

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO
VÍA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
EN LOS CASOS DE MALA PRAXIS SANITARIA**

María Jesús Gallardo Castillo

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén

Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica

Madrid, 18 y 19 de abril de 2017



Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

- I. RESUMEN
- II. LOS CRITERIOS DELIMITADORES DE LA MALA PRAXIS EN EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA
- III. LOS CRITERIOS DELIMITADORES DE LA MALA PRAXIS EN EL AMBITO SANITARIO
 - 1. LA MALA PRAXIS EN LA “MEDICINA DE MEDIOS” Y EN LA “MEDICINA DE RESULTADOS”.
 - 2. ¿CONSTITUYE MALA PRAXIS INDEMNIZABLE LA QUIEBRA DEL DEBER DE INFORMACION AL PACIENTE?
- IV. III. ESPECIAL REFERENCIA A LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” COMO SUPUESTO ESPECÍFICO DE MALA PRAXIS.
- V. EL DAÑO DESPROPORCIONADO O LA LLAMADA “CULPA VIRTUAL” COMO PARADIGMA DE MALA PRAXIS

Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN:

En estas últimas décadas la responsabilidad sanitaria ha ido adquiriendo una creciente importancia. La mayor concienciación ciudadana tanto en la exigencia de los derechos como en un mayor estándar de calidad en el funcionamiento de los servicios públicos ha conducido a un incremento del número de reclamaciones por mal funcionamiento de los servicios sanitarios. Sin embargo, preciso es delimitar adecuadamente la mala praxis en el contexto de las reclamaciones patrimoniales frente a la Administración sanitaria y en el contexto del ámbito penal. A cumplir este objetivo se dirige este trabajo en el que se analizan los aspectos más relevantes del instituto resarcitorio administrativo y más particularmente, los criterios delimitadores de la mala praxis, la diferencia entre la medicina de medios y la de resultado y cómo inciden el incumplimiento del deber de información al paciente en uno y otro caso, y, por último, dos supuestos especialmente paradigmáticos de mala praxis: la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado.



Centro de
Estudios
Jurídicos

I. IMPRUDENCIA PUNIBLE *VERSUS* RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Como es bien sabido, la imprudencia consiste en la producción de un resultado como consecuencia de la infracción del deber de cuidado exigible; nivel de exigibilidad que se encuentra directamente relacionado con dos elementos: con la importancia del bien jurídico protegido por la norma y con la naturaleza de la acción del agente, constituyendo la *previsibilidad* del resultado el antecedente lógico y psicológico de la *evitabilidad* de un resultado lesivo no querido deliberadamente por su autor¹. Previsibilidad y evitabilidad, así como la existencia de una norma objetiva de cuidado cuyo cumplimiento se desatiende y, finalmente, el resultado son los tres elementos básicos en los que pivota la idea de acciones u omisiones cometidas por culpa o negligencia², por ello también denominada bajo la locución “imprevisión culpable”.

Ahora bien, mientras que lo primero pertenece a la capacidad de cada individuo, no así la norma de cuidado, que se configura como un deber *objetivo* en tanto no resulta posible establecerlo en función de la capacidad individual³ dada la imposibilidad de determinación de forma singularizada en atención a las cualidades específicas de cada sujeto. Por ello, son criterios normativos los que acaban prefigurando, expresa o implícitamente, el cuidado debido con que deben realizarse aquellas actividades que pueden resultar lesivas a los bienes jurídicos protegidos por la norma⁴ (STSJ de Navarra de 20 de septiembre de 2002⁵) o, en su defecto, por imposición de una determinada situación de hecho cuya peligrosidad respecto del ámbito de protección de la norma deriva de las circunstancias de cada caso. En el ámbito sanitario esta norma de cuidado de la que surge el deber de diligencia exigible viene representada por la denominada *lexartis*.

Mas considero que para que exista infracción de la norma de cuidado, su inobservancia objetiva es condición necesaria, pero no suficiente. Junto a ello es precisa la inobservancia del deber de cuidado, *subjetivamente considerado*. Para ello deben incorporarse dos nuevos requisitos dispuestos en forma alternativa y no simultánea: (a) que el peligro sea individualmente previsible, y (b) que al sujeto le sea exigible su conocimiento (SAN de 15 de

¹ Para ello, como afirma MORANT VIDAL, J. “Teoría Jurídica del delito. El delito imprudente en la teoría jurídica del delito”, en *Noticias Jurídicas*, enero 2003, se requiere tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción. Sólo cuando la producción del resultado fuera “objetivamente” previsible, es decir, apareciera *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción, será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido. Ahora bien, no toda acción de la que sea objetivamente previsible que se derive un resultado prohibido supone una infracción del cuidado objetivamente debido. Por ello, resulta necesario completar el criterio de la previsibilidad objetiva con un criterio normativo para determinar el cuidado objetivamente debido, de modo que, sólo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas de cuya realización se abstendría una persona responsable y prudente.

² En este sentido, la SAN de 20 de septiembre de 2002 (Recurso núm. 150/2000) afirma que existe imprudencia siempre que “se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el sujeto infractor no se comporta con la diligencia exigible. Diligencia cuyo grado de exigencia se determinará en atención a las circunstancias concurrentes tales como el especial valor del bien jurídico protegido, la profesionalidad exigible al infractor, etc.”.

³ CERESO MIR, S. *Curso de Derecho Pena Español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito*. Tecnos, Madrid, 2000, 6ª ed., págs. 161 a 174.

⁴ Sin embargo, resulta preciso advertir que el deber de cuidado no es un absoluto, porque en Derecho administrativo, como en el Penal, existe un riesgo permitido respecto a ciertos comportamientos que se entienden bien positivos o bien inevitables por aparecer implícitos en la actividad social y que resultan, en consecuencia, imposibles de eliminar.

⁵ Recurso núm. 421/2001.

febrero de 2002⁶). Concorre el primer requisito cuando el sujeto conoce el riesgo de menoscabo que conlleva la realización de su conducta y que, por tanto, prevé las altas posibilidades de lesión del bien jurídico protegido aunque confía en que ésta no se produzca porque lo subestima y considera que le es posible evitarlo (es lo que se conoce como *culpa consciente o culpa con representación*)⁷. Concorre el segundo cuando, pese al desconocimiento del riesgo de lesión del bien jurídico protegido por la norma y pese a no desear el resultado cuya eventualidad ignora (*culpa inconsciente o culpa sin representación*),

⁶JUR 2002\143155. En esta sentencia se afirma que la determinación de la existencia de culpa ha de venir dada, no por la intención del autor de cometer el ilícito, sino “por su obligación de conocerlo y evitarlo conforme a parámetros de diligencia”.

⁷ Una diferencia sutil separa la “culpa consciente” del “dolo eventual”. En ambos casos el sujeto prevé el resultado, y en ambos, no se desea causarlo, Pero en la culpa consciente o culpa con previsión no se acepta el resultado, que se confía en evitar, y en el dolo eventual el sujeto acepta su posición ejecución. Vid. ESTEBAN, R. “El delito imprudente”, en la obra colectiva *La imprudencia*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006, pág. 58. En cualquier caso, se trate de una diferenciación que –como bien reconoce la SAP de Madrid de 3 de noviembre de 2001 (Recurso de Apelación núm. 302/2000)- suscita doctrinalmente las más dispares controversias en un amplio tema en el que las perspectivas subjetiva y objetiva se entrecruzan y confunden. El texto de la sentencia es altamente interesante, por lo que he considerado su reproducción en gran parte de su fundamentación jurídica: “Frente a las teorías que opinaban que el dolo eventual debía ser absorbido por la imprudencia, o que la culpa consciente realmente no se diferencia del repetido dolo eventual, acabó por imponerse la idea de que entre ambos conceptos existe una nota común determinada por la posibilidad de producción del resultado en la representación del agente. Lo que ocurre es que en el dolo eventual se presenta como probable *ex ante* y pese a ello se consiente en la ejecución conforme a lo ya expuesto, en tanto que en los casos de culpa consciente, tal posibilidad se ofrece al conocimiento del autor simultáneamente a la acción, sobre la misma dinámica fáctica, pero confiando plenamente en que el resultado no se originará. También, y sobre la base de la peligrosidad, se dice que la representación de un peligro concreto determina el dolo indirecto, en tanto que la representación del peligro abstracto desemboca en la simple acción culposa”. Y con cita de las SSTs, de 25 de noviembre de 1991, de 20 de febrero de 1993 y de 11 de noviembre de 1999, afirma que deben seguirse las teorías de la probabilidad, del sentimiento y del consentimiento, pero dando más relevancia a ésta última por resultar, fundamentalmente, la menos equívoca. Así, “el conocimiento de la probabilidad del evento, junto al deseo o sentimiento de que el mismo no se produzca, no obsta para que el sujeto activo acepte porque consiente tal consecuencia (dolo eventual). Se erige así el consentimiento en el eje de la disquisición por cuanto que con él se define y concreta el dolo eventual (el autor preferiría que el resultado no se ocasionara pero, de ser inevitable su producción, la asume sin desistir de la acción que pueda causarlo)”. Importante también es la STS de 5 de diciembre de 1995 (Resolución 1245/1995), en la que se afirma: “Por el dolo directo el sujeto activo se dirige de manera consciente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias que se asumen. En cambio por el dolo eventual, o indirecto, que nada tiene que ver con la culpa consciente, el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación, no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados e ideados. La misma y análoga imputación criminal deviene si se conoce el acto y sus consecuencias que se aceptan, como si se actúa también voluntariamente pero con la sola posibilidad de un año directamente no deseado. El consentimiento del autor se erige en dato diferenciador entre el dolo eventual y la culpa consciente. En el dolo eventual se acepta la posibilidad del resultado «ex ante», en la línea de lo acabado de exponer, mientras que en la culpa consciente surge esa posibilidad dañosa no antes de la ejecución, sino durante la misma, sin asumir nunca el resultado sencillamente porque se confía plenamente en que éste no llegará a producirse. Es así que en el supuesto enjuiciado consta de forma patente la concurrencia de un consentimiento y un conocimiento del acto y de sus resultados posibles, antes de la actuación criminal. Algunas veces se ha dicho, sobre la base de la peligrosidad, que la representación del peligro concreto determina el dolo indirecto en tanto que la representación del peligro abstracto desemboca en la simple acción culposa. Si para explicar las diferencias entre la intención dolosa, incluso indirecta, y la imprudencia, se ha basado la doctrina últimamente en la teoría del consentimiento, dejando atrás el “sentimiento” o la mera “probabilidad”, es también evidente aquí la existencia de dolo y no de culpa. El conocimiento de la “probabilidad” del evento, junto al “sentimiento” de que el mismo no se produzca, no obsta para que el sujeto activo acepte porque “consiente” tal consecuencia. Por eso ha sido dicho que el consentimiento se erige en el eje esencial del dolo eventual. El autor preferiría que el resultado no se ocasionara pero, de ser inevitable su producción, lo asume sin desistir de la acción que pueda causarlo”.

sin embargo, le era exigible conocerlo y, en consecuencia, al sujeto le era posible prever sus consecuencias⁸ y, por tanto, le era obligado hacer todo lo posible por evitarlas. En uno y otro caso se está en presencia del elemento de culpa, pues el sujeto ha omitido el comportamiento que le era exigible en atención al contenido de la norma de cuidado y de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, para evitar la producción del resultado prohibido.

Cuanto hasta aquí se ha afirmado es rotundamente aplicable a la imprudencia sanitaria, en la que se produce infracción de las normas de cuidado propias de la profesión y que, como afirma CEREZO MIR⁹, al poder ser realizadas sólo y exclusivamente por profesionales, la infracción del deber objetivo de cuidado no puede consistir en otra cosa en que la infracción de las normas técnicas que sólo obligan a los profesionales y en ellas sólo se obliga a respetar el cuidado necesario para el desempeño de una profesión de sin exigir un plus de cuidado. Por tanto, el hecho no es más grave, pues las normas que le obligan no exigen mayor cautela, sino la propia de esa actividad, y tampoco es atribuible un mayor reproche por poseer capacidades o conocimientos especiales porque ese dato ya se tiene en cuenta a la hora de valorar la mayor o menor gravedad de la infracción de la norma de cuidado.

Pero, ¿cómo se mide la evitabilidad de un evento?, ¿deben considerarse a estos efectos las circunstancias personales y profesionales del sujeto?, ¿cómo ha de verificarse la inevitabilidad? Obviamente la respuesta difiere según estemos en presencia del ámbito penal o del ámbito administrativo. Conviene en este sentido tener permanentemente en cuenta que, con carácter general, cuando el sujeto ha actuado con los parámetros de diligencia propios de la medicina de medios, que se analizará después, aun cuando pueda objetivamente imputarse a su conducta resultados lesivos respecto a bienes jurídicos penalmente protegidos, no podrá hablarse en este caso de responsabilidad penal sino, en su caso, administrativa. Por esta razón, y tal y como ha reconocido la jurisprudencia con reiteración, la imprudencia sanitaria no viene constituida por un mero error científico o de diagnóstico, salvo que éste fuera de especial gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy cualificada especialización. El deber de cuidado toma como referente el “médico medio” así como la situación real concreta a la que se enfrenta el sujeto y, siendo así, esta diligencia debida obliga al sanitario a actuar de acuerdo con unas reglas de comportamiento derivadas del estado actual de la ciencia médica y las circunstancias específicas que concurren. Así pues, la diligencia exigible no será la del común de los individuos legos en la materia sino la cautela profesional que exija la coyuntura, presidida siempre por lo que se ha llamado *lexartis* en relación al caso concreto¹⁰. Y como afirma DOMINGUEZ IZQUIERDO¹¹, el juez, para concluir si el proceder del médico ha sido o no imprudente, se limita a comparar la conducta enjuiciada con los protocolos de actuación. Protocolos médicos que, de una parte, tienen una relevancia indudable al ser normas fijadas por escrito que van a facilitar la función del juzgador y, de otra, la indudable ventaja de proporcionar seguridad jurídica y de ser, al menos,

⁸ La SAP de Valladolid de 5 de julio de 2001 (Sumario núm. 12/1997; Ponente: Ruiz Romero) diferencia el “dolo eventual” de la “culpa consciente” y ésta, a su vez, de la “culpa inconsciente” afirmando que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado en la concepción del dolo eventual a una posición ecléctica al establecer que existe cuando el autor, conociendo la peligrosidad de su acción, prefiere la realización de la misma a la evitación.

⁹ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español*. II. Madrid, 1999, págs. 177 y 178.

¹⁰ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.Mª. “La imprudencia médica y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión”, en la obra colectiva *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, dirigida por GALLARDO CASTILLO, Mª.J., LA LEY, Madrid, 2011, pág. 197

¹¹ *Ibidem*, págs. 203 y 204.

un indicio de la *lexartis* que contemplan, de forma que su cumplimiento termina por convertirse en una presunción *iuris tantum* de la observancia del cuidado debido y, por tanto, en el estándar de conducción diligente. Y, como bien continúa afirmando, sin negar la relevancia de estas normas fijadas por escrito y consensuadas como parámetro básico de identificación de la norma de cuidado exigible, no resulta inimaginable que el acto materialmente ejecutado por el profesional, pese a ajustarse a lo que protocolariamente sería lo aconsejado, presente relevancia jurídico-penal por resultar desaconsejado atendiendo a los medios concretos existentes o al propio estado del paciente, y porque, en definitiva, teniendo en cuenta la naturaleza inexacta y el carácter cambiante de la ciencia médica, no se puede afirmar con rotundidad que un determinado modo de actuar previsto en un protocolo sea siempre el correcto con independencia de las circunstancias concurrentes, aunque sí supone un indicio importante de adecuación a la *lexartis*, aunque, ni siquiera ésta puede sentar reglas preventivas absolutas. En conclusión, en relación con el deber de cuidado en la actividad médica no parece posible encontrar un patrón de verificación objetivo y con pretensión de validez universal, pudiendo únicamente lograrse unas directrices presuntamente generales, pero sometidas a múltiples excepciones o circunstancias que hagan decaer tales reglas en supuestos puntuales. Por ello, el análisis jurídico de la actuación médica ha de estar no tanto a si la actuación se ha ajustado a las reglas generales, sino a determinar si el profesional ha faltado a un deber de prevenir las consecuencias de su actuación.

II. LOS CRITERIOS DELIMITADORES DE LA MALA PRAXIS EN EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

1. LA MALA PRAXIS EN LA “MEDICINA DE MEDIOS” Y EN LA “MEDICINA DE RESULTADOS”¹²

Jurisprudencialmente¹³ viene distinguiéndose, por un lado, la actuación médica o médico-quirúrgica que trata de curar o mejorar a un paciente, de aquella otra en que se acude a un profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente se quiere conseguir.

En este orden, la Jurisprudencia ha distinguido ambos supuestos hasta el extremo de calificar el contrato de arrendamiento de servicios el que une al paciente con el médico en el caso de la medicina necesaria (también denominada asistencial o curativa). En ella se persigue la curación del paciente, y por ello se afirma que es una medicina de medios, no de resultados (STS de 11 de mayo de 1999¹⁴), lo que supone que la obligación generada no consiste en la obtención del resultado que se pretende (el restablecimiento de la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de aquel resultado.

Lo exigible, pues, es que el médico actúe de acuerdo con la *lexartis ad hoc*, pero no que obtenga el resultado óptimo que, de entrada, ya se presupone. Siendo esto así, el obligado lo está a ejecutar una actividad de prestación por lo que cumple con su correcta y adecuada

¹² Vid. GALLARDO CASTILLO, M^a J. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, Ed. BOSCH, 2009.

¹³ Así, por ejemplo, entre otras muchas, puede consultarse la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001\6197).

¹⁴ RJ 1999\4917. Como afirma la STS de 27 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9404): "Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano". Por esta razón, no existe "derecho a la curación".

ejecución cuando la realiza con adecuada *praxis*. Por tanto, lo que determina el cumplimiento de su obligación no es la exigencia del resultado –que no se garantiza-, sino la ejecución diligente y correcta de la actividad encaminada al mismo. En consecuencia, en este tipo de Medicina la diligencia del médico consiste y se limita en emplear todos los medios a su alcance para conseguirla, se logre o no finalmente. En definitiva, ha de partirse del axioma de que se cumple con lo que es exigible cuando se aplican cuantos medios son precisos para la curación del enfermo. Cuando ésta se ejerce sobre el paciente (y así lo recuerda la Jurisprudencia) ha de tenerse presente tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica –insuficientes para la curación de determinadas enfermedades– y, finalmente la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual –lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros–; todo lo cual impide reputar al aludido contrato como un arrendamiento de obra, vínculo que obligaría a la consecución de un resultado, la curación del paciente, que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse (SSTS de 27 de junio¹⁵ y de 12 de septiembre de 2001¹⁶).

Distinto por completo es el supuesto en que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, un padecimiento o un trastorno físico, sino para conseguir una transformación satisfactoria, el mejoramiento de su aspecto físico o estético, en cuyo caso, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, puede configurarse como un arrendamiento de obra. Dicho de otra forma: una *obligación de hacer* (la intervención) se convierte en una *obligación de dar* (el resultado pretendido). De ahí que se acentúe en este caso la obligación del facultativo de obtener un resultado para el paciente o, si se quiere, la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue (SAP de Tenerife de 28 de octubre de 2000¹⁷ y SAP de Valencia de 10 de julio de 2000¹⁸). De ahí que esta obligación, que es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer en el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos para tal fin, así como la obligación de informar y con mayor fuerza aún, al cliente que no paciente, tanto del posible riesgo que la intervención acarrea –especialmente si ésta es quirúrgica- como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención (SSTS de 25 de abril de 1994¹⁹, de 11 de febrero de 1997²⁰ y de 28 de junio de 1999²¹).

Así pues, cuando la obligación es de obtención de un resultado, la exigencia alcanza a la consecución del mismo. La obligación no queda cumplida con la mera actividad, sino que requiere la satisfacción del interés perseguido. Por ello, el fracaso de éste implica el incumplimiento de la obligación misma. Ahora bien, esta distinción es en la práctica más teórica que real, pues como bien se afirma en la STS de 9 de diciembre de 2008²², el resultado siempre está presente en la obligación: en la de actividad porque ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, porque su objeto es el resultado mismo. Como afirma la

¹⁵ JUR 2001\267298.

¹⁶ JUR 2001\291151.

¹⁷ JUR 2001\27355.

¹⁸ JUR 2000\286156.

¹⁹ RJ 1994\3073.

²⁰ RJ 1997\940.

²¹ RJ 1999\4894.

²² RJ 1998\9427.

sentencia, “ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples Sentencias, como la de 29 julio 1994²³ que dice: "una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan". Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico”.

Con todo, es preciso dejar advertido que esta consideración de la relación que une al paciente con el médico –o, mejor, con el Centro hospitalario- en la medicina satisfactiva como cercana al arrendamiento de obra es ciertamente excepcional y la Jurisprudencia la viene limitando a supuestos como la cirugía estética (SAP de Madrid 28 de enero de 2008²⁴), vasectomía (STS 25 de abril de 1994²⁵) y odontología (STS de 28 de junio de 1999²⁶). En estos tres casos la obligación es de resultado, de forma que, fracasada la operación y no constando que al paciente se le informara de sus riesgos, procede la reparación patrimonial si concurren los requisitos para ello, especialmente la existencia del daño antijurídico y la relación de causalidad.

La consecuencia inmediata de esta diferenciación es crucial: cuando se trata de una obligación de medios y no de resultado (caso de la Medicina necesaria), no procede estimar la responsabilidad del facultativo *salvo* que se demuestre incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Cuando se trata de una obligación de resultado (caso de la Medicina no necesaria o satisfactiva) la anormalidad del servicio se da por supuesta a los efectos de apreciar responsabilidad, salvo prueba en contrario, o la concurrencia de fuerza mayor o de riesgo imprevisible o imputable al propio paciente-cliente.

2. ¿CONSTITUYE MALA PRAXIS INDEMNIZABLE LA QUIEBRA DEL DEBER DE INFORMACION AL PACIENTE?²⁷

²³ RJ 1994\6937.

²⁴ JUR 2008\114524.

²⁵ RJ 1994\3073.

²⁶ RJ 1999\4894.

²⁷ Vid. GALLARDO CASTILLO, M^a J. “Consentimiento informado y responsabilidad patrimonial de la Administración” publicado la *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 75, septiembre/diciembre 2009, págs. 95 a 137.

El derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial a la información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica de forma clara y comprensible para el enfermo, con la advertencia de los riesgos, señalando los posibles tratamientos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención.

Por ello, el consentimiento informado aparece ligado al derecho de autodeterminación del paciente pues éste es un agente moral autónomo con suficiente facultad para decidir libremente sobre la incidencia que en su propia salud pueda tener la actividad curativa que la Medicina ejerce sobre él, lo que incluye el poder de decisión acerca de recibir o no tratamiento médico, asumir o no los riesgos inherentes a una intervención, permanecer enfermo o sanar, o incluso a perder la vida²⁸.

Pero la funcionalidad del consentimiento informado no se agota en esta finalidad sino que viene siendo un añadido a la exigencia de cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, en tanto que constituye uno de los deberes que incumbe al facultativo al calibrar el grado de cumplimiento de las normas y técnicas aplicables al caso y porque, producida la consecuencia lesiva, debe comprobarse, primeramente, que la actuación médica se ajustaba a los parámetros de normalidad según protocolos médicos –a los que luego me referiré-, y en segundo lugar, que se ha cumplido *debidamente* con el deber de información a que tiene derecho el paciente.

El consentimiento informado cumple, así, dos funciones primordiales: una, de garantía para el paciente en tanto éste adquiere el conocimiento necesario acerca de los pormenores de la actuación médica (diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento), y otra, una función excluyente de la responsabilidad que se desplaza al paciente que consiente soportar las consecuencias probables sobre su salud y su persona. Ahora bien, ni lo uno ni lo otro tiene carácter absoluto: lo primero porque la ausencia de consentimiento informado no supone inexorablemente la obligación de indemnizar si no se produce después un daño de las características que luego se analizarán, y, lo segundo porque tampoco la existencia del mismo excluye siempre de responsabilidad. Se trata, simplemente, de un principio de “presunción de culpabilidad” que, en cualquier caso, admite prueba en contrario.

Como parte integrante de la *lex artis*, el consentimiento informado juega el importantísimo papel de servir de módulo para la valoración del funcionamiento normal o anormal del servicio²⁹ o, si se quiere, de criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado según las técnicas habituales contrastadas, las especiales características de su autor y los factores influyentes en el paciente, lo que determina que el mero incumplimiento de este deber de información³⁰ suponga *ipso facto* un supuesto de mala

²⁸ PELAYO GONZALEZ-TORRE, A. *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*. Kykinson, Madrid, 1997, pp. 81 y 82.

²⁹ Así las SSTs de 2 de octubre (RJ 1997\7405) y 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8690).

³⁰ Así la STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994\3073) señala como uno de los deberes inexcusables del médico el de “informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado”.

praxis³¹ capaz de condicionar el desplazamiento de la carga de la prueba acerca de la relación de causalidad entre la acción médica y el daño producido así como la determinación de quién asume los riesgos padecidos, si el médico o el paciente. En consecuencia, la omisión del deber de informar revela *per se* la anormalidad del servicio, aunque –debe advertirse– ésta es causa necesaria, aunque no suficiente, para que nazca el derecho a la indemnización³².

Efectivamente. Aunque la falta de información constituye una anormalidad en sentido estricto, sin embargo, la prosperabilidad de la acción resarcitoria fundamentada en esta causa requiere de la concurrencia del desvalor del resultado. Dicho a la inversa: si se ha omitido el deber de información pero el servicio ha funcionado correctamente, no hay nada que resarcir: la falta de consentimiento informado habrá podido constituir una actuación reprochable del facultativo pero carente de entidad suficiente como para dar lugar al nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

En definitiva, la falta de información no constituye por sí misma causa de resarcimiento pecuniario, que sólo procederá si, y sólo si, junto a aquélla concurre un daño derivado y del cual no se obtuvo la información adecuada. El daño pues, no es, en sí mismo la omisión de información y su correspondiente falta otorgamiento del consentimiento debidamente informado por parte del paciente, sino la pérdida del poder de autodeterminación personal del paciente. Así pues, si bien la falta o deficiencia del consentimiento informado constituye título de imputación de responsabilidad, sin embargo éste no es suficiente, pues se requiere que, además, se haya producido o materializado el riesgo del que no se había informado y del que, en consecuencia, no se había obtenido el consentimiento del paciente o, en su caso, del cliente. Y lo mismo sucede en su reverso: realizada una prestación médica y de la se derivan unos daños que no le son los inherentes, típicos, propios ni traen en ella su causa (por ejemplo, las que derivan de una falta de asepsia o de la utilización de un instrumental inadecuado³³, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio³⁴ o el hecho de dejar en el interior material quirúrgico³⁵) la responsabilidad patrimonial viene de suyo pese a que exista consentimiento informado. El TS lo ha dejado dicho con una claridad meridiana en STS de 3 y 10 de octubre de 2000³⁶: “El título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no sólo en la realización de una actividad de riesgo, sino que también puede radicar en otras circunstancias, como es, singularmente en el ámbito de la asistencia sanitaria, el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo. Esta inadecuación, como veremos que sucede en este proceso, puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por mala praxis por incumplimiento

³¹ Las SSTS de 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22), de 26 de enero de 2006 (RJ 2006\4346), de 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9563), de 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220) y de 23 de febrero de 2007 (RJ 2007\884) afirman que "el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario".

³² Indica la STS de 26 de febrero de 2004 (RJ 2004\3889) que “aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no es lo menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002\3956), que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que el acto médico se deriva un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad”.

³³ Tal fue el caso que se enjuicia en la STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2004 (RJCA 2004\947).

³⁴ STSJ de Valencia de 27 de noviembre de 2001 (RJCA 2002\555)

³⁵ STSJ de Castilla y León, Valladolid de 17 de mayo de 2007 (JUR 2007\278212)

³⁶ RJ 2000\8616 y RJ 2000\9379.

de la *lexartis ad hoc* o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”.

Como contrapartida debe añadirse que no cabe exigir responsabilidad por aquellos daños que, a causa de su insólito, atípico o anormal acaecimiento escapen a una común, prudente y razonable previsión de los riesgos asociados a ella. Su misma imprevisibilidad, excluyente de la culpa por su falta de prevención no sólo hace disculpable la omisión de su advertencia en la información previa debida al paciente, como ya se dejó dicho más arriba, sino que en ningún caso cabe aspirar a que se responda por ellos.

En resumidas cuentas, el consentimiento informado no libera de responsabilidad por los riesgos derivados de una actuación inadecuada, pero sí de los demás inherentes a ella e inevitables en una correcta prestación. De ahí la trascendencia de su advertencia al paciente para que pueda sopesarlos junto con otras alternativas u opciones al decidir sobre el tratamiento sometido a su consideración y consentimiento, debiendo tenerse en cuenta que la falta o la insuficiencia de la información ofrecida al paciente o, lo que es igual, la omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención, determina la asunción de éstos por el Centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo, por cuanto el daño ha devenido antijurídico y el paciente no tendrá el deber jurídico de soportarlo. Así lo ha dejado afirmado la STSJ de Navarra de 6 de septiembre de 2002³⁷:

“la información cumplida al paciente y la obtención del debido consentimiento «informado» por él o sus representantes legales supone la asunción por éste de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la intervención, salvo las que resultase del negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en que se practica: «A sensu contrario», los daños consecuentes de una intervención que puedan ser debidos a un riesgo típico, inherente o asociado, aunque sean inimputables a una eventual negligencia médica en su realización, son asumidos por el facultativo si no fueron debidamente informados al paciente y éste no dio su consentimiento con conocimiento de aquéllos, como lo mantienen, igualmente, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\3323) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8126) (y las posteriores del citado Tribunal de 12 de enero (RJ 2001\3), 27 de abril (RJ 2001\6891) y 27 de septiembre de 2001 (RJ 2001\7130, entre otras)”.

Sin embargo, como es bien sabido, la exigencia de información tiene un contenido dispar según el tipo de intervención de que se trate, lo mismo que el alcance de la responsabilidad en uno y otro caso es de intensidad desigual. En la Medicina no necesaria o satisfactoria este deber de información se configura como integrante del contrato de arrendamiento de servicios médicos. Quien a ella se somete no es tanto un paciente como un “cliente” y por ello ha de ser advertido previamente de forma pormenorizada, clara, veraz y comprensible no sólo ya de los riesgos y probabilidades de los efectos no deseados de la intervención, sino de otras posibles técnicas –cuando las hay- u otras opciones menos

³⁷ RJ 2002\8991.

arriesgadas o menos lesivas para la salud. Como bien ha afirmado MUÑOZ MACHADO³⁸, el deber de información implica el derecho del paciente a elegir la mejor solución, incluida la de no operarse³⁹. Veámoslo por separado.

Como ya ha quedado avanzado, en el caso de la Medicina necesaria, con carácter general, puede afirmarse que no es menester informar agotadora, exhaustiva y detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (STS de 17 de abril de 2007⁴⁰). La exigencia de información ha de limitarse a los riesgos, secuelas y complicaciones más probables y graves que pueda suponer cada una de las alternativas terapéuticas, sin que pueda ser exigida una información exhaustiva de aquéllos que sean posibles pero remotos pues, como afirma la SAP de las Islas Baleares 3 de febrero de 2003⁴¹, “ello supondría la exigencia de un imposible”.

En lo que atañe a la llamada medicina satisfactiva, se requiere un mayor reforzamiento de la información, un “plus de información”, que radica fundamentalmente en dos puntos concretos: en la advertencia de la probabilidad de que el resultado puede no ser conseguido y en una más amplia especificación en cuanto a los riesgos. Como se afirma en la STSJ de Islas Baleares de 30 de junio de 2005⁴² en la medicina satisfactiva o voluntaria la libertad de opción por parte del paciente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes

³⁸ MUÑOZ MACHADO, S. Ponencia oficial del LII Congreso Nacional. Timpanoplastia. Madrid, AlmirallProdesfarma, 2001, p. 413.

³⁹ En este sentido, señala la STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547): “En primer lugar debe señalarse que nos hallamos, como ya se ha dicho, ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria (en cuyo ámbito se desarrolla la motivación de esta resolución), en el que se acrecienta, –para algún sector doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencial–, el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma (art. 10.5 y 6 Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y en la actualidad Ley BAPIC 41/2002, de 14 de noviembre, con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención. El deber de información en la medicina satisfactiva –en el caso, cirugía estética–, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención, también denominada en nuestra doctrina «información como requisito previo para la validez del consentimiento», que es la que aquí interesa (otra cosa es la denominada información terapéutica o de seguridad, que comprende las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y que también debe abarcar la de preparación para la intervención), como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible –no debe confundirse previsible con frecuente (S. 12 enero 2001 [RJ 2001\3])– no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide. La información de riesgos preVISIBLES es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención”.

⁴⁰ RJ 2007\3541.

⁴¹ JUR 2003\148063.

⁴² RJCA 2005\398.

sometidos a medicina necesaria, debiendo analizarse cuidadosamente si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento y la conformidad a la intervención, por cuanto se haya ponderado el riesgo de complicación con la innecesariedad de la operación.

Pues bien, partiendo de que en tales casos estamos en presencia de una obligación de resultado o asimilable a ella, la SAP de las Islas Baleares 3 de febrero de 2003⁴³ se ha ocupado de determinar cómo ha de ser la información en estos casos y sobre qué puntos ha de versar:

- a) La información tiene que ser mucho más completa que en la medicina necesaria.
- b) Hay que explicar las consecuencias previsibles con mucha mayor minuciosidad, precisión y exactitud.
- c) Debe hacerse un informe claro y completo de los riesgos descartables, y cuáles no lo son, para que la persona que solicite la intervención –o los representantes legales en su caso– puedan hacer declaración expresa de que asumen los riesgos –inevitables– que se le hayan explicado claramente.
- d) Y que el documento tipo o estándar para hacer constar el consentimiento no esté prefijado, pues en cada caso ha de ser confeccionado por el responsable de la intervención, siendo aconsejable acompañar un dossier explicativo de todos los riesgos, y su evaluación estadística atendidas las circunstancias concretas de cada caso.

Dentro de la medicina satisfactiva merece singular atención la cirugía estética, también llamada “medicina perfectiva y voluntaria” en la que el paciente, –para algunos en estos supuestos cliente-, no acude al médico por ausencia de salud, sino buscando la mejoría del aspecto físico o estético, por lo que en esos supuestos sigue existiendo la antes vista obligación de medios, pero también la de obtener el resultado para el que se contrata la actuación médica. ¿Significa ello que la no consecución del resultado lleva aparejado el deber de indemnizar? Obviamente no. No, al menos, sin la concurrencia de los requisitos que después se especificarán.

Lo que es evidente es que en este tipo de medicina se ha de acentuar la indispensable obligación de informar, tanto de los posibles riesgos como de los pormenores de la intervención, tales como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado querido, además de los cuidados y análisis que se precisarán. En definitiva, en estos casos la información ha de manifestarse en tal plenitud que las relaciones previas entre el cirujano y el cliente han de plantearse con todo su rigor y sin reserva alguna, advirtiendo de las circunstancias de lo que va a acontecer y sin eludir en modo alguno cualquier circunstancia por eventual que ésta sea y que pudiera frustrar el objetivo deseado por el cliente (SAP de las Islas Baleares 3 de febrero de 2003⁴⁴).

Sólo siendo así se permite al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta de la innecesariedad de la misma, lo que obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información que la que se ofrece en la medicina necesaria, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes

⁴³ JUR 2003\148063.

⁴⁴ JUR 2003\148063.

a someterse a la intervención(SSTS de 2 de julio de 2002⁴⁵, de 21 de octubre de 2005⁴⁶, de 10 de mayo⁴⁷ y de 4 de octubre de 2006⁴⁸, de 17 de abril⁴⁹, de 4 de octubre⁵⁰ y de 22 de noviembre de 2007⁵¹ y otras muchas en ellas citadas). Por ello, si se provoca cualquier desvío o apartamiento de ese modelo elegido –siempre y cuando ello tenga una entidad objetivamente valorable–, cabe hablar de un desencadenante de una lesión antijurídica y provocante, por ende, de la responsabilidad patrimonial, pues como afirma la STS de 26 de abril de 2007⁵² con esta medicina lo que se pretende es “un resultado concreto que el médico oferta al cliente”, respondiendo la demanda de los mismos –recordémoslo una vez más- no a imperiosa necesidad de la salud del enfermo, sino a su voluntad de tratar una mejora corporal, estética o funcional del propio cuerpo, por lo que el resultado en este tipo de cirugía “opera como autentica representación final de la actividad que desarrolla el facultativo, ya que su obtención es el principal cometido de la intervención”.

Ello no implica que haya de responderse de cualquier resultado desafortunado puesto que no pueden descartarse los componentes aleatorios de riesgo que toda intervención médica puede llevar consigo, pero sí de aquéllos que no hubieran sido informados debida y cumplidamente (SAP 28 de enero de 2008⁵³). Tal fue el caso de la STS de 2 de julio de 2002⁵⁴. Se trataba de una operación de vasectomía en la que el paciente sufrió la pérdida de un testículo por atrofia. Comprobado que se trataba de una “complicación previsible y frecuente” y que de ello no había sido informado el paciente, el TS estima el derecho a ser indemnizado, no ya porque el deber de informar tenga carácter absoluto y omnicompreensivo, sino porque éste se extiende a este tipo de complicaciones dada su previsibilidad y de la que no sólo nada se dijo sino que se minimizaron los riesgos, pues se le había manifestado que “se trataba de una intervención sencilla y que simplemente sufriría unas ligeras molestias los primeros días”. Ante este tipo de información, el TS afirma: “la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve los eventuales riesgos, previsible e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria(no curativa o satisfactiva)en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superiora la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa”.

Por último, y en cualquier caso, tanto se trate tanto de medicina necesaria como satisfactiva, el Centro, -obviamente personificado en la figura del médico responsable- deberá tener presente que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención y cuanto más grave y peligrosa sea, más caudal de información y más necesario resulta el previo consentimiento,

⁴⁵ RJ 2002\5514.

⁴⁶ RJ 2005\8547.

⁴⁷ RJ 2006\2399.

⁴⁸ RJ 2006\6428.

⁴⁹ RJ 2007\3541.

⁵⁰ RJ 2007\5352.

⁵¹ RJ 2007\8651.

⁵² RJ 2007\3176.

⁵³ JUR 2008\114524.

⁵⁴ RJ 2002\5514.

preferiblemente por escrito, del paciente (SAP de Barcelona de 15 de enero de 2007⁵⁵ y STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de mayo de 2008⁵⁶).

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” COMO SUPUESTO ESPECÍFICO DE MALA PRAXIS⁵⁷

El grado de cumplimiento de la *lexartis* no sólo está en función de la aplicación del tratamiento adecuado, sino de que éste se realice a tiempo. Una asistencia sanitaria tardía, un retraso en el diagnóstico o un error en éste pueden suponer, y de hecho suponen en un número importante de casos, una aminoración considerable en las expectativas de vida o de curación del paciente que pueden dar lugar a un supuesto de responsabilidad patrimonial.

La pérdida de oportunidad se configura así como una figura alternativa a la quiebra de la *lexartis* que permite dar una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido (empeoramiento de la enfermedad, agravación de sus condiciones o fallecimiento), sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que, por ello, en estos casos se convierte en el concepto indemnizable (STSJ de Galicia de 23 de enero de 2008⁵⁸).

Esta doctrina alude en su fundamento y espíritu a injustificadas omisiones en fase de diagnóstico de medios personales y materiales de que se disponga, cuando, sin poderse afirmar con categórica rotundidad que los sufrimientos innecesarios producidos, muerte o las secuelas irreversibles que se hubieran podido evitar de haberse seguido protocolos más adecuados al estado de la ciencia a la sazón, sí se puede aseverar que se ha privado a aquél de posibilidades, expectativas u oportunidades efectivas de éxito al no instaurarse el adecuado y temporáneo tratamiento diagnóstico clínico o terapéutico (STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de diciembre de 2006⁵⁹). Obviamente en este caso el grado de convicción de la prueba de la relación de causalidad se revela factor determinante para el éxito de la reclamación y la cuantía indemnizatoria estará en función de que se hayan acatado o no los protocolos quirúrgicos o clínicos de aplicación, puesto que, de una parte, la indemnización habrá de acomodarse a las circunstancias de cada caso (STSJ de 14 de mayo de 2007⁶⁰) y de otra, es evidente que no se trata aquí de indemnizar el padecimiento que el paciente sufría al momento

⁵⁵ JUR 2007\192866.

⁵⁶ JUR 2008\355989.

⁵⁷ Vid. GALLARDO CASTILLO, M^a J. “De nuevo sobre el concepto de *lexartis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”, publicado en la *Revista Actualidad Administrativa*, núm. 18, Segunda quincena de octubre de 2009, publicado también en *Diario La Ley* núm. 7277, jueves 5 de noviembre de 2009 y *Diario La Ley* núm. 7322, lunes 18 de enero de 2010. Vid. GALLARDO CASTILLO, M^a J. “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, págs. 35-66.

⁵⁸ Recurso 732/2005.

⁵⁹ Recurso 792/2002.

⁶⁰ Recurso 13/2004.

de reclamar atención médica, sino sólo y exclusivamente la privación de las posibilidades o expectativas de curación que se tenían en tal momento⁶¹.

De la amplia –y casuística- Jurisprudencia dictada en aplicación de esta doctrina, cabe deducir los siguientes requisitos de cuya concurrencia depende en gran medida el éxito de la reclamación:

- a) Que exista, de acuerdo con las máximas de experiencia, una probabilidad suficiente de mejora o de curación del padecimiento en el supuesto de haber recibido la adecuada asistencia sanitaria.
- b) Que el daño tenga carácter cierto, y no sea meramente eventual, hipotético, futuro o un mero temor a sufrirlo con posterioridad.
- c) Que exista un nexo causal directo entre la falta de asistencia o el error de diagnóstico y la disminución de las posibilidades de curación o de salvar la vida.

Algunos supuestos enjuiciados por nuestra Jurisprudencia contenciosa-administrativa son verdaderamente paradigmáticos de lo que se acaba de afirmar. En el proceso que dio lugar a la STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2007⁶², la reclamante, que padecía miopía magna, se vio privada del tratamiento adecuado en el momento en que debió recibirlo, lo que provocó que la enfermedad progresara hasta el punto en que el tratamiento ya no tenía utilidad. Consecuencia de lo cual perdió prácticamente la visión útil del ojo, lo que, según queda acreditado en autos, se podía haber evitado en un alto porcentaje si se hubiera actuado correctamente. La sentencia reconoce que no es apreciable mala praxis pero sí una tardanza injustificada en aplicar el tratamiento correctamente prescrito, lo que no constituye “la causa de la pérdida de visión en el ojo izquierdo que padece -evolución natural de la enfermedad-, sino la pérdida de oportunidad de haber retrasado en el tiempo la escasa AV del ojo izquierdo que, en todo caso, acabaría padeciendo la demandante”. La sentencia, de acuerdo con lo razonado más arriba, califica el daño sufrido por consecuencia de esa pérdida de oportunidad como daño moral, al tratarse de una pérdida de expectativa, puesto que el resultado se hubiera producido igualmente, “si bien podría (tampoco era seguro) haberse retrasado en el tiempo”.

Especialmente reveladora fue la STS de 7 de marzo de 2007⁶³. Los hechos que dieron lugar a la misma son los siguientes: el paciente tenía 31 años y acudió al Centro de Salud aquejado de dolor de tórax y sin que este dolor se relacionara con ninguna lesión previa ni con esfuerzo físico alguno. Realizado el reconocimiento, los facultativos no apreciaron patología alguna y dieron de alta al paciente, quien falleció consecuencia de un infarto de miocardio minutos antes al regresar a su domicilio. En este caso la pérdida de oportunidad vino dada por una obvia interpretación incorrecta del electrocardiograma, lo que determinó que no se pusieran los medios de tratamiento adecuados al padecimiento que aquél sufría y por el que había acudido al centro hospitalario. La sentencia se ocupa de plantearse algunas cuestiones de interés. En primer lugar, ¿qué es lo reprochable en este caso?, ¿el fatal resultado o la indebida aplicación de medios para evitarlo? Obviamente lo segundo, por cuanto ello supuso una pérdida de oportunidad de evitar el fallecimiento. En segundo lugar, en relación a la carga

⁶¹ Como bien afirma TRIGO REPRESAS, F.A. Reparación de daños por mala praxis médica. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999, citado por GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*. Madrid, Cívitas, 2005, 343, “la pérdida de oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades”.

⁶² Recurso 1221/2004.

⁶³ Recurso 5286/2003.

de la prueba, la sentencia afirma que no corresponde a la reclamante (esposa del fallecido) probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse realizado un diagnóstico acertado, hubiese concluido con éxito salvando la vida del paciente, puesto que obviamente nos movemos en el plano de las probabilidades y en el ámbito de medicina necesaria (también llamada asistencial o curativa) en que la obligación lo es de medios y no de resultado. El quid de la cuestión se encuentra, pues, precisamente en que los medios empleados no fueron los adecuados y que la mala praxis médica era evidente. Ante tal tesitura “hubiera incumbido a la Administración probar que con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el fatal desenlace por ser de todo punto inevitable, prueba que no se ha practicado en el caso de autos”. Ello determinó el derecho a indemnización y ello con entera independencia de “que no se sepa en el presente caso cuáles hubieran sido las consecuencias de dicho tratamiento”, si bien procede indemnizar no como erróneamente había afirmado el Tribunal *a quo* “por una simple posibilidad, sino por el efectivo fallecimiento”.

Otro supuesto, también de afección coronaria, fue el examinado en la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2007⁶⁴. En este caso, el facultativo, que no consideró el remitirle a Cardiología, se limitó a prescribirle un analgésico para paliar los efectos de los síntomas (el característico dolor en el brazo izquierdo). La sentencia aplica la teoría de la pérdida de oportunidad al afirmar que “aunque es cierto que es imposible predecir cuál hubiera sido el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas u otras bien distintas, lo que, sin duda, es seguro, es que se hubiera tenido más oportunidades de evitar el infarto de miocardio o que su gravedad hubiera sido menor si se le hubiera proporcionado asistencia médica en el mismo momento en que ésta la reclamó. Y es ese retraso en el tratamiento lo que debe calificarse como funcionamiento anormal del servicio del que hace responsable a la Administración (...). Es decir, se desconoce qué hubiera podido pasar si se le hubiera atendido inmediatamente, lo cierto es que el retraso y la demora en el establecimiento del diagnóstico al no valorarse adecuadamente los síntomas (provoca una) pérdida de oportunidad, que aunque pudiera ser remota, no puede quedar indemne. Así las cosas, se ha de concluir que de la actividad probatoria practicada resulta acreditado que en el caso de autos se produjo un error de diagnóstico, y que si se hubiera producido el diagnóstico correcto e instaurado un tratamiento precoz, el recurrente hubiera tenido más oportunidades de evitar el agravamiento de sus dolencias”.

Por su parte, la STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2007⁶⁵ estimó la reclamación patrimonial por pérdida de oportunidad con resultado de muerte, puesto que se había producido un diagnóstico inadecuado y tardío de la estrangulación intestinal (con las consecuencias sucesivas ya reseñadas de deficiente tratamiento), tardanza en el sometimiento al tratamiento de quimioterapia y radioterapia, ausencia de comprobación del estado del colon tras el alta hospitalaria después del tratamiento, la dilación injustificada en el sometimiento a una biopsia. Finalmente hubo de practicarle una intervención de urgencia con el fatal desenlace final del fallecimiento. Ante estos hechos, la sentencia afirma, de una parte, que si bien es cierto que la Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y sin lesión en los tratamientos e intervenciones quirúrgicas que practique, lo que no admite justificación es que se produzcan consecuencias que una correcta *lex artis* médica debían haber evitado, y de otra, que se han utilizado los medios y el estado de conocimiento al alcance, pero de forma tardía e inadecuada, por lo que termina coligiendo que se ha producido un déficit asistencial y un inadecuado tratamiento que le ha ocasionado la pérdida de oportunidad de remontar la enfermedad.

⁶⁴ Recurso 2159/2003.

⁶⁵ Recurso 1958/2003.

Abundan en estos criterios las SSTS de 21 de marzo de 2007⁶⁶ (ausencia de diagnóstico precoz que detectara el carcinoma de estómago; no se hubiera evitado el fallecimiento pero se hubiera procurado una evolución de la enfermedad en condiciones menos graves), de 26 de junio de 2008⁶⁷ (lesión óptica que pudo evitarse o minimizarse) y de 7 de julio de 2008⁶⁸ (un retraso en remitir al paciente a la cámara hiperbárica le produjo parálisis y postración en silla de rueda), SSTSJ de Madrid de 2 de febrero de 2006⁶⁹ (fallecimiento de paciente por broncoaspiración al no haber recibido atención médica urgente al haber tardado la ambulancia dos en llegar al domicilio de la víctima), de Galicia de 2 de abril de 2008⁷⁰ (fallecimiento del feto por ausencia de pruebas médicas a la madre), y de Madrid de 8 de abril de 2008⁷¹ (retraso en el diagnóstico de un cáncer de mama que provoca la necesidad de obtener un tratamiento más agresivo).

IV. EL DAÑO DESPROPORCIONADO O LA LLAMADA “CULPA VIRTUAL” COMO PARADIGMA DE MALA PRAXIS

Puede afirmarse con carácter general que entre la tipología de riesgos consustanciales a una acción médica existen dos que pueden considerarse inevitables y, por tanto, no indemnizables porque caen fuera del concepto de lesión antijurídica: de una parte, los efectos secundarios y accidentes previsibles, no evitables y estadística y sanitariamente admisibles. Son riesgos aceptados y que se asocian a la práctica médica; y de otra, los efectos secundarios imprevisibles e inevitables, por ser desconocidos o no controlados, con arreglo al estado de la Ciencia en cada momento. En consecuencia, cuando el riesgo se acaba materializando en un daño singular y concreto sólo resultará resarcible si al caso resultan asociadas otras circunstancias, tales como la ausencia de consentimiento informado con determinados requisitos.

Por contra, estamos en presencia de un daño desproporcionado cuando el acto médico produce un resultado anormal, insólito, inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que se trata de atender, e incompatible con las consecuencias de una terapia normal (STS de 20 de junio de 2006⁷²). En su delimitación negativa podría afirmarse, pues, que el daño desproporcionado constituye el reverso, la otra cara, de los riesgos típicos y previsibles de la intervención médica de que se trate. La STS de 23 de octubre de 2008⁷³, con cita de las SSTS de 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007⁷⁴, llegó a considerar que “el daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional”. De ahí que la doctrina del daño desproporcionado, (también denominado de resultado “clamoroso” o de “culpa virtual” –según la cual si no se hubiere incurrido en ninguna culpa, ningún daño se había producido: la mera comprobación del daño hace presumir que hubo culpa-), al igual que incide en la atribución causal y en el reproche de desviación de la *lex artis ad hoc*, altera los cánones generales sobre el “onus probandi” de la relación de causalidad y la presunción de anormalidad en el funcionamiento del servicio, revelándose inductivamente como inadecuados los medios

⁶⁶ Recurso 7050/2002.

⁶⁷ Recurso 4429/2004.

⁶⁸ Recurso 4776/2004.

⁶⁹ Recurso 118/2004.

⁷⁰ Recurso 487/2005.

⁷¹ Recurso 77/2005.

⁷² Recurso 167/2002.

⁷³ Recurso 870/2003.

⁷⁴ Recurso 1940/2000 y Recurso 3976/2000, respectivamente.

empleados con tal grado de ostensibilidad que permite la inversión de la carga de la prueba. No es entonces el reclamante quien debe soportar la misma, sino que es el profesional médico quién habrá de destruir aquella presunción y quien estará obligado a acreditar las circunstancias en que el daño se produjo (STS de 10 de junio de 2008⁷⁵), y más en concreto, el acaecimiento de una causa ajena (caso fortuito, fuerza mayor, conducta del paciente o intervención de un tercero) de forma que conste que actuó conforme a la *lex artis ad hoc* y que se produjo una ruptura en el nexo causal.

En definitiva, lo que ocurre en la doctrina del daño desproporcionado, es una presunción desfavorable al buen hacer exigible, esperado y propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar, en este caso, la Administración responsable del acto sanitario público justificando su adecuada actividad si pretende exonerarse de responsabilidad (STS de 20 de septiembre de 2005⁷⁶).

La doctrina del daño desproporcionado ha sido aplicada en similares términos tanto por la Jurisprudencia contencioso-administrativa como por la civil, llegando ambas a idénticos resultados, y en ambas los requisitos o presupuestos exigidos para que opere la presunción de culpa pueden cifrarse en los siguientes (por todas, la STS de 23 de mayo de 2008⁷⁷):

- a) que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente,
- b) que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y
- c) que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

La producción de resultados desproporcionados ha sido decisivamente valorada a la hora de apreciar *prima facie* la existencia de título de imputación a la Administración sanitaria en concepto de responsabilidad patrimonial y de elemento de antijuridicidad, por entenderse que, dada la entidad del daño y su carácter inusual, el sujeto no tiene obligación de soportarlo. En tal sentido es ilustrativa la STS de 31 de enero de 2003⁷⁸ (que recoge la doctrina de las SSTS de 13 de diciembre de 1997⁷⁹, de 19 de febrero⁸⁰, de 9 de junio⁸¹, 8 de septiembre⁸², de 9 de diciembre⁸³ y de 12 de diciembre de 1998⁸⁴, de 29 de junio de 1999⁸⁵, de 9 de diciembre de 1999⁸⁶ y de 30 de enero de 2003⁸⁷) en la que afirma que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa –el resultado- habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* –apariencia de la prueba- de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* –culpa virtual-, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, debe responderse por el resultado lesivo, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

⁷⁵ Recurso 2897/2002.

⁷⁶ Recurso 317/2000.

⁷⁷ Recurso 567/2001.

⁷⁸ Recurso 1897/1997.

⁷⁹ Recurso 3045/1993.

⁸⁰ Recurso 744/1994.

⁸¹ Recurso 819/1994.

⁸² Recurso 1326/1994.

⁸³ Recurso 2159/1994.

⁸⁴ Recurso 2094/1997.

⁸⁵ Recurso 3437/1994.

⁸⁶ Recurso 875/1995.

⁸⁷ Recurso 1818/1997.

Como bien se comprende, esta doctrina no se mueve en el plano de los medios probatorios. No se trata de una prueba de presunciones (consistente en que de un hecho conocido se llega a otro desconocido existiendo entre ambos un vínculo directo), sino de una deducción a *sensu contrario*: ese resultado aparece incompatible con las consecuencias de una terapia normal, y de la anormalidad de dichas consecuencias puede razonablemente deducirse (es decir, se presume “prima facie”) que el médico no ha actuado con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente (“no es posible que no se haya incurrido en desviación en la *lex artis*”) pues, si no se hubiere incurrido en ninguna anormalidad, la consecuencia lesiva no se hubiera producido.

Por ello, esta doctrina no lleva, como ha llegado a afirmarse, a la objetivación de la responsabilidad ni evidentemente a la exoneración de probar un enlace causal entre el daño y la actuación del demandado (SSTS de 19 de julio⁸⁸, de 23 de septiembre⁸⁹, de 17 de noviembre de 2004⁹⁰, 5 de enero⁹¹ y 4 de julio de 2007⁹²), que opera siempre y en todo caso como ineludible presupuesto para que pueda declararse la obligación de resarcirlo. Lo que en puridad se produce es, de una parte, una atenuación en el rigor probatorio por la aplicación de aquellos criterios que se han utilizado como alternativos para atribuir la responsabilidad en este campo, lo que permite al reclamante acreditar con mayor facilidad que si el médico hubiera actuado de manera distinta de aquella en que lo hizo no se hubiera producido el resultado dañoso (STS de 17 de noviembre de 2004⁹³), y de otra, una presunción *iuris tantum* de anormalidad en el servicio. Presunción que naturalmente admite prueba en contrario como bien quedó afirmado en SSTS de 2 de diciembre de 1996⁹⁴ y de 29 de noviembre de 2002⁹⁵ al afirmar: “el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión”⁹⁶. En igual sentido la STSJ de Valencia de 7 de marzo de 2006⁹⁷.

Entre los múltiples ejemplos de daño desproporcionado enjuiciados por la Jurisprudencia podemos reseñar, a título de simple referencia, los siguientes: una mujer joven que se somete a un aborto y a la que se le extirpa el útero (SAP de Madrid de 5 de febrero de 2001⁹⁸); a otra se le practica una operación de cataratas y pierde el ojo (STS de 9 de diciembre de 1999⁹⁹); otro paciente fallece cuando se le estaba preparando para ser anestesiado antes de

⁸⁸ Recurso 3340/1999.

⁸⁹ Recurso 2650/1998.

⁹⁰ Recurso 5332/2000.

⁹¹ Recurso 161/2000.

⁹² Recurso 2454/2000.

⁹³ Recurso 5332/2000.

⁹⁴ Recurso 404/1993.

⁹⁵ Recurso 1270/1997.

⁹⁶ Tanto es así que en ocasiones ha bastado con la falta de una explicación coherente por parte del facultativo acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida (SSTS 16 de abril de 2007 [Recurso 1667/2000], de 30 de abril de 2007 [RJ 2007/2397], de 14 de mayo de 2008 [Recurso 621/2002], de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia.

⁹⁷ Recurso 1491/2003.

⁹⁸ Recurso 987/1997.

⁹⁹ Recurso 875/1995.

someterse a una intervención quirúrgica por apnea del sueño (SAN de 3 de diciembre de 2003¹⁰⁰) y, por último, una intervención quirúrgica de juanetes con resultado de muerte por infección de tétanos (STS de 9 de diciembre de 1998¹⁰¹). En ninguno de estos casos el centro médico dio una explicación coherente sobre lo ocurrido. Por ello aprecia el TS que en todos ellos hay un resultado desproporcionado, que “la cosa habla por sí misma” y que hay apariencia de prueba de la anormalidad del servicio y de desviación en la *lex artis*, ya que si bien en estos casos no cabe hablar de negligencia de los médicos, sí aparece una presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revela inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.



¹⁰⁰ Recurso 483/2001.

¹⁰¹ Recurso 2159/1994.

BIBLIOGRAFIA

- CAVANILLAS MUGICA. *Las transformaciones de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*. Madrid, Aranzadi, 1987.
- CEREZO MIR, S. *Curso de Derecho Pena Español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito*. Tecnos, Madrid, 2000.
- DESDENTADO DAROCA, E., “Reflexiones sobre el art. 141.1 de la Ley 30/1992, a la luz del Análisis Económico del Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 108, 2000.
- DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.M^a. “La imprudencia médica y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión”, en la obra colectiva *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, dirigida por GALLARDO CASTILLO, M^a.J., LA LEY, Madrid, 2011.
- DIEZ PICAZO, L. “La responsabilidad civil hoy”. *Anuario de Derecho Civil*, 1979.
- ESTEBAN, R. “El delito imprudente”, en la obra colectiva *La imprudencia*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006, pág. 58.
- GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*. Madrid, 2005
- GALLARDO CASTILLO, M^a J. “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015.
- GALLARDO CASTILLO, M^a J. “Consentimiento informado y responsabilidad patrimonial de la Administración” publicado la *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 75, septiembre/diciembre 2009.
- GALLARDO CASTILLO, M^a J. “De nuevo sobre el concepto de *lexartis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual”, publicado en la *Revista Actualidad Administrativa*, núm. 18, Segunda quincena de octubre de 2009, publicado también en *Diario La Ley* núm. 7277, jueves 5 de noviembre de 2009 y *Diario La Ley* núm. 7322, lunes 18 de enero de 2010.
- GALLARDO CASTILLO, M^a J. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, Ed. BOSCH, 2009.
- HURTADO MARTINEZ, J.A. “Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 2002.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. “Culpa médica y responsabilidad civil. Especialidades médicas problemáticas”, disponible en la Web del CEJ; http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet?dispatcher=vacio&action=getPresentationForm&advance=0&type=JSPL.
- LOPEZ MUÑOZ, R. “La objetivación de la responsabilidad extracontractual. Su consideración en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista General de Derecho*, 1999, nº 652-653.
- MARTIN JIMENEZ, “Asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa (Comentario a la STS de 19 de abril de 1999)”, en *Relaciones Laborales*, nº 19, 199.
- MARTINEZ-CALCERRADA, L. “Especial estudio de la denominada ‘*lexartis ad hoc*’ en la función médica”, en *Actualidad Civil*, nº 23, 1986.

- MORANT VIDAL, J. “Teoría Jurídica del delito. El delito imprudente en la teoría jurídica del delito”, en *Noticias Jurídicas*, enero 2003
- MUÑOZ MACHADO, S. Ponencia oficial del LII Congreso Nacional. Timpanoplastia. Madrid, AlmirallProdesfarma, 2001.
- PELAYO GONZALEZ-TORRE, A. *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*. Kykinson, Madrid, 1997.
- ROMERO COLOMA, A.M. “La responsabilidad de la Administración sanitaria por retraso en pruebas médico-diagnósticas”, en *Actualidad Administrativa*, nº 16, 2004.
- TRIGO REPRESAS, F.A. Reparación de daños por mala praxis médica. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999.
- VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*. Praxis, 1996.



Centro de
Estudios
Jurídicos