3. Clases de daños.....	58
6.3.1. Daños patrimoniales.....	58
6.3.1.1. Daño emergente.....	58
6.3.1.2. Lucro cesante.....	59
6.3.2. Daños no patrimoniales.....	59

6.3.2.1. <i>Daños corporales</i>	59
6.3.2.2. <i>Daños morales</i>	60
6.3.2.2.1. <i>Concepto de daño moral</i>	60
6.3.2.2.2. <i>Modalidades o categorías admitidas de derecho moral</i>	61
7. INDEMNIZACIÓN	62
7.1. Concepto	62
7.2. Legitimación activa en la responsabilidad	62
7.3. Contenido de la indemnización	63
7.4. Criterios para calcular el montante de la misma	63
7.4.1. <i>Baremos</i>	64
7.5. Indemnización por daño moral por la muerte de una persona	65
7.6. Aspectos procesales en las reclamaciones por responsabilidad médica	67
8. CONCLUSIONES	69
9. JURISPRUDENCIA	71
10. BIBLIOGRAFÍA	76

1. INTRODUCCIÓN

Por regla general, todo sujeto que sufra un daño recibirá el nombre de “víctima” o “dañado” y busca su resarcimiento. Además, si dicho daño es imputable a una determinada persona, ésta será la responsable de llevar a cabo su reparación.

La conducta o comportamiento que origina el daño y que es realizada por el responsable recibe el nombre de acción u omisión humana.¹

Dicho esto, la responsabilidad civil supone, para el responsable del perjuicio, el nacimiento de una obligación reparatoria del daño que haya causado a la víctima y esos daños pueden derivar de dos situaciones diferenciadas:

1) Por un lado, existen supuestos en los que previamente hay sujetos vinculados entre sí por una obligación contractual y el daño se origina cuando una de las partes de dicho contrato decide no cumplir la obligación pactada anteriormente.

En este primer caso hablamos de responsabilidad civil contractual, la cual se consagra en el artículo 1.101 del Código Civil, que establece lo siguiente: <<*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*>>.

El artículo 1.101 se encuadra dentro del Capítulo II llamado: “*De la naturaleza y efecto de las obligaciones*”, del Título I: “*De las obligaciones*”, del Libro Cuarto: “*De las obligaciones y contratos*” del Código Civil.

2) Por el contrario, esta obligación de indemnizar los daños ocasionados a la víctima puede no emanar de una relación contractual previa entre el dañador y el dañado.

En este supuesto estaríamos ante la responsabilidad civil extracontractual o también conocida como aquiliana, la cual se define y establece en el artículo 1.902 del Código Civil, cuyo contenido es el siguiente: <<*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*>>.

¹ Llamas Pombo, E., *Manual de Derecho civil. Volumen VII. Derecho de daños*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., Madrid, 1ª ed., 2021, p. 30.

El artículo 1.902 se encuentra en el Capítulo II: “*De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*”, del Título XVI: “*De las obligaciones que se contraen sin convenio*”, del Libro Cuarto: “*De las obligaciones y contratos*”.²

1.1. Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil del médico dependerá de si existe o no una relación previa con el paciente. En el caso de que haya un contrato de servicios sanitarios previo que vincule a las partes, su incumplimiento dará lugar al nacimiento de responsabilidad civil contractual.

Dicho esto, para que se genere la responsabilidad civil contractual se han de cumplir los siguientes requisitos:

1) Se tiene que haber producido de forma objetiva un cumplimiento defectuoso del contrato o un incumplimiento por una de las partes, de manera que no se haya satisfecho el derecho a obtener la prestación acordada en las condiciones pactadas previamente.

2) Dicho cumplimiento imperfecto o incumplimiento contractual es necesario que se produzca de forma voluntaria, es decir, es indispensable que exista culpa o dolo.

3) Es imprescindible que entre el incumplimiento contractual o el cumplimiento defectuoso y el perjuicio o daño ocasionado exista una relación de causalidad.

4) Para que tenga lugar dicha responsabilidad, no pueden ser aplicables ninguna de las causas de exención de responsabilidad civil contractual establecidas en el art. 1.105 del Código Civil, entre las que destacan el caso fortuito y la fuerza mayor.³

1.2. Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual se produce en el ámbito médico en aquellos supuestos en los que entre el responsable del daño y el paciente perjudicado no haya un contrato previo, es decir, cuando no se haya pactado previamente la prestación de un servicio

² Yzquierdo Tolsada, M. *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson, S.L., Madrid, 6ª ed., 2020, p. 104-105.

³ Guinot Barona, M., *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Aranzadi, S.A., VV.AA., Pamplona (Navarra), 1ª ed., 2009, p. 362-365.

médico. También se puede dar en casos en los que sí que exista un acuerdo previo para que se preste un servicio sanitario, pero el daño producido no esté dentro del ámbito de lo convenido o en situaciones en las que se exija el pago de una indemnización a una persona distinta de aquella que haya prestado el acordado servicio médico.

El Código Civil regula esta modalidad de responsabilidad civil en sus artículos 1.902 a 1.910 y los requisitos para que tenga lugar la responsabilidad aquiliana son los siguientes:

1) Acción u omisión antijurídica del agente: el perjuicio tiene que producirse debido a una conducta activa o pasiva del dañador, es decir, debido a la realización de cualquier acción u omisión humana. Además, dicha acción u omisión ha de ser antijurídica, es decir, tiene que vulnerar la norma, tiene que ser contraria a derecho.

Un ejemplo de conducta pasiva sería la no aplicación de tratamientos adecuados o la no realización de pruebas necesarias. En este sentido destaca la STS de 24 de marzo de 2001, la cual estableció que el motivo por el que un recién nacido sufría una ceguera fue la pasividad de los médicos al omitir la realización de necesarias medidas preventivas como revisiones de oftalmólogos para controlar el crecimiento y la evolución de una retina inmadura, lo que impidió la aplicación del tratamiento necesario u oportuno.⁴

2) Culpa o negligencia: es imprescindible para que tenga lugar la obligación de reparar el daño que la acción u omisión del agente sea culpable o negligente.⁵

3) Daño o perjuicio: es aquel menoscabo moral o material sufrido por una persona originado porque otro sujeto ha actuado contraviniendo una norma jurídica. Además, es un elemento esencial e indispensable para que tenga lugar la responsabilidad, y tal es su importancia que sin daño no es posible que exista responsabilidad de ningún tipo.

La existencia del daño no se presume, por ello la comprobación de dicha existencia y la determinación de la cuantía del daño se realizan comparando la situación real que existe tras haberse producido el perjuicio con la situación hipotética y ficticia que existiría si el daño no se hubiera llegado a producir. Además, para que el daño pueda ser indemnizable ha de ser cierto y propio.

⁴ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 390-392.

⁵ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 404-406.

4) Relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño o perjuicio ocasionado: se trata del nexo que une ambos elementos. El Tribunal Supremo, en adelante TS, aplica la teoría de la causalidad adecuada o eficiente.

En la práctica pueden surgir problemas ante la existencia de circunstancias como la fuerza mayor o el caso fortuito, al ser elementos que si concurren rompen el nexo causal. Además, la actuación del paciente perjudicado por el daño puede disminuir e incluso excluir la responsabilidad del agente del daño si no sigue las instrucciones dadas por el médico.⁶

1.3. Elementos comunes y diferencias entre ambas responsabilidades

Hay que destacar que ambas responsabilidades no son realidades totalmente ajenas entre sí, ya que los regímenes jurídicos encargados de regularlas se unifican o aproximan en aspectos prácticos, sistemáticos y sustantivos.

De hecho, los elementos que componen la norma de responsabilidad son dos: (1) el supuesto de hecho, compuesto por dos sujetos llamados responsable y víctima o dañado, un nexo causal entre la conducta o el comportamiento llevado a cabo por el responsable y el daño sufrido por la víctima y, por último, un factor de atribución o un elemento de imputación del daño al responsable y (2) la consecuencia jurídica, que es aquel elemento que da lugar al surgimiento de la obligación de reparar el daño ocasionado a la víctima.

Estos elementos son comunes a ambas categorías, por lo que forman parte tanto de la responsabilidad contractual derivada del artículo 1.101 del CC como de la responsabilidad extracontractual consagrada en el artículo 1.902 del mismo cuerpo legal.

Pero es correcto afirmar que, aunque en ocasiones exista un acercamiento entre las dos responsabilidades, son realidades distintas y, por ello, cada una se somete a sus propias reglas y cada una tiene un tratamiento específico y particular dentro del ordenamiento jurídico.⁷

Dicho esto, cabe mencionar algunas de las principales diferencias entre ambas esferas de responsabilidad, como pueden ser:

1) El plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil extracontractual es de un año, tal y como establece el art. 1.968 2º del Código Civil.

⁶ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 392-394, 401-404.

⁷ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 30-32.

En cambio, el art. 1.964.2 del Código Civil determina que será de cinco años el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad civil contractual.

2) En el ámbito contractual es posible limitar o graduar la culpa, sin embargo, la responsabilidad civil extracontractual no lo permite y el resarcimiento tiende a ser completo, comprende todas las consecuencias, ya que entre el dañador y la víctima no existía ningún vínculo obligacional previo.

3) En la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana es necesario probar la culpa del sujeto que causó el daño, mientras que en la responsabilidad civil contractual dicha culpa se presume.

4) Un requisito principal de la responsabilidad contractual es la capacidad de obrar, mientras que dicha formalidad no se exige en la responsabilidad aquiliana.⁸

Por todo lo anterior se puede afirmar que la responsabilidad civil contractual es aquella que deriva del incumplimiento de una obligación contractual preexistente entre el responsable o dañador y la víctima o el dañado y se establece en los artículos 1.101 y siguientes del CC. Sin embargo, de regular la responsabilidad civil extracontractual se ocupan los artículos 1.902 y siguientes del CC y dicha responsabilidad tiene lugar en casos en los que no existe vínculo jurídico alguno entre el responsable y el dañado antes de que aquel cause el daño.⁹

1.4. Yuxtaposición de ambas responsabilidades y unidad de culpa civil

Una de las materias en la que existen mayores problemas a la hora de diferenciar la responsabilidad contractual y la extracontractual es la sanitaria, pues debido a la proximidad existente entre ambas responsabilidades civiles, es habitual que en la práctica se acumulen o yuxtapongan. Este hecho tiene lugar cuando una situación o un daño es encuadrable en dos modelos normativos distintos, en ambos tipos de responsabilidades civiles.¹⁰

Es decir, la doctrina ha aceptado reiteradamente la posibilidad de que el paciente ejercite alternativa y subsidiariamente las acciones de responsabilidad civil contractual y

⁸ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 105-108.

⁹ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 32.

¹⁰ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 34-35.

extracontractual cuando se haya producido un daño violando simultáneamente una obligación contractual y el deber general de no dañar a los demás, también conocido como “alterum non laedere”. Por ello, en el ámbito de la responsabilidad civil médica, el paciente que resulte dañado tiene a su disposición la posibilidad de reclamar los daños por una doble vía. Es decir, para favorecer a la parte perjudicada se le permite que invoque en su reclamación, de forma conjunta o cumulativa, la reparación de daños contractuales y extracontractuales.¹¹

Y así fue como se estableció la doctrina jurisprudencial de la “teoría de la unidad de la culpa civil”, consagrada en numerosas sentencias del TS como por ejemplo la STS núm. 1038/2000 de 7 de noviembre, en la que se afirma que el juzgador puede, sin incurrir en incongruencia ni suponer indefensión en los demandados, intercambiar las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual siempre que los hechos del caso sean válidos fundamentos para ambas acciones.¹²

A partir de 1980 empezó a tener éxito la teoría del concurso de normas en la que no hay dos pretensiones independientes, sino una única pretensión, por lo que en dicha teoría tiene lugar la yuxtaposición de responsabilidades y la “unidad de la culpa civil”.¹³

Se trata pues, de un concurso de normas coincidentes en una sola pretensión, en el que la pretensión de la víctima perjudicada se define o vincula por los hechos, no por la fundamentación jurídica. Por ello, el órgano jurisdiccional tiene la posibilidad de cambiar la causa de pedir de la víctima si considera que se ha de reclamar una responsabilidad distinta a la invocada por el demandante en su pretensión.

Por tanto, esta “unidad conceptual” admite la concurrencia de culpas por unos mismos hechos, lo que se conoce también por el nombre de yuxtaposición de responsabilidades, permitiendo que se puedan ejercitar ambas acciones a la vez o se elija entre una u otra, siempre con el objetivo de favorecer a la víctima perjudicada e intentar que ésta consiga el mayor resarcimiento posible.¹⁴

A lo largo de los años esta situación de yuxtaposición ha dado lugar al surgimiento de opiniones doctrinales dispares, y, en la práctica, nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando

¹¹ Aznar Domingo, A. y Afonso Pasqua, R., “La obligación de resultado en la cirugía plástica y estética”, EDC 2021/541578, ed. Lefebvre, p. 10.

¹² Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 345.

¹³ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 134 y 138.

¹⁴ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 346-347.

y podemos afirmar que parte de la doctrina, en un primer momento, defendía la postura de que en situaciones de yuxtaposición de responsabilidades debía aplicarse la responsabilidad contractual, ya que predominaba la ley del contrato.

Posteriormente, la doctrina llegó a admitir como válida la alternativa que escogiera el demandante, el cual podía ejercitar la acción contractual, la extracontractual o ambas en la misma demanda. Más tarde, la doctrina intercala ambas responsabilidades en sus resoluciones, aplicando las normas que más beneficien a la persona que ha sufrido el daño.¹⁵

Un supuesto discutido por la doctrina en el que ambas responsabilidades civiles se yuxtaponen sería la STS núm. 450/1991, de 10 junio, la cual trata sobre un menor de edad de dieciséis años que sufrió graves lesiones y posteriormente serias secuelas al tener un accidente en un telesilla de la estación de esquí de la Masella, en Gerona, el cual descarriló al carecer de medidas de seguridad adecuadas para evitar daños a sus usuarios. En este caso la culpa no deriva de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, sino de un accidente sobrevenido debido al defectuoso funcionamiento de las instalaciones de la estación.

Finalmente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo consideró que se trataba de responsabilidad extracontractual y que era irrelevante la existencia de una relación contractual entre el perjudicado, la empresa y su respectiva compañía aseguradora para usar el telesquí, ya que se hubiera producido el daño igualmente, aunque no existiera dicho contrato previo entre las partes. Es decir, el hecho dañoso no se puede considerar producido dentro de la órbita contractual, por lo que resultan de aplicación la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 CC y el plazo de prescripción de un año del artículo 1.968 2º del Código Civil.

1.4.1. Teorías resolutorias de la yuxtaposición de ambas responsabilidades civiles

En el caso de que el daño generado por un único acto médico produzca la concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, hay que analizar si ambas son compatibles o si por el contrario hay que optar por la aplicación de una responsabilidad.

En muchas ocasiones no surgirán dudas a la hora de decidir qué régimen jurídico se ha de aplicar, debido a que esté claro si se ha incumplido un deber contractual o, por el contrario, no existía ningún contrato previo que vincule a ambas partes. Pero en numerosos supuestos

¹⁵ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 34-35.

aparecerán serios dilemas sobre cuál es la regulación aplicable, debido a que no son tan patentes los criterios de distinción entre una u otra responsabilidad.

Por ello y con el fin de dar solución al problema de la yuxtaposición de ambas responsabilidades civiles existen principalmente dos posturas o teorías:

1.4.1.1. Teoría de la absorción

Hace prevalecer la responsabilidad contractual ante cualquier otro tipo de responsabilidad, incluida la responsabilidad civil extracontractual. Los autores que defienden esta teoría rechazan la compatibilidad o la concurrencia de la responsabilidad contractual con la extracontractual. Esta teoría se aplica en supuestos en los que el daño se origina por un incumplimiento contractual, por lo que la responsabilidad civil contractual es prioritaria o preferente y excluye la responsabilidad aquiliana.¹⁶

Dicha doctrina de la absorción se plasma jurisprudencialmente en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo y en especial en la STS 394/1984 de 19 de junio, la cual en sus considerandos deja clara la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana, en qué supuestos prevalece una sobre la otra y establece la regla de que no basta con que exista un contrato previo entre las partes, sino que es necesario que el perjuicio se produzca dentro del ámbito o de la materia del contrato, es decir, que lo que se incumpla sea una de las obligaciones pactadas.

1.4.1.2. Teoría de la opción

Por el contrario, los autores partidarios de esta teoría defienden la idea de que ambos tipos de responsabilidades civiles son autónomos y distintos el uno del otro, pero no los consideran incompatibles entre sí.

Esta teoría se aplica en casos en los que el daño deriva tanto de un incumplimiento de una obligación contractual pactada por las partes como del deber general de no causar daño a los demás, por lo que ante unos mismos hechos cabe la posibilidad de aplicar ambas responsabilidades, sin que una prevalezca sobre la otra. Por ello, el actor o demandante ha de elegir entre las dos alternativas posibles para ejercitar una acción de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual.¹⁷

¹⁶ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 356-360.

¹⁷ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 356-360.

De entre todas las Sentencias del Tribunal Supremo que aplican en la práctica esta teoría de la opción destaca la STS núm. 903/1996, de 7 de noviembre.

1.4.1.3. En último lugar cabe mencionar *la teoría del concurso de normas*, cuyo fin último es resarcir lo máximo posible a la víctima perjudicada.

Se da en situaciones jurídicas en las que solo puede existir una única pretensión y es posible aplicar ambas responsabilidades porque se produce una yuxtaposición o concurrencia entre ellas.

La STS más destacada que aplica dicha teoría es la núm. 108/1997, de 18 de febrero, la cual establece que en la práctica es común que en las demandas se acumulen pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual subsidiariamente, debido a la dificultad que supone en ocasiones diferenciar el ámbito de una del ámbito de la otra. Por ello, esta STS establece que es aplicable la conocida “unidad de la culpa civil” en aquellos supuestos en los que concurren acciones de responsabilidad contractual y extracontractual.¹⁸

Actualmente y aunque ambas responsabilidades civiles tengan en común numerosos aspectos, el legislador procura dejar claro que se trata de dos acciones diferentes en cuanto a su fundamento, su naturaleza, su plazo de prescripción y la existencia de distintas regulaciones para cada tipo de responsabilidad.¹⁹

Por ello y basándose principalmente en los plazos de prescripción tan dispares entre una y otra responsabilidad establecidos por los artículos 1.964 y 1.968 del Código Civil, son numerosos los autores que critican la aplicación de esta doctrina de la unidad de la culpa civil y la aplican con mucha cautela en la práctica. De hecho, las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo optan por aplicar una responsabilidad u otra a cada caso e intentan no emplear de forma masiva y generalizada la doctrina de la unidad de la culpa civil.²⁰

Aunque debido a los cambios que se están produciendo tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, la materia de la responsabilidad civil ha ido evolucionando y el fundamento en el que se apoya o se basa la distinción entre ambas responsabilidades civiles cada vez es más débil y es probable que se elimine esta dualidad de sistemas en los próximos años.²¹

¹⁸ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 360-361.

¹⁹ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 134, 138, 144 y 146.

²⁰ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 348 y 352.

²¹ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 134, 138, 144 y 146.

1.5. La prescripción de la acción

La prescripción es aquella institución mediante la cual decae la posibilidad del perjudicado de ejercer las acciones que posea, debido al transcurso del plazo legalmente establecido para ello, y así lo establece el artículo 1.961 del Código Civil al disponer que *“las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley”*.

El término o plazo de la prescripción de la acción es una de las principales diferencias que establece el legislador entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, pues el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil extracontractual es de un año, tal y como establece el artículo 1.968 2º del Código Civil.

En cambio, si la responsabilidad médica es contractual se aplicará el plazo de cinco años dispuesto en el artículo 1.964.2 del Código Civil para las acciones personales que no tengan plazo especial. Es decir, si la acción va dirigida contra la entidad aseguradora médica del paciente se aplicará el plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 23 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en adelante LCS.

Aunque es notable que la jurisprudencia mayoritaria se decanta por el plazo de prescripción de un año y así lo constata el Tribunal Supremo en numerosas sentencias entre las que destaca la STS núm. 863/1995, de 10 de octubre.²²

Dicha STS núm. 863/1995, de 10 de octubre, versa sobre una intervención quirúrgica fallida consistente en una ligadura de trompas, tras la que la demandante quedó embarazada y dio a luz a una niña enferma que falleció tan solo once meses después de su nacimiento. La Sala afirmó que se trataba de un daño prolongado, pues primeramente se diagnosticó a la actora una infección de orina tras acudir a su centro de salud por encontrarse en mal estado, tratándose dicha complicación con medicinas nocivas para el estado de gestación en el que se encontraba la paciente, dando a luz posteriormente a una niña con síndrome de Prader-Willi. Por todo ello, el plazo de prescripción de estos daños prolongados y continuados en el tiempo, debidos a una fallida ligadura de trompas y a un posterior diagnóstico erróneo, ha de comenzar a partir del día en el que se conocieron los efectos definitivos.

²² Fernández Hierro, J.M., *Sistema de responsabilidad médica*. Comares, S.L., Granada, 5ª ed., 2007, p. 715-719.

En cuanto al plazo aplicable a la acción ejercitada contra un médico que actúa como auxiliar en el cumplimiento de una obligación de la entidad aseguradora, el TS afirma que no existe relación contractual alguna entre el facultativo y el paciente, sino entre este último y la aseguradora.

En estos casos, la doctrina diferencia dos supuestos:

1. Si se ejercita una acción contra el médico con el que no existe ninguna relación contractual el plazo de prescripción aplicable será de un año.
2. Si se ejercita una acción contra la entidad aseguradora médica vinculada al paciente mediante un contrato, entonces el plazo de prescripción aplicable será de cinco años, tal y como establece el artículo 23 LCS anteriormente mencionado.²³

Por ello, en el ámbito médico pueden surgir dos responsabilidades: la del centro hospitalario y la del médico interventor. En ambos casos será el titular del centro sanitario quien haya de responder por los daños causados que le sean imputables y que se hayan producido tanto en la esfera contractual como en la extracontractual.

Hay que destacar que el artículo 1.904 del CC otorga la facultad al titular del centro hospitalario de repetir la acción contra el médico o empleado responsable del daño causado.²⁴

A modo de resumen, podríamos establecer los dos siguientes supuestos:

1. Cuando la acción se dirige contra la compañía de seguros del causante del daño, se estaría ejercitando la acción directa establecida en el artículo 76 LCS, y el plazo para el ejercicio de esta acción sería de un año. Este sería el supuesto en el que una persona ejercita una acción de responsabilidad contra una compañía aseguradora que cubriría los riesgos de la asistencia sanitaria dispensada por un centro hospitalario, por mala praxis médica.

²³ Xiol Ríos, J. A., “Responsabilidad civil. Prescripción. Plazo aplicable a la acción ejercitada contra un médico que actúa como auxiliar en el cumplimiento de la obligación de la aseguradora”, *Diario La Ley*, N.º 7954, Sección Comentarios de jurisprudencia, 30 de octubre de 2012.

²⁴ Aznar Domingo, A. y Afonso Pasqua. R., op. cit., p. 10.

2. Cuando la acción se ejercita contra una compañía aseguradora en virtud de un contrato de seguro de asistencia sanitaria concertado entre el demandante y la compañía demandada al amparo del artículo 105 de LCS. En este caso el plazo para el ejercicio de la acción sería de cinco años, tal y como establece el artículo 23 LCS. Si el perjudicado en este supuesto además de demandar a su compañía aseguradora decide demandar al centro hospitalario o al médico causante del daño, existirán distintos plazos de prescripción, ya que al centro hospitalario y al médico se les aplica el plazo de un año, mientras que el plazo de prescripción para demandar a la aseguradora sería de cinco años.

La prescripción de la acción y la “unidad de la culpa civil” son aspectos procesales que hay que tener en cuenta a la hora de interponer reclamaciones administrativas por responsabilidad civil médica.

En cuanto a la unidad de la culpa civil anteriormente explicada, el Tribunal Supremo establece la posibilidad de que la víctima del daño ejercite su pretensión frente al causante del perjuicio alegando al mismo tiempo la responsabilidad contractual y la extracontractual, en los casos en los que exista una concurrencia de culpas por idénticos hechos, es decir, cuando el menoscabo se haya producido tanto por incumplir un contrato como por violar el deber de no dañar a los demás.

El problema de esta yuxtaposición de responsabilidades es que cada una de ellas cuenta con un plazo de prescripción diferente, pues a ojos del legislador ambas responsabilidades son realidades o conceptos con fundamentos y características dispares. Por ello, la doctrina proveniente de la Sala 1ª del TS afirma que las demandas realizadas en la jurisdicción civil frente a la administración sanitaria y su aseguradora tienen que estar sujetas a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, por lo que el plazo de prescripción será de un año, tal y como establece el artículo 1.968.2º del Código Civil.²⁵

En cuanto al momento en el que empieza a correr el cómputo de los plazos legalmente establecidos de uno y cinco años, el artículo 1.964.2 del Código Civil establece que el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad médica contractual empieza a

²⁵ Galán Cortés, J.C., *La responsabilidad civil profesional. Responsabilidad civil médica*, Lerko Print, S.A., VV.AA., Madrid, 2003, p. 156, 157 y 177.

transcurrir desde que se pueda exigir el cumplimiento de la obligación y en el caso de tratarse de una obligación continuada, dicho plazo comenzará cada vez que la obligación se incumpla.

Sin embargo, el artículo 1.968.2º establece que el plazo de prescripción de un año para ejercitar las acciones de responsabilidad médica extracontractual empieza a contarse desde que el agraviado lo supo. Por ello, aunque el daño ya se haya producido anteriormente, el inicio del cómputo del plazo de prescripción no tiene lugar hasta que el paciente perjudicado no tenga constancia de ello. Pero no es suficiente con que la víctima sepa que ha tenido lugar un daño, sino que tiene que saber que dicho perjuicio se ha producido debido a una actuación u omisión culposa de un médico.

En el caso de estar ante daños continuados, el Tribunal Supremo en considerables ocasiones ha establecido que no prescribirán las acciones hasta que hayan dejado de producirse. En este sentido destaca la STS de 19 de octubre de 2000 la cual fijó que el inicio del cómputo del plazo de prescripción en un supuesto de hepatitis tiene lugar cuando se concretan de forma definitiva las secuelas, no cuando se diagnostica dicha enfermedad al paciente.

Por último, siempre hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 1.973 CC, el cual establece la posibilidad de interrumpir el término de la prescripción mediante reclamación judicial o extrajudicial o por acto de reconocimiento de deuda por el deudor.²⁶

2. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

2.1. La actividad médica

En los últimos años, las reclamaciones por responsabilidad civil médico-sanitaria han aumentado considerablemente debido, principalmente, a la existencia de una errónea creencia generalizada en la sociedad de que la medicina o los tratamientos médicos y quirúrgicos han de ser exitosos en todos los casos. Dicha creencia es desacertada porque, ante todo, la medicina es una ciencia inexacta en la que intervienen numerosos factores y cuya actividad conlleva una gran peligrosidad y un gran riesgo. Por ello, no se puede asegurar

²⁶ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 720-724.

o garantizar en el cien por cien de los casos e intervenciones quirúrgicas un resultado favorable y beneficioso para el paciente.²⁷

Por todo lo anterior se puede concluir que la obligación asumida por el médico es de actividad, prudencia y diligencia, según el estado de la ciencia médica en cada momento y las concretas circunstancias de cada caso particular.²⁸

Es decir, la doctrina de forma generalizada define la obligación de los médicos como una obligación de medios, no de resultados, la cual consiste únicamente en aplicar las técnicas y tratamientos oportunos para conseguir la sanación del paciente enfermo, pero sin garantizar su curación. Por ello, el facultativo no es responsable de que finalmente el paciente no se cure, siempre que dicho hecho no se deba a motivos que le sean imputables.

Son numerosas las Sentencias del TS que consagran esta idea generalizada y admitida por toda la doctrina jurisprudencial de la obligación de medios de los médicos, entre las que destacan las siguientes:

1. La STS núm. 508/1997, de 9 de junio, establece que la responsabilidad en el ámbito médico es de medios, es decir, los facultativos han de emplear adecuadamente los medios y técnicas que estén a su disposición y ofrecer los mayores cuidados y atención a los pacientes. Dicho en otras palabras, los médicos están obligados a suministrar el servicio y la atención más adecuados para la obtención del resultado perseguido, que es la curación del enfermo.

2. La STS de 24 de enero de 2007, la cual deja claro que la obligación de los facultativos no es de resultados, sino de medios, por lo que no están obligados a conseguir la curación o recuperación del paciente enfermo, sino únicamente tienen que aplicar las técnicas y tratamientos adecuados.

2.2. Naturaleza jurídica de la obligación del médico: obligación de medios, de medios acentuada y de resultado

A priori, el médico o facultativo no es deudor de una obligación de resultado, sino de medios, de actividad prudente y diligente, ya que en la práctica siempre existe algún factor fortuito, incierto, endógeno y exógeno no controlable por el médico.

²⁷ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 136-137.

²⁸ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 410-411.

Es decir, el resultado que se busca no está totalmente sujeto a la labor que el médico realiza, porque el facultativo únicamente es responsable de garantizar la correcta aplicación de las técnicas adecuadas que aplica o realiza conforme a la *lex artis*, pero no puede garantizar la obtención del resultado favorable perseguido, que es la recuperación o curación del paciente.²⁹

La STS núm. 1342/2006, de 18 de diciembre, verifica la existencia de dicho elemento azaroso o de incertidumbre en la actividad de los profesionales sanitarios, al señalar que la intervención médica está vinculada, en todo caso, a un componente aleatorio.³⁰

Al tratarse de un contrato de arrendamiento de servicios, es decir, de una obligación de medios, los deberes que el facultativo ha de cumplir se pueden resumir en los siguientes:

1) La actuación médica siempre gira entorno a la *lex artis ad hoc*, por lo que hay que individualizar cada caso concreto y valorar la actuación del facultativo teniendo en cuenta las circunstancias y avances de cada momento y los tratamientos médicos que existan en cada época.

2) En cada caso concreto habrá que tener en cuenta las características del tratamiento o intervención médica, su complejidad y las posibilidades que existen de alcanzar un resultado positivo.

3) El facultativo no está obligado a sanar al paciente, sino que solo está obligado a prestar el cuidado y la vigilancia adecuados acorde al estado actual en el que se encuentre la ciencia médica en cada momento.

4) Siempre que las circunstancias lo permitan, el médico está obligado a mantener informados tanto al paciente como a sus familiares o allegados más cercanos del diagnóstico, pronóstico, riesgos y posibles consecuencias o efectos secundarios que puedan surgir por la aplicación de un determinado tratamiento o por la realización de una intervención quirúrgica.

Es relevante mencionar que no siempre el médico es deudor de una obligación de medios, sino que en ocasiones lo que vincula al médico y al paciente es una obligación de resultado, es decir, un contrato de obra y no un contrato de arrendamiento de servicios.³¹

²⁹ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 177.

³⁰ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 410.

³¹ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 178-180.

Esta distinción entre obligaciones de medios y de resultado es relevante a la hora de determinar la obligación que debe realizar el deudor y su responsabilidad y, por otro lado, sirve para establecer cuál es la parte que ha de probar la culpa. Así, podemos afirmar que:

1) En las obligaciones de medios el médico se obliga a proporcionar de forma mediata la satisfacción del interés del paciente, por lo que este tipo de obligaciones implican la responsabilidad del deudor a menos que pruebe su culpa el acreedor.

2) En las obligaciones de resultado, por el contrario, el médico ha de proporcionar directa e inmediatamente la satisfacción del interés del paciente, por ello implican la responsabilidad del deudor y se presume la culpa de éste salvo que dicho deudor pruebe la concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito.³²

2.3. Medicina curativa y medicina voluntaria

Doctrinalmente se viene realizando una distinción entre dos clases de medicina:

1) Medicina curativa, terapéutica o asistencial: cuyo fin es el saneamiento del paciente enfermo que sufre una anomalía patológica.

La cirugía asistencial se identifica con la expresión latina de "*locatio operarum*".³³

La obligación del facultativo en esta clase de medicina es de medios y se aproxima al contrato de arrendamiento de servicios, pues la responsabilidad civil surge cuando se vulnera alguno de los deberes de conducta establecidos en la *lex artis*, y así lo establece la STS de 11 de diciembre de 2001 al disponer que, generalmente, la obligación de los profesionales sanitarios será de medios, debiendo prestar al enfermo la asistencia que requiera y cuidados necesarios.³⁴

2) Medicina voluntaria o satisfactiva: no trata de curar o sanar a un paciente enfermo, sino que su objetivo es mejorar la apariencia física o estética de un paciente sano, mediante la cirugía estética o la odontología, o transformar alguna actividad biológica del cliente, como

³² Aznar Domingo, A. y Afonso Pasqua. R., op. cit., p. 3.

³³ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 181-183.

³⁴ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 412.

puede ser suprimir su capacidad reproductora mediante la realización de una vasectomía o una ligadura de trompas.

Por ello, ya no hablamos de un contrato de arrendamiento de servicios, sino de obra, del cual surgen obligaciones recíprocas. Es decir, en los casos de medicina voluntaria o satisfactiva el facultativo está obligado a conseguir un resultado concreto a cambio del pago de una cantidad de dinero por parte del paciente o cliente, pues el contrato de arrendamiento de obra es bilateral. Al contrario que la cirugía asistencial, la cirugía satisfactiva se identifica con la expresión latina de *"locatio operis"*.³⁵

Numerosas son las sentencias del TS que establecen que en este tipo de medicina adquiere mayor relevancia el deber de información del médico y la publicidad de diversos tratamientos ofrecida por clínicas o centros médicos de belleza estética garantizando un resultado exitoso, que actúa como factor configurador de la naturaleza de la obligación del médico. De esta manera, si el resultado obtenido finalmente no es idéntico al que se ofertó publicitaria y previamente al cliente, dicho hecho sería suficiente para exigir responsabilidad al médico interventor. En este aspecto destaca la STS núm. 943/2008, de 23 de octubre.³⁶

Sin embargo, en determinados supuestos podemos afirmar que la obligación del facultativo en la medicina voluntaria es de medios acentuada, porque, aunque no se garantiza ciertamente la obtención del resultado debido a la presencia del elemento aleatorio típico en las intervenciones o tratamientos médicos, sí que existe una mayor garantía de conseguir dicho resultado, sin la cual el paciente o, mejor dicho, el cliente, no se sometería a la intervención.

Por ello, en determinados supuestos el contrato que une al médico y al cliente sigue siendo un arrendamiento de servicios, aunque se aproxime al contrato de arrendamiento de obra, ya que existe una mayor garantía de que se logrará conseguir el resultado que se persigue y por ello la obligación de medios aumenta o se intensifica, pasándose a llamar obligación de medios acentuada. Es decir, de forma generalizada la Jurisprudencia establece que la obligación del cirujano estético nunca puede ser una obligación de resultado pura, debido a que siempre está presente el factor aleatorio propio de la actividad médica y también hay que tener en cuenta el elemento reaccional de cada paciente.

³⁵ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 181-183.

³⁶ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 412-415.

Debido a lo anterior, en las obligaciones de medios acentuadas cobra aun mayor importancia el deber de informar correcta, exhaustiva y rigurosamente al cliente de los riesgos que conlleva la práctica de la intervención quirúrgica o del tratamiento médico al que se va a someter, además de hacerle saber las posibles alternativas que existen a ellos. El paciente también tiene que ser informado por el médico de la probabilidad que existe de conseguir el resultado esperado o de la eventualidad de un resultado no deseado y de los posteriores cuidados y revisiones.³⁷

2.4. Supuestos concretos de responsabilidad civil médica:

Se trata de casos en los que la actuación de los facultativos da lugar al surgimiento de responsabilidad civil médica. En esta materia destaca la STS núm. 587/1999, de 28 de junio, referida a un supuesto de responsabilidad de un médico estomatólogo y en la que se deja claro que estamos ante un contrato de obra cuando se trate de casos de vasectomía, odontología y cirugía estética. Por ello, la obligación de los médicos en la mayoría de estos casos es de resultado, pues no solo se comprometen a ofrecer sus servicios sin garantizar la curación del paciente, sino que se obligan a conseguir un determinado resultado.³⁸

2.4.1. Esterilizaciones: especial referencia a las acciones por esterilizaciones fallidas

La actuación de los médicos ha de regirse por la *lex artis ad hoc*, teniendo en cuenta el tipo de intervención que se realice, las circunstancias de cada caso concreto y las incidencias que se han producido. La postura adoptada por el Tribunal Supremo señala que para que nazca responsabilidad sanitaria por haber aplicado un tratamiento a un paciente es totalmente necesario que exista culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó la intervención o aplicó el tratamiento.

En las intervenciones de medicina satisfactiva como la cirugía estética o la vasectomía, el fin que se persigue no es la curación de un paciente enfermo, sino mejorar el aspecto físico o estético o transformar alguna función biológica de una persona sana, respectivamente.³⁹

Hay que destacar que esta clase de contratos se aproximan mucho al contrato de arrendamiento de obra, pues se intensifica la obligación de medios y se exige al médico una mayor garantía en la obtención del resultado deseado. Es decir, el médico tiene una mayor

³⁷ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 181-183.

³⁸ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 44.

³⁹ Crevillén Verdet, P., VV.AA., op. cit., p. 513-516.

responsabilidad, pues tiene que obtener un resultado concreto. Además, se intensifica la obligación o deber del médico de informar al cliente de los posibles riesgos y de la probabilidad que existe de que no se alcance el resultado perseguido.⁴⁰

Las acciones por esterilización fallida en el derecho español son demandas interpuestas por los progenitores por los daños producidos debido a la concepción no deseada de un hijo sano por existir un fallo en las medidas anticonceptivas usadas. El motivo por el cual el médico es demandado es que la intervención que realizó, una vasectomía o una ligadura de trompas, no tuvo el efecto deseado, es decir, no se obtuvo la esterilización del paciente que se sometió a dicha intervención y, como consecuencia de ello, posteriormente tuvo lugar la concepción de un hijo.⁴¹

2.4.1.1. Sentencias estimatorias de la reclamación

La STS núm. 349/1994, de 25 de abril, versa sobre una reclamación realizada por un cliente sometido a una vasectomía fallida, cuyo resultado fue el embarazo de su esposa y el posterior nacimiento de gemelos. No se trata de un contrato de obra puro, sino de arrendamiento de servicios debido a que no todos los hombres que se someten a una vasectomía reaccionan exactamente de la misma forma y por ello, en ocasiones pueden resultar fallidas dichas intervenciones médicas.

Pero al tratarse de una intervención para mejorar o modificar una actividad biológica, el contrato se asimila en muchos aspectos al contrato de arrendamiento de obra y obligaba al facultativo a conseguir el resultado perseguido o la finalidad buscada. Como indiqué anteriormente, se exige al médico ofrecer una mayor información al cliente de los riesgos que conlleva realizar la intervención en cuestión, de las posibilidades que existen de no llegar a obtener el resultado esperado y a su vez, de los necesarios cuidados y análisis que se hayan de realizar con el fin de asegurar el éxito de la intervención llevada a cabo.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo resolvió el caso estimando la reclamación del cliente que se sometió a la vasectomía fallida debido a que el facultativo demandado no acreditó haber informado adecuadamente al demandante de que la reanudación de su actividad sexual

⁴⁰ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 182.

⁴¹ Crevillén Verdet, P., VV.AA., op. cit., p. 516.

podría dar lugar posteriormente a un nuevo embarazo de su esposa. Por ello, el médico incumplió sus obligaciones sanitarias actuando negligentemente.

En cuanto a las ligaduras de trompas fallidas destaca la STS núm. 531/1998, de 5 de junio, la cual estimó la reclamación de una mujer demandante que se sometió a dicha intervención quirúrgica con el fin de evitar la fecundación. La ligadura de trompas realizada resultó ser fallida al ligársele solo la derecha y no ambas, produciéndose posteriormente embarazos no deseados.

2.4.1.2. Sentencias desestimatorias de la reclamación

Destaca la STS de 31 de enero de 1996, la cual resuelve un supuesto de vasectomía tras el que se produjo un embarazo. A diferencia de los casos anteriores, esta vez se desestimó la reclamación del demandante al quedar probado que el embarazo tuvo lugar debido a que el cliente no siguió las indicaciones médicas que el facultativo le explicó, las cuales consistían en no mantener relaciones sexuales los tres meses siguientes a la realización de la intervención o no mantenerlas antes de haber eyaculado treinta veces después de la operación.

Por último, hay que mencionar la STS núm. 574/1997, de 27 de junio, sobre de una intervención de ligadura de trompas fallida tras la que la clienta recurrente quedó embarazada. En este caso se desestimó la reclamación porque no existía posibilidad de que la demandante probara que la intervención no le fue practicada conforme a la "*lex artis*" y como la actuación médica goza de una presunción de corrección, se concluyó que no cabía ninguna reclamación de responsabilidad contra los médicos interventores, pues el resultado negativo obtenido, es decir, el embarazo tras realizar la ligadura de trompas, no se debió a una incorrecta actuación de los profesionales sanitarios, sino a la propia naturaleza del cuerpo humano.⁴²

2.4.2. Odontología

Dentro de este ámbito hay que distinguir varios profesionales, como son: odontólogo, estomatólogo y protésicos dentales.

En cuanto al régimen que ha de aplicarse a estos profesionales hay discrepancia sobre la naturaleza jurídica de la obligación que asumen. En general, la obligación de los dentistas es de medios, salvo en aquellos supuestos en los que se demuestre que lo realizado únicamente

⁴² Crevillén Verdet, P., VV.AA., op. cit., p. 524-528.

son actuaciones estéticas, por lo que se convertirá en una obligación de resultado y se considerarán intervenciones de medicina satisfactiva o voluntaria.⁴³

En este sentido cabe destacar las siguientes sentencias:

1. La STS núm. 64/1990, de 7 de febrero consideró que la fabricación de unas prótesis dentales se trataba de un contrato de obra, por lo que la obligación asumida por el profesional será en este caso de resultado, no de medios.

2. La STS núm. 197/93, de 4 de marzo de 1993 en este caso consideró que la obligación del odontólogo ya no era de resultado, sino de medios. Se trataba de un supuesto en el que el paciente perjudicado se sometió a una intervención en la que se le retiraron las muelas del juicio y como consecuencia de dicha operación sufrió insensibilización de la emilengua y fallos de fonación. Finalmente se desestimó la pretensión del demandante al no quedar probado que dichos daños se hubieran ocasionado infringiendo la *lex artis* ni por la realización de una práctica quirúrgica errónea.

2.4.3. *Cirugía estética*

La cirugía estética es una de las dos clases que componen la cirugía plástica. Es decir, la cirugía general plástica está formada por la cirugía reparadora o reconstructiva y la cirugía estética.

La cirugía estética es una actividad no curativa, sino satisfactiva o voluntaria cuya finalidad es corregir una imperfección física o deformación, mejorar el aspecto físico o la imagen corporal de una persona sana. Es decir, mediante ella se pretende mejorar la apariencia física de una persona con el objetivo de se sienta mejor consigo misma.⁴⁴

Una de las características de la cirugía plástica es que existe un mayor deber de información por parte del médico interventor y su contenido debe abarcar todos los posibles riesgos que puedan surgir con la realización de la intervención quirúrgica, incluso aquellos que tengan una probabilidad muy baja de suceder. Por ello, el consentimiento otorgado por el paciente solo se considerará válido y eficaz si previamente ha recibido una información plena y absoluta sobre todos los aspectos relativos a la operación.

⁴³ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 479-481.

⁴⁴ Aznar Domingo, A. y Afonso Pasqua. R., op. cit., p. 3.

Doctrinalmente se considera que la obligación que asumen los profesionales que realizan estas intervenciones es de resultado, por lo que el contrato que les vincula con sus clientes es un contrato de obra, no de servicios. Además, es relevante destacar que es posible que la responsabilidad no la asuma solo el cirujano que realiza la operación de cirugía estética o plástica, sino que dicha responsabilidad se puede exigir también al fabricante, al suministrador y al vendedor de los productos utilizados en esas intervenciones médicas.

En este ámbito, las principales causas que dan lugar a la aparición de responsabilidad del médico interviniente son la actuación negligente durante la realización de la operación estética por incumplir las normas de la *lex artis* y la no adopción de medidas preventivas para evitar posibles infecciones.⁴⁵

En cuanto a las sentencias del TS sobre medicina estética cabe destacar las siguientes:

1. La STS de 21 de marzo de 1950 equiparas las obligaciones de cirugía estética al contrato de obra y niega la responsabilidad del facultativo que realizó una operación estética sin conseguir el resultado esperado debido a la existencia de una infección sufrida por el paciente y no atribuible a los médicos.

2. La STS núm. 828/2021, de 30 de noviembre versa sobre una operación estética consistente en un aumento de mamas insertando dos prótesis en los pechos de la demandante. La actora, que unos días antes de someterse a la operación firmó y otorgó su consentimiento informado, se realizó dicha intervención quirúrgica en la clínica Dorsia La Primera, S.L. y lamentablemente las primeras prótesis implantadas tuvieron que ser retiradas posteriormente debido a que se descubrió que estaban afectadas por un defecto de fabricación. Por ello, la actora se tuvo que someter a una segunda intervención, la cual fue practicada en la misma clínica y cuyo resultado tampoco fue favorable al presentar la demandante una asimetría en las mamas y unas cicatrices antiestéticas en ambos pechos.

Finalmente, el Tribunal Supremo decidió desestimar la demanda impuesta por la actora contra la clínica al considerar que los daños que la clienta sufrió no se consideran desproporcionados, sino que son riesgos típicos de la intervención quirúrgica llevada a cabo, de los que la actora fue informada previamente de forma completa y ella misma decidió asumirlos prestando su consentimiento informado libremente y sometiéndose a dicha operación.

⁴⁵ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 41-43, 487-489.

3. LA CULPA

3.1. Concepto

La culpa es el elemento esencial y necesario para poder exigir al médico responsabilidad civil. Es decir, se requiere que el facultativo haya realizado una acción u omisión culposa para que nazca responsabilidad civil. Además, la culpa es un factor abstracto que supone la ejecución voluntaria, pero no maliciosa, por parte del personal sanitario de una actuación sin la diligencia o el cuidado exigido por la propia naturaleza de la obligación, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y personas en cada caso concreto, y siendo la diligencia exigida a los médicos la del buen profesional.

En concreto, la culpa médica es una falta tanto de previsión como de diligencia que suponga el incumplimiento de cualquier deber médico. Es decir, habrá culpa médica siempre que el profesional sanitario actúe contraviniendo las normas de la *lex artis*.⁴⁶

Aunque las últimas tendencias sobre responsabilidad civil tienden hacia su objetivación, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se opone a la responsabilidad objetiva de los médicos, a la presunción de culpa y a la inversión de la carga de la prueba, por lo que generalmente los facultativos no tienen que probar que actuaron con la debida diligencia, sino que dicha labor recae sobre el paciente perjudicado.

Por ello, la responsabilidad de los profesionales sanitarios se fundamenta en una culpa visible o evidente, la cual puede exteriorizarse bien, mediante una negligencia omisiva a la hora de aplicar un tratamiento médico curativo o bien, mediante una acción negligente o culposa en la aplicación de dicho tratamiento.⁴⁷

La doctrina y la jurisprudencia son claras en este aspecto al afirmar reiteradamente que el principio de responsabilidad objetiva no es aplicable en el ámbito médico y así lo manifiesta el Tribunal Supremo en su STS de 7 de febrero de 1990 al descartar la existencia de cualquier responsabilidad más o menos objetiva en la esfera sanitaria.⁴⁸

⁴⁶ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 74-78, 97-98.

⁴⁷ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 188-192.

⁴⁸ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 108.

3.2. La prueba de la culpa: la teoría de la facilidad probatoria e historia clínica

La existencia de culpa o negligencia en las acciones u omisiones de los médicos no se presume, por lo que entre el daño ocasionado y la culpa ha de existir una relación de causalidad. Como regla general, la carga de la prueba de la culpa o negligencia del médico en sus actuaciones u omisiones recae sobre la víctima o sobre sus representantes.⁴⁹

Dicho esto, la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad civil médica, aunque no existe un tratamiento legal unitario para ambos tipos de responsabilidades, sigue el mismo criterio o mecanismo probatorio que en la responsabilidad contractual. Es decir, el acreedor o paciente perjudicado ha de probar el daño que ha sufrido, la autoría de dicho daño, la relación de causalidad y la infracción por parte del médico de la “*lex artis ad hoc*” o de sus deberes profesionales como facultativo. Por ello, aunque se reclame la responsabilidad extracontractual del médico, sigue siendo la víctima dañada quien tiene que probar el incumplimiento de la obligación por parte del facultativo debido a culpa o falta de diligencia.

En definitiva, en el ámbito de responsabilidad civil médica, ya sea ésta contractual o extracontractual, recae sobre el paciente perjudicado la carga de la prueba. De esta manera se unifican los sistemas o criterios seguidos por ambas responsabilidades, recayendo, como norma general, sobre el actor o paciente perjudicado el deber de probar la culpa del médico y la relación de causalidad existente entre el daño sufrido y la actuación negligente del facultativo.⁵⁰

Sin embargo y siguiendo la teoría de la facilidad probatoria o de la posibilidad de acceso a la prueba, establecida en el año 1.991 por el Tribunal Constitucional, en adelante TC, es posible que recaiga sobre el médico la carga de la prueba, siempre que el facultativo tenga bajo su posesión la prueba y se encuentre en mejor condición que la víctima para acreditar los hechos.

Así lo dispone el artículo 118 de la Constitución Española, en adelante CE, al establecer una obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales, la cual consiste en que, si una de las partes del litigio posee fuentes de prueba, deberá ser dicha parte quien las aporte al proceso. Dicho esto, en el ámbito sanitario es de aplicación el principio *favor probationis*, seguido por la doctrina del Tribunal Supremo, el cual supone que hay que

⁴⁹ Rogel Vide, C., *Responsabilidad civil: estudios*, Ubijus y Reus, S.A., México, D.F., Madrid, 2019, p. 86-87.

⁵⁰ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 188-192.

intercalar o combinar la carga de la prueba con la posibilidad o facilidad de la parte para probar. Es decir, según dicho principio, la carga de la prueba recae sobre la parte que se encuentre en mejores condiciones procesales de aportarla y esclarecer los hechos.

Además, esta teoría de la facilidad probatoria o teoría de las cargas probatorias dinámicas se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC, cuyo artículo 217.7 dispone, en relación con la carga de la prueba, que “...*el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”.

De esta manera se consagra, en el ámbito de responsabilidad civil médica, la teoría de no hacer recaer únicamente la carga absoluta de la prueba sobre la víctima perjudicada, evitando así su indefensión y cada vez es más común en materia sanitaria que dicho deber o carga procesal de probar recaiga también sobre los médicos demandados y no solo sobre la víctima perjudicada demandante, ya que los facultativos en muchas situaciones se encuentran en una posición procesal más ventajosa para probar, al tener a su disposición documentos o datos relevantes tanto del centro hospitalario como del equipo médico, los cuales no se encuentran al alcance del demandante perjudicado.⁵¹

Esta doctrina de la disponibilidad y facilidad probatoria ha sido adoptada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo y así lo recogen las siguientes sentencias:

1) STS de 2 de diciembre de 1996: se hace referencia a que recae sobre el médico la carga de la prueba, ya que se encuentra en una mejor posición probatoria respecto al paciente por su libertad de acceso a los medios de prueba.

2) STS de 19 de abril de 1999: establece que la carga de la prueba recae sobre el médico al encontrarse éste en una posición más favorable que el paciente para acceder a las pruebas.⁵²

A mayores, es de gran importancia destacar que en el ámbito de la responsabilidad médica existe un elemento de prueba indispensable y fundamental, que es la historia clínica, la cual se puede definir como la biografía patológica del paciente, formada por un conjunto de documentos en los que constan datos relevantes del paciente, valoraciones que los facultativos consideren destacables, tratamiento seguido, seguimiento realizado y posterior control.

⁵¹ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 198-207.

⁵² Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 209-210.

La historia clínica cobra tanta relevancia en materia sanitaria a la hora de apreciar y determinar cuál es la responsabilidad profesional del médico, porque mediante ella es posible evaluar la actuación del facultativo que asistió al enfermo y descubrir cuál es la relación de causalidad que vincula la acción u omisión del médico con el daño sufrido por el paciente demandante.

Es decir, el historial clínico constituye la mejor fuente o mecanismo de información para conocer y valorar la asistencia médica prestada por el facultativo al paciente y poder evaluar el proceder médico desde una perspectiva legal, administrativa y técnica, aunque no goza de veracidad absoluta e incuestionable en todos los casos y, por ello, ha de ser evaluado de forma particular según los elementos probatorios de cada supuesto concreto.

Tal es la importancia del historial clínico que su ausencia supone una negligencia por parte del profesional médico, y así lo declara el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 450/1999, de 24 de mayo. La inexistencia de la historia clínica o presencia de irregularidades en ella suponen una presunción de negligencia en perjuicio del personal sanitario, aunque no son suficientes para deducir que ciertamente existe una relación causal entre la actuación del facultativo y el daño causado al paciente.⁵³

3.3. Culpa anónima y déficit asistencial

En determinados casos resulta de extrema dificultad determinar qué facultativo ha ocasionado un daño mediante su actuación médica, pero este hecho no imposibilita reclamar una indemnización.

La responsabilidad consagrada en el artículo 1.902 CC es directa, por ello, si la acción u omisión culposa o negligente se produjo dentro del ente sanitario y por actuaciones imputables a sus facultativos, será el centro hospitalario y su correspondiente aseguradora quienes respondan, sin ser necesario determinar unos responsables en concreto. Es decir, para reclamar y posteriormente declarar la responsabilidad de un centro hospitalario, no es necesario que previamente se determine e individualice a uno o varios facultativos como responsables concretos de la acción u omisión, y así lo declara la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS.

⁵³ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 202-205.

En cuanto al déficit asistencial, éste se refiere a faltas o defectos del sistema general del servicio médico o a errores en la organización del proceso sanitario, los cuales suponen una culpa genérica del hospital al que se demanda, sin necesidad de especificar quiénes fueron los facultativos concretos que ocasionaron el daño cuya indemnización se reclama. Por ello en esta situación tampoco tiene el actor o paciente perjudicado que señalar a un sanitario en especial como sujeto causante del daño, sino que será suficiente para que se admita su demanda con que pruebe que un facultativo que presta sus servicios dentro de un determinado centro hospitalario realizó una acción u omisión culposa o negligente la cual derivó en un daño.⁵⁴

3.4. Teoría del daño desproporcionado o culpa virtual

La medicina es una profesión o actividad que exige diligencia en los medios empleados por los facultativos, siempre conforme a la *lex artis*. Sin embargo, es posible que en ocasiones se produzca un resultado desfavorable, no deseado.

La conocida teoría del daño desproporcionado, también llamada teoría de la circunstancia evidente o culpa virtual es seguida por la doctrina de la Sala 1ª del TS. Dicha teoría tiene lugar cuando el resultado desfavorable es de tales dimensiones que, examinando las concretas circunstancias del caso y aplicando tanto las reglas de la experiencia como el sentido común, revela la concurrencia de culpa profesional médica y la negligencia del facultativo en los medios empleados. Es decir, la teoría del daño desproporcionado se aplica en supuestos en los que se produce un gran perjuicio, el cual evidencia que ha existido negligencia de los medios empleados por los facultativos en su asistencia al paciente, aunque la culpa médica no haya sido probada de forma directa.

Dicho esto, los daños desproporcionados son aquellos de gravedad superior al resto de perjuicios y revelan una conducta negligente por parte del médico interventor en la utilización de los medios empleados para llevar a cabo el tratamiento o la intervención.⁵⁵

Así, entra en juego un sistema de presunción de culpa, debido a la anormalidad y desproporcionalidad de las consecuencias o del daño obtenido como resultado, se puede afirmar que el facultativo no ha tenido una conducta acorde con el actual estado de la ciencia

⁵⁴ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 193, 197, 198.

⁵⁵ Rogel Vide, C., op. cit., p. 102-103.

médica y que no ha sido diligente a la hora de realizar su actividad profesional. Dicho esto, ese resultado o consecuencia desproporcionada es aquello que acredita, revela o verifica la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión del médico y el gran daño sufrido por el paciente.

Numerosas son las sentencias dictadas por el TS que aplican la teoría de la culpa virtual o del daño desproporcionado, entre las que destacan las siguientes:

1) STS núm. 593/1999, 29 de junio: sobre la extirpación de la vesícula biliar a una paciente de corta edad que perdió la vida tras dicha intervención médica.

2) STS núm. 1038/1999, 9 de diciembre: trata de una operación de cataratas tras la que la víctima sufrió la pérdida total e irreversible del globo ocular izquierdo.

3) STS 1124/97, de 2 de diciembre de 1997: trata el supuesto en el cual una niña menor de 16 años de edad se somete a una intervención quirúrgica con el objetivo de aumentar su estatura y tras dicha operación sufrió considerables secuelas, entre las que cabe destacar: numerosas cicatrices tanto en la pierna derecha como en la izquierda, pérdida de fuerza muscular en la pierna derecha, pies en equino y notable pérdida de movilidad en ambos tobillos.

En cuanto a la carga de la prueba en caso de que el resultado derivado de la actuación médica sea considerado un daño desproporcionado, dicha desproporción exime al paciente demandante de probar la culpabilidad del facultativo, siendo ahora el facultativo interviniente quien ha de probar y acreditar cuáles han sido las circunstancias que han impedido conseguir el resultado buscado y han dado lugar al nacimiento de consecuencias desfavorables de grandes dimensiones. Es decir, si se aplica la teoría del daño desproporcionado será el médico demandado quien ha de probar su propia diligencia.⁵⁶

Dicho en otras palabras, la existencia de daños desproporcionados supone la inversión total de la carga de la prueba, la cual ha de desvirtuar el médico, y no el paciente como sucede en el resto de los casos.⁵⁷

⁵⁶ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 210 - 216.

⁵⁷ Rogel Vide, C., op. cit., p. 102-103.

Por ello, esta doctrina no es partidaria de objetivar la responsabilidad, sino que esta teoría persigue la demostración de la culpabilidad del autor de dicho daño desproporcionado, salvo que el médico interventor pruebe que el perjuicio ocasionado no proviene de su actuación.

Dicha consolidada doctrina ha sido adoptada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y así lo reflejan sentencias como:

1) STS de 19 de julio de 2001: establece la idea anteriormente expuesta sobre la carga de la prueba, al disponer que *“cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente y no el paciente”*.

2) STS núm. 1202/2002, de 18 de diciembre: la cual expone un claro caso de daño desproporcionado del que se deduce la culpabilidad del médico. Dicha sentencia trata sobre una intervención en la que se extirpó a la paciente un carcinoma de mama, quedando posteriormente dicha mujer en estado vegetativo y tal daño solo puede haber nacido como consecuencia de una conducta negligente por parte del facultativo interventor.⁵⁸

4. CONSENTIMIENTO INFORMADO: especial referencia a la Ley 41/2002

4.1. Concepto y significación

Los principales deberes de los médicos se pueden resumir en tres: (1) prestar los servicios y cuidados necesarios para que el paciente enfermo alcance su curación, (2) informar adecuada y completamente al paciente de las alternativas al tratamiento, los posibles riesgos de su aplicación y de las intervenciones quirúrgicas que se vayan a realizar, así como de las posibilidades de fracaso del tratamiento y sus posteriores secuelas, (3) obtener el consentimiento informado del paciente antes de someterse a algún tratamiento o realizarle cualquier operación, (4) secreto profesional, entre otros.⁵⁹

⁵⁸ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 215-218.

⁵⁹ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 161.

El consentimiento informado es un requisito necesario o imprescindible para que puedan realizarse diversos tratamientos e intervenciones médicas, y, en especial si éstos son de carácter experimental.⁶⁰

Tal y como señala la STS de 19 de noviembre de 2007, se trata de un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*, ya que ésta exige que exista dicho consentimiento informado del enfermo para que se realice una actividad médico-quirúrgica curativa, pues ese consentimiento otorgado por el paciente es considerado un factor de legitimación de la intervención que se vaya a realizar.⁶¹

Tal es la importancia de este elemento que la obligación médica de prestación del consentimiento se ha llevado a textos constitucionales, como es el caso de Italia. La doctrina es unánime en este sentido, pues todos están de acuerdo en que la prestación del consentimiento por parte del enfermo, paciente o cliente es necesaria para poder realizar cualquier intervención médica o para aplicar cualquier tratamiento.

Dicho consentimiento informado tiene que estar presente en cualquier actuación médica asistencial, por ello forma parte de la obligación de medios contraída por todo facultativo y así lo establece el Tribunal Supremo al exigir la prestación de consentimiento del enfermo o paciente en todo caso, salvo que se trate de casos de intervenciones que no puedan ser aplazables o de supuestos de extrema gravedad.⁶²

La norma encargada de regular todo lo relativo al consentimiento informado es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La mencionada ley dedica su artículo 3 a definir, entre otros, el concepto de consentimiento informado, entendiendo como tal “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”.

El incumplimiento u omisión del consentimiento informado supone un quebrantamiento de la *lex artis ad hoc* y puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad en el caso de que se lleguen a producir los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido

⁶⁰ Rogel Vide, C., op. cit., p. 94-95.

⁶¹ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 271-274.

⁶² Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 165-166.

preceptivamente informado. De hecho, actualmente, la omisión del consentimiento informado es una de las causas más comunes de condena de profesionales sanitarios en el ámbito de responsabilidad civil médica.⁶³

Además, el consentimiento informado tiene tal importancia que el hecho de imponer un tratamiento sin contar con el debido consentimiento preceptivo del paciente o de sus allegados, constituye una intromisión tanto en la integridad física como moral del paciente.⁶⁴

Si se trata de un supuesto en el que no exista urgencia para intervenir ni riesgo para la salud pública y el paciente no otorga su consentimiento informado, esto significa que no asume los riesgos que puedan derivar de la intervención quirúrgica a la que se va a someter porque los desconoce, por lo que si el facultativo realiza dicha intervención quirúrgica los riesgos vinculados a ella corren exclusivamente a su cargo.

Por otro lado, cabe destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que informar al paciente es una obligación que ha de ser asumida por todos los miembros del equipo médico. Es decir, informar de forma exacta y adecuada al paciente es siempre un requisito previo al consentimiento y así lo establecen tanto el artículo 2.2 como el artículo 2.6 de la citada Ley 41/2002 al indicar, respectivamente, que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”* y que *“todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”*.⁶⁵

Las características que ha de tener toda información para ser correcta son las siguientes: (1) objetiva, (2) precisa, clara y detallada, (3) leal, cierta y veraz, (4) completa, (5) comprensible y (6) suficiente. Además, como se indicó anteriormente, en casos de medicina voluntaria como son la cirugía plástica o estética y los tratamientos de adelgazamiento realizados a pacientes sanos, se exige que la información previa ofrecida por el médico sea aún más minuciosa y exhaustiva.⁶⁶

En este sentido destaca la STS núm. 828/2021, 30 de noviembre, expuesta anteriormente, la cual establece la jurisprudencia exige mayor rigor a la hora de prestar el

⁶³ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 271-274.

⁶⁴ Rogel Vide, C., op. cit., p. 96.

⁶⁵ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 272-273.

⁶⁶ Rogel Vide, C., op. cit., p. 96.

consentimiento si se trata de casos de medicina voluntaria o satisfactiva, pues se acentúa la obligación del médico de informar a su cliente de absolutamente todos los riesgos que pueda tener la intervención quirúrgica que se va a practicar.

Dicha obligación de información tiene que ser ofrecida personalmente por el facultativo que posteriormente vaya a aplicar el tratamiento o realizar la operación y consiste en hacer saber al paciente cuál es su estado, la enfermedad que padece, el tratamiento a aplicar o la intervención que se va a llevar a cabo, el resultado que se persigue o que se pretende alcanzar, los riesgos que conlleva el sometimiento a esa intervención curativa o quirúrgica y en el caso de que existan, las alternativas a la intervención o posibles tratamientos.⁶⁷

El deber de información del médico no se agota cuando inicialmente hace saber al paciente todas las circunstancias relevantes del caso, sino que la obligación de información al enfermo perdura durante toda la vida del tratamiento o durante todo el proceso de la intervención quirúrgica.⁶⁸

Es importante destacar que en ningún caso se puede suprimir la exposición al paciente de la posibilidad de que el tratamiento o la intervención quirúrgica finalmente no tengan éxito y no se llegue a conseguir el resultado esperado, explicando detalladamente las complicaciones, consecuencias o secuelas que podría sufrir si esto sucede para que dicho paciente decida si someterse o no al tratamiento o a la intervención valorando tanto las ventajas como los riesgos.

Hay que destacar que, aunque el facultativo haya cumplido con esta obligación de advertencia de los riesgos y complicaciones de las operaciones que vaya a realizar y dicha información otorgada al paciente sea correcta y éste haya prestado su consentimiento de forma libre y efectiva, esto no impide que sean indemnizables los daños que puedan producirse posteriormente. Es decir, si el médico a la hora de realizar el tratamiento o la intervención actúa con negligencia, incurrirá en responsabilidad, aunque exista un consentimiento informado previo prestado libremente por el paciente.⁶⁹

⁶⁷ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 274.

⁶⁸ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 215.

⁶⁹ Rogel Vide, C., op. cit., p. 97-98.

4.2. Presupuestos

4.2.1. Titular

Debido a que el paciente es el titular del bien jurídico en cuestión y del derecho a recibir la información asistencial, es lógico que sea él quien tenga que permitir que se le realice la intervención curativa o quirúrgica, siempre que tenga capacidad suficiente para comprender en qué consiste la misma y pueda ofrecer su consentimiento de forma libre y efectiva asumiendo todos los posibles riesgos.

La Ley 41/2002 anteriormente citada, dedica su artículo 2.3 a establecer un principio básico sobre la prestación del consentimiento por parte del paciente al disponer que *“el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”*.

Dicho artículo 2.3 está relacionado con el 8.1 al establecer este último que *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado”*.

A su vez, tiene especial relevancia lo dispuesto en los cuatro apartados del artículo 5 de la Ley 41/2002, relativos al titular del derecho a la información asistencial o clínica. Dicho artículo 5 establece en su primer apartado que el paciente es el titular del derecho a la información, aunque también podrán ser informados sus allegados si el paciente lo consiguiente. Así mismo, los apartados dos y tres del mismo precepto determinan que en caso de incapacidad del paciente o de falta de capacidad para comprender la información debido a su situación física o psíquica, serán informados tanto el paciente como su representante legal (artículo 5.2) y las personas vinculadas a él por circunstancias familiares o de hecho (artículo 5.3).

Finalmente, el artículo 5.4 establece una facultad del médico de limitar el derecho a la información del paciente cuando, por motivos objetivos, se considere que es gravemente perjudicial para su salud que éste tenga conocimiento de su propio estado o situación. Esto es lo que se conoce como privilegio terapéutico, excepción terapéutica o estado de necesidad terapéutica.

Siguiendo con las posibles limitaciones y excepciones que puede sufrir el consentimiento informado, hay que destacar el artículo 9 de la Ley 41/2002, ya que establece:

1) Los supuestos en los que es posible realizar una intervención médica o quirúrgica sin consentimiento informado.

2) Los casos en los que puede otorgarse por representación el consentimiento.

En cuanto al primer caso, el artículo 9.2 establece únicamente dos supuestos en los que los facultativos pueden actuar sin disponer del consentimiento del paciente al que van a intervenir. Dichos casos son los siguientes:

a) Siempre que exista riesgo para la salud pública debido a motivos sanitarios previstos por la Ley.

b) En supuestos de urgencia cuando la integridad física o psíquica del paciente corra un riesgo grave e inmediato.⁷⁰

De hecho, si un paciente enfermo se queda inconsciente o se encuentra en cualquier estado en que no sea capaz de prestar su consentimiento y requiere asistencia sanitaria de forma inmediata el médico ha de prestársela, aunque no cuente con su consentimiento. Es más, no es que los profesionales sanitarios deban ofrecerle sus servicios, sino que tienen la obligación de hacerlo al considerarse una situación de extrema urgencia y necesidad.⁷¹

A su vez, el artículo 9.3 permite que el consentimiento se preste por representación tan solo en tres supuestos:

“a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión.”⁷²

⁷⁰ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 274-276.

⁷¹ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 170-171.

⁷² Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 274-276.

En estos casos en los que el paciente, por cualquier circunstancia legalmente prevista, no pueda prestar libremente su consentimiento, tomarán las decisiones por él sus representantes, familiares o personas allegadas. Cabe destacar que si el paciente enfermo tiene un representante legal será él quien de forma prioritaria y preferente al resto de familiares y allegados otorgue el consentimiento para que se realice cualquier intervención al paciente o para que se le aplique un tratamiento. En el caso de que el paciente no cuente con un representante legal, la persona que debe otorgar el consentimiento será el familiar de grado más próximo con el enfermo, aunque las decisiones de los familiares más directos se sustituyen en muchas ocasiones por la decisión del cónyuge o pareja de hecho del paciente.⁷³

Por último, el artículo 4.3 de la Ley 41/2002 determina el sujeto que ha de facilitar la información al paciente y dispone que *“el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”*.

Dicho esto, la jurisprudencia mayoritaria defiende la idea de que el sujeto que ha de fomentar una información adecuada es el médico responsable, aunque éste no puede garantizarla. Por ello, serán los profesionales especialistas que practiquen cada concreta actuación o intervención quienes se encarguen de garantizar que el paciente reciba la información precisa, detallada y en los términos correctos, ya que ellos son los que mejor conocen la trascendencia y el alcance de la intervención médica que van a realizarle.⁷⁴

4.2.2. *Tiempo*

El artículo 2.2 de la Ley 41/2002 responde a la pregunta de ¿cuándo el paciente ha de prestar su consentimiento?, al establecer que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada”*.

Dicho esto, el consentimiento ha de prestarse tras haber recibido la oportuna información sobre la intervención que se va a llevar a cabo o del tratamiento que se va a recibir y con anterioridad a la realización de la intervención médica o quirúrgica y ha de estar

⁷³ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 171.

⁷⁴ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 277-278.

presente durante todo el tratamiento médico, pues el derecho del paciente a recibir información es, para el médico, una obligación de tracto sucesivo, no de tracto único.

Esto quiere decir que es posible que el paciente module o modifique su consentimiento a lo largo del proceso médico si éste consta de varias fases o de diversos tratamientos y/o intervenciones quirúrgicas.⁷⁵

4.2.3. *Forma*

En primer lugar, la información clínica de las actuaciones asistenciales que se vayan a realizar, según establece el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, deberá proporcionarse al paciente de forma verbal, dejando constancia de ello por escrito en su historial clínico.

Tras haber sido informado correcta y adecuadamente, el paciente, en principio, prestará su consentimiento verbalmente, aunque hay supuestos en los que la ley exige que se preste de manera escrita, tal y como establece el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 al disponer que “*el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*”.

En este punto es de especial importancia destacar que dicho consentimiento prestado libremente por el paciente puede ser revocado, por escrito o verbalmente, en cualquier momento del proceso médico, tal como dispone el artículo 8.5 de la anteriormente citada Ley 41/2002.⁷⁶

4.2.4. *Objeto*

El paciente, al prestar su consentimiento, está permitiendo o autorizando que se le realice una concreta intervención médica, sin que el facultativo pueda realizar actuaciones distintas a las permitidas por el paciente, a no ser que se trate de un caso de extrema urgencia.⁷⁷

⁷⁵ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 279.

⁷⁶ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 279-280.

⁷⁷ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 281.

4.3. Contenido y límites

4.3.1. Contenido

En este punto hay que distinguir entre el contenido que ha de tener la información clínica previa al consentimiento y el contenido del mismo consentimiento.

En cuanto a la información asistencial, el artículo 4.1 de la Ley 41/2002 indica cuál ha de ser su contenido mínimo al disponer que *“la información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”*.

Además, el artículo 10.1 de dicha Ley se encarga de determinar de forma más detallada el contenido que necesariamente ha de estar presente en la información asistencial ofrecida al paciente, al establecer que *“el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:*

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.*
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.*
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.*
- d) Las contraindicaciones”*.⁷⁸

Hay que destacar que, aunque el paciente haya prestado libremente su consentimiento y, a su vez, la actuación del facultativo carezca de negligencias o impericias y haya sido excelente, esto no impide que el médico pueda ser condenado si se demuestra que existe un defecto de información previa, es decir, si se demuestra la falta de debida información asistencial al paciente sobre las posibles consecuencias o riesgos de la intervención a la que se ha sometido.

El consentimiento del paciente tendrá plena eficacia si el médico ha cumplido con su deber de información de modo comprensible, tal y como exige el artículo 4.2 de la Ley 41/2002.

⁷⁸ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 284-285.

Además, dicho consentimiento otorgado por el paciente será válido y eficaz hasta donde haya sido informado por el médico, por lo que, si posteriormente es necesario realizar más intervenciones, se tiene que volver a informar al paciente.

Es decir, el hecho de no informar previamente al paciente de todos los posibles riesgos y consecuencias que podría sufrir tras someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica sería motivo suficiente para exigir responsabilidad al médico, ya que se estaría desprotegiendo a los usuarios de los servicios sanitarios al restringir o limitar su poder de autodeterminación y autodecisión, lo que supondría una pérdida de oportunidad.⁷⁹

Es decir, hay ocasiones en las que se priva al paciente de su posibilidad de decidir porque el facultativo ha incumplido su deber de información y por ello el paciente perjudicado tiene derecho a recibir una indemnización por daño moral por pérdida de oportunidad.⁸⁰

Un ejemplo de ello serían los diagnósticos prenatales erróneos y en este sentido destaca la STS núm. 1002/2005, de 21 de diciembre, en la que se exige responsabilidad al médico que infringió la *lex artis ad hoc* al no informar a una madre de que su hijo padecía Síndrome de Down, privándola de tomar la decisión de seguir adelante con su embarazo o no.

A su vez, es relevante la reciente sentencia núm. 342/2022, de 24 de noviembre, de la Sección 21.^a de la AP de Madrid, en la que se exige responsabilidad civil tanto a los profesionales sanitarios, en concreto a los ginecólogos, como a la entidad aseguradora por mala praxis médica al no haber detectado, tras la realización de varias ecografías durante el embarazo de la actora, que el bebé que estaba gestando padecía una trisomía en el par cromosómico número 21, es decir, Síndrome de Down. Además, quedó probado que no se le realizaron a la gestante todas las pruebas invasivas necesarias para descubrir con certeza la anomalía que sufría el feto, como son un test de cuádruple cribado completo, una biopsia de corion y una amniocentesis.

El presente supuesto se trata también de un error en el diagnóstico por parte de los ginecólogos encargados de realizar el seguimiento del embarazo de la demandante, pues al no advertir a la gestante de que su hijo padecía tal enfermedad se la privó de la posibilidad de interrumpir voluntariamente su embarazo dentro de las primeras veintidós semanas de gestación y sin incurrir en responsabilidad penal. Además, estamos ante un caso de “wrongful

⁷⁹ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 286.

⁸⁰ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 429-430.

birth”, pues son los padres del menor los que reclaman una indemnización por haber sido privados de tomar la decisión de abortar.

4.3.1.1. Especial referencia a las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*

En relación con el caso anterior y dentro del ámbito del deber de información del médico al paciente, cabe realizar una breve mención a las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*, las cuales se ejercitan en supuestos de nacimientos de hijos con enfermedades o malformaciones desconocidas por los progenitores al no haber sido informados de ellas en el momento adecuado. Es decir, el médico omite información relevante, no realiza diagnóstico alguno o realiza un diagnóstico erróneo sobre el estado del feto y dicho hecho impide a los progenitores conocer las condiciones reales del *nasciturus* privándoles de la facultad de decidir si interrumpir voluntariamente el embarazo dentro del plazo legalmente establecido para ello, por lo que estaríamos ante un supuesto más de pérdida de oportunidad.

La diferencia entre ambas acciones reside en el sujeto que las ejercita, pues si la llevan a cabo los progenitores hablamos de *wrongful birth*, pero si la acción es ejercitada por el propio hijo estaríamos ante una demanda de *wrongful life*.

Por último, la doctrina jurisprudencial es unánime al considerar que la indemnización en estos casos ha de abarcar tanto el daño moral como el daño patrimonial. Es decir, se ha de resarcir tanto el sufrimiento derivado del impacto psicológico de los progenitores al conocer las anomalías y malformaciones de su hijo en el momento de su nacimiento, como los elevados gastos que asuman los padres en la crianza de un hijo con dichas características especiales.⁸¹

Por otro lado, son numerosas las sentencias dictadas por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que condenan al médico actuante por haber omitido el consentimiento informado del paciente o por la existencia de defectos en él, al no haber informado el facultativo a dicho paciente de los riesgos que suponía la intervención quirúrgica a la que se iba a someter.

Entre dichas sentencias destacan las siguientes:

⁸¹ Paños Pérez, A., “Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Diario La Ley*, N.º 8396, Sección Doctrina, 10 de octubre de 2014.

1) STS núm. 695/1996, de 31 de julio: condena al médico por no informar al paciente del riesgo de lesión medular en cirugía de la escoliosis y en cirugía cervical, respectivamente.

2) STS núm. 719/1997, de 28 de julio: condena al facultativo por no haber informado a la paciente del riesgo de lesión del uréter al realizar una intervención quirúrgica en el útero.

3) STS núm. 849/2000, de 26 de septiembre: condena al médico intervisor por no informar al paciente de la posibilidad de quedar sordo tras someterse a una operación de estapedectomía.

Esta sentencia tiene especial relevancia, ya que un paciente que se sometió a una operación de estapedectomía en su oído izquierdo, quedó totalmente sordo de dicho oído como consecuencia de la intervención.

Finalmente, quedó probado que, previamente a la realización de la intervención médica, el facultativo intervisor no informó ni completa ni adecuadamente al paciente del pronóstico, posibles riesgos, consecuencias, secuelas y alternativas de la operación, por lo que se condenó al otorrinolaringólogo D. Manuel al haber infringido la *“lex artis ad hoc”*.

Al no informar el médico de forma personal y directa al paciente sobre todas estas cuestiones, se privó a este último de su libertad de elección entre las distintas soluciones o técnicas a practicar o de su elección de desistir de la realización de dicha intervención.

Por último, hay que indicar que, al no tratarse de una operación urgente, sino conveniente y haber sido realizada en un centro privado, estamos ante un caso de responsabilidad civil contractual.⁸²

4.3.2 *Factores moduladores del grado de información*

A la hora de precisar los elementos que componen el deber de información médica, hay que tener en cuenta dos factores principalmente:

1) En cuanto a los criterios subjetivos, hay que evaluar factores como la edad del paciente, su nivel cultural y su situación familiar, personal y laboral.

⁸² Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 287-291.

2) Dentro de los elementos objetivos hay que valorar la gravedad de la enfermedad, la urgencia de la intervención o la necesidad o novedad del tratamiento, así como su peligrosidad.

Por último, es relevante mencionar que cuanto más urgencia y necesidad tenga una intervención o una cirugía curativa, menor será deber de información exigible al facultativo. Por el contrario, se exige un mayor rigor informativo al médico en operaciones voluntarias, no necesarias, como son las intervenciones de cirugía estética debido a que existe una responsabilidad precontractual.⁸³

5. PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES

5.1. Concepto

La jurisprudencia admite una modalidad de daño llamada “daño por pérdida de oportunidad” o “desaparición de la probabilidad u oportunidad de un suceso favorable”.

Esta clase de daño se produce cuando se priva a la víctima de la oportunidad de obtener un resultado favorable. Es decir, no se impide obtener un resultado a la víctima del daño, sino únicamente se le priva de la probable oportunidad que tenía de obtener dicho resultado positivo, de la esperanza de conseguir un determinado resultado, lo cual constituye un daño moral que ha de ser reparado mediante una indemnización.⁸⁴

Dicho con otras palabras, la pérdida de oportunidades se caracteriza por la ausencia de certeza para afirmar que la víctima que ha sufrido un daño hubiera conseguido en el futuro un resultado favorable y para que el dañado sea resarcido se realiza un cálculo de probabilidades. Es decir, debido al daño causado, la víctima, que se encontraba en una posición oportuna y adecuada para lograr dicho resultado, pierde sus esperanzas de conseguir un resultado beneficioso, lo que constituye un perjuicio. Por ello, lo que se indemniza es la probabilidad de oportunidad o ventaja frustrada o perdida, no el daño efectivamente sufrido.

⁸³ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 295-297.

⁸⁴ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 127-129.

Esta clase de daño destaca por ser autónoma y, por ello, hay que distinguirla conceptualmente de otras categorías de daños, como el daño emergente, el lucro cesante y el daño material.⁸⁵

Hay que destacar que esta doctrina de la pérdida de oportunidad o chance, también conocida como “privación de expectativas”, se aplica en supuestos de responsabilidad médico-sanitaria, como en casos de falta de información u omisión del consentimiento informado, errores o retrasos en el diagnóstico de pacientes que sufren cánceres o infartos, ya que es habitual que la precoz detección de las enfermedades y la aplicación de su respectivo tratamiento conlleven a obtener resultados favorables y satisfactorios, aunque no sea así en la totalidad de los casos.

Se considera que el daño producido en estos casos es la pérdida de oportunidades de haber sometido al paciente al tratamiento correspondiente de forma adelantada o anticipada, evitando así la pérdida de posibilidades de una hipotética e incierta curación, lo cual ha de indemnizarse como daño moral.

En el ámbito médico, y tal como establecen las SSTs de 16 de febrero de 2011 y de 16 de enero de 2012, para que tenga lugar una pérdida de oportunidad es suficiente con que exista alguna probabilidad de que un diagnóstico precoz hubiera podido evitar que se produjera el daño causado al paciente, ya que éste último al recibir un diagnóstico tardío de su enfermedad perdió posibilidades de curación. Es decir, se priva al paciente de unas expectativas.

Un caso de pérdida de oportunidad debido a un diagnóstico tardío es el tratado en la Sentencia núm. 56/2017, de 27 de marzo de 2017, dictada por Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Segovia. Dicha sentencia versa sobre un caso de retraso injustificado en el diagnóstico de la enfermedad de tularemia, la cual es una infección bacteriana que padecen los roedores salvajes y que se transmite a los humanos mediante picaduras de insectos o a través de contacto físico con los animales contagiados.

En este supuesto un paciente acudió al Hospital General de Segovia debido a que sufría grandes molestias en su cuello y cervicales. Dicho centro sanitario prestó asistencia médica al paciente en todo momento, sometiéndole a la realización de numerosas pruebas de distinta

⁸⁵ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 193-194.

índole, tras las que se le suministró un antibiótico no específico para la curación de la tularemia, por lo que el tratamiento aplicado no fue del todo correcto.

Debido al retraso en el diagnóstico de la enfermedad ésta evolucionó hasta tal punto en el que fue necesaria la realización de una intervención quirúrgica para vaciar el ganglio del cuello debido a la profunda infección cervical que sufría el paciente. Dicha operación fue realizada correctamente y conforme a las exigencias de la *lex artis*, aunque de ella derivaron ciertas secuelas como una cicatriz antiestética y pérdida de movilidad cervical. Sin embargo, todas estas secuelas son riesgos que el paciente asumió de forma previa a la operación al haber prestado libremente su consentimiento informado.

Por todo lo expuesto anteriormente, es de aplicación la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues un diagnóstico precoz y la aplicación de un tratamiento terapéutico específico y adecuado para tratar la enfermedad de la tularemia, podrían haber evitado la realización de la intervención quirúrgica. Es decir, se privó al paciente de unas expectativas de curación sin necesidad de someterse a una operación.

En el presente supuesto no tiene lugar una quiebra de la *lex artis*, pero sí se produce un daño antijurídico debido al incorrecto y tardío funcionamiento del servicio sanitario prestado. Por ello, la entidad aseguradora demandada ha de indemnizar al actor el daño moral que derive de la probabilidad que existía de que el proceso hubiera cursado de una forma distinta.

La pérdida de oportunidad o la privación al paciente de determinadas expectativas de supervivencia o curación es susceptible de ser reparada y, por ello, ha de ser valorada a efectos indemnizatorios. Para calcular el valor al que asciende la indemnización habrá que determinar la probabilidad estadística que tenía el paciente de lograr el resultado, que en este caso es la curación. Dicho esto, cuanto mayor fuera la probabilidad de conseguir el resultado favorable, mayor será la indemnización que recibirá la víctima por el daño moral sufrido.⁸⁶

En todo caso, no se conoce a ciencia cierta ni con una certeza absoluta cuál hubiera sido el daño o resultado obtenido finalmente. Por ello, a la hora de ponderar el daño se debe tener en cuenta tanto el grado de probabilidad de que la actuación médica hubiera producido un beneficio como el grado y el alcance del mismo. Es decir, el montante de la indemnización se reducirá según sea la probabilidad de que el daño se hubiera producido si se hubiera actuado con la debida diligencia.⁸⁷

⁸⁶ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 128-129.

⁸⁷ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 395.

5.2. Supuestos concretos de pérdida de oportunidad en el ámbito médico

Esta teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en el ámbito sanitario en tres casos diferenciados:

5.2.1. *Supuestos de actuación sin la debida diligencia*

Una sentencia importante sobre pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario es la STS núm. 105/2019 de 19 de febrero, la cual versa sobre la muerte de un menor de siete meses en una guardería por atragantarse mientras comía una papilla. La parte actora demandó tanto a las empleadas de la guardería como a su entidad aseguradora alegando que las trabajadoras no actuando con la debida diligencia.

En este supuesto, tal y como se argumenta en los fundamentos de derecho de la mencionada sentencia, el tribunal estimó que se produjo una pérdida de oportunidad al menor, pues el centro infantil donde se produjo su fallecimiento no contaba con un protocolo de actuación en supuestos de atragantamientos de los menores, ni existían las medidas necesarias para afrontar este tipo de casos de extrema urgencia y sus empleados tampoco habían recibido ningún curso o formación al respecto. Además, se probó que la actuación de los responsables del menor en la guardería fue tardía al no avisar de forma inmediata a los profesionales sanitarios de este suceso, tardando más de diez minutos en llamar por primera vez a los servicios de urgencias y emergencias sanitarias. Además, la guardería se encontraba a doscientos metros de un hospital y los empleados no trasladaron al menor hasta él cuanto antes, sino que esperaron más de un cuarto de hora y cuando el bebé llegó al centro hospitalario ya no se encontraba con vida.

Se concluyó que, si los trabajadores del centro educativo hubieran recibido la formación correspondiente sobre actuación, cuidado y atención a estos menores en casos de ahogamiento y si hubieran actuado con rapidez llamando inmediatamente a los servicios sanitarios y trasladando al menor al hospital, la vida del bebé probablemente podría haberse salvado. Por todo ello, se constató la existencia de una relación de causalidad o nexo causal entre la actuación negligente de los cuidadores del bebé y su fallecimiento. A su vez es de aplicación la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues no existe una certeza absoluta de que el menor hubiera sobrevivido si los empleados de la guardería infantil hubieran actuado con la diligencia debida, pero como su forma de proceder no fue la correcta se privó al bebé de las posibilidades que tenía de sobrevivir al ahogamiento y, por ello, la actora tiene derecho a ser indemnizada.

5.2.2. *Supuestos de defectuosa actuación técnica del médico*

En relación con los casos en los que el facultativo realiza una actuación técnica defectuosa, se entiende que dicho médico, al obrar negligentemente, no provoca la enfermedad que sufre el paciente ni su muerte, sino que disminuye sus posibilidades de curación y recuperación.

Por ello hablamos de la pérdida de oportunidades para el paciente, ya que se le priva de la posibilidad de obtener un beneficio en el futuro, como puede ser la curación o recuperación.⁸⁸

A modo de ejemplo, destaca la STS de 10 de octubre de 1998, la cual aplica la teoría de la pérdida de oportunidad al indemnizar a un trabajador llamado Íñigo que perdió su mano derecha como consecuencia de un accidente laboral y ésta no pudo ser reimplantada por los profesionales sanitarios debido al evolucionado estado de congelación en el que se encontraba. Dicho empleado perdió su mano intentando desatascar una máquina termoselladora de helados la cual se puso en funcionamiento en el momento en el que el trabajador tenía su mano introducida dentro. Posteriormente, varios compañeros de trabajo de Íñigo introdujeron la mano amputada en una caja de corcho blanco utilizada para conservar tartas heladas y procediendo a echar en ella hielo seco o sintético y no hielo natural, desobedeciendo así las órdenes dadas por la A.T.S. en la enfermería de la empresa.

Una vez Íñigo fue trasladado al centro sanitario correspondiente, los médicos procedieron a reimplantarle su mano amputada sin que dicha operación tuviera éxito debido a que el miembro se encontraba en un estado de congelación muy avanzado por no haber sido conservado en el recipiente adecuado ni en la forma correcta. Por ello, no hay en este supuesto una prestación de servicios sanitarios defectuosa, sino que únicamente se puede imputar al profesional sanitario la pérdida de meras expectativas, ya que no se sabe con certeza si el reimplante de la mano en condiciones normales hubiera tenido un resultado favorable, pues el éxito de este tipo de operación nunca es totalmente seguro.

5.2.3. *Supuestos de omisión del consentimiento informado*

En segundo lugar, la teoría de la pérdida de oportunidades también se aplica a los casos de omisión o deficiencia del consentimiento informado, puesto que el paciente no conoce

⁸⁸ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 301-302.

realmente todos los riesgos de la intervención quirúrgica antes de llevarse a cabo y, al mismo tiempo, se le priva de la posibilidad de ponderar si rechazar dicha intervención o no.⁸⁹

Dicha falta de consentimiento por parte del paciente enfermo o de sus representantes, provoca negativas consecuencias para el médico, como perder inmunidad penal y ser responsable de todos los daños que se produzcan en la intervención quirúrgica que realice.

Dicho en otras palabras y tal y como establece la STS núm. 828/2003, de 8 de septiembre, la falta de información al paciente supone la atribución, al médico que ejecute la intervención, de toda la responsabilidad de dicha operación, independientemente de que haya actuado conforme a la *lex artis* o no.⁹⁰

6. DAÑOS INDEMNIZABLES

6.1. Aproximación al concepto de daño

El daño o perjuicio es un elemento esencial de la responsabilidad, es decir, es aquello que origina el nacimiento de la responsabilidad civil, ya que el objetivo o fin de ésta última es reparar dicho perjuicio.⁹¹

La jurisprudencia se muestra unánime al considerar que para que surja responsabilidad civil es totalmente necesaria la existencia de un perjuicio resarcible. La RAE afirma que dañar consiste en causar perjuicio, menoscabo, detrimento, molestia o dolor a otra persona o en alterar o aminorar una situación favorable.⁹²

En definitiva, se puede definir el daño como aquel perjuicio o menoscabo corporal sufrido por la víctima tanto en el ámbito personal como en el patrimonial o como todo menoscabo moral o material que sufre una persona y que ha sido causado por otra por haber desobedecido una norma jurídica. De dicha definición se deduce que en el ámbito de la responsabilidad médica el daño resarcible implica al menos la presencia o intervención de dos personas: el sujeto que produce el daño mediante una acción u omisión culposa y el paciente que sufre dicho menoscabo o perjuicio.⁹³

⁸⁹ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 301-302.

⁹⁰ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 192-193.

⁹¹ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 121.

⁹² Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 183-184.

⁹³ Rogel Vide, C., op. cit., p. 85 y 93.

6.2. Daño reparable y sus características

En primer lugar, es de especial importancia recalcar que la presencia del perjuicio no se presume, por lo que es necesario que el actor acredite su existencia. Además, para que un daño pueda ser considerado como tal, es necesario que tenga dos características las cuales son: certidumbre y que dicho daño sea reclamado por la persona que lo sufrió.⁹⁴

También hay que tener en cuenta que en el ámbito médico no son indemnizables todos los daños que se produzcan, sino únicamente los daños antijurídicos, injustos e injustificados. Dicho esto, es posible afirmar que no son indemnizables los daños irremediables, que son aquellos males menores ocasionados para evitar un mal mayor.⁹⁵

6.2.1. Certidumbre del perjuicio

El daño ha de ser real, es decir, tiene que ser cierto tanto en su existencia como en su cuantía y para que sea objeto de indemnización el actor tiene que probar su existencia y el alcance o magnitud del perjuicio.⁹⁶

6.2.2. El daño ha de ser propio

Otra de las notas esenciales del daño es que tiene que ser propio de la persona que reclama su reparación, es decir, se exige que exista una relación entre el perjuicio acaecido y la persona que solicita su indemnización. Sin embargo, la jurisprudencia del TS se muestra flexible en esta materia y legitima a los herederos de la víctima, a sus familiares y a los perjudicados o terceros para poder solicitar la reparación de los daños y perjuicios morales y materiales que hayan sufrido.

Además, a la hora de reclamar la indemnización, los herederos han de acreditar su condición como tal mostrando el testamento o la declaración que les convierte en herederos abintestato, mientras que los perjudicados únicamente necesitan probar el daño o perjuicio que han sufrido.⁹⁷

⁹⁴ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 298.

⁹⁵ Rogel Vide, C., op. cit., p. 85-86.

⁹⁶ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 130.

⁹⁷ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 458.

6.3. Clases de daños

Una de las materias civiles con mayor desacuerdo entre la doctrina es la de la clasificación de los daños según el objeto que perjudiquen. Así, pues, podemos hablar de daños materiales, personales, morales, corporales, entre otros.

Además, destacan otras clasificaciones de daño como son: daño actual, presente, cierto o real, daño futuro, virtual o potencial, daño continuado o permanente, daño sobrevenido, eventual, inmediato y mediato, daño directo e indirecto.⁹⁸

Por último, podemos realizar una distinción entre daños justos y daños injustos, siendo los primeros reparables en ciertas ocasiones en las que se pacte dicha reparación, mientras que los segundos son indemnizables en todos los casos.⁹⁹

Pero, sin duda, la distinción más relevante realizada por la doctrina es la de daños patrimoniales y daños no patrimoniales:

6.3.1. Daños patrimoniales

Serán daños patrimoniales, materiales o económicos todos aquellos perjuicios que afecten a los bienes y derechos que componen el patrimonio de la víctima y esta clase de menoscabo se divide a su vez en daño emergente y lucro cesante.¹⁰⁰

6.3.1.1. Daño emergente

En este caso, el daño causado al patrimonio de la víctima supone una pérdida económica. Dicho esto, el daño emergente o *damnum emergens* en el ámbito sanitario serán todos los gastos médicos adicionales, gastos de hospitalización, de traslados y farmacéuticos, los cuales han de ser indemnizados.¹⁰¹

⁹⁸ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 187-191.

⁹⁹ Rogel Vide, C., op. cit., p. 85-86.

¹⁰⁰ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 130.

¹⁰¹ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 319-320.

6.3.1.2. *Lucro cesante*

En este caso, el daño causado al patrimonio de la víctima frustra la obtención de una ganancia. Es decir, el perjudicado no consigue un beneficio debido a la existencia o producción de un perjuicio, y en el ámbito médico un ejemplo sería que como consecuencia de una acción u omisión de un profesional sanitario una persona no pueda realizar un trabajo, por lo que los salarios que deje de obtener serán indemnizables.

En esta materia la doctrina jurisprudencial exige, para que sea posible indemnizar el lucro cesante, que se demuestre la existencia de una verdadera probabilidad de que las ganancias se hubieran obtenido si el daño no se hubiera producido, sin ser suficiente que hubiera una mera posibilidad hipotética de conseguirlas. Es decir, se obliga al perjudicado que reclama la reparación del lucro cesante a aportar pruebas rigurosas y contundentes que demuestren que los beneficios que ha dejado de obtener no eran inciertos, hipotéticos ni meras suposiciones.¹⁰²

6.3.2. *Daños no patrimoniales*

Son aquellos que no afectan a los bienes y derechos que componen el patrimonio del paciente o víctima, sino que afectan a la persona, tanto a su integridad física como a su aspecto estético y también a sus sentimientos. Dichos daños no patrimoniales se dividen principalmente en perjuicios corporales y morales.¹⁰³

6.3.2.1. *Daños corporales*

Gran parte de los daños producidos en el ámbito médico son corporales y se trata de aquellos perjuicios que tienen su origen en un atentado contra la integridad física de una persona y puede tratarse tanto de un dolor físico como de un daño estético, por ello se dice que este tipo de daño se encuentra a medio camino entre el perjuicio patrimonial y el no patrimonial.

Es decir, una persona puede ser víctima de un daño corporal que le impida realizar tareas cotidianas del día a día y que afecten funcionalmente a su cuerpo impidiendo que pueda ocupar algún puesto de trabajo, lo que afectaría a su esfera patrimonial. O bien, una persona

¹⁰² Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 321-322.

¹⁰³ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 135.

puede padecer un perjuicio estético que haga empeorar su aspecto físico, lo que le provoca en dicha víctima un gran dolor y malestar psicológico sin afectar al ámbito patrimonial, aunque ambos tipos de daño corporal han de ser indemnizados.

En cuanto al cálculo de la cuantía de la indemnización por daños corporales, la doctrina jurisprudencial está de acuerdo en reservar esta labor a los Tribunales de instancia, los cuales tendrán en cuenta para determinar dicha cuantía aspectos como la duración de los daños o las secuelas sufridas posteriormente.¹⁰⁴

6.3.2.2. Daños morales

6.3.2.2.1. Concepto de daño moral

La segunda clase de daño extrapatrimonial son los daños morales, los cuales se pueden definir negativamente como aquellos perjuicios no corporales, materiales o patrimoniales, sino que afectan a valores íntimos y personales como son el espíritu, el alma, el estado de ánimo.¹⁰⁵

También se podría definir el daño moral como aquel sufrido por una persona el cual no perjudica a sus ingresos ni disminuye su patrimonio y que tampoco es susceptible de ser cuantificado económicamente cogiendo como referencia un valor de mercado. Además, el daño moral es uno de los principales problemas del Derecho de la responsabilidad civil y siempre ha habido complicaciones a la hora de determinar la cuantía de la indemnización de daños morales. De hecho, antiguamente el TS negaba que los daños morales pudieran ser indemnizables porque se creía que ni el dinero era capaz de reparar el daño o perjuicio espiritual de la víctima y porque tampoco existía un baremo que permitiera cuantificar económicamente dichos daños emocionales.

Por suerte, la jurisprudencia española ha ido evolucionando y destaca especialmente la STS de 6 de diciembre de 1912 por ser la primera sentencia que establece una doctrina definitiva sobre el daño moral, consagra la idea de que el daño moral es daño a los efectos de la responsabilidad civil y defiende que la indemnización por daños morales es de carácter resarcitorio.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 322-327.

¹⁰⁵ Rogel Vide, C., op. cit., p. 55 y ss.

¹⁰⁶ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 196-200.

En el ámbito sanitario estos daños morales no afectan al patrimonio económico de la víctima o paciente, sino a su patrimonio espiritual compuesto por los bienes inmateriales de la salud y los derechos de la personalidad.¹⁰⁷

6.3.2.2.2. Modalidades o categorías admitidas de derecho moral

En los últimos años la doctrina ha establecido una clasificación de las distintas clases de daños morales que han de ser indemnizados y son los siguientes:

- 1) El perjuicio estético: aquellos daños corporales y deformidades permanentes y visibles.
- 2) La pérdida de agrado: imposibilita a la víctima para realizar actividades cotidianas de la vida como andar o levantarse, privándola de calidad de vida.
- 3) El perjuicio de afecto: se refiere al daño moral sufrido por los familiares o allegados más cercanos a la víctima.
- 4) Los padecimientos o dolores físicos: son aquellos malestares que la víctima ha padecido como consecuencia del daño sufrido, como pueden ser: insomnio, falta de autoestima, inseguridad en uno mismo, entre otros.¹⁰⁸

Para que cualquiera de estas distintas clases de daños morales sea indemnizable se exige que la existencia del daño quede probada, debiendo cumplir el perjuicio determinados requisitos como: ser real, efectivo, persistente, relevante y estar individualizado.

Por otro lado, la evaluación económica del daño moral será discutible en cada caso al carecer de carácter pecuniario, debiéndose tener en cuenta factores como inconvenientes sexuales o sociales que haya sufrido el perjudicado como consecuencia del daño y la profesión laboral que tenga la víctima, al no tener la misma relevancia la amputación de una pierna, como consecuencia de una culposa acción u omisión médica, a un futbolista profesional que a una persona que trabaje sentada en una oficina, pues la indemnización que ha de recibir el deportista será mucho mayor.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 331.

¹⁰⁸ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 202-204.

¹⁰⁹ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 334.

7. INDEMNIZACIÓN

7.1. Concepto

La doctrina se muestra unánime al establecer que los daños producidos han de ser resarcidos mediante la imposición de una obligación pecuniaria al causante del daño o a un tercero, la cual recibe el nombre de indemnización, cuya finalidad es compensar el perjuicio acaecido mediante la entrega al damnificado de una determinada cantidad de dinero. Es decir, se sustituye el daño sufrido por una suma de dinero.¹¹⁰

Por otro lado, existe indecisión en la jurisprudencia a la hora de decidir si la reparación del daño ha de realizarse en especie o en metálico. Nuestra legislación en esta materia, tanto el CC como la LEC, se muestran partidarias de la reparación en especie en primer lugar y de forma subsidiaria aplican el resarcimiento en metálico. Además, en determinados casos la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por establecer una pensión a favor de las víctimas.

Pero en todo caso quien debe decantarse por uno u otro modo de reparación de los daños médicos es la propia víctima, pues el resarcimiento in natura solo tendrá lugar si el perjudicado así lo desea.¹¹¹

7.2. Legitimación activa en la responsabilidad

El principal acreedor del resarcimiento es la víctima o el agraviado, que es el sujeto pasivo que sufre un daño, que en el ámbito sanitario es el paciente perjudicado.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, aunque el perjudicado directo es la víctima, también pueden existir perjudicados indirectos llamados terceros, como son los familiares o los allegados más cercanos de la víctima.¹¹²

¹¹⁰ Llamas Pombo, E., op. cit., p. 214-215.

¹¹¹ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 343-349.

¹¹² Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 452.

7.3. Contenido de la indemnización

La obligación indemnizatoria se rige por el principio de la reparación integral. Por ello, dicha reparación abarca todos los daños que hayan sido alegados y, posteriormente, probados. Es decir, la reparación comprende toda clase de perjuicios, secuelas, sufrimientos físicos y psíquicos y el daño moral.

El paciente perjudicado tiene derecho a ser indemnizado íntegra y totalmente, lo que significa que ha de ser indemnizado tanto moral como materialmente y también ha de resarcirse el daño patrimonial formado por el daño emergente y el lucro cesante.

El objetivo o fin último perseguido con dicha indemnización es reestablecer los bienes alterados por el perjuicio ocasionado al estado en el que se encontraban antes de que se produjera dicho daño y conseguir llegar a una situación lo más similar posible a aquella en que se encontraría el paciente perjudicado si el menoscabo no hubiera existido.¹¹³

7.4. Criterios para calcular el montante de la misma

Como ya se ha explicado anteriormente, la obligación de subsanar el daño ocasionado se rige por el principio de reparación integral o *restitutio in integrum*. Es decir, se han de reparar todos aquellos perjuicios que hayan sido alegados y probados, pero el problema surge a la hora de determinar cuál es la cuantía de la indemnización por daños causados por culpa médica.¹¹⁴

La mayor parte de la jurisprudencia opta por realizar una valoración global de los daños y perjuicios para posteriormente calcular la cuantía de la indemnización. Es decir, se evalúan y aprecian racionalmente los daños y las circunstancias de caso concreto.¹¹⁵

Por ello, la jurisprudencia a la hora de valorar el daño moral hay que tener en cuenta dos componentes:

1. Supuestos de hecho, es decir, los factores o fundamentos que determinan la existencia y el alcance del daño moral. Estos factores pueden ser: la edad, la vinculación afectiva, los años de convivencia en caso del cónyuge viudo, entre otros.

¹¹³ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 297-298.

¹¹⁴ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 426.

¹¹⁵ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 298.

2. Establecimiento de la cantidad pecuniaria de la indemnización atendiendo a los numerosos baremos o tablas indemnizatorias.¹¹⁶

Sin embargo, en el ámbito sanitario no existe un criterio general ni uniforme en este sentido. Por ello el Tribunal Supremo ha establecido que la fijación de la cuantía de la indemnización es una labor que corresponde a los Tribunales de instancia, sin que ésta pueda ser revisada en casación. Pero dicha prohibición no es absoluta y la STS 1367/2006, de 21 de diciembre de 2006 establece que sí es posible que se revisen en casación tanto las bases sobre las que se calcula la cuantía indemnizatoria como aquellos casos en los que se considere desproporcionada la cantidad establecida como indemnización.¹¹⁷

7.4.1. Baremos

Como se indicó anteriormente, en el ámbito médico no se realiza una apreciación matemática, sino racional. En determinados supuestos y con el objetivo de determinar el importe o la cuantía de la indemnización por los daños personales derivados de responsabilidad civil médica, la Jurisprudencia aplica, como criterio orientativo, el baremo establecido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Son muchos los autores que se muestran partidarios a la aplicación de dicho baremo fuera del campo de los daños producidos en la circulación y están a favor de que sea tenido en consideración por los Tribunales de instancia a la hora de concretar las indemnizaciones por daño corporal en el ámbito de la responsabilidad civil médica.¹¹⁸

En ocasiones la aplicación de baremos indemnizatorios a supuestos de responsabilidad sanitaria es polémica, ya que dichos baremos únicamente permiten realizar una concreción objetiva. Sin embargo, su utilización en el ámbito sanitario es admisible y en alguna ocasión su uso puede ser de gran ayuda, siempre y cuando la apreciación objetiva realizada por estos baremos tenga un carácter orientativo y flexible, nunca vinculante.

¹¹⁶ Rogel Vide, C., op. cit., p. 65-67.

¹¹⁷ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 426-427.

¹¹⁸ Guinot Barona, M., VV.AA., op. cit., p. 427-428.

Por todo lo anterior cabe deducir que en el ámbito de responsabilidad médica no es factible la realización de una apreciación y tasación objetiva efectuada mediante baremos indemnizatorios. Por ello, es imprescindible que los Tribunales de instancia encargados de realizar la labor de determinar la cuantía indemnizatoria actúen con discrecionalidad y, en todo caso, motiven la cantidad indemnizatoria que decidan fijar.¹¹⁹

7.5. Indemnización por daño moral por la muerte de una persona

La muerte es la consecuencia más grave que puede producir una culposa acción u omisión médica, por ello el Código Penal en su artículo 113 afirma que también serán indemnizables aquellos menoscabos morales y materiales que sufran los familiares o allegados de la víctima, del agraviado. Dicho esto, la indemnización por causa de muerte de un paciente está constituida tanto por daños patrimoniales como por daños no patrimoniales, pues hay que indemnizar a los familiares por las disminuciones que se produzcan en sus ingresos debido al fallecimiento de su familiar y por los daños morales que puedan sufrir.¹²⁰

Una clasificación de los daños que podrían ser objeto de indemnización debido a la muerte de un sujeto sería la siguiente: el daño moral que surge debido al fallecimiento de la víctima, daño moral que sufren los familiares y allegados al fallecido, daño patrimonial directo que sufren las personas más cercanas a la víctima y daño patrimonial derivado de los gastos del entierro y funeral de la víctima.¹²¹

Los herederos únicamente pueden ser resarcidos por los daños materiales que sufrió el causante y que éste les ha transmitido. Sin embargo, los perjudicados, siempre que sean capaces de acreditar su existencia, tienen derecho a exigir una indemnización por los daños morales y materiales sufridos de forma directa.

La jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo consagra la idea de que no es transmisible a los herederos el derecho de la víctima a ser indemnizada, debido a que dicha indemnización no integraba el patrimonio de la persona fallecida en el momento de su muerte y, como es lógico, el causante no puede transmitir a sus herederos algo que no llegó a ser suyo y que nunca llegó a integrar su patrimonio. Sin embargo, los perjudicados sí que pueden reclamar una indemnización por el daño sufrido directamente por ellos mismos debido a la

¹¹⁹ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 298-300.

¹²⁰ Fernández Hierro, J.M., op. cit., p. 330.

¹²¹ Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 453-454.

muerte de su allegado. Esto es así porque los herederos únicamente tienen derecho a ser indemnizados por los daños que formaban parte del patrimonio de la víctima en el instante de su muerte.¹²²

En este sentido hay destacar la STS núm. 964/2000, de 19 de octubre, en la que negligentemente los servicios hospitalarios de Valencia olvidaron el cuerpo sin vida de un paciente durante el plazo de ocho días sin haber comunicado a sus familiares el fallecimiento. Días más tarde una trabajadora social del centro sanitario encontró el cadáver e hizo saber a sus allegados la muerte producida. Por todo ello, el Tribunal Supremo indemnizó a los familiares del fallecido por los daños morales sufridos por no haber podido llevar el cuerpo sin vida de su allegado al tanatorio ni poder enterrarle en el momento correspondiente.

A mayores, cabe destacar la reciente Sentencia núm. 1035/2022, de 16 de diciembre del TSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Rec. 735/2021, la cual deniega a la parte demandante una indemnización por el fallecimiento de una paciente de setenta y un años al no existir defectuosa praxis médica ni pérdida de oportunidad.

El fallecimiento se produjo en plena crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, caracterizada por la falta de recursos sanitarios y escasez de equipos médicos protectores frente al contagio del virus. Por todo lo anterior la anciana no pudo ser ingresada en la UCI al no cumplir su caso con los requisitos de prioridad, urgencia y gravedad necesarios para permanecer en dicha planta. Posteriormente perdió la vida y tampoco se le realizó autopsia.

Finalmente, el TSJ de Asturias decidió desestimar el recurso contencioso-administrativo y rechazar la responsabilidad patrimonial solicitada por los hijos de la paciente fallecida por mala praxis médica en la atención sanitaria prestada a la anciana. Se considera que en esos momentos prácticamente todos los centros hospitalarios de España estaban colapsados por la pandemia y que los profesionales sanitarios actuaron en todo momento siguiendo las instrucciones tanto del Ministerio de Sanidad como de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias.

¹²² Yzquierdo Tolsada, M., op. cit., p. 454-456.

7.6. Aspectos procesales en las reclamaciones por responsabilidad civil médica

Por último y a la hora de estudiar el funcionamiento de interposición de reclamaciones en el ámbito médico-sanitario, es fundamental determinar el orden jurisdiccional competente en las reclamaciones contra la Administración pública y su aseguradora.

Actualmente existe una gran intención de dirigir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo todas las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración, con el objetivo de lograr la homogeneidad y uniformidad jurisprudencial y hacer desaparecer la dispersión de acciones reclamatorias.¹²³

Anteriormente, las jurisdicciones encargadas de conocer estos asuntos eran la social y la civil. Sin embargo, actualmente y debido a numerosas reformas legislativas, la competencia para conocer estas cuestiones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio la poseen los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Hay que destacar que la jurisdicción civil es la competente para conocer de las demandas interpuestas mediante acción directa contra la entidad aseguradora de la responsabilidad de la Administración, debido a que dicha entidad no es sujeto cocausante del daño, es decir, no ha contribuido a la producción del daño causado a la víctima o paciente.

El artículo 76 LCS, otorga al perjudicado por el daño el derecho a ejercitar la acción directa contra el asegurador. Dicha acción directa constituye un derecho propio, autónomo e independiente de la víctima del menoscabo para exigir a la entidad aseguradora una indemnización, por lo que se tiene que diferenciar de su derecho a dirigirse frente a la Administración Pública causante del perjuicio.

En conclusión, se interpondrán ante la jurisdicción civil las demandas que no se dirijan contra la Administración Pública, sino contra su compañía aseguradora, ya que no es posible dirigirse en vía administrativa únicamente frente a la entidad aseguradora, pues ésta es un sujeto privado.

Son numerosas las sentencias que consagran la competencia de la jurisdicción civil para aquellos supuestos en los que únicamente el actor reclama contra la entidad aseguradora y

¹²³ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 138-139.

entre ellas destaca la sentencia núm. 304/2001 de la Sección 1.^a de la AP de Badajoz, de 26 de octubre de 2001.¹²⁴

Además, una de las sentencias más importantes en esta materia es la STS núm. 616/2013, de 15 de octubre, en la que el paciente perjudicado demanda a la entidad aseguradora Zúrich España Seguros y Reaseguros S.A. por los daños que ha sufrido debido a una actuación culposa por parte del médico que le realizó una intervención quirúrgica, en concreto una biopsia pedicular sobre la que no fue informado correctamente tal y como exige la Ley 41/2002, ni conocía sus riesgos y tampoco prestó su consentimiento por escrito aceptando someterse a ella.

Tras serle practicada la operación sin la debida diligencia médica, el paciente sufrió graves lesiones medulares perdiendo movimiento y sensibilidad en ambas piernas, las cuales derivaron en graves secuelas permanentes. Finalmente, la sentencia dictada por el Juzgado concluyó que las lesiones sufridas por el actor no tienen su origen en una actuación negligente por parte del médico, por lo que únicamente procede la indemnización al paciente perjudicado por el daño moral causado al no haber sido correctamente informado sobre todos los aspectos relativos a la operación a la cual se iba a someter.

Dicha STS núm. 616/2013, de 15 de octubre establece, en su fundamento de derecho segundo, la idea anteriormente expuesta sobre los supuestos en los que es competente la jurisdicción civil, al disponer que *“se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las acciones directas dirigidas contra la Administración y su aseguradora y de las acciones frente cualquier otra entidad, pública o privada. Excepcionalmente en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la LCS, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y, por ello, la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar”*.¹²⁵

Por lo tanto, la jurisdicción civil será competente en aquellos casos en los que la acción se dirija exclusivamente contra la compañía aseguradora, sea esta la aseguradora del causante del daño o la aseguradora con la que el perjudicado ha contratado un seguro de asistencia

¹²⁴ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 145 y 150.

¹²⁵ Galán Cortés, J.C., VV.AA., op. cit., p. 153 y 155.

sanitaria. En el primer caso se está ejercitando la acción directa del artículo 76 LCS y en el segundo caso la acción del artículo 23 LCS.

Por ejemplo, cuando se ejercita una acción de responsabilidad civil médica contra la aseguradora que cubre los riesgos de asistencia sanitaria dispensada en un hospital del servicio público de salud por mala praxis médica, la competencia viene atribuida a la jurisdicción civil que puede y debe pronunciarse prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la administración tal y como lo autoriza el artículo 42 LEC, pero tal pronunciamiento será solo a efectos del proceso sin que ello suponga reconocerle competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la administración pública asegurada (STS, Sala de lo Civil de 5 de junio de 2019).

Por último, cabe destacar que desde el año 2020 la Sala de lo Civil del TS ha establecido que si el perjudicado opta por acudir a la vía administrativa y contencioso-administrativa para que se declare la responsabilidad patrimonial de la administración derivada de una mala praxis médica, con posterioridad ese perjudicado no podrá promover acción civil contra la compañía de seguros que cubría los riesgos de esa misma actuación médica, según lo tienen declarado entre otras la STS Sala de lo Civil núm. 119/2022 de 15 de febrero.

8. CONCLUSIONES

Tras desarrollar y estudiar los anteriores capítulos que forman mi trabajo de fin de grado he podido extraer varias conclusiones y aprender numerosos aspectos jurídicos del amplio campo de la medicina los cuales desconocía hasta ahora, como son:

Primera.- Del análisis de los dos tipos de responsabilidades civiles he aprendido que el objetivo de dicha institución es la reparación íntegra del daño a la víctima. Además, me ha llamado la atención que a pesar de tener ambas responsabilidades aspectos en común, los cuales en determinados casos pueden dar lugar a su yuxtaposición, el legislador trata de dejar claro que son realidades distintas estableciendo claras diferencias entre ellas, entre las que cabe destacar el distinto plazo de prescripción de uno o cinco años para ejercitar cada una de las acciones.

Por último, cabe destacar que, si la acción se ejercita únicamente frente a la entidad aseguradora, se aplicará el plazo de prescripción de un año.

Segunda.- Pasando a estudiar la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios, es de vital importancia distinguir si estamos ante un caso de medicina necesaria o curativa o de medicina satisfactiva o voluntaria, pues la obligación del médico será distinta dependiendo del supuesto en el que se encuentre.

En el caso de la medicina asistencial o curativa la obligación del facultativo es de medios, aproximándose al contrato de arrendamiento de servicios, pues el médico trata de mejorar la situación de un paciente enfermo poniendo todos los medios que estén a su alcance para conseguir su curación. Sin embargo, en supuestos de medicina voluntaria, como la realización de una cirugía estética en la que un cliente sano persigue obtener una mejora física, la obligación del médico es de resultado, siendo cercana al contrato de arrendamiento de obra. Aunque en determinados supuestos se puede considerar que la obligación del facultativo en la medicina voluntaria es de medios acentuada. Además, uno de los aspectos que más me ha llamado la atención sobre la medicina satisfactiva es que hay un gran número de reclamaciones por esterilizaciones fallidas, tanto vasectomías como ligaduras de trompas.

Tercera.- Del estudio de la responsabilidad civil médica he tomado conciencia de la importancia de la culpa o negligencia, al ser ésta un elemento esencial para poder exigir responsabilidad a los profesionales sanitarios que actúen contraviniendo las normas de la *lex artis*. Un aspecto relevante en este ámbito es que por regla general será el paciente perjudicado quien deba probar la culpa del médico, salvo que se trate de supuestos en los que las pruebas estén en posesión del facultativo, pues en estos casos será aplicable la teoría de la facilidad probatoria y la carga de la prueba recaerá sobre el médico.

Además, si se ha producido un daño desproporcionado se presume la negligencia del médico en su actuación y se produce una inversión total de la carga de la prueba, pues será este último quien deba probar que actuó diligentemente conforme a la *lex artis*.

Cuarta.- En cuanto al análisis de las principales obligaciones del médico, habiendo estudiado el articulado de la Ley 41/2002, me ha impactado la importancia que tienen en el ámbito sanitario el deber de información de los médicos sobre todo si se trata de una intervención de medicina satisfactiva o voluntaria, así como la necesidad de que los facultativos obtengan un consentimiento informado del paciente de forma previa a la realización de cualquier intervención o a la aplicación de cualquier tratamiento.

Tal es la relevancia de estos deberes que en el caso de que se omitan, el médico asumirá todos los riesgos que deriven del tratamiento u operación realizados. Además, me ha llamado la atención la vinculación que existe entre la omisión del deber de información del médico y la pérdida de oportunidades o privación de expectativas, sobre todo en casos de diagnósticos tardíos y diagnósticos erróneos prenatales.

Sobre los diagnósticos erróneos prenatales he descubierto la existencia de las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* y la diferencia entre ellas, pues hasta ahora no las conocía.

Quinta.- En último lugar, he analizado cuáles son las características que han de tener los daños para que puedan ser indemnizados, distinguiendo principalmente entre perjuicios patrimoniales y no patrimoniales, estudiando en profundidad el daño moral y sus distintas modalidades.

A su vez, he estudiado el modo de resarcimiento aceptado de forma unánime por la jurisprudencia, que es la indemnización, la cual se rige por el principio de reparación íntegra del daño a la víctima o *restitutio in integrum*. Uno de los aspectos que más me ha llamado la atención de la indemnización es que en el ámbito médico-sanitario no existe un baremo ni un criterio general uniforme a la hora de fijar su cuantía, recayendo dicha labor sobre los Tribunales de instancia que serán los encargados de establecerla atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

9. JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 6 de diciembre de 1912.
- STS de 21 de marzo de 1950.
- STS núm. 394/1984, de 19 de junio. Ponente: Cecilio Serena Velloso.

- STS núm. 64/1990, de 7 de febrero. Ponente: Antonio Fernández Rodríguez. RJ: vLex: 1990/13056.
- STS núm. 450/1991, de 10 junio. Ponente: Pedro González Poveda. RJ: vLex 1991/3062.
- STS núm. 197/93, de 4 de marzo de 1993. Número de recurso 2404/1990. Ponente: Jaime Santos Briz.
- STS núm. 349/1994, de 25 de abril. Número de recurso 1876/1991. Ponente: José Luis Albacar López.
- STS núm. 863/1995, de 10 de octubre. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. RJ: vLex 1995/7937.
- STS de 31 de enero de 1996. Número de recurso 1544/1994. Ponente: Eladio Escusol Barra. RJ: vLex: 1996/552.
- STS núm. 695/1996, de 31 de julio. Número de recurso: 3558/1992. Ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.
- STS núm. 903/1996, de 7 de noviembre. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.
- STS núm. 1022/1996, de 2 de diciembre. Número de recurso: 404/1993. Ponente: José Almagro Nosete.
- STS núm. 108/1997, de 18 de febrero. Número de recurso: 892/1993. Ponente: José Almagro Nosete.
- STS núm. 508/1997, de 9 de junio. Número de recurso: 1950/1993. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil.
- STS núm. 574/1997, de 27 de junio. Número de recurso 2450/1997. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes.

- STS núm. 719/1997, de 28 de julio. Número de recurso 2327/1993. Ponente: José Almagro Nosete.
- STS núm. 1124/97, de 2 de diciembre de 1997. Número de recurso 3100/1993. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.
- STS núm. 531/1998, de 5 de junio. Número de recurso 878/1994. Ponente: Antonio Guillón Ballesteros.
- STS de 10 de octubre de 1998. Número de recurso: 1496/1994. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros.
- STS de 19 de abril de 1999. Número de recurso: 1430/1998. Ponente: Fernando Salinas Molina.
- STS núm. 450/1999, de 24 de mayo. Número de recurso 3260/1994. Ponente: José Menéndez Hernández.
- STS núm. 587/1999, de 28 de junio. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.
- STS núm. 593/1999, 29 de junio. Número de recurso: 3437/1994. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.
- STS núm. 1038/1999, 9 de diciembre. Número de recurso: 875/1995. Ponente: Román García Varela.
- STS núm. 849/2000, de 26 de septiembre. Número de recurso 849/2000. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil.
- STS de 19 de octubre de 2000. Número de recurso 2892/2000. Ponente: José Manuel Sieira Miguez. RJ: vLex 2000/7522.

- STS núm. 964/2000, de 19 de octubre. Número de recurso: 2423/1995. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. RJ: vLex: 2000/7533.
- STS núm. 1038/2000, de 7 de noviembre. Número de recurso 3272/1995. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ: vLex 2000/8061.
- STS de 24 de marzo de 2001. Número de recurso 715/1996. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. RJ: vLex 2001/2410.
- STS de 19 de julio de 2001. Número de recurso: 1581/1996. Ponente: José Ramón Vázquez Sandes. RJ: vLex: 2001/6363.
- STS de 11 de diciembre de 2001. Número de recurso: 2017/1996. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ: vLex: 2001/9669.
- STS núm. 1202/2002, de 18 de diciembre. Número de recurso: 3194/2000. Ponente: Román García Varela. RJ: vLex: 2002/8599.
- STS núm. 828/2003, de 8 de septiembre. Número de recurso: 3583/1999. Ponente: José Almagro Nosete. RJ: vLex: 2003/5424.
- STS núm. 1002/2005, de 21 de diciembre. Número de recurso: 1986/1999. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. RJ: vLex: 2005/7433.
- STS núm. 1342/2006, de 18 de diciembre. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.
- STS núm. 1367/2006, de 21 de diciembre. Número de recurso: 19/2000. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. RJ: vLex: 2006/8259.
- STS de 24 de enero de 2007. Número de recurso: 5071/2002. Ponente: Margarita Robles Fernández. RJ: vLex: 2007/136.
- STS núm. 1195/2007, de 19 de noviembre. Número de recurso: 4311/2000. Ponente: Francisco Marín Castán. RJ: vLex: 2007/7449.

- STS núm. 943/2008, de 23 de octubre. Número de recurso: 870/2003. Ponente: Jesús Corbal Fernández. RJ: vLex: 2008/5371.
- STS núm. 948/2011, de 16 de enero. Número de recurso 2243/2008. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. RJ: vLex: 2012/279.
- STS de 16 de febrero de 2011. Número de recurso: 3747/2009. Ponente: Lorenzo Celsa Pico. RJ: vLex: 2011/450.
- STS núm. 616/2013, de 15 de octubre. Número de recurso: 1578/2011. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. RJ: vLex: 2013/4953.
- STS núm. 105/2019, de 19 de febrero. Número de recurso: 2990/2016. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. RJ: vLex: 2019/576.
- STS núm. 321/2019, de 5 de junio. Número de recurso: 2992/2016. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. RJ: vLex: 2019/1840.
- STS núm. 828/2021, de 30 de noviembre. Número de recurso: 5955/2018. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg.
- STS núm. 119/2022, de 15 de febrero. Número de recurso: 563/2019. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia

- Sentencia núm. 1035/2022, de 16 de diciembre, del TSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Rec. 735/2021.

Sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción

- Sentencia núm. 56/2017, de 27 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Segovia.

Sentencias de la Audiencia Provincial

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª) núm. 304/2001, de 26 de octubre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª) núm. 342/2022, de 24 de noviembre.

10. BIBLIOGRAFÍA

- AZNAR DOMINGO, A. y AFONSO PASQUA, R., “La obligación de resultado en la cirugía plástica y estética”, EDC 2021/541578, ed. Lefebvre, 2021.
- CREVILLÉN VERDET, Pablo. *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, VV.AA., Capítulo III: *La Responsabilidad civil por prestación de asistencia sanitaria*. Pamplona (Navarra): 1ª ed., Aranzadi, S.A., 2009.
- GALÁN CORTÉS, Julio César. *La responsabilidad civil profesional. Volumen VII*, VV.AA., Capítulo III: *Responsabilidad civil médica*, Madrid: Lerko Print, S.A., 2003.
- GUINOT BARONA, María. *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, VV.AA., Capítulo III: *La Responsabilidad civil por prestación de asistencia sanitaria*. Pamplona (Navarra): 1ª ed., Aranzadi, S.A., 2009.

- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: 5ª ed., Comares, S.L., 2007.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. *Manual de Derecho civil. Volumen VII. Derecho de daños*. Madrid: 1ª ed., Wolters Kluwer Legal & Regulatory España S.A., 2021.
- PAÑOS PÉREZ, A., “Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life”, *Diario La Ley*, N.º 8396, Sección Doctrina, 10 de octubre de 2014.
- ROGEL VIDE, Carlos. *Responsabilidad civil: estudios*. México, D.F., Madrid: Ubijus y Reus S.A., 2019.
- XIOL RÍOS, J. A., “Responsabilidad civil. Prescripción. Plazo aplicable a la acción ejercitada contra un médico que actúa como auxiliar en el cumplimiento de la obligación de la aseguradora”, *Diario La Ley*, N.º 7954, Sección Comentarios de jurisprudencia, 30 de octubre de 2012.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Madrid: 6ª ed., Dykinson, S.L., 2020.