

Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo

Magistrado Emérito de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

~La valoración del daño: el daño moral causado por la actuación médica~

Ante todo quiero agradecer a los organizadores de este curso y muy especialmente al Profesor D. Javier de Vicente Remesal que hayan tenido la atención de contar con este Juez –jubilado y, por ello, forzosamente apartado de la vida jurídica que pudiéramos denominar activa–, para desarrollar una ponencia sobre el daño moral causado en el ejercicio de la actividad médica al lado de tantas personalidades del mundo del Derecho, a algunas de las cuales ya he tenido ocasión de escuchar interesantísimas comunicaciones en anteriores sesiones de formación para jueces y magistrados, en las que muchos compañeros nos hemos de sus enseñanzas. Gracias, Javier, tanto por tu decisiva colaboración para hacer posible la celebración de los mencionados seminarios, como por permitirme, ahora, creer por unos momentos que estamos, todavía, en aquellos recordados años noventa en que nos trajiste a los Juzgados de Vigo a buena parte de los profesores que hoy nuevamente nos acompañan junto a unos entrañables compañeros.

* * * * *

Siempre he considerado especialmente relevante contemplar la evolución que, a lo largo de mis años de actuación profesional, iban registrando algunos temas e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Sin ánimo de agotar la materia, citaré la notoria ampliación de la responsabilidad extracontractual a partir de aquellos años en que terminaba mis estudios en la Facultad de Derecho de Santiago (cambio del que, naturalmente, me enteré más tarde). También -y estos casos son incomparablemente más numerosos-, las operadas en muchas relaciones jurídicas desde la promulgación de la Constitución: Así, en la del comerciante con sus clientes que, ahora son consumidores, y que cuentan con una protección mucho más eficaz que la que les deparaba el viejo principio favor debitoris; en la del marido y la mujer, en permanente búsqueda de la igualdad entre cónyuges; en la de Aseguradoras y asegurados, de la que, entre otras cosas, se ha eliminado la eficacia de la letra pequeña de las pólizas que se firmaban. También y ésta es a la que hoy voy a referirme, en la que se establece entre médicos y pacientes, presidida, ya,

no por la superioridad que a los primeros otorgan sus conocimientos del arte de curar, aunque ésta sea indiscutible, sino por la importancia que en ella ha alcanzado el respeto a la dignidad de los segundos, los cuales han pasado a ser los protagonistas de trascendentales decisiones en orden a las medidas y tratamientos que han de ser adoptados en determinados momentos de la prestación de servicios para la reparación de su salud quebrantada, previa una necesaria y completa información.

En todos esos casos, y en varios otros que están en la mente de todos, vemos que actualmente se dispensa por el legislador una nueva y acertada protección a sujetos que anteriormente carecían de ella o que disponían de una tutela jurídica llamativamente débil y, por ello, insatisfactoria, con lo que se ha incrementado notablemente el elenco de intereses que se consideran legítimos y que obtienen una eficaz tutela en los supuestos en que son vulnerados. Y esto, ya a través de la promulgación de normas específicas (Ley de Dependencia, Ley de Igualdad del hombre y la mujer, Ley de `protección patrimonial de personas con discapacidad, Ley de Protección Jurídica del Menor...), ya a medio de numerosas reformas del Código Civil o el Penal (p. ej. párrafo segundo del art. 44 Código Civil; arts. 132,1, 148 y 153 del Código Penal); o, en otro aspecto, estableciendo la inversión de la carga de la prueba cuando el proceso tiene por objeto la vulneración de derechos fundamentales (art. 217, 5º, Ley Enjuiciamiento Civil; art. 96, Ley de la Jurisdicción Social; art. 60.7, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y estableciendo la legitimación de determinados entes para el ejercicio de acciones de defensa de los derechos de los consumidores o del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (arts. 11 y 11bis, Ley de Enjuiciamiento Civil; art. 19-i, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; art. 17.2 Ley de la Jurisdicción Social).

Profesores, abogados, fiscales y jueces hemos ido siendo testigos excepcionales y, en múltiples ocasiones, aplicadores de las nuevas soluciones que el Derecho va arbitrando para paliar y remediar tradicionales olvidos. En esta dinámica, no es solo que adquieran primacía sujetos de derecho anteriormente postergados, sino que aparecen nuevos responsables de daños inferidos que prácticamente desconocíamos, incluso, el propio Estado, p. ej., pues, aunque nominalmente figurase mencionado en la redacción originaria del art. 1903 del Código Civil (hasta que se suprimió por el art. 2 de la Ley 1/1991, de 7 de enero, de reforma de los Códigos Civil y Penal), las reclamaciones contra el mismo de los

eventuales perjudicados por su actividad, solo han alcanzado verdadera protección a partir de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Algo análogo sucede con el reconocimiento del Daño Moral, tema en constante expansión desde principios del Siglo XX, cuya implantación y tratamiento iniciales han sido casi exclusivamente obra de la Jurisprudencia, y que presenta multiplicidad de facetas, si bien vamos a ocuparnos preferentemente de las que presentan conexión con la actuación médica.

I. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Como ha tenido ocasión de declarar el T.S, Sala 1ª, (Sentencia de 17/2/2005, entre otras) el Daño Moral es el que se causa a una persona como consecuencia del ataque a bienes o derechos extrapatrimoniales, consistiendo en el impacto o sufrimiento psíquico que en esa persona pueden producir ciertas conductas o actividades

- tanto si implican una agresión directa a bienes materiales
- como si afectan al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a fama, honor, creencias, sentimientos, estima social, dignidad...)

Si en el daño patrimonial surge la obligación de resarcir el daño emergente y el lucro cesante, en el Daño Moral la reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una satisfacción que compense el sufrimiento psíquico o espiritual soportado.

En cuanto al daño moral que ha tenido su origen en la actividad médica, cabe citar la STS, Sala 3ª, de 2 de Enero de 2012, que declara que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye, por sí sola, una infracción de la “lex artis ad hoc”, que lesiona el derecho de aquel a la autodeterminación, al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses, convicciones y preferencias entre las distintas opciones vitales ante la enfermedad que aqueja.

Se causa, así, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico se hubiera acomodado o no a la praxis, sino de la relación causal entre ese acto y el resultado perjudicial obtenido, resultado perjudicial que ha de considerarse indispensable para que el interesado alcance derecho a ser indemnizado. (Existe alguna sentencia discordante, como posteriormente expondremos).

Sin embargo, se añade, el Consentimiento Informado que la ley exige no puede convertirse en un trámite rutinario o burocrático, carente de la relevancia que ha de tener, como es que el paciente pueda asumir la existencia de diversos escenarios de tratamiento. Es decir, ha de irse más allá de formularios estereotipados, puesto que implica que el médico ha de observar la capacidad del paciente para entender tanto la información que se le ofrece como la situación concreta en que se encuentra y las posibilidades de éxito, fracaso, mejoría, etc. Es una compleja relación que requiere un análisis caso por caso así como una detenida atención a las circunstancias concurrentes.

Como posteriormente veremos, el daño moral no se origina únicamente por falta o deficiencias de información, aunque sea ésta la causa más importante.

II. RECONOCIMIENTO JURIDICO DEL DAÑO MORAL

La existencia del Daño Moral y la posible exigencia de su reparación son -en alguna forma- temas nuevos, con toda la “novedad” que supone el hecho de que hayan empezado a reconocerse hace ahora unos 100 años, si bien, según es notorio, han tenido un incremento que si inicialmente ha sido paulatino, es ya fuertemente acelerado en los últimos tiempos.

Ciertamente el Derecho Romano en su última época había admitido la reparación de algunos daños no patrimoniales, como los inferidos al honor, a los sentimientos religiosos, o la privación de tranquilidad. Sin embargo, en el momento de la Codificación tanto el positivismo jurídico –con su rigurosa separación del Derecho y la Moral-, como el capitalismo (que tiende a eliminar todo lo que no sea medible en dinero) determinaron que los bienes de la personalidad pasaran a un segundo plano, llegando a entenderse por ello que la indemnización del daño moral no solo era inviable, sino que además resultaba impertinente. En consecuencia, en nuestro Código Civil, al igual que en el de Napoleón, no apareció referencia alguna al daño moral.

En tal contexto, tras una primera sentencia del TS que al comienzo del pasado siglo negó toda indemnización a la viuda de un peatón atropellado por un tranvía, al no hallar precepto alguno que pudiera servir de fundamento al acogimiento de la pretensión, ya la S. de 6/12/1912 ante la petición de indemnización por una joven, víctima de una noticia falsa sobre su supuesto rapto por un fraile que luego se había suicidado, decidió aplicar las reglas de la equidad y acudió, ante el silencio del Código Civil, a las Partidas (Ley 21,

Título 9, Partida 7ª) según la cual el que recibiera deshonra podría demandar reclamando un pago en dinero, o bien acusar para que el dañador sea escarmentado. El TS castigó, así, el daño moral impropio, los efectos patrimoniales del acto lesivo, considerando que la joven habría de encontrar serias dificultades para casarse e ingresar la correspondiente dote.

En 1917, se condena a reparar el menoscabo causado en la fama y reputación de un médico por su injustificada expulsión de una corporación profesional; en 1928, a indemnizar la difamación de una mujer realizada por medios publicitarios; en 1930 y 1945, los daños al crédito y buena fama de un comerciante y al honor mercantil....

Paralelamente, el daño moral ha ido alcanzando rango legal: Código Penal de 1928 (delitos contra el honor); C.P. 1944 (la reparación comprenderá los daños morales causados no solo al agraviado, sino también a su familia o a un tercero); naturalmente, el C.P.1995, en su art. 113.

Parece fuera de cualquier duda que actualmente la proclamación por la Constitución de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social está produciendo un beneficioso impacto en el progresivo reconocimiento legal de la necesidad de reparar los daños morales causados a otro.

Así:

- Ley 1/1982, de protección al honor, que estableció que la indemnización por intromisión ilegítima se extenderá al Daño Moral, estableciendo, además, algunas pautas para la valoración del mismo.
- Ley de responsabilidad causada por productos defectuosos (Hoy, R.D. Legislativo 1/2007), que remitió a la legislación civil general la indemnización por daños morales.
- Ley de Propiedad Intelectual (tras su reforma por Ley 19/2006, de 5 de Junio), que reconoce al autor acción para exigir la reparación de los daños materiales y morales.
- R. D. Legislativo 8/2004, que aprueba el texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, e

incluye los daños morales en la relación de las indemnizaciones básicas tanto por muerte como por lesiones permanentes.

III. CLASES DE DAÑO MORAL

Siguiendo a Juan Antonio Xiol podemos distinguir las siguientes clases de daño moral:

1. Daño moral **SUBJETIVO O PSICOLÓGICO**: la sensación de desánimo, zozobra, inquietud y disgusto que produce a un individuo la pérdida sufrida en su integridad personal o el menoscabo de su dignidad.

2. Daño moral **OBJETIVO**, que no requiere conciencia de pérdida ni sufrimiento personal. Así el de quien como consecuencia de una grave lesión sufrida se halla en coma vegetativo.

Este daño no es propiamente susceptible de indemnización, sino de compensación, con arreglo a criterios de cierta libertad del juez o del legislador, los cuales, sin embargo, habrán de tener en cuenta estrictos parámetros de igualdad.

3. Daño **CORPORAL** que afecte a cualesquiera de los patrimonios de la persona: el biológico u orgánico; el estético; el bienestar físico o psíquico; la capacidad de acción; la autonomía física, mental, intelectual, sensorial; la capacidad sexual; la capacidad de disfrute de comunicación o aprendizaje; la expectativa de vida.

4. **DAÑOS FUTUROS**. Afirma Xiol que en muchos supuestos hay que tener en cuenta el lucro cesante futuro, superando el viejo recelo hacia los llamados perjuicios hipotéticos, y buscar –ponderadamente- la total aplicación de la **RESTITUTIO IN INTEGRUM**, imprescindible en un Derecho de daños propio de un Estado Social.

5. **NUEVOS DAÑOS Y NUEVAS FORMAS DE REPARACIÓN**. Cuando se trata de víctimas en situación de dependencia o incapacidad para regirse por sí mismas es preferible establecer (mejor que una indemnización) una renta vitalicia, pues con ella se evitan posibles enriquecimientos injustos y se garantiza el cumplimiento de las finalidades que han de ser atendidas.

6. **DAÑOS SOBREVENIDOS**. La responsabilidad del causante del daño ha de tener carácter dinámico, debiendo ser resarcidos los perjuicios sobrevenidos, aún cuando haya

habido transacción en cuanto a la indemnización correspondiente, si en el momento de llevarla a cabo las partes no podían haberlos tenido en cuenta.

IV. PUNTOS MÁS LLAMATIVOS DE LA JURISPRUDENCIA RECAIDA ACERCA DEL DAÑO MORAL: CONSECUENCIA DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL MÉDICA

1. El pretium o pecunia doloris.

Se trata de ese conocido plus que, además de los gastos de asistencia y de la compensación por los días de baja, con o sin hospitalización, se asigna a quien ha debido soportar dolorosas intervenciones, o va a verse mutilado, desfigurado...

Ciertamente será más frecuente en agresiones y accidentes de circulación, laborales o de cualquier otro tipo, pero también puede reconocerse en una intervención médica muy desafortunada.

2. Pérdida de la calidad de vida.

Se trata de una creación de la doctrina francesa que alude a la privación para el resto de la vida del disfrute pleno de las energías del sujeto y del adecuado desarrollo de su personalidad en el medio social. Puede comprender pérdida de satisfacciones diversas como la práctica de deportes o la limitación o privación de la función sexual que normalmente corresponda a la edad y cultura de la víctima. También la pérdida del ánimo vital, la inclinación al desánimo, el parcial desvalimiento, aún sin llegar a una depresión.

Cabe hacer la misma reflexión del supuesto anterior.

3. Ya dentro de la especialidad en ginecología

a) Wrongful conception o wrongfull pregnancy (Nacimiento no deseado)

Como consecuencia del fracaso de ligadura de trompas o vasectomía. Aunque el niño nace sano, la reparación comprendería las responsabilidades y gastos que habían querido eludirse. Pero tal reparación solo procederá si no hubiese existido previo Consentimiento Informado.

Pueden distinguirse varios supuestos:

- Técnica quirúrgica incorrecta, omisión de información sobre riesgo de fracaso de la intervención o sobre las precauciones a adoptar en el postoperatorio
- Prescripción de un método anticonceptivo inadecuado
- IVE fallida que no impide la continuación no deseada del embarazo.

El daño indemnizable ha de vincularse con la lesión de la libertad de autodeterminación personal (libertad de procrear), que constituye un daño moral, al que podrán adicionarse los daños –ya, materiales- por gastos y pérdidas económicas vinculados al embarazo, parto y postparto.

Hay que resaltar que en todos los casos de vasectomía fallida la Jurisprudencia insiste en la exigencia de acreditación inequívoca de la paternidad, no siendo aplicable la presunción del art. 116 del Código Civil.

b) Wrongful birth (Nacimiento injusto)

Al no haberse detectado la posibilidad de que el niño nazca con malformaciones o no haberse informado oportunamente de ello a sus padres, se privó a éstos de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre si procrear o no, o sobre si interrumpir o no el embarazo.

c) Wrongful life (Vida injusta)

Son aquellos casos en que los niños nacen con graves problemas físicos o psíquicos, porque no fue detectado a tiempo el defecto congénito y no pudo optarse por la interrupción del embarazo.

Generalmente la demanda se interpone en nombre y representación del hijo, argumentándose que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, el nuevo ser no habría nacido y no experimentaría el sufrimiento propio de su enfermedad, ni tendría una existencia tan insatisfactoria.

Hay que tener en cuenta que la decisión de la madre de interrumpir el embarazo no es algo que pueda esperarse con certeza absoluta, pues, en ocasiones y por razones religiosas, a pesar de que la madre haya acudido al diagnóstico prenatal, luego decide no abortar.

Señalemos que en estos casos debe distinguirse entre

- el daño moral, siempre de difícil cuantificación por la inexistencia de baremos (problema al que luego aludiremos), tanto el de la madre por verse privada de su facultad de interrumpir el embarazo, como el de ambos progenitores, ante el impacto que les genera la condición de incapacitado de su hijo
- el daño patrimonial que surge para los padres por el gasto extraordinario que conlleva la deficiencia del recién nacido (cuidados médicos, educación especial, adaptación de la vivienda...)

Pueden citarse bastantes sentencias del Tribunal Supremo:

- STS 6/6/1997. Ausencia de información en niño con Síndrome de Down
- STS 4/2/1999. La demanda se basaba en la omisión de ecografía que está indicada en embarazos de riesgo y el niño nació con graves malformaciones.

Sin embargo el INSALUD fue absuelto pues no se trataba realmente de embarazo de riesgo, por lo que no requería vigilancia especial. Tampoco se acreditó que se habría interrumpido el embarazo, si se supiera que iban a existir malformaciones. Se añade, además, que la amniocentesis es una punción que entraña riesgos, por lo que no está sistemáticamente indicada.

- STS 7/6/2002. Absuelve al médico que no había facilitado información sobre la posibilidad de detectar anomalías mediante diagnóstico prenatal, por considerar que no se había aportado a los autos prueba alguna de que, de detectarse, la embarazada habría abortado.

La doctrina señala que, sin embargo, es grave daño moral privar a la madre de esa información.

- STS 18/12/2003. Los tres ecografistas que habían intervenido no observaron la falta de un riñón, del esqueleto de la parte izquierda de la pelvis y de la pierna asimismo izquierda del feto, por lo que se privó a los padres de proceder a la IVE.

La demanda la interpusieron los padres, actuando en nombre propio y en el de su hijo.

Tras un riguroso análisis de la prueba pericial, el TS señala que la deficiente actuación sanitaria previa imposibilitó que el ginecólogo pudiese proporcionar a los padres la información adecuada a la que tenían legítimo derecho, por lo que este último resultó absuelto.

La indemnización impuesta a los tres ecografistas fue de 60.000.000 pts., teniendo en cuenta las expectativas de que se han visto privados los demandantes y la repercusión del hecho en sus vidas, dada la entidad del evento producido.

- STS 21/12/2005. La demandante, de 41 años de edad, se había desplazado desde Pamplona a Bilbao, a fin de realizar las pruebas necesarias para el diagnóstico prenatal, por lo que se entiende que es más que presumible que su intención fuera proceder al IVE si los estudios hubiesen revelado la presencia en el feto de malformaciones importantes. Se afirma que, en estos casos, la información ha de ser muy minuciosa, sin omitir detalle alguno.

La sentencia distingue entre el daño moral causado por el sufrimiento originado por la contemplación del hijo discapacitado y la privación de su derecho de autodeterminación, al que se añaden los gastos extraordinarios que conllevará la atención y tratamiento de la enfermedad del mismo.

- STS 18/5/2006. La embarazada fue sometida a amniocentesis porque un pariente suyo tenía síndrome de Down. El fracaso de la prueba no se le comunicó a tiempo para proceder a su repetición. Cuando se le informó, ya no podía acudir al IVE.

Se establece que el facultativo que vigila el embarazo y solicita la prueba mencionada tiene la obligación de controlar la información facilitada a la embarazada.

- STS 19/6/2007. A pesar de que la embarazada alegó haber tenido otro parto anterior precedido de un período de gestación especialmente delicado, con reposo absoluto y de que un familiar suyo tenía síndrome de Down (esto último no se había acreditado), el TS confirmó la absolución del médico por la

Audiencia Provincial, pues la interesada solo tenía 29 años y la evolución de la gestación en este caso había sido normal.

Establece el TS que la amniocentesis no solo no estaba indicada, sino que incluso debía considerarse desaconsejada, de acuerdo con la *lex artis ad hoc*.

En parecidos términos, la STS 17/11/2008.

- STS 6/7/2007. En este caso se había omitido el “triple screening”, prueba rutinaria e inocua de cribado diagnóstico, aunque de limitada fiabilidad. La mujer, de 31 años, no pertenecía a ningún grupo de riesgo.

El TS afirma que el cribado alertaba sobre una situación sospechosa y aconsejaba la realización de otras pruebas de carácter invasivo y con cierto peligro de aborto. El médico debió haber informado sobre todas las pruebas posibles, a fin de que la mujer decidiera. Esa omisión informativa constituye daño moral grave, por **PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD**.

- STS 19/7/2007. La embarazada, por su edad y antecedentes, solicitó el diagnóstico prenatal al ginecólogo, afirmando que en caso de que se detectasen malformaciones procedería al IVE. EL niño nació con síndrome de DOWN. El TS afirma que el daño moral no había consistido en que el niño naciera con dicho síndrome, sino en la **PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD** de interrumpir el embarazo, opción que, en estos casos, forma parte del estatuto de la mujer.

Por otra parte, se considera igualmente resultado lesivo, la incapacidad permanente del menor para valerse por sí mismo en sus necesidades fundamentales, precisando que otra persona le auxilie en todas las necesidades de la vida.

- STS 23/11/2007. Plantean la demanda los padres de una niña con síndrome de Down, con base en que la embarazada tenía 43 años y había mostrado su preocupación por el estado del feto. Pese a ello, la matrona le dijo que no se preocupara pues sus hijos anteriores no presentaban ninguna anomalía.

El TS declara que el daño afecta solo a los padres, pues es un daño moral por **PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD** de adoptar las decisiones que

considerasen procedentes. Recuerda, también, que es un daño de difícil cuantificación.

- STS 24/10/2008. El TS afirma que era necesario proceder a una ecografía, pues aunque la amniocentesis descartaba anomalías cromosómicas, no detectaba la posibilidad de otras morfológicas, que son más numerosas. Se reitera la doctrina de la STS 21/12/2005, antes expuesta.
- STS 4/11/2010. Ha existido falta de información sobre un dato perturbador apreciado en las ecografías morfológicas, privándose a la interesada de la posibilidad de proceder a la IVE.

El médico omitió su deber de información, así como la práctica de pruebas más fidedignas que hubieran permitido confirmar o disipar las dudas derivadas del resultado de las ecografías morfológicas.

4. Daño moral reflejo o por rebote.

En muchas ocasiones existen dos perjudicados: el que ha sufrido el daño en sus bienes o derechos y, además, el indirectamente perjudicado, no en su patrimonio o en su salud, sino en la esfera pecuniaria, en la moral o en ambas.

Así:

- STS 8/4/2002 reconoció el Daño Moral de la viuda del fallecido tanto por la pérdida de su marido, como por los tres años en que había tenido que atenderle, por hallarse inmovilizado.
- STS 30/1/2003. Los daños causados durante el parto al recién nacido por negligencia médica, determina que, además, sus padres sean perjudicados por rebote.

Se trata de un tema ciertamente complejo y polémico, que presenta varios aspectos:

a) Para la indemnizabilidad de estos daños morales POR REBOTE se requiere:

- Existencia de importantes lazos de afecto entre el que ha sufrido el daño y el solicitante de indemnización por ese mismo evento,

- Examen de si ese afecto se considera bastante en la conciencia social para justificar la indemnización por rebote. Dependerá de las relaciones personales existentes.
 - No habrá indemnización si solo existe una relación de amistad
 - Sí, en caso de parejas de hecho, novios prometidos, matrimonio, paternidad o filiación

b) Particularidades que han de tenerse en cuenta:

- Apreciación racional de la situación
- Proporcionalidad
- Equidad y ponderación razonable de las circunstancias del caso
- Mayor o menor cercanía de parientes
- En caso de matrimonios separados, en ciertos supuestos se ha reconocido mayor indemnización a la madre, por tener más relación que el padre con el hijo fallecido
- Menor indemnización a los padres, si el hijo fallecido vivía fuera del hogar familiar
- Ponderación de la pérdida de ayuda mutua, de asistencia familiar
- Interesante sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, como consecuencia de condena a matrona por lesiones al feto, a través de la violencia ejercida sobre la embarazada, establece una doble indemnización: -A los padres, por daño moral; -Otra de quince millones de pesetas al menor, por 4 horas de sufrimiento, al no haber actuado antes de procederse a la cesárea.

5. El daño estético

Existe una opinión común respecto a que la deformidad, si es permanente e insubsanable por el paso del tiempo, constituye un indiscutible daño moral.

En la Jurisprudencia penal encontramos una especial sensibilidad en cuanto se refiere al daño estético, entendiendo que, en términos generales, son constitutivas de daño moral:

las cicatrices; las pérdidas de sustancia corporal, cabellos o dientes; las manchas y alteraciones de la pigmentación; la pérdida de la armonía de movimientos o las alteraciones importantes de la apariencia externa.

Todas estas secuelas son tenidas en cuenta, aunque fueren susceptibles de corrección quirúrgica, tanto porque los resultados de ésta son siempre inciertos, como por cuanto no puede obligarse a la víctima a someterse a una operación en beneficio del causante del daño.

Por otra parte, como sabemos, hace ya bastante tiempo que se entiende que la deformidad es valorable cualquiera que sea la parte del cuerpo a que afecte, incluso cuando se trate de aquellas que normalmente van cubiertas por la ropa de vestir, pues siempre va a ser visible para el interesado, así como que su valoración ha de ser independiente de la edad o del sexo del que la sufre.

6. Daño desproporcionado

Nos referimos a aquel daño físico que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, lleve o no aparejado un daño moral, aunque por lo general el impacto sobre el paciente afectado generará el desasosiego, disgusto permanente, sufrimiento, insatisfacción y demás consecuencias que integran el daño moral.

El daño desproporcionado denota, por sí solo, una presunción de culpabilidad, por lo que de él ha de responder quien ha ejecutado la conducta originadora, salvo que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción. (STS, SALA 3ª, de 4 de Junio de 2013).

La doctrina del daño desproporcionado permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente, del que ha de esperarse una explicación o justificación, cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que, ya entonces, se presume. (SSTS, Sala 1ª, 16/4 y 23/5/2007)

Ha de entenderse por daño desproporcionado aquel no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional, que obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo, por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se exige al mismo

una explicación coherente sobre la disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia de ésta crea una deducción de negligencia, alterando los cánones generales sobre responsabilidad médica, en relación con la atribución de la carga probatoria de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS, Sala 1ª 30/6/2009 y 27/12/2011), sin que ello implique el establecimiento de una responsabilidad objetiva, sino, simplemente, revelas la culpabilidad de su autor, de acuerdo con el principio RES IPSA LOQUITUR (STS 6 de Junio de 2014).

7. Pérdida de la oportunidad

Hay dos grandes ámbitos de aplicación de este particular daño moral por omisión de información: En la actividad profesional de Abogados y Procuradores (a la que, naturalmente, no vamos a referirnos) y en la de los Médicos, que pasamos a exponer.

a) Se considera daño moral la privación al paciente de la posibilidad de decidir por sí mismo en lo relativo a su salud y a su vida.

Como anteriormente hemos indicado, tras la promulgación de la Constitución adquieren absoluta primacía y prevalencia en estas materias la dignidad personal del paciente y su derecho a decidir, sobre el posiblemente adecuado cumplimiento de la lex artis.

Y esta pérdida de la oportunidad se trata con mayor rigor en la medicina satisfactiva (en la que, en general, se decía que hay obligación de resultados) que en la curativa, en que solo se exigía simple obligación de medios. (1)

Respecto a la consideración de la PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD como daño moral, además de remitirnos a las sentencias, ya citadas, de 6/7/2007; 19/7/2007; 23/11/2007; 24/10/2008 y 4/11/2010, señalaremos, también, las siguientes:

- STS 10/10/1998. Tras la amputación al paciente de una de sus manos, se condena a la enfermera responsable de su conservación, por la pérdida de la oportunidad de intentar la reinserción, aun no pudiendo asegurarse si la misma daría resultado.
- STS 29/5/2003. Tras tres embarazos y tres cesáreas, se procede a una ligadura de trompas, pero no se informa a la paciente de la posibilidad de un nuevo

embarazo. Se produce éste y tiene lugar un parto gemelar, con cesárea. Se establece una doble indemnización: Por daño patrimonial, debido a merma del estado de salud; y en concepto de PECUNIA DOLORIS, ya que la pérdida de oportunidad de tratar de evitar un nuevo embarazo ha generado un importante riesgo para la integridad física y aún para la vida, por imponer la necesidad de una cuarta cesárea.

- STS 17/4/2007. El médico no indicó la necesidad de trasladar a un enfermo grave a un centro adecuado y se produjo su fallecimiento. Se estableció una indemnización a favor de los perjudicados no por su muerte, sino por la pérdida de la oportunidad de someterse a una operación.

b) Fijación del quantum

En los casos de PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD, la indemnización procedente habrá de ser siempre inferior a la que correspondería al padecimiento total y final que sufre el paciente, pues los resultados, evidentemente, podrían haber sido otros. En suma, las consecuencias derivadas de la falta de información al paciente no pueden ser las mismas que las que resultan de la mala praxis. Ha de llevarse a cabo una prudencial moderación.

Me parece especialmente oportuno aludir al Dictamen del Consello Consultivo de Galicia, número 259/2014, de 23 de abril, del que ha sido relatora la Presidenta de dicho organismo autonómico nuestra antigua compañera, Doña Teresa Conde Pumpido, que interviene también en el presente congreso, en el que valora la pérdida de la oportunidad por falta de información del facultativo y concede una indemnización del 50% del importe que, en otro caso, sería procedente. No nos detenemos en esto, pues supongo abordará la cuestión en su ponencia.

Ha de tenerse en cuenta que, en todo caso, es preciso que se acredite el sufrimiento de algún daño a resultas del defecto de información, pues nunca existirá responsabilidad civil sin daño. Es decir, la falta de información no es, per se, una causa de resarcimiento pecuniario. Tiene que haberse producido un daño derivado que se habría evitado de haberse realizado la información procedente.

En otro caso, no nos hallaríamos sino ante una mera infracción de los deberes profesionales y de la *lex artis ad hoc*, que será civilmente improcedente.

No debemos silenciar el pronunciamiento de dos sentencias que, en principio parecen desvirtuar el anterior planteamiento:

- De una parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, que sostiene que no es precisa la prueba de un daño real, para que proceda la indemnización, pues si el médico infringió el deber de información al paciente ha vulnerado su derecho a la autonomía personal.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo del mismo año. En un supuesto en que se cambió sobre la marcha el proceso operatorio y sin obtener nuevo consentimiento, se decidió llevar a cabo una intervención de menor entidad y diferente de la proyectada –que se evidenció era innecesaria-, la cual había sido comunicada al interesado, que la había consentido. Si bien la nueva operación no tuvo éxito (tampoco se preveía que lo alcanzase la inicialmente proyectada) no agravó el estado del paciente.

Dice el T.S. que la falta de información en este caso configura la existencia de un daño moral pues, aunque no hubo perjuicio, se lesionó el derecho a la autodeterminación del paciente respecto a los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para que el mismo pudiera decidir libremente sobre la solución más conveniente para su salud, su integridad física y psíquica y su dignidad.

Hay que reseñar que el T.S. continuó en Sentencia de 20 de Mayo de 2011 con su tradicional planteamiento respecto a que si la omisión de información no genera daño, tampoco generará responsabilidad civil. (Recordemos que solo existe doctrina jurisprudencial cuando la misma es reiterada, siendo preciso que se recoja en dos sentencias, al menos, del T.S. Art. 1.6 Código Civil)

- c) ***Pero hay que referirse, además, a las particularidades que puede presentar el cumplimiento de la obligación de recabar de los pacientes un CONSENTIMIENTO INFORMADO antes de proceder a diversas actuaciones médicas.***

Como ha declarado la STS 28/3/2011, el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente a su derecho a la integridad física y a su facultad de impedir toda intervención no consentida sobre su propio cuerpo. Es una facultad de autodeterminación para elegir sobre las medidas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo, consintiendo o rechazando las que se le proponen como necesarias o convenientes. Está fundada en el respeto a su dignidad personal.

La ley básica en esta materia es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente. Ha de tenerse en cuenta, asimismo, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que establece el deber de los profesionales de respetar la personalidad, la dignidad e intimidad de las personas a su cuidado, ofreciéndoles toda la información necesaria para que puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre los tratamientos posibles.

Ha de aclararse, ante todo, que el C.I. no constituye una “patente de corso”, pues su obtención no excluye la obligación de un proceder adecuado. La mala praxis no se halla amparada por ningún documento de C.I. que pueda haber suscrito el paciente antes de la intervención practicada.

Por otra parte, LA INFORMACIÓN TERAPÉUTICA forma parte del proceso previo para la obtención del C.I. y es una exigencia de la *lex artis*. Comprende las medidas a adoptar para asegurar el posterior resultado de la intervención proyectada y debe abarcar, también, las de preparación para dicha operación. A título de ejemplo, con vistas a una vasectomía, ha de informarse sobre la posibilidad de una recanalización y, también, de la necesidad de seguir utilizando después de su práctica otros métodos anticonceptivos hasta que se obtenga un recuento cero de espermatozoides en dos determinaciones consecutivas, realizadas con intervalo de seis semanas.

1. Personas de quienes ha de recabarse la prestación de su c. i.

(i) El propio paciente interesado

Ya declaró la STS 24/5/1995 que la salud es un derecho personalísimo y, por tanto, la prestación del C.I. es de índole personal, un pudiendo ser emitido por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge, salvo que concurren determinadas circunstancias (urgencia, incapacidad...)

La ley de 2002 dice que el titular es el paciente, pero que también serán informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita.

Esta información será facilitada al interesado en forma adecuada para su comprensión. Si el mismo carece de capacidad para entenderla a causa de su estado, la recibirán las personas vinculadas a él por las mencionadas razones.

Es preciso hacer una referencia aquí a la llamada EXCEPCIÓN TERAPÉUTICA, que permite que la información al paciente se limite, en su propio beneficio, cuando pueda perjudicar su salud de manera grave.

En estos supuestos, aún cuando la intervención médica sea altamente peligrosa y concluya con un resultado lesivo, si la misma se ha llevado a cabo de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, se considera que la acción se desenvuelve dentro del riesgo permitido, resultando penalmente atípica y civilmente irreprochable.

Ante la situación del paciente afectado por un mal pronóstico o incluso en estado terminal, se precisan altas dosis de psicología analizando cada caso concreto, pues el mismo tiene derecho a conocer toda la verdad. En concreto, se dice que al paciente oncológico ha de transmitírsele cuanta información sea capaz de soportar, o sea, la llamada “verdad soportable”.

(ii) *Su representante*

El apartado tercero del art. 9 de la ley 41/2002 señala los tres supuestos en que puede otorgarse el CONSENTIMIENTO POR REPRESENTANTE:

- Cuando el paciente sea incapaz de tomar decisiones, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si no tiene nombrado representante, el consentimiento será prestado por las personas más estrechamente vinculadas a él por razones familiares.
- Aunque la Ley 2002 no establece prioridades, ni límites, ha de tenerse en cuenta que no puede pensarse en llevar a cabo un referéndum entre todos sus parientes.

- Puede considerarse muy prudente la ley 3/2001 de Galicia, reguladora del C. I. (tras su reforma en 2005), que establece una enumeración encabezada por el cónyuge o quien tenga la condición legal de pareja de hecho; siguen los familiares de grado más próximo, y, dentro del mismo grado, los que ejerzan de cuidadores; y, a falta de los anteriores, los de más edad.
- Cuando el paciente esté incapacitado legalmente, su representante legal.
- Menores de edad no capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, su representante legal, pero, si el menor tiene madurez o es mayor de 12 años, ha de oírse también su opinión.
- Si el menor no es incapaz ni está incapacitado, pero está emancipado o es mayor de 16 años, no cabe pensar en que sea representado, aunque sus padres deberán ser informados para la toma de decisión por el facultativo.

(iii) Pacientes menores de edad

Ha de tenerse en cuenta una serie de disposiciones que vienen a conformar una especie de ESTATUTO DE LOS MENORES DE EDAD integrado por:

- la Ley Orgánica 1/1996, que establece que las limitaciones de capacidad de los menores deberán interpretarse restrictivamente.
- el artículo 156 del Código Penal, que excluye la posibilidad de que los menores de edad o los incapacitados, o sus representantes, puedan prestar consentimiento para trasplantes de órganos, esterilizaciones o cirugía transexual. Sin embargo, el párrafo segundo del precepto declara no punible la esterilización autorizada por el Juez de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, y cumpliendo los requisitos que se enumeran.
- el artículo 158, 4º del Código Civil, en cuanto autoriza al juez para que, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dicte las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

- el artículo 162,1º del mismo cuerpo legal, que excluye de la representación legal de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de MADUREZ, puedan realizar por sí mismos.
- el artículo 13 de la L.O. 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que atribuye exclusivamente a las mujeres de 16 y 17 años el consentimiento para dicha interrupción, si bien al menos uno de sus representantes deberá ser informado de la decisión de la mujer, salvo que ésta alegue que dicha información le provocará un conflicto grave.
- el Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, de protección a las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética y de creación del Registro de datos sobre dichas intervenciones, que, por su parte, exige que en el documento de C. I. para dichas operaciones se incluyan, entre otras circunstancias, las tasas concretas de éxitos y efectos secundarios que en esa intervención concreta tenga el cirujano que la vaya a practicar.

(iv) *Enfermos mentales*

Ha de tenerse en cuenta, ante todo, si los mismos disponen de la necesaria autonomía, en cuyo caso la misma habrá de ser respetada. En otro supuesto, el consentimiento se recabará de su representante legal.

También aquí podríamos hablar de un ESTATUTO DE LOS MAYORES DE EDAD ANTE LA POSIBILIDAD DE SER INCAPACITADOS.

A tal efecto, debe recordarse la reciente reforma del Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad que, en lo que aquí interesa, ha afectado a dos preceptos:

- ESTABLECIMIENTO DE AUTOTUTELA: Artículo 223, segundo párrafo: Cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial

adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de TUTOR. Este documento se comunicará de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a que se refiere este artículo.

- DESIGNACION DE MANDATARIO AD HOC: Artículo 1732,3º: Si bien el MANDATO se extinguirá, entre otras causas, por la incapacitación sobrevinida del mandante, esto no sucederá cuando el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.
- Probablemente, el tutor o el mandatario a quienes los preceptos transcritos se refieren aportarán al médico los documentos que les legitiman para recibir la información y otorgar el consentimiento en nombre de sus representados.
- Ha de tenerse en cuenta, además, la posible existencia de un documento de INSTRUCCIONES PREVIAS, al que se refiere el artículo 11 de la Ley 41/2002.

Por este documento una persona mayor de edad, capaz y libre (¿) manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que ésta se cumpla, en el momento en que llegue a situaciones en que no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez producido el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

El otorgante del documento puede designar, además, un representante que, llegado el caso de que aquel no pueda expresar su voluntad, sirva como interlocutor con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones a que nos referimos.

En algunas CC.AA. (Valencia y Andalucía) pueden otorgar este documento los menores emancipados; en Navarra, también los que tengan la necesaria madurez.

Existe un Registro General de Instrucciones Previas, regulado por el R.D. de 2 de Febrero de 2007.

Ciertamente, el contenido del documento a que nos referimos puede plantear varias cuestiones:

- En primer lugar, el médico ha de tener en cuenta que no serán aplicables las I.P. que sean contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, ni, tampoco, las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto como posible en el momento de manifestarlas.
- En la Historia Clínica del interesado deberá quedar constancia de las anotaciones relacionadas con las previsiones del otorgante.
- Las I.P. son revocables en cualquier momento.
- Si bien no se establece plazo de caducidad para las mismas, se estima que éste sería muy conveniente, ya por las nuevas situaciones que se puedan ir generando, ya por las variaciones del estado general del otorgante, o, incluso y por supuesto, por los nuevos avances científicos.
- De hecho, en Francia, las I.P. caducan a los tres años de ser emitidas; en tanto que en Bélgica solo pueden ser tenidas en cuenta si han sido suscritas o confirmadas en los cinco años anteriores a surgir la situación crítica a que las mismas se refieren.
- ¿Cuál es la vinculación real del médico a lo dispuesto en las I.P.? Aunque tanto en Francia como en España existe una opinión común en el sentido de que las mismas han de ser tenidas en cuenta, es necesario reconocer que es sustancialmente distinta una declaración hecha en frío y por persona sana, de la que podría formular un enfermo próximo a la muerte. Se dice que una persona no puede saber por anticipado cuáles serían sus preferencias en caso de sufrir una enfermedad terminal.

En todo caso, la inexistencia en nuestro país de un plazo limitado de vigencia, así como el cambio de las circunstancias, tanto personales como científicas, entre el momento del otorgamiento y el de su aplicación, pueden determinar su ineficacia en muchos casos,

por lo que si dicho cambio es significativo, el médico dejaría de estar vinculado a las I.P. de su paciente.

Es necesario recordar el contenido de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 143 del Código Penal que castigan la cooperación y la causación al suicidio, incluso aunque existiese una petición seria, expresa e inequívoca del interesado.

Por otra parte, algunas leyes autonómicas (Valencia, Madrid, La Rioja, Extremadura, Baleares y Murcia) reconocen la posibilidad de OBJECCIÓN DE CONCIENCIA del facultativo a quien corresponda aplicarlas.

OBJECCIÓN que, por cierto, recoge también la ya citada Ley Orgánica 2/2010 de Salud sexual y reproductiva, para el médico implicado en una IVE, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados.

Algunas leyes autonómicas reconocen, también la objeción de conciencia del farmacéutico.

Quién debe llevar a cabo la información al paciente

Evidentemente, el médico que va a realizar la intervención de que se trata.

El artículo 4,3 de la Ley 41/2002 establece que el médico responsable del paciente garantiza a éste la satisfacción de su derecho a la información. Además, los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle sobre los mismos.

Requisitos de forma

Se trata de un proceso gradual, que deberá iniciarse con la antelación suficiente y en que la información se facilitará verbalmente, pues es el método más adecuado para que pueda ser plenamente entendida por el paciente.

La exigencia de forma escrita tiene por fin garantizar la constancia del consentimiento, pero no puede sustituir la información verbal, que, como hemos dicho, es la más relevante para el paciente.

La ley 41/2002 enumera los casos en que deberá quedar constancia escrita de que se informó y de que el paciente prestó su conformidad. Pero el hecho de que no hubiere

quedado demostración documental no quiere decir que la información no se hubiese facilitado, siempre que por otros medios se acredite la realidad de la misma.

Por otra parte, ha de recordarse que los documentos-tipo o genéricos, carentes de todo rasgo informativo adecuado, no justifican que se haya llevado a cabo la correcta y debida facilitación de información.

Contenido de la información

- las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención originará con seguridad.
- los riesgos personalizados
- los riesgos probables
- los riesgos típicos
- las contraindicaciones existentes
- la posibilidad de acudir a otro centro médico en que se disponga de técnicas médicas más avanzadas
- las consecuencias del rechazo de la intervención propuesta o de abstenerse de tratamiento alguno, a las que posteriormente nos referiremos.

Omisión de la información

El incumplimiento del deber de información determina una desprotección del paciente que generará responsabilidad para el médico a quien incumba facilitarla siempre que se materialicen los riesgos típicos de los que el paciente no haya sido informado, a pesar de que la técnica quirúrgica empleada hubiera sido correcta.

Quedan fuera de la obligación de información los riesgos atípicos, por imprevisibles o infrecuentes, pues no cabe exigir una relación detallada sobre todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales.

La información exigible sobre los riesgos de una determinada intervención no puede ser otra que la fundada en el estado de la ciencia médica en el momento inmediatamente anterior a la práctica de aquella.

En la medicina satisfactiva es más riguroso el deber de informar, incluso sobre riesgos, secuelas o resultados adversos, con independencia de su frecuencia.

Negativa a todo tratamiento médico

Es un supuesto que se ha producido en diversas ocasiones, cuando el paciente pertenece a los Testigos de Jehová y entiende que el tratamiento que el facultativo considera necesario es contrario a sus creencias religiosas.

- Si el paciente que se niega es adulto, ha de respetarse su voluntad, dándole el alta médica en la que se hará constar expresamente, lo mismo que en la Historia Clínica, la razón de tal determinación.
- Si se trata de un paciente menor de edad y son sus padres los que se niegan a la intervención por la causa indicada, ha de prevalecer el mejor interés del menor. Hay que tener en cuenta que el art. 158.4º del Código Civil establece que el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal e, incluso, de oficio dictará las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Está fuera de cualquier duda que la decisión del médico en uno de estos casos no puede reportarle responsabilidad alguna.

* * * * *

V. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

1. Certeza y acreditación del daño moral

Han de ser tenidas en cuenta dos ideas previas:

- Que por afectar a bienes inmateriales la prueba del daño moral sufrido presenta evidentes dificultades
- Que, además, es casi imposible realizar una valoración pecuniaria exacta, por influir múltiples variables, sin que existan criterios objetivos.

Como afirmaba la STS de 26/11/1999 estaremos ante daños de apreciación no tangible, cuya valoración no puede obtenerse de pruebas objetivas y cuya relatividad impide una rigurosa exigencia judicial. En cualquier caso, han de ser aplicados criterios de prudencia.

Por otra parte, es constatable que el Tribunal Supremo ha utilizado soluciones diferentes, según los diversos casos.

- Unas veces ha afirmado que la falta de prueba no basta para excluir la existencia de daño moral, o que no es necesaria una prueba exigente
- En otros supuestos, la falta de prueba le ha llevado a rechazar toda indemnización
- Generalmente ha establecido que ha de estarse a las circunstancias concurrentes en cada caso
- Tampoco faltan supuestos de aplicación del principio RES IPSA LOQUITUR, si bien en sus justo términos, ya que, en otro caso, se pondría en peligro la seguridad jurídica

2. Fijación del Quantum

Como recuerda la STS de 14/6/2007, la fijación de la indemnización es, en principio, cuestión de hecho, reservada a los Tribunales de instancia. Por ello, su revisión casacional solo será posible si no se han fijado las bases de la indemnización o si se ha incurrido en error en la determinación de las mismas.

De todas formas, se reconoce que es inevitable cierta discrecionalidad judicial.

Sin duda, por ello, la STS de 26/5/2007 sostiene que solo serán revisables en casación las decisiones que impliquen arbitrariedad. Asimismo, las bases fijadas por el Tribunal de instancia, la existencia o inexistencia del hecho determinante de la indemnización, los diversos conceptos que la integran y, finalmente, las contradicciones entre los perjuicios constatados y la cuantía de las indemnizaciones establecidas.

Como norma prudente y práctica, los órganos judiciales deberán justificar o motivar el quantum que establecen

- aplicando módulos valorativos aceptados por la jurisprudencia
- citando sentencias recaídas en casos semejantes.

Y deberán tener en cuenta, como principios generales,

- La prohibición de dar lugar a un enriquecimiento injusto
- El señalamiento de cantidades razonables y proporcionadas, inspirándose en criterios de equidad
- La ponderación de todas las circunstancias del caso
- Tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional insisten en la necesidad de que en las sentencias se desglosen los diversos conceptos indemnizatorios, evitando llevar a cabo una valoración global que implicaría la omisión de una imprescindible motivación.

Por otra parte, ha de recordarse que es preciso analizar la posible existencia de daños de tardía aparición, y, en estos casos, se valorará el LUCRO CESANTE FUTURO, si bien desestimando los perjuicios simplemente hipotéticos.

Asimismo, no es descartable la existencia de DAÑOS SOBREVENIDOS, los cuales si surgen después de una eventual transacción, pero eran imprevisibles habrán de ser indemnizados.

En otro aspecto, debe tomarse en consideración la existencia de NUEVAS FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO, como la fijación de una renta vitalicia para las víctimas que se hallen en situación de dependencia o de incapacidad para regirse por sí mismas. De esta manera, se evitan posibles enriquecimientos injustos de parientes y se garantiza el cumplimiento de las finalidades que han de ser atendidas.

3. El posible establecimiento de baremos

El perjudicado ha de recibir el equivalente del daño sufrido. En caso de que la indemnización que se fije en la sentencia sea superior o inferior a dicho equivalente se producirá un enriquecimiento o un empobrecimiento injusto.

Esta RESTITUTIO IN INTEGRUM ha de realizarse teniendo en cuenta tanto los daños materiales como los morales y deberá comprender el daño emergente, así como el posible lucro cesante.

Tratándose del daño moral, la Jurisprudencia opta por una valoración global, derivada de la apreciación racional, pero no matemática, ya que se carece de módulos objetivos.

Existe, por ello, una inevitable discrecionalidad judicial, siendo imprescindible que se explicita una perfecta motivación

El importe de las primas de seguros de responsabilidad civil se dispara por las elevadísimas indemnizaciones que conceden los jurados. Aunque ha fracasado la propuesta de establecer limitaciones por ley federal para todo el país, en algunos estados se buscan maniobras para limitar las referidas indemnizaciones.

En España existe un clima favorable a promulgar baremos indemnizatorios oficiales vinculantes al estilo del Baremo de la Ley de Circulación de Vehículos de motor, aún reconociéndose las diferencias existentes entre la responsabilidad médica y la contraída con motivo de la conducción de vehículos.

Pero resulta obvio que se genera inseguridad ante las diferentes indemnizaciones que, para casos aparentemente similares, conceden los Tribunales.

En relación con la circulación de vehículos ha de tenerse en cuenta que existe un seguro obligatorio y se ha creado un Fondo de Garantía supervisado por el Consorcio de Compensación de Seguros.

Pero podría pensarse en el establecimiento para la actividad médica de un Baremo orientativo, aunque no vinculante, a fin de que pudiera ser acomodado a las circunstancias concurrentes en cada caso, difícilmente previsibles en pormenor por el legislador.

No puede hablarse de una laguna del ordenamiento jurídico que pueda imponer la necesidad de proceder a una aplicación analógica, ya que existen distinciones objetivas y razonables que justifican la desigualdad entre los distintos sectores de la actividad social en que pueda generarse un daño. Pero, dentro de la amplia libertad de apreciación que corresponde al juzgador, el Baremo de la Circulación de vehículos de motor podría ser uno de los criterios que sirviese de referencia en muchos casos.

A este carácter meramente orientativo del aludido Baremo (que, se insiste, carece de fuerza vinculante) se refieren numerosas sentencias del T.S., las cuales, por otra parte, se ven precisadas a reconocer que la fijación de la cuantía de los daños morales constituye cuestión de hecho que no puede ser discutida en el recurso de casación. Dado su componente subjetivo, ha de quedar reservada al prudente arbitrio del Tribunal a quo

siempre que por éste se haya respetado el único requisito controlable en casación: la razonabilidad y ponderación de la indemnización fijada, en atención a los hechos declarados probados por la propia sentencia de instancia. Así, la sentencia de la Sala Tercera del T.S., de 17 de Julio del año en curso, la cual añade que, en cualquier caso, la indemnización ha de fijarse atendiendo a los criterios del art. 141 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y debe cubrir todos los daños y perjuicios causados, hasta conseguir la reparación integral de los mismos.

Asimismo, la STS, Sala 1ª, 30/11/2011 señala que el Baremo de Circulación puede tener valor orientador para la fijación del pretium doloris y las consecuencias no patrimoniales derivadas de daños corporales sufridos en otros sectores de la actividad, teniendo siempre en cuenta las circunstancias concurrentes. La determinación de la cuantía para la compensación de los daños no patrimoniales precisa una actividad de apreciación del Juzgador, pues no existen parámetros que permitan fijar con precisión los términos económicos del menoscabo que supone el daño moral.

Los partidarios del establecimiento de Baremos, señalan como ventajas de los mismos:

- Generan seguridad jurídica, evitando los inconvenientes de grandes diferencias entre las indemnizaciones que distintos juzgados conceden a supuestos semejantes
- Cumplen el principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución
- Evitará gran número de procesos
- Facilita la prueba del daño y su valoración, lo cual resulta especialmente interesante en lo relativo a los Daños Morales, cuya reparación normalmente muestra supuestos de la subjetividad más absoluta.

4. Los llamados daños punitivos

Una breve referencia a los llamados DAÑOS PUNITIVOS (quizá resultase más apropiado hablar de INDEMNIZACIONES PUNITIVAS) con la que tratan de corregirse determinadas actuaciones –ya sea por negligencia, por abuso de una cierta posición dominante, o con fines puramente crematísticos- de quienes han causado un daño a otros.

Se trata de un tema delicado, inspirado en la idea de que, en ciertos supuestos, la responsabilidad civil, al lado de su tradicional función reparatoria o compensatoria, puede tener otra de naturaleza preventivo-punitiva.

Así, los daños punitivos estarían justificados:

- cuando la conducta del dañador fuera particularmente intolerable
 - por ser dolosa
 - o por ser gravemente temeraria su imprudencia, al asumir una alta posibilidad de causar daño con su conducta, o por la falta de adopción de precauciones elementales
- cuando sea previsible que la causación del daño ha de proporcionar al dañador un beneficio mayor que la indemnización que el mismo deba satisfacer al perjudicado
- cuando la actuación o conducta dañosa tenga una alta probabilidad de que no llegue a ser judicialmente sancionada (casos, p. ej., en que se causen daños de escasa entidad que afecten a muchas personas, que no llegarán a formular reclamación por resultarles antieconómico).

Supuestos en nuestro Derecho en que se aplica, en mayor o menor medida, la idea que late en la doctrina de los DAÑOS PUNITIVOS:

- Art. 123 del T.R. de la Ley de la Seguridad Social
- Art. 9.3 de la Ley 1/1982 de protección del honor
- Ley 11/1996, de Patentes
- Leyes de Patentes, de Marcas, de Propiedad Intelectual y del Diseño Industrial
- El recargo del interés del 20% que en determinados casos impone a los Aseguradores la Ley del Contrato de Seguro

- ¿Las multas coercitivas que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil? Entendemos que no, pues según se deduce de su denominación y confirma el artículo 711.2 de dicho texto, el importe de aquellas se ingresará en el Tesoro Público.
- Algunos autores añaden el art. 367 de la Ley de sociedades de capital que establece la responsabilidad de los administradores sociales que, en el plazo de dos meses, no convoquen la junta general para acordar la disolución de la sociedad si existe causa legal, o no pidan la disolución judicial o el concurso de acreedores si procediese. Esa responsabilidad comprenderá todas las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al momento del acaecimiento de la referida causa legal.
- También, el art. 172.3 de la Ley Concursal que, cuando se declare el concurso culpable, impone a los administradores sociales de los dos años anteriores el abono de todo o parte de los créditos que no lleguen a percibir los acreedores de la sociedad.
- Asimismo, el art.43.2 de la Ley 7/2012, de 29 de Octubre, de lucha y prevención contra el fraude, que declara responsables subsidiarios de las deudas tributarias derivadas de impuestos que deban repercutirse o de cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, a los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas obligadas a efectuar la declaración e ingreso de tales deudas, cuando, existiendo continuidad en el ejercicio de la actividad, la práctica de autoliquidaciones sin ingreso por tales conceptos tributarios sea reiterada y pueda acreditarse que dicha presentación no obedece a una intención real de cumplir la obligación tributaria objeto de liquidación.

La doctrina española rechaza una eventual adopción con carácter general de la figura de los DAÑOS PUNITIVOS en nuestro Derecho.

Sin embargo, algunos autores la considerarían admisible si se estableciesen ciertos mecanismos de control, pues no se considera inconveniente que el perjudicado pueda obtener un plus de indemnización, atendiendo no solo a la entidad del daño sino también a la forma en que éste se ha producido, así como a las circunstancias concurrentes

(especialmente al beneficio que el evento ha reportado al dañador), imponiendo un castigo económico a quien causó el daño de forma intolerable.

De acuerdo con este planteamiento, el propósito fundamental de los daños punitivos será reforzar el papel preventivo de la responsabilidad civil, con una función disuasoria de carácter rogado, de naturaleza no penal y con finalidad indemnizatoria de los DAÑOS MORALES.

A tal efecto se señala la necesidad de fijar previamente una serie de cautelas:

- Sería necesario que los Daños Punitivos no fueran asegurables, a fin de reforzar su función disuasoria (recordemos la disposición del art. 123 de la Ley de la Seguridad Social, ya citado)
- No se infringiría el principio NON BIS IN IDEM, pues los Daños punitivos son de naturaleza civil y no penal (como tampoco lo infringen las Consecuencias Accesorias del art. 129 del Código Penal, ni la compatibilidad –que se admite en ciertos casos- de sanciones penales y administrativas)
- Evidentemente, nunca podría ser privado el autor del daño del su derecho al proceso debido
- Habría de exigirse una cumplida acreditación de que se ha producido la conducta generadora del Daño Punitivo
- Sería aplicable la presunción de inocencia, por lo que no se establecerá la inversión de la carga de la prueba
- No podría hablarse de enriquecimiento injusto de la víctima, pues la indemnización punitiva solamente se establecería en conductas totalmente inaceptables y por cuantía razonable.
- Si se admitiese parcialmente su aseguramiento, sería preciso reconocer al asegurador un amplio derecho de repetición
- La norma que impusiese estas indemnizaciones no podría tener carácter retroactivo

- Esta clase de indemnizaciones podría ser objeto de transacción, arbitraje y mediación; siendo, además, renunciable
- La deuda punitiva y el derecho a la indemnización serían transmisibles a los herederos de dañador y perjudicado

En USA existe una amplia aplicación de los DAÑOS PUNITIVOS, si bien existe una propuesta de limitar a 250.000\$ las indemnizaciones procedentes cuando estos daños se causen por mala praxis médica.

VI. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

Su objetivo es facilitar la mejora y armonización del Derecho de la Responsabilidad Civil en Europa.

Son obra de juristas de los diversos países europeos que precisa decisiones de tipo político para que dichos principios se conviertan en normas vinculantes.

Sin embargo, y a la espera de ese momento, cabe destacar una importante labor de nuestra Jurisprudencia, en la que ya diversas sentencias van haciendo aplicación o, al menos, referencia a esos Principios.

Señalemos que el ESTÁNDAR DE CONDUCTA EXIGIBLE se convierte en punto fundamental de la responsabilidad civil, pudiendo definirse como la conducta que adoptaría una persona razonable que se hallare en las mismas circunstancias que el eventual causante de un daño.

Centrándonos en la compensación del DAÑO NO PATRIMONIAL:

Supuestos:

- la víctima ha sufrido un daño corporal
- o un daño en su dignidad, su libertad o en otros derechos de la personalidad
- o una persona allegada ha sido víctima de un accidente mortal o de lesión muy grave

Para cuantificar estos supuestos de daño no patrimonial se tendrán en cuenta las circunstancias del caso, especialmente, la gravedad, duración y consecuencias de dicho daños.

El grado de culpa del causante solo se tendrá en cuenta si contribuye de modo significativo al daño de la víctima.

- En los casos de daño corporal, el daño no patrimonial es el generado por el sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud, física o psíquica.

La indemnización en caso de daño moral consecuencia de daño corporal cumple importantes funciones:

- proporcionar consuelo a la víctima
- afirmar la dignidad humana
- sancionar el comportamiento inapropiado

Ciertamente no existe un mercado que permita fijar el quantum, por lo cual, aunque las indemnizaciones sean convencionales, no pueden calificarse de arbitrarias.

- Son también indemnizables como daño moral las intromisiones en la libertad, el honor, la reputación o la intimidad.

En cambio, existen reparos a conceder indemnización en los daños causados a las cosas y en los supuestos de incumplimiento contractual (salvo cuando la finalidad del contrato es procurar el solaz. P.ej., si se frustran las vacaciones por el overbooking o por la falta de previsión de la compañía aérea.

- En el caso de los parientes de la víctima,
 - a veces la muerte o lesiones muy graves de un allegado puede causar
 - un daño patrimonial, por la pérdida del sustento que proporcionaba el fallecido
 - y un daño moral, la aflicción sufrida por la pérdida de un ser querido, o por la situación en que queda el mismo, aunque no haya fallecido, que

produce la aludida aflicción y, además, la precisión de proporcionarle una atención permanente.

- Supuestos de reducción de la indemnización:
 - si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el dañador
 - si la víctima se ha beneficiado en alguna medida por el daño sufrido.

En cuanto a los daños punitivos:

- No se admiten indemnizaciones punitivas que sean manifiestamente desproporcionadas respecto a la pérdida real de la víctima y que solo tengan la finalidad de castigar al causante del daño a través de la responsabilidad civil, pues se consideran contrarias al orden público del foro. (Hay que recordar la renuencia de los estados europeos a proceder a la ejecución de las sentencias pronunciadas por los Tribunales norteamericanos, dada la exageración de las indemnizaciones que en muchos casos conceden los jurados que consideran que se ha causado un daño punitivo)
- Sin embargo las indemnizaciones punitivas son parcialmente aceptadas en Francia e Inglaterra. En Argentina, se aboga por que se apliquen a las relaciones con los consumidores.
- Algunos juristas indican que la conducta del dañador sea tenida en cuenta en la indemnización, si ha contribuido al daño de la víctima.

En algunos ordenamientos se admite el establecimiento de indemnizaciones simbólicas en aquellos casos en que se ha lesionado un derecho sin que se haya llegado a causar un daño material efectivo.

Vigo, Septiembre De 2014

MEDICINA CURATIVA-OBLIGACIÓN DE MEDIOS. MEDICINA SATISFACTIVA-OBLIGACIÓN DE RESULTADOS.- SUPERACIÓN DE ESTE INICIAL PLANTEAMIENTO.

Considero oportuno hacer referencia a la evolución jurisprudencial registrada respecto a la distinción entre una MEDICINA CURATIVA, que daría lugar a un

arrendamiento de servicios entre médico y paciente, y otra, SATISFACTIVA, en que la relación contractual sería de arrendamiento de obra. La primera comportaría únicamente una OBLIGACIÓN DE MEDIOS, en tanto que la segunda exigiría una OBLIGACIÓN DE RESULTADO.

Hasta 2005, así eran las cosas y entre los supuestos en que se requería un resultado favorable, con arreglo a lo pactado y esperado, se enumeraban las vasectomías y ligaduras de trompas, la cirugía estética, los liftings, los análisis clínicos, las técnicas odontológicas no estrictamente curativas...

Ya a partir de la STS 21/10/2005, se afirma que la obligación del facultativo, aún en la medicina satisfactiva, será únicamente de medios, excepción hecha de aquellos supuestos en que por parte del médico hubo un aseguramiento del resultado o bien cuando la información facilitada al paciente fue sesgada o inadecuada.

Podemos anotar, así:

- La sentencia últimamente mencionada, en la que la condena se basa en la omisión de la información previa de la existencia de un riesgo de infrecuente presentación.
- STS 22/11/2007, que establece que en la Medicina satisfactiva ha de extremarse la información.
- STS 4/10/2006. Fracaso de un tratamiento de implante capilar. De acuerdo con la campaña publicitaria realizada se llegaba a la conclusión de que el tratamiento era sencillo y de imposible resultado negativo. El TS señala la omisión de una clara falta de información sobre los riesgos, que revela una cierta “frivolización de la cirugía”.
- STS 30/6/2009. No es posible establecer una distinción entre obligación de medios y de resultado en la actividad médica, salvo que el resultado se garantice. En realidad, la responsabilidad del profesional médico es de medios y, como tal, no puede garantizar un resultado concreto. Existe siempre un cierto componente aleatorio, pues se actúa sobre personas y, por ello, el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas del paciente. Lo contrario, sería prescindir de la idea subjetiva de culpa para establecer una responsabilidad objetiva derivada del simple resultado obtenido, al margen de

cualquier valoración sobre culpabilidad, cuando está reconocido científicamente que la absoluta seguridad de un resultado no es posible, pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual.

- STS 20/11/2009 y 27/9/2010, mantienen la misma doctrina.)

* * * * *