

LA SALUD CESANTE. O CÓMO VALORAR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD TERAPÉUTICA

Eugenio Moure González
Abogado
Eugenio Moure abogados, socio director.

SUMARIO: 1. UNA DOCTRINA A CABALLO ENTRE EL MUNDO DE DERECHO Y EL DE LA MEDICINA. 2. GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. 2.1 Origen de la teoría de la pérdida de oportunidad. 2.2 Ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad. 2.3 Relación de la pérdida de oportunidad con otras teorías causales. 3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD. 3.1 Causalidad de hecho. 3.2 Causalidad jurídica. 3.3 La aplicación de la teoría de la imputación objetiva del daño. 4. LA VALORACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y LA “SALUD CESANTE”. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

Valorar la pérdida de oportunidad terapéutica es uno de los retos principales de la responsabilidad sanitaria. Este trabajo pretende establecer unos criterios indemnizatorios que sirvan para un futuro baremo de daño médico.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad sanitaria; pérdida de oportunidad.

ABSTRACT

To assess the loss of therapeutic opportunity is one of the main challenges of health responsibility. This paper intends to establish some criteria of indemnity that is of use for a future scale of medical damage.

KEYWORDS

Health responsibility; loss of opportunity.

1. UNA DOCTRINA A CABALLO ENTRE EL MUNDO DEL DERECHO Y EL DE LA MEDICINA

Vivimos en una sociedad imbuida por un malestar generalizado que afecta a todas las disciplinas; también a la Medicina y al Derecho. Las expectativas de los individuos se sitúan generalmente por encima de los resultados. La necesidad de superar las patologías, sean personales o sociales, genera una angustia vital. Los hospitales y los juzgados, como lugares en los cuales se tratan esos conflictos con uno mismo o con los demás, proyectan un temor reverencial.

La enfermedad implica desorden en el propio cuerpo, el litigio un desorden en el normal desarrollo de la alteralidad. En ese conflicto intervienen médicos y abogados. Su función es intentar resolverlos en sus respectivos contextos; en un caso venciendo a la enfermedad, en el otro con-venciendo al juez.

En ambos casos su obligación reside es poner los medios necesarios para conseguir el resultado pretendido, pero su frustración, sin más, no es fuente de responsabilidad¹.

Ni tan siquiera con una adecuada disposición de los mejores medios el objetivo final se puede garantizar. Ya los clásicos lo decían: “medicos curat, naturalezas sana”. O de forma más castiza las tres reglas para ganar un pleito: “tener razón, saberla pedir y que te la quieran dar”. Un relativismo que no es más que la consecuencia de unos saberes que no son exactos, sino que dependen de una combinación de factores, entre ellos también el azar.

Tanto el ejercicio práctico del Derecho como la aplicación de la Medicina no dependen sólo de normas en abstracto sino también de circunstancias concretas. La homología entre ambas disciplinas se producen fundamentalmente como consecuencia de una interrelación personal que es cambiante: médico-paciente, abogado-cliente. Aunque la primera se enmarcaba tradicionalmente en un convenio social tácito y la segunda en un contrato las obligaciones son las mismas: ayudar al paciente-cliente a superar su peculiar conflicto.

La etimología de la palabra abogado refleja esa idea: llamado en auxilio. Con el significado etimológico de médico ocurre algo similar: el que cuida o toma medidas. El compromiso de ambos es respetar los métodos que rigen su actuar. Como afirma D’AGOSTINO, refiriéndose a ambos profesionales, “mi ética es mi metodología”². Si no transgreden las normas (científicas y morales) de la respectiva ciencia el profesional actúa diligentemente.

Y cuando no lo hace acontece el daño, entendido como el fracaso de la terapia o del remedio aplicado a un conflicto preexistente. Vence la enfermedad en el conflicto personal o vence el rival en el conflicto interpersonal. Se frustra la oportunidad de recuperar la salud o la oportunidad sobre el interés litigioso. Se deja de ganar lo uno o lo otro.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se aplica con diversos matices tanto a médicos como a abogados, pero con una idea común: el daño indemnizado

1 Como decía T.S. Elliot, hacer lo justo aunque sea por una razón equivocada no puede considerarse fuente de responsabilidad.

2 D’Agostino, Francesco. *Biética. Estudios de Filosofía de Derecho. Ética y Sociedad*. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid, 2003, p.41.

no tiene porqué alcanzar a toda su entidad. La negligencia resta oportunidades para obtener la ganancia deseada, pero el deseo es sólo anhelo, generalmente cimentado sobre ilusiones que construyen un futuro incierto.

Una idea que entronca con el concepto de “sociedad líquida” acuñado por BAUMAN³, según el cual el individualismo desenfrenado por la pérdida de referentes comunitarios conduce a un consumismo compulsivo, también en términos de salud o de justicia, pues lo único que importa es el presente, el ahora como realización inmediata de las expectativas de cada cual, resultado, a su vez, de una comunicación interpersonal tejida a través de redes sociales virtuales.

Los enfermos en muchas ocasiones, antes incluso de ser pacientes (de padecer la enfermedad), cuando ya intuyen que el primer síntoma asoma, acuden al “doctor Google” que les ofrece por doquier remedios naturales o técnicas indoloras. Los futuros litigantes antes de acudir al abogado ya han encontrado el fundamento de su demanda en Wikipedia y la sentencia que pretenden en los foros auspiciados por interesados captadores de clientes.

Las expectativas de unos y de otros se construyen sobre informaciones muchas veces distorsionadas, cuando no adulteradas. Aunque no siempre es así, porque la información, bien buscada, permite alcanzar un cabal conocimiento de las posibles soluciones al problema. Ocurre, sin embargo, que distinguir el rigor científico de la palabrería vacua no es fácil, sobre todo cuando la esperanza tiende a oír sólo aquello que la alimenta.

Líquidas o sólidas todas las expectativas son humanamente legítimas, pero las segundas son las únicas que permiten avalar un reproche serio a quien las redujo o anuló por el error médico o jurídico. Esas oportunidades perdidas son las que generan un daño indemnizable porque las ganancias deseadas no se alcanzaron cuando razonablemente pudieron serlo. La culpa, elemento subjetivo del error imputable, altera el curso de la enfermedad o del litigio.

La causa de la frustración de las razonables expectativas de pacientes y clientes tendrá así una necesaria conexión con la culpa del profesional, médico o jurídico, que podrá ser adecuada para producir al

3 En su libro “Modernidad líquida”, al que Umberto Eco dedicó un clarificador artículo que con ese título abre su obra “De la estupidez a la locura”, Lumen, Barcelona, 2016.

daño, pero no inexorable. El azar también influye, en mayor o menor medida. Esa valoración en Medicina se sabe “ex ante” porque la estadística médica se nutre del antecedente. En Derecho se calibra “ex post” a través de una ficción: el juicio dentro del juicio.

La superposición de los conceptos de culpa y causa tiene una razón histórica. Como recuerda LÓPEZ JACOISTE⁴ en la cultura griega la palabra causa, “aita”, coincidía originariamente con el concepto de culpa y de responsabilidad. Esa noción estaba en estrecha relación con la de “aidós”, expresiva de la conciencia individual que autolimita el propio hacer para no perjudicar a otros. El desarrollo posterior las ha separado, pero de nuevo vuelven a converger.

La distinción actual entre causalidad física y causalidad jurídica cierra un círculo histórico que confluye esa idea de causa-culpa. En la antigua Grecia la exploración de las causas era de base ética; hoy es jurídica pero sin abandonar del todo las connotaciones éticas. En ambos sustratos, ético y jurídico, se busca la justificación de la demanda por el resultado de un acto injusto. Pero no basta para atribuir el daño que exista una causa física, sino que también es preciso que exista una conexión jurídica.

Surge así la doctrina de la imputación objetiva del daño, de cuyos criterios, extraídos de la esencia del tipo de injusto, se erigen fundamentales los conceptos de causalidad adecuada y atribución probabilística. La adecuación supone la congruencia del efecto con la conducta culposa y determinante. Pero cuando el daño es preexistente a la causa, y ésta lo que hace es agravarlo, se acude a un pronóstico retrospectivo objetivo.

La finalidad es superar esa dicotomía entre el todo y la nada, de modo que el daño a reparar sea una parte oscilante que depende de un pronóstico sobre la relevancia de la causa en un escenario de incertidumbre. Atribuir al perjudicado más de lo que perdió supondría un enriquecimiento sin causa, pero dejarlo sin nada supondría desincentivar comportamientos éticos plausibles o premiar la indiferencia del profesional.

Con la doctrina de la pérdida de oportunidad se pretende, como recuerda XIOL RÍOS⁵, evitar una

⁴ López Lacoiste, José Javier. La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2010, p. 532.

⁵ Xiol Ríos, Juan Antonio. La responsabilidad de los abogados. En Libro de Ponencias del XIII Congreso de la

sistemática exoneración de los responsables por las dificultades de acreditar un nexo causal natural. Porque el concepto de responsabilidad encierra en su polisemia varios sentidos. La taxonomía realizada por Hart alude a una responsabilidad-causal pero también a lo que él denomina role-responsibility, basada en la idea del rol o función del profesional⁶.

Quizás ambos conceptos convergan en ese otro denominado liability-responsibility, la responsabilidad legal, que no sólo implica la mera causación de un daño, sino la reprochable dejación de las funciones que le son propias a un agente cualificado (llámese médico o abogado). Ser responsable es sinécdoque de ser moral, porque nos obliga a preocuparnos por los efectos de nuestras acciones.

Y esa obligación moral, que trasciende el mero cumplimiento de los imperativos legales, tiene una especial trascendencia en la profesión de médico y de abogado. La responsabilidad no sólo opera en relación con la abstracción de la norma sino, como afirma DOMINGO MORATALLA, con la textura misma de la vida humana, compleja, difícil, narrativa⁷. La responsabilidad es en la ética hermenéutica un ejercicio de sinceridad, para con uno mismo y para con los demás.

Cobra sentido en el ejercicio de estas profesiones un compromiso que no sólo es legal, sino moral, de honor. De ahí que sus emolumentos se llamen honorarios. La deontología profesional es precisamente una característica común de médicos y abogados. La alianza terapéutica con el paciente o la comunión de intereses con el cliente se residencia sobre todo en un compromiso ético. En ambos casos, según palabras de ROF CARBALLO, su papel es la defensa de la dignidad humana⁸.

Compromiso al que no es extraño el daño moral cuando se rompe aquél. Bien es cierto que este concepto de daño ha sido desvirtuado, hasta convertirse, como afirma DÍEZ-PICAZO, en un concepto

Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (Coordinadores: López de la García de la Serrana, Javier y Elum Macía, Diego), Sepin, Madrid, 2013, p. 641.

⁶ Al respecto, Tocano, Manuel. Una palabra camaleón: los usos de la responsabilidad. Claves, n.º. 249. Noviembre-Diciembre 2016, pp. 92-101.

⁷ Domingo Moratalla, Tomás. Bioética y Cine. De la narración a la deliberación. Bioética básica Comillas. ICAI-ICADE. Madrid, 2010. P. 75.

⁸ Rof Carballo. Cara y Cruz de una nueva Medicina. ABC de 12 de diciembre de 1994, p. 4.

comodín⁹ para hacer, en ocasiones, la “justicia del cadí” (Max Weber) e incurrir en una suerte de arbitrariedad indemnizatoria. Pero al margen del “quantum”, el daño moral se justifica, precisamente, en una lesión de la esfera moral de la persona.

Daño moral por oposición al daño patrimonial que no son excluyentes en la pérdida de oportunidad. Puede haber daño moral, daño corporal y patrimonial conjuntamente. La concurrencia de uno y otro en esta materia será una de las cuestiones que pretendemos resolver con un concepto inédito que hemos llamado “salud cesante”, compatible con un daño emergente, también de ineludible carácter moral.

En cualquier caso, es preciso sentar unas bases pretendidamente objetivas de un futuro baremo de daño sanitario, reiterada demanda del sector auspiciada incluso por el Consejo de Estado¹⁰, actualmente ligado al baremo incorporado a la Ley 35/2015 al que habrá de servir de fundamento y que no sólo dé seguridad a las operadores jurídicos, sino también certeza en la valoración de la pérdida de responsabilidad terapéutica.

Materia que reivindicamos en este trabajo y que elevamos a la categoría de doctrina protagonista de la responsabilidad civil en general y del Derecho Sanitario en particular, superando al igual que la protagonista del cuento de la “Cenicienta” el papel de “hermana pobre del derecho de daños” otorgado por algunos autores¹¹, no tanto por desmerecerla sino al hacerse eco del tratamiento que antaño recibía de la doctrina académica y de los tribunales.

En una sociedad tan tecnificada, con una medicina en constante evolución que incrementa día a día las expectativas en vencer a la enfermedad, las ganancias esperadas en términos de salud y de bienestar personal pueden convertirse en oportunidades perdidas, al menos subjetivamente. Porque las novedades en Medicina avanzan vacilantes como los primeros pasos de un niño y el riesgo de caerse –el fracaso terapéutico– es constante. Es también la consecuencia de vivir en una sociedad del riesgo¹².

9 Díez-Picazo, Luis. El escándalo del daño moral. Cuadernos Civitas. Cizur Menor, 2008, p. 13 y ss.

10 Memoria del Consejo de Estado del año 2005, Madrid, 2006, p. 154.

11 Medina Alcoz, Luis. La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2007, p. 235.

12 Concepto acuñado por Ulrich Beck en su homónima obra.

Decidir el reparto de ese riesgo entre el agente y la víctima cuando el daño se produce es el fin de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Su valoración es un reto que ha generado encontrados debates y llamativas discrepancias en la resolución judicial de los conflictos. Recapitulamos todos esos antecedentes, tanto en nuestro derecho como en el comparado, ofreciendo finalmente nuestras particulares pautas para resolver el conflicto.

2. GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

2.1 Origen de la teoría de la pérdida de oportunidad

La teoría de la pérdida de oportunidad nace en Francia entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, como una técnica propia del ámbito de la responsabilidad de la Administración, pasando progresivamente al ámbito privado y recibiendo el nombre de “perte d’une chance”.

Después de gestarse la teoría de la pérdida de oportunidad en el sistema jurídico francés en supuestos de incumplimiento contractual, esta teoría se ha ido introduciendo en el resto de países de la Europa occidental y en el mundo anglosajón, así como en diversas organizaciones europeas (Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁴) y americanas (Corte interamericana de Derechos Humanos). Pero es más, dicha teoría se ha ido positivizando y así se ha recogido en algunos de sus instrumentos (art. 2.7 Directiva 92/13/CE¹⁵, por ejemplo).

13 Sentencias del TEDH de 9 de abril de 1984, resolutoria del caso Goddi; 12 de febrero de 1985, resolutoria del caso Collozza; 19 de diciembre de 1990, resolutoria del caso Delta; 10 de julio de 1998, resolutoria de los casos Tinnelly y McEldulf; y 10 de enero de 2006, resolutoria del asunto Gruais y Busquet. De la Corte Interamericana, puede citarse la Sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998, resolutoria del caso Castillo Páez c. República del Perú, que maneja en obiter dictum el concepto de “chance cierta”.

14 Sentencia TJCE, asunto “Farrugia” que indemniza la pérdida de posibilidad de obtener una beca de investigación.

15 “Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posi-

Con todo debe señalarse que hay países como Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza donde la jurisprudencia no aplica la teoría de la pérdida de oportunidad, por considerar que esta no es susceptible de reparación; incluso en los Estados Unidos, país también pionero en esta materia, sólo algunos estados aceptan la teoría y exclusivamente para casos relacionados con responsabilidad médica.

El fin de la teoría de la pérdida de oportunidad es superar el nexo causal entre acción y resultado dañoso, evitando la solución del modelo causal del todo o nada. Frente a este planteamiento esta teoría distribuye el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo. De este modo se brinda una solución equilibrada impidiendo exonerar al agente dañoso por las dificultades probatorias, pero tampoco que se le obligue a reparar un daño que pudo no haber causado.

Encontramos esta teoría en el Derecho Europeo, en concreto en la parte general del Código Europeo de Contratos (artículo 163), en el que se admite que forma parte del lucro cesante la pérdida de oportunidad de ganancia vinculada con el incumplimiento del contrato. Eso sí, exige una certeza razonable para que pueda considerarse ocasionada por el incumplimiento contractual, que debe evaluarse en función del grado de incumplimiento.

Es importante destacar el “proyecto de principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”. Bajo el epígrafe “Causas inciertas de la víctima” se establece que la víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una inactividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera.

La implantación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en España es el fruto de un proceso de influencias recíprocas entre sistemas jurídicos y, en particular, entre el Derecho europeo y los Derechos nacionales, en el que las instituciones europeas han servido de vehículo de comunicación.

bilidad que se ha visto comprometida debido a esa violación”. El mandato cohonesta con lo establecido en el undécimo

Considerando, que señala: “cuando una persona presente una demanda de daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato”.

Pero, particularmente, la doctrina de la “chance” ha sido acogida en el ordenamiento español gracias a la doctrina científica, pues aunque es una técnica de origen judicial su desarrollo se ha caracterizado desde su nacimiento por corresponder al impulso proporcionado por la doctrina científica.

2.2 Ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad

La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos de incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca. Acontece de este modo en supuestos de falta de prueba cierta del nexo causal, cuando el perjudicado sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido reales de no haber intervenido el hecho ilícito.

Suele emplearse en supuestos de responsabilidad de profesionales legales y sanitarios así como en el contexto de negociaciones contractuales y procedimientos selectivos, pero virtualmente puede aplicarse a una inmensa variedad de hipótesis. La oportunidad perdida se presenta como una teoría ubicua, por más que la práctica judicial no acuda a ella siempre que se producen situaciones de incertidumbre causal, porque no siempre sirve para resolver adecuadamente todos los escenarios de incertidumbre que pueden plantearse.

Los partidarios de la doctrina de la pérdida de oportunidad se esfuerzan por establecer criterios que contengan las potencialidades aplicativas del concepto de oportunidad perdida. Son los “garde-fous” a que hace referencia Geneviève VINEY¹⁶; los floodgates (esclusas) que menciona Michelle L. TRUCKO¹⁷; o los filtros a los que se refiere Elena DE VICENTE¹⁸. Se tratan de límites formulados para excluir la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en determinados casos; supuestos en que la ausencia de prueba del nexo causal está ligada a procesos casuales completos y determinados; en que la apreciación del elemento etiológico depende de un pronóstico en

16 VINEY, G. Les conditions de la responsabilité (Domage. Causalité. Faute. Fait d'autrui. Fait des choses. Troubles de voisinage. Accidents de la circulation), 2^a ed., LGDJ, Paris, 1998.

17 TRUCKO L. M. The loss of chance doctrine legal recovery for patients on the edge of survival, Univ. Dayton L. Rev., núm. 24.

18 DE VICENTE, E. Daños corporales: tipología y valoración, Bosch, Barcelona, 1994.

torno a la conducta que habría adoptado la víctima de no haber mediado el hecho ilícito; o donde la dificultad probatoria consiste en averiguar qué habría ocurrido si el agente hubiera cumplido un deber (causalidad omisiva).

2.3 Relación de la pérdida de oportunidad con otras teorías causales

2.3.1 Prueba de presunciones e incremento del riesgo

La pérdida de oportunidad es una técnica emparentada con otras surgidas en el marco de la responsabilidad civil, como la denominada “prueba por presunciones” o la teoría del incremento del riesgo, que persiguen evitar que la dificultad de probar la causalidad en determinados sectores (actividades sanitarias e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos y concursos) conduzca a la completa exoneración de quien, con su actuación, pudo provocar el daño. Todas éstas son técnicas que, en cierto modo, regulan la incertidumbre bajo la idea de evitar que la víctima quede sin reparación por la incapacidad de averiguar lo que habría sucedido realmente de no haber mediado el hecho ilícito.

La denominada “prueba por presunciones” hace referencia a un recurso probatorio utilizable con carácter general en todo tipo de pleitos, pero que, como pone insistentemente de manifiesto la doctrina especializada, está llamado a desenvolver un papel fundamental en los procesos de responsabilidad civil de cara a facilitar la prueba del nexo de causalidad. Las presunciones reguladas en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alivian en parte la tarea probatoria, pues permiten al juez valorar la certeza de un hecho a partir de indicios suficientemente significativos. Con base a ellas puede conectarse el hecho desconocido con los conocidos (los hechos base o indicios) a través de reglas o máximas de experiencia que reflejan realidades empíricamente observadas.

La teoría de la creación de riesgo persigue, como la técnica presuntiva, favorecer la demostración del nexo de causalidad. No obstante, su virtualidad es distinta. Tal teoría, partiendo de la consideración de que el comportamiento del agente incrementó objetivamente el riesgo que desencadena la lesión, suaviza el estándar ordinario de prueba, rebajando el grado o nivel de probabilidades que normalmente es

necesario para tener por cierto o demostrado el hecho de la causalidad¹⁹.

El mecanismo presuntivo intenta justificar la solución indemnizatoria sin alterar la teoría general de la causalidad (que impone un determinado estándar probatorio) ni la teoría general de la prueba (que admite la prueba por presunciones). En cambio, la teoría del incremento del riesgo justifica la respuesta resarcitoria adoptando una corrección o modulación puntual de la concepción general de la causalidad física (se reduce el nivel ordinariamente exigido de probabilidad) e, incluso, de la noción legal de presunción simple. En relación con este último extremo la teoría del riesgo aumentado, al menos en el Derecho español, se presta a favorecer que se deduzca la causalidad material a partir de otros hechos conocidos, aunque su enlace sólo sea posible o probable, y no directo y preciso, es decir, aunque no esté dotado del alto grado de verosimilitud o probabilidad de certeza que exige el art. 386 LEC. De ahí que, si bien resulta indiscutible la admisibilidad de la técnica presuntiva, no esté tan clara la compatibilidad de la teoría de la creación de riesgo con el sistema jurídico español.

Las presunciones y la teoría del incremento del riesgo sirven para que el juzgador tenga por demostrada la causalidad en supuestos difíciles. La doctrina de la pérdida de oportunidad puede entrar en juego también en ese tipo de casos, pero sólo cuando no haya podido acreditarse totalmente la concurrencia del nexo de causalidad porque el operador jurídico encargado de apreciarla considere que las probabilidades de que la víctima no hubiera sufrido el daño no alcanzan el nivel suficiente para formar la convicción de que el agente provocó en exclusiva el daño.

¹⁹ Es preciso diferenciar este planteamiento de la teoría del mismo nombre (Risikoerhöhung) formulada por el penalista Claus ROXIN (Derecho penal. Parte General, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, 4ª reimpr., trad. 2ª ed. alemana de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y otros, Thomson/Civitas, 2006), que ha tenido una considerable acogida doctrinal. La teoría alemana, según sus expositores, se aplica una vez apreciada la existencia de una etiología material o natural, para determinar si la causa física probada cobra o no relevancia jurídica. Es, pues, un criterio, que, según ha sido formulado, no opera en el ámbito de la causalidad física, relajando el estándar de probabilidad con el que valorar si el hecho ilícito provocó o no materialmente el daño; sino en el de la causalidad jurídica (imputación objetiva), determinando si cabe atribuir relevancia jurídica a una causa física acreditada. No obstante, no siempre resulta sencillo determinar cuándo la idea del “incremento de riesgo” se emplea para facilitar la prueba del nexo causal natural; o para otorgar relevancia jurídica a una etiología demostrada. Por lo demás, nada que ver tienen estas doctrinas con la que postula la indemnización probabilística en supuestos de exposición a un riesgo, en que el hecho ilícito no genera el daño, pero incrementa la posibilidad de su futuro acaecimiento.

2.3.2 Responsabilidad sin causa probada

La doctrina de la responsabilidad anónima, sospechada, colectiva o conectada encara también un problema de prueba del nexo causal. Resulta aplicable a supuestos en que varias personas ejecutan conjuntamente una misma actividad, produciéndose un daño sin que pueda determinarse qué concreto sujeto realizó la conducta efectivamente productora del mismo. La singularidad de este tipo de casos estriba en que se sabe que sólo uno de los miembros del grupo causó el daño, pero se desconoce exactamente cuál, por lo que, en rigor, no hay relación causal cierta.

La solución consiste en imputar a cada uno de los partícipes la totalidad del menoscabo, debiendo, por lo tanto, responder solidariamente frente a la víctima; pero admitiendo que dentro de la relación interna que vincula a los distintos deudores, la indemnización se distribuya entre ellos en función de las probabilidades de que fueran los causantes. Se impone, pues, en el ámbito interno una regla de indemnización proporcional²⁰.

La doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado, originaria de los Estados Unidos, se refiere a casos en que el juzgador verifica que el consumo de un producto genera un daño, pero desconoce la identidad del concreto fabricante porque la víctima es incapaz de acreditarlo por razones que no se le pueden imputar. Cuando las unidades puestas en circulación por los diversos productores tienen idéntica potencialidad lesiva, la teoría reconoce al perjudicado el derecho a ser indemnizado por los fabricantes, quienes habrán de compensar en proporción a su cuota de mercado, salvo que demuestren que no produjeron la concreta unidad cuyo consumo generó la lesión. Se impone así una regla de indemnización proporcional, pues la responsabilidad del fabricante se determina sólo en la medida de las probabilidades de que fuera causante del daño; y se calcula atendiendo a su cuota de mercado bajo el entendimiento de que cuanto mayor sea mayor será la probabilidad de que ocasionara el perjuicio²¹.

La responsabilidad por cuota de mercado, al igual que la responsabilidad colectiva, impone una regla de indemnización proporcional que atiende a

las probabilidades de que el agente causara el daño. Hay, no obstante, dos importantes diferencias que afectan al momento o relación en que opera el criterio de la indemnización probabilística, por un lado, y al método o forma de cálculo de las probabilidades de que el agente dañoso causara el daño, por otro. En la responsabilidad colectiva la reparación proporcional se impone sólo en la relación interna de los diversos miembros del grupo, pues frente a la víctima están obligados solidariamente. En la responsabilidad por cuota de mercado se establece directamente, sin que las víctimas tengan derecho a recabar el 100% de cualquiera de los productores.

Pero, al margen de estas diferencias, resulta claro que ambas doctrinas abordan un problema de causalidad alternativa o disyuntiva, en los que el daño deriva de la conducta de un sujeto o del comportamiento de otro, pero no de ambos a la vez. La teoría de la pérdida de oportunidad, en cambio, se proyecta no sobre casos de causalidad alternativa, sino sobre supuestos de causalidad incierta donde las probabilidades de que no se hubiera producido el daño no permiten apreciar totalmente la efectividad del elemento etiológico.

2.3.3 Equivalencia de las condiciones

En el ámbito de la responsabilidad civil contractual y extracontractual se dice que hay causalidad física cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos como si no hubiera mediado el hecho ilícito, resulta, lógicamente, que el daño no se habría producido. Causa material es, pues, aquel factor o condición que puede considerarse indefectible porque, en su ausencia, la víctima habría dejado de padecer el menoscabo.

Ésta es, en síntesis, la teoría de la equivalencia de las condiciones. Interesa resaltar que la teoría de la pérdida de oportunidad entra en juego, justamente, cuando el análisis de la causalidad física se resuelve insatisfactoriamente porque no logra concluirse que el hecho ilícito fuese condición necesaria de la inobtención del beneficio o de la evitación de un daño. El comportamiento que priva de una oportunidad es un suceso que, según se desprende de la información disponible, ha podido ser condición necesaria del daño, pero también ha podido no serlo.

En general, valorar qué habría ocurrido de no haber mediado el hecho ilícito es un juicio normativo, sujeto a criterios variables de racionalidad, que mide el grado de correspondencia con la verdad de

20 MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: "La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo", Dykinson, 2005.

21 RUDA GONZÁLEZ, Albert: "Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado", Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 5, 2003/1.

la hipótesis de que el agente causó el menoscabo. El Derecho procesal e incluso normas sustantivas del sistema de responsabilidad civil aportan un buen número de reglas y criterios con que afirmar la causalidad física (o la probabilidad de su existencia). Entre ellos cobra una relevancia especial el umbral de certeza o estándar de probabilidad para tener por cierto el dato causal, propio de la teoría de la pérdida de oportunidad.

3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

3.1 Causalidad de hecho

Como destacan en tono de crítica SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE, gran parte de la doctrina ha tendido a considerar a la causalidad material como el criterio de imputación de daños más importante, si no el único. No obstante, la causalidad, entendida en una primera dimensión como causalidad de hecho (“cause in fact”), resulta ser uno de los muchos criterios que usan las leyes para imputar la responsabilidad por daños a alguien²².

Para establecer si existe o no la conexión causal física e imprescindible, se recurre en el Derecho norteamericano a la regla del “but for test” (de no haber sido por), que en el sistema de Derecho continental Europeo, partiendo de las aportaciones del científico inglés JOHN STUART MILL y del penalista alemán MAXIMILIAN VON BURI, se conoce como la doctrina de la “condicio sine qua non”.

Exige como presupuesto, en un plano fáctico, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Pero en el plano jurídico se acepta que no todos los antecedentes de un resultado dañoso tienen la misma importancia. La adecuación fáctica por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo, y sólo cuando sea así dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima del daño, quedando de esta forma excluidos

tanto los actos indiferentes, como los inadecuados o inidóneos, los absolutamente extraordinarios, imprevisibles o netamente improbables.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2007 establece que “por otra parte, y siguiendo la misma doctrina jurisprudencial, es de señalar que no basta la causalidad física, sino que es preciso que conste una acción u omisión atribuible al que se pretende responsable -o por quién se debe responder determinante, en exclusiva o en unión de otras causas, siempre con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificada, según las circunstancias concurrentes - entre ellas la entidad del riesgo-, del resultado dañoso producido”. Y la Sentencia de 26 de enero de 2006 señala que “esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, pero siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que permitan valorar en cada caso el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal”.

3.2 Causalidad jurídica

Una de las principales críticas que se realiza a la teoría de la causalidad adecuada (por ejemplo, PANTALEÓN²³) además de la mentada falta de distinción entre cuestiones de causalidad material y de causalidad jurídica (también llamados problemas de imputación objetiva), es que por medio de la citada teoría se buscaría el establecimiento de un concepto específico de causalidad jurídica lo cual resultaría a todas luces equivocado, puesto que si bien la causalidad adecuada puede considerarse como uno de tantos criterios de imputación objetiva (sobre los que a continuación reflexionaremos) existentes en un determinado ordenamiento jurídico, en ningún caso puede ser el único criterio. En este sentido, como anota LUNA YERGA, “la causalidad jurídica depende de consideraciones de política legislativa acerca

22 SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio: “Causalidad y responsabilidad”, InDret, 2006.

23 PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

de la persona sobre la que debe recaer la obligación de reparar un daño dadas unas determinadas circunstancias, lo que puede obedecer a diversos criterios que, además, pueden ser diferentes en función del ordenamiento jurídico en el que nos encontremos²⁴. Para determinar esas consideraciones o criterios surge la teoría de la imputación objetiva del daño.

3.3 La aplicación de la teoría de la imputación objetiva del daño

Constituye ya un lugar común el reconocimiento de que no existe causalidad conforme a las leyes de la naturaleza en las omisiones. Sin embargo, debe considerarse que una omisión es causa del daño si existía el deber de realizar una acción y la hipotética acción omitida lo hubiese evitado.

En esos casos, el principio que está detrás de la “causalidad” y que funciona como presupuesto del sistema es el de la probabilidad de que el riesgo creado con la omisión por el pretendido responsable se haya concretado en el daño. Son los denominados supuestos de incertidumbre causal.

Una de las propuestas más reiteradas para solventar el problema de la incertidumbre causal consiste en sustituir la prueba de la causalidad empírica, por la de la simple probabilidad de que se haya causado el daño. Aparece contenida, por ejemplo, en los PETL (PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO DE DAÑOS), en cuyos arts. 3:103-3:106 se propone una distribución del daño en proporción a la probabilidad de que se haya causado empíricamente.

La regla de la “causalidad probabilística” que estamos considerando, supone, por ejemplo, que el autor de una actividad al que se le pueda asignar una probabilidad del 50% en la causación de un daño, se le debe atribuir la obligación de reparar el 50% de ese daño.

El problema es determinar cuándo el grado de probabilidad es suficiente para aceptarlo como verdadero, porque la comunidad científica y médica carecen de un estándar de certeza razonable. Como se reconoce en el propio “soft law” norteamericano, la ciencia natural en la que se pretende amparar el dogma de la necesidad de acreditar la existencia de una verdadera relación de causalidad siempre trabaja con probabilidades, nunca con certezas.

La imputación se define así en términos de probabilidades a través del criterio de la “causalidad probabilística”. La atribución de la responsabilidad en todos estos casos no exige la prueba de la causalidad conforme a las ciencias naturales del dogma clásico, sino una causalidad cuya concurrencia se acredita a través de juicios valorativos con un innegable sesgo jurídico.

Lo que llamamos “causalidad” se convierte así en una imputación puramente valorativo-normativa, que nada tiene que ver con la física o las ciencias naturales. La definición de lo que sea el “nexo causal” y de los criterios para determinarlo es, por consiguiente, una cuestión tan jurídica como cualquier otra de las que se discuten diariamente por la doctrina que se ocupa del Derecho de daños.

Los autores franceses pretenden expresar un concepto de causalidad (causation) que siempre envuelve un juicio de valor, el cual – reconocen expresamente – no está sustentado necesariamente en la presencia de causalidad empírica. En todo caso, parece que aquéllas causalidades que se presumen a partir de datos indiciarios, como “causalidad probabilística”, deberían ir acompañadas de una imputación objetiva.

Acreditada la causalidad de la conducta enjuiciada lo procedente es considerarla como una causa más dentro de un conjunto que concurren, lo que obliga a acudir a los criterios de la imputación objetiva para determinar el nacimiento de la obligación de reparar, pero teniendo en cuenta los denominados cursos causales alternativos.

Porque el sujeto de la asistencia sanitaria es un enfermo, con sus predisposiciones mórbidas que también influyen en el resultado final. La doctrina italiana hace hincapié en que las condiciones preexistentes del paciente no interrumpen el nexo de causalidad entre la culpa médica y el resultado nocivo, siempre y cuando no reúnan los caracteres propios de la causa ajena.

Esto último ocurrirá cuando quien se sabe afectado por una predisposición no toma las precauciones que imponía en razón de su estado para prevenir el daño, en virtud del denominado principio de “autorresponsabilidad” al que se refieren PREVOT y CHAIA²⁵ y que supone asumir las consecuencias perjudiciales de su obrar.

²⁴ LUNA YERGA, Álvaro: “La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad”, InDret, 2005.

²⁵ PREVOT, J. M. y CHAIA, R. A. Pérdida de chance de curación. Astrea. Buenos Aires, 2007, p. 127.

Pero las predisposiciones o condiciones preexistentes del paciente, independientemente del cumplimiento responsable de los deberes del paciente, pueden y deben modular la denominada “causalidad probabilística”, pues el justo tino impone que cada cual soporte el menoscabo en la medida en que lo haya producido.

Así hablamos de una concausa o una yuxtaposición de procesos causales. En estos casos deberá el intérprete inmiscuirse de lleno en la compleja trama causal e indagar si el resultado final del carácter dañoso fue determinado totalmente por el comportamiento culpable del médico, por el estado patológico del enfermo, o por ambos a la vez.

La enfermedad, estado patológico y demás condiciones del paciente, configuran una situación fáctica con aptitud suficiente para interrumpir, total o parcialmente, el nexo causal entre el obrar médico y el resultado nocivo. Tal planteamiento es el que mejor se ajusta a la teoría de la causalidad adecuada y a la esencia de la responsabilidad civil, que es el resarcimiento del daño realmente causado.

Solamente del estudio pormenorizado y en conjunto de ambos factores, predisposiciones y culpa médica podremos esclarecer si ésta última ha sido la condición adecuada y exclusiva del daño, o si a contrario, es la situación mórbida de la víctima la condición relevante, o si finalmente ambas han concurrido al desenlace final y, en su caso, en qué porcentaje causal.

Desde un punto de vista estrictamente causal se suele decir que nos encontramos, por una parte, ante un primer curso causal que real y efectivamente produce el evento dañoso (causa real) y, por otra, ante un segundo suceso, el cual afectado por el primero no llega a actuar en la misma forma, tiempo y lugar (proceso causal alternativo o hipotético).

Definir cómo incide en el curso hipotético alternativo el avance inevitable de la enfermedad en la cuantificación del daño es una cuestión de prueba. Comúnmente, para referirse a estos supuestos se habla de “causalidad alternativa o hipotética”. Se señalan como presupuestos necesarios para la configuración de un curso causal alternativo los siguientes:

a. La existencia de una causa material del daño (causa real), es decir, de una condición sin la cual el detrimento no se habría producido.

b. En segundo lugar es preciso que la causa real del daño haya constituido a alguien en posible responsable y, por ende, en obligado a indemnizar.

c. Por último, se requiere que el evento se hubiera verificado de todos modos sin la causa real.

Cuando la víctima se encuentra predispuesta por su estado de salud hay dos aspectos que deben separarse: uno es el que atañe al plano de la causalidad y otro corresponde al ámbito de la reparación o liquidación del perjuicio, pero diferenciando las situaciones patológicas, definidas con anterioridad al hecho, de las “simples” tendencias o predisposiciones de las cuales todos somos potenciales portadores.

En este orden de ideas podemos diferenciar las siguientes hipótesis:

a. Supuestos de culpa médica donde las predisposiciones de la víctima tan sólo participan a título de condición a la producción del daño, pero no interfieren en el nexo causal.

b. Casos de culpa médica en los cuales las condiciones preexistentes del paciente coadyuvan a título de concausa a la producción del evento nocivo, no teniendo entidad suficiente para interrumpir de manera total el nexo causal, pero sí para atemperarlo parcialmente. La culpa médica actúa como un agravante o acelerador, debiendo el juzgador determinar la influencia causal de ambas condiciones.

c. Problemas de culpa médica donde no obstante haberse actuado de forma diligente igualmente, en un altísimo porcentaje de probabilidades, se habría producido el daño. Nótese que ya no se habla de posibilidades, sino de serias o altas probabilidades. Es aquí donde podemos afirmar con una probabilidad rayana a la certeza que la enfermedad (“curso causal alternativo”) de todos modos hubiese producido el daño cuya reparación se reclama.

En muchas ocasiones es habitual que, con sustento en datos estadísticos, se haga mención a que un cierto porcentaje de enfermos no habría curado, o que en tal número de casos las consecuencias serían irreversibles. Pero para que se configure como un supuesto de causalidad alternativa se requiere que el segundo curso causal hubiese ocasionado de todos modos el evento dañoso, ya que si actúa como un “agravante” de la primera causa estaremos ante un típico concurso causal.

El papel encomendado a la teoría de la imputación objetiva es, precisamente, el de suministrar los criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o ponderación entre distintas causas a fin de poder atribuir objetivamente las consecuencias dañosas del ilícito al posible responsable.

Pero si seguimos al pie de la letra los criterios de tal teoría podríamos llegar al absurdo de que no sea imputable objetivamente el perjuicio al autor real del daño cuando el curso causal alternativo hubiese determinado un menoscabo conectado a su propia patología (criterio del riesgo general de la vida), o cuando por la presencia de la causa alternativa la real no haya incrementado el riesgo de que se produzca el daño (criterio del incremento del riesgo).

La producción del evento nocivo al que la víctima está especialmente expuesto, o es anormalmente propensa por su enfermedad, no puede considerarse la realización de un riesgo general de la vida, que excluya la imputación objetiva, a no ser que el suceso imputable al demandado no sea sustancialmente distinto de otros que resulten muy frecuentes en el quehacer médico (serían el caso de los daños iatrogénicos sin culpa).

Pero cuando el profesional con su acción u omisión ha incrementado negligentemente el riesgo, es decir, ha acelerado o agravado la producción del resultado dañoso se le deberá imputar objetivamente el resultado. La creación de un riesgo que sobrepasa la medida consentida (o permitida) aumenta la probabilidad de que se verifique un daño; “a fortiori”, el resultado consumado es consecuencia del mayor riesgo creado.

Esas notas o conjunto de “factores” de imputación aparecen en los PETL (art. 3:201), entendidos como criterios que delimitan el “alcance de la responsabilidad”. Así sucede con el criterio de la adecuación (3:201 a), el de los riesgos generales de la vida (3:201 d) y el del fin de protección de la norma (3:201 e).

A los factores mencionados, idénticos a los empleados en la doctrina y jurisprudencia españolas, se añaden otros dos, el del fundamento de la responsabilidad (3:201 c), que postula una restricción mayor a la imputación en el caso de que la responsabilidad sea objetiva; y el de la naturaleza del bien lesionado (3:201 b), con el que se justifica una imputación más generosa de los daños a una actividad, cuando estos daños constituyen la lesión de intereses jurídicos especialmente valiosos.

Pero en un régimen de responsabilidad por culpa, como el que rige en esta materia, es preciso, a efectos de cumplir con todos los presupuestos para la definitiva declaración de responsabilidad civil subjetiva, entrar a enjuiciar si en la acción u omisión ha intervenido “culpa o negligencia”. En este sentido no conviene confundir responsabilidad objetiva como imputación objetiva. Lo que se denomina imputación objetiva no es nunca una responsabilidad objetiva, pues depende de los conocimientos del agente y, por lo tanto, obliga al análisis de la negligencia y de su imputación al agente.

En nuestro ordenamiento jurídico el patrón de conducta está definido en el artículo 1104 del CC como la del buen padre de familia (la “persona razonable” de los PETL, “Reasonable man”). A partir de aquí, como apunta PEÑA LÓPEZ²⁶, este comportamiento modélico abstracto debe concretarse en atención a las circunstancias de cada caso. En este sentido el artículo 1104.1 CC enumera una serie de criterios para efectuar esta adecuación, a saber:

a. La entidad de los bienes jurídicos. Cuanto más valiosos jurídicamente sean tales bienes, más cuidado y diligencia le será exigible al sujeto respecto al patrón de conducta inicial. En los PETL, en idéntico sentido al que se acaba de señalar, también se ordena tener en cuenta “la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate” (art.4:102.1).

b. Sus circunstancias personales. La llamada negligencia profesional no es más que la determinación del deber de diligencia con el que deben conducirse los integrantes de una cierta profesión. Estas circunstancias encuentran también eco en los PETL bajo la expresión: “la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo”. Los principios dan entrada, además, dentro de este ámbito a “la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas”.

c. Las circunstancias de tiempo y lugar en el que se ejecuta la acción. En los PETL se hace referencia a estas circunstancias cuando se ordena atender a la “peligrosidad de la actividad”. Se aplica el denominado “Test de previsibilidad- evitabilidad” del perjuicio, que supone que para que el sujeto pueda exonerarse de responsabilidad por su negligencia debe probar que el daño

²⁶ PEÑA LÓPEZ, F. Dogma y Realidad del Derecho de Daños. Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p.88.

era imprevisible o, en su defecto, que era inevitable incluso aunque se hubiesen adoptado todas las precauciones y medidas de seguridad exigidas por el deber de cuidado.

La teoría de la imputación objetiva corrige y afina algunos aspectos del tradicional test de previsibilidad-evitabilidad con el que se ha examinado siempre en el sistema clásico de responsabilidad subjetiva la relación entre la negligencia y el daño. Así se estima que el daño es atribuible a la acción del sujeto en las siguientes condiciones:

1ª. Si un buen padre de familia (o una persona razonable) colocado en su misma situación hubiera podido prever que su conducta infractora de la norma de cuidado causaría el daño (adecuación, riesgo general de la vida).

2ª Si el daño es precisamente de los que se pretendían evitar con la exigencia de dicho deber de cuidado (fin de protección de la norma).

3ª. Si además, efectivamente, el daño podía haberse evitado mediante la realización de la conducta exigida por el deber de cuidado (incremento del riesgo).

El criterio del “incremento del riesgo” excluye de la imputación objetiva del daño en aquellos supuestos en los que la acción del pretendido responsable no ha aumentado el peligro preexistente de que el daño se produjese. Es decir, que si una conducta conforme al deber de diligencia (la “conducta alternativa conforme a Derecho” a la que se refiere Roxin) no hubiera evitado el daño, no existe culpa o negligencia pues ésta carece de relevancia respecto del daño causado.

El criterio de la “adecuación” pretende excluir de imputación a resultados que no han sido la concreción del peligro creado por la acción del sujeto. Este criterio, procedente de la teoría de la “causalidad adecuada” que precedió a la de la imputación objetiva, ya se ha señalado que había sido objeto de controversia en cuanto a la posibilidad de distinguirlo del elemento “previsibilidad” que forma parte del concepto de culpa o negligencia tradicional.

El criterio de los “riesgos generales de la vida” supone que si el riesgo creado por la conducta no posee la entidad suficiente para ser considerado no permitido (es un riesgo general de la vida), no es procedente la imputación objetiva del daño que sea la concreción de ese riesgo. El riesgo general de la vida no es más que otra manera de aludir al caso fortuito.

El criterio del “fin de protección de la norma” excluye la imputación objetiva del daño a una acción que infringe una norma de cuidado, pero cuya finalidad no es la de evitar daños del tipo de aquél cuya imputación se está considerando. Lo que se pretende con este criterio es excluir la imputación de un daño a una conducta negligente (contraria al deber de cuidado) cuando ese daño nada tiene que ver con la negligencia concreta que se reprocha al pretendido responsable.

Todos esos criterios que aporta la teoría de la de imputación objetiva constituyen sustancialmente, en su conjunto, una revisión más precisa, como ya hemos aludido más arriba, del tradicional test de previsibilidad-evitabilidad desde la perspectiva del buen padre de familia, propio de la apreciación clásica de la culpa o negligencia y coherente, además, con nuestro sistema legal.

En todo caso, debemos distinguir la imputación en los supuestos de acción negligente de los supuestos de meras omisiones. El daño se causa por omisión cuando el sujeto no ha hecho nada, y debía haber ejecutado una conducta para evitar un daño en cuya causación empírica no ha tenido nada que ver. Y el daño se causa por acción cuando el sujeto con su propio hacer provoca, en el sentido clásico del Derecho de daños, un daño.

Pero para considerar que la omisión de un médico es causal en el sentido del Derecho de daños debemos comprobar: a) Que existía un deber jurídico del mismo de actuar en relación con el evento dañoso (lo que, en Derecho penal, se denomina ocupar una posición de garante); y b) Que de haber realizado el médico la actuación debida se hubiese evitado la producción del daño (el criterio de la evitabilidad).

El deber de actuar o de impedir el daño (las posiciones de garante) no es una noción coincidente con la de “deber de cuidado” o “estándar de diligencia”. Este señala las medidas de precaución y cuidado que cualquier persona debe adoptar al desarrollar una actividad en sentido positivo, para hacerla menos peligrosa para los demás; mientras que el “deber de actuar” determina si una persona que no está haciendo nada, ni ha causado empíricamente daño alguno, debía haber hecho algo para evitar un daño que se ha producido sin su intervención.

El problema es que el médico ostenta una posición de garante en el contexto de una obligación de medios con relación a un persona, el paciente, que a su vez padece un daño previo, que es su propia

enfermedad, sometida a un riesgo general de la vida, que es la evolución nociva por la predisposición patológica que conlleva. Por eso es preciso que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación y el daño causado, más allá del propio curso de la enfermedad.

Opera en esto caso el criterio del incremento del riesgo, de modo que un evento dañoso no es objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando, dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión.

No obstante, se trata de un criterio lleno de obstáculos pues es preciso determinar en cada caso qué debe entenderse por “riesgo permitido”, es decir, quién ha de pagar los costes derivados de una conducta determinada: el agente o la víctima. Pero ese riesgo permitido, a fin de evitar incurrir en reprochables maniqueísmos, debe quedar determinado normativamente.

Se aplica, de ese modo, el criterio de la finalidad protectora de la norma, relevante en varios sentidos. En primer lugar, el causante del daño debe indemnizar sólo los daños de aquellas personas a las que la ley pretende proteger; en segundo término, debe indemnizar sólo aquel daño que la norma infringida intentó evitar; y en tercer lugar, el autor del daño es únicamente responsable si lo causó de una forma prohibida por la ley.

Pero este criterio, siguiendo a DE ANGEL²⁷, tiene relativamente fácil acomodo en el terreno penal, regido por el principio de legalidad (y consecuentemente, por el de tipicidad), pero no resulta tan clara su aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil, carente de un sistema de conductas reprochables típicas, siendo el único cobijo normativo el genérico principio que prohíbe dañar a los demás.

Existe, eso sí, norma explícita en materia de información al paciente (Ley 41/2002) que impide realizar un acto médico, salvo las excepciones previstas, sin previo consentimiento informado. El fin de protección de la norma que impone el deber de información salvaguarda el derecho fundamental a la autodeterminación del paciente, derecho derivado del artículo 15 de la Constitución española.

En el resto de obligaciones del facultativo no existe una predeterminación normativa, quizás, a lo sumo, una “norma en blanco”, recurriendo de nuevo a la terminología penal, en el sentido expresado por el artículo 1258 del Código Civil, o más en concreto al ámbito que nos atañe en el artículo 4º del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina.

Ambos precepto remiten al “uso” y a las “normas de conducta”, que suponen traer a colación no sólo las prácticas médicas establecidas en cada momento (eso que se denominan los “protocolos” o “guías de buena práctica clínica”, a que se refiere también la Ley 44/2003, en su artículo 4º.7), sino también los principios deontológicos que inspiran a la profesión médica (citados también en dicho precepto).

Es cierto que podemos entrar en un terreno resbaladizo porque los protocolos representan pautas de actuación, no mandatos imperativos, y porque los preceptos deontológicos no tienen en cuenta, en ocasiones, las limitaciones propias de la denominada sociabilización de la medicina. Pero aun así, de lo que se trata es de dotar a la “cuestión causal” de cierta predeterminación normativa, a pesar de eso que se ha denominado la “relatividad aquiliana” (LIMPENS) por las dificultades de determinación “a priori” de la diligencia exigible.

4. LA VALORACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y DE LA “SALUD CESANTE”

Como decía en el primer capítulo hay quien llama a la doctrina de la pérdida de oportunidad la “hermana pobre del Derecho de daños” Y aunque discrepe con el apelativo, quizás pueda utilizarse en razón a las indemnizaciones más bajas que reporta, recordadas sobre el valor del daño causado en base a la incertidumbre sobre la que gravita todo acto médico.

Porque realmente más que de oportunidades estamos ante probabilidades, según una de las acepciones del término francés “perte de chance”, entendida como pérdida de una probabilidad beneficiosa. Pero la otra acepción de “chance” es suerte, con lo que realmente esa polisemia nos lleva a un interesante debate sobre el control del azar en la asistencia médica.

En la enfermedad conviven la probabilidad y el azar; la primera gradúa las posibilidades existentes, mientras que el azar –entendido como aquel relativo, no el absoluto que sería un caso fortuito- hace que

²⁷ DE ANGEL YAGÜEZ, R. Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la “imputación objetiva” y otros extremos. Civitas, Cizur Menor, 2014, p.254.

esas posibilidades se materialicen. La recuperación de la salud es sobre todo una cuestión estadística, que se mide según la experiencia de los antecedentes.

El médico tiene una especie de posición de garante frente al paciente pero sólo relativa, dado que no puede asegurar un resultado material sino unas determinadas probabilidades de éxito, pues la evolución de la enfermedad depende tanto de la intervención del profesional de turno como de la propia suerte del paciente.

También decíamos que el Derecho exige certezas y en el mundo de la Medicina éstas no existen. Por eso se busca un umbral de certeza que permita, aun a sabiendas que la predicción del resultado producido en términos de salud es incierta, alcanzar una seguridad, si bien relativa, sobre el curso que hubiera tomado la enfermedad.

Si el 100% de seguridad –la certeza absoluta- es imposible hay que graduar dónde se sitúa ese umbral que nos permita, con el margen de azar que rodea a la salud, una aproximación a la influencia que la acción u omisión de un tercero –de quien hizo lo que no debía o no hizo lo que debía-, pudo tener en el fracaso de la asistencia al paciente.

De ahí que incluso se aluda para explicar esa teoría a la expresión “mentira técnica” pues hablamos de probabilidades, no de certezas. La objetividad es una ilusión y sólo puede ser visto como un consenso de la subjetividad. Se trata de introducir la estadística en las decisiones judiciales, pues no conciben las asociaciones causales sin expresarse en términos de probabilidad, “verdadera caja negra de la epidemiología”²⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico –así como en los propios del Civil Law- el umbral de certeza se situaba tradicionalmente en el 100% o en porcentajes cercanos, pero rebajado por la jurisprudencia al recurrir a una suerte de presunción judicial de modo que, en ocasiones, no es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud.

Así, una parte de la doctrina –a la que me adhiero-, en aras de mitigar el rigor de la certeza absoluta, aplicando el criterio de la causalidad adecuada y acudiendo al recurso de las presunciones judiciales (art.

396 LEC), viene situando por encima del 80% las posibilidades de curación como umbral a partir del cual se indemnizaría la totalidad del daño causado²⁹.

Por debajo de ese umbral resulta inútil el criterio de la causalidad adecuada, debiendo acudir al de la causalidad probabilística, una especie de combinación entre el primero y el criterio de los riesgos generales de la vida, otro de los “topoli” de la teoría de la imputación objetiva, de modo que el perjudicado asuma una parte del daño sufrido.

Esto supone que el agente del daño sólo será considerado su causante en función de la probabilidad estadística de su causación, condenándole, en consecuencia, a pagar una indemnización proporcionada. La imposibilidad de establecer un nexo de causalidad cierto (considerado así sólo cuando supera el umbral de certeza) obliga a indemnizar por las probabilidades perdidas.

Pero al igual que existe un umbral de certeza, llámémosle positivo, situado en el 80% de modo que a partir de él se indemniza la totalidad del daño, debe existir otro umbral, en ese caso negativo (situado en el 20% de probabilidades perdidas), por debajo del cual la indemnización no debe ser una fracción del daño en base a las probabilidades omitidas, por lo demás pequeñas, sino simplemente un daño moral, indemnización compensatoria por vía de la sustitución.

Su valoración dependerá de las circunstancias de cada caso, pero lógicamente la referencia serían los propios criterios jurisprudenciales, desarrollados en este contexto en materia de falta de información o información equívoca, pues el paciente se creó una expectativa de curación que se vio frustrada. Se indemniza, por ello, esa frustración subjetiva.

Y entre el 80 y el 20 por ciento se mueve una horquilla que permita repartir el daño entre las probabilidades objetivamente omitidas (que ha de asumir el facultativo) y el riesgo de la propia patología (que ha de soportar el paciente), en un sistema de reparto con redondeo al alza por la propia relatividad de la prueba en este contexto:

- Entre el 71 y el 80%: se indemnizará el 80% del daño.
- Entre el 61 y el 70%: el 70%.
- Entre el 51 y el 60%: el 60%

28 REPRESAS VÁZQUEZ, C. y LUNA MALDONADO, A. Ley 35/15. Causalidad médico-legal versus Causalidad jurídica. Incertidumbre causal. RC, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. Año 51, nº. 10, Noviembre 2016, p.19.

29 XIOL RIOS, J. A., op. cit., p.653.

- Entre el 41 y el 50%: el 50%
- Entre el 31 y el 40%: el 40%.
- Entre el 21 y el 30%: el 30%.

Por debajo de ese porcentaje el daño moral tiene como cifra tope la que corresponda a la traducción económica del 30%, pues sería ilógico que se compensase por daño moral más de lo que supondría la indemnización por las oportunidades objetivamente perdidas, que como hemos visto se mueven en una horquilla entre el umbral de certeza positiva (por encima del 80%) y negativa (hasta el 20%).

Entre la razonable probabilidad de éxito (que reporta un 100% de la indemnización) y la razonable probabilidad de fracaso (que sólo permite compensar el daño moral por la expectativa subjetiva frustrada), existe un daño emergente proporcional, de modo que la estimación pecuniaria es el producto de aplicar al daño final el porcentaje que corresponda.

El daño moral por pérdida de oportunidad se reservaría para los casos en que la certeza es negativa, es decir, cuando las posibilidades de curación o supervivencia son mínimas, en la medida en que la frustración del paciente es el único daño posible, pues objetivamente el daño en la salud del paciente dependía mucho del azar y muy poco de la actuación médica.

Lo hasta aquí afirmado tiene sentido cuando la pérdida de oportunidad se produzca como consecuencia de una culpa leve, mas no cuando derive del dolo o culpa grave, en atención a lo dispuesto en el artículo 1107 del Código Civil, que se aplica no sólo a la responsabilidad contractual sino también extracontractual.

Su primer párrafo dispone que la responsabilidad alcanza a los daños que haya podido preveer al tiempo de constituirse la obligación (daños previstos serían en este caso las probabilidades omitidas), pero el segundo párrafo dice que en caso de dolo (y también de culpa grave) la responsabilidad es por todos los daños que conocidamente se deriven.

Esto supone que cuando el daño se causa intencionadamente o mediando una grave negligencia la responsabilidad alcanza al total del daño causado. Ya no es una probabilidad estadística la que se indemniza (daños previstos) sino también los imprevistos, consecuencia de ese mandato de responder de “todos los daños”.

No se indemniza la pérdida de la oportunidad sino la pérdida de la salud o de la vida, globalmente consideradas, según cuál haya sido el daño causado. Pero si la indemnización supone siempre un equivalente pecuniario al estado previo a la intervención del médico, hemos de tener en cuenta que la enfermedad era preexistente a dicha intervención.

La solución para la superposición del daño (el preexistente y el agravado) lo tenemos en el propio baremo de la Ley 35/2015 en cuyo capítulo II (artículo 100, “secuelas agravatorias de estado previo”), manda aplicar la fórmula para secuelas concurrentes $(M - m) / [1 - (m / 100)]$, donde “M” sería la puntuación de la secuela en el estado actual y “m” de la secuela preexistente.

Por ejemplo, si una persona ya no veía de un ojo y pierde la visión del otro, la fórmula permite matizar la puntuación de la secuela agravada (en su caso la ceguera) mediante la aplicación de dicha fórmula. De su resultado resulta el denominado déficit funcional permanente a cuyo resultado opera la traducción en euros de acuerdo con la tabla económica del baremo.

Sobre la valoración económica resultante podrá aplicarse, caso de que no concorra dolo o culpa grave y no se llegue al umbral de certeza, el porcentaje resultante a las probabilidades perdidas. Si ocurre lo contrario (dolo/culpa grave o probabilidad por encima del umbral de certeza), el daño a indemnizar es el total resultado de esa valoración tabular.

Ahora bien, ¿es suficiente con indemnizar el daño sin otro criterio que las fórmulas tabulares? Desde una tesis unitaria y reductiva de la responsabilidad sí, pues se concibe como única función de la responsabilidad la resarcitoria, tesis apegada a la literalidad de la norma (art. 1902 CC) que utiliza únicamente el verbo “reparar”, sin reconocer la existencia de otras funciones.

Existe, sin embargo, otra tesis, llamada dual, que contempla además de la tesis reparadora o indemnizatoria otra de índole preventivo, la cual arraiga en determinadas normas, como el artículo 10:101 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil cuando dice que “la indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”.

A las usuales pautas orientadoras de la responsabilidad extracontractual se añade la pauta de la eficiencia, preconizada por el movimiento “Laws and Economics”, que postula el denominado análisis

económico del Derecho, para encauzar la legislación y la práctica jurídica a las bases económicas del bienestar social.

Preludio de ese análisis fue la decisión del juez *Leaned-Hand* al entender que se actúa negligentemente cuando el gasto de prevención es menor que el daño previsto habida cuenta de su entidad y de la probabilidad de ser evitado sin llegar a exigir cautelas desmesuradas, pues no tendría sentido, como advierte Posner, evitar un daño a cualquier precio.

Bien es cierto que la estricta racionalidad económica no puede suplantar los criterios propios del ordenamiento jurídico, pero también es cierto que el análisis económico del Derecho proporciona herramientas adecuadas para la cuantificación del daño, porque las reparaciones a imponer no pueden estar al margen de la realidad económica.

El Derecho no puede prescindir de las consideraciones de gran valor que proporciona el análisis económico. No debemos olvidar que las reparaciones dependen de la realidad económica, la cual nos suministra datos para saber si el gasto de prevención de lo acontecido fue adecuado o demasiado bajo como para evitarlo.

Conforme al criterio “cheapest cost avoider” se mide la diligencia desplegada según la capacidad de disminuir las probabilidades de que el daño acontezca con el mínimo gasto de recursos. Se sobrepasa así el principio del “todo o nada” y se enlaza con la llamada epidemiología médica, cuyo objeto es introducir la estadística médica en las decisiones judiciales.

Es muy importante definir la causalidad desde criterios jurídicos, económicos y médicos. Si ya hemos visto cómo la jurisprudencia viene distinguiendo causalidad física de causalidad jurídica, dando entrada a los criterios de la imputación objetiva del daño, conviene reforzar este concepto con las aportaciones de la economía y la epidemiología.

Porque el daño, al ser la expresión pecuniaria de un menoscabo personal o patrimonial, debe tener en cuenta el valor de la vida o el de la salud en un determinado contexto, en este caso el de la asistencia sanitaria, que también se rige por criterios económicos y médicos ¿o acaso los medicamentos no se aprueban tras un riguroso análisis de la relación coste/beneficio?

Este decurso sobre el valor de la prevención en la determinación de la indemnización cobra especial

sentido en el contexto de la asistencia sanitaria, y en particular, cuando el daño deriva de la pérdida de oportunidad, pues las actuaciones omitidas bien pueden generar un daño futuro, derivado de la necesidad de nuevas intervenciones médicas.

Imaginemos el caso de un paciente de la sanidad pública al que por un error de diagnóstico se le privan de determinadas probabilidades terapéuticas, y que por tal motivo acude a la sanidad privada, asumiendo los costes de un costoso tratamiento para intentar compensar con otros medios y cuidados aquello de lo que negligentemente se le privó.

¿Ha de incluirse en la indemnización no sólo la pérdida sufrida sino también los gastos en que incurra el paciente para dotarse de otras terapias?, ¿e incluso cuando las posibilidades de mejoría sean remotas o insignificantes? En caso afirmativo, ¿la indemnización ha de ser por el 100% o sólo por el porcentaje correspondiente a la pérdida sufrida?

Mi respuesta es que ha de indemnizarse la totalidad de ese gasto en que incurra el paciente, siempre que la terapia no sea extravagante o sin una mínima base científica, pues aunque el daño personal se calcule sobre las probabilidades perdidas, los gastos en servicios sanitarios relacionados suponen un concepto indemnizatorio con otro fundamento jurídico.

La adecuación indemnizatoria es compleja. Ni el perjudicado puede recibir más de lo que perdió, ni al causante del daño puede resultarle menos onerosa la indemnización que la prevención. El enriquecimiento sin causa sería el criterio de ponderación. Cercanas están la acción “aquiliana” (o resarcitoria de daños) y la “condictio” (o restitución del enriquecimiento injusto).

Sin embargo, no existe analogía entre ambas acciones pues los requisitos son distintos (culpa, daño y relación causal en la primera; enriquecimiento de uno y correlativo empobrecimiento del otro sin causa). Tienen sustantividad propia hasta el punto de que el plazo de prescripción es distinto (1 año frente a 5, respectivamente).

Pero la diferencia no impide la complementariedad de ambas acciones, pues la noción de una y otra se sustancia en los verbos reparar (aquiliana) y restituir (condictio), y el acontecer práctico, como hemos visto, puede favorecer que ambas acciones se solapen o aparezcan entrelazadas, particularmente en los casos de asistencia sanitaria defectuosa.

Volvamos al supuesto de quien acude a la sanidad privada. Pensemos que sufre un empeoramiento de su enfermedad por una indebida gestión de la lista de espera y gasta una considerable suma de dinero en acceder al tratamiento que la sanidad pública le demora ¿Tiene derecho a su resarcimiento de forma complementaria al daño sufrido?

A criterio de quien suscribe lógicamente sí, pues el enriquecimiento de uno (que no da lo que debe) equivale al correlativo empobrecimiento del otro (que gasta por aquello que no le dan). Y esa indemnización, que opera por vía de la restitución es complementaria con la que pretende reparar el daño por la pérdida de oportunidades.

E incluso, si tal daño no se produce porque el paciente recupera la salud de resultas del tratamiento demorado indebidamente, existiría margen para la acción aquiliana a través de ese concepto comodín que es el daño moral. Volvamos al ejemplo y pensemos en la zozobra e inquietud de quien espera un tratamiento demorado a sabiendas del grave riesgo que corre.

El daño moral es independiente de la existencia de un daño físico. Puede haber el uno sin el otro o concurrir juntos. Así lo dice la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de abril de 2016 (caso “Costa Concordia”) que fija como doctrina legal su complementariedad cuando el daño físico se valora conforme al baremo de tráfico pero fuera de la siniestralidad viaria.

El daño moral generalmente se asocia a un padecimiento psíquico, no necesariamente patológico, distinto del daño físico. Quien espera por un tratamiento demorado (bien por diagnóstico erróneo, bien por mala gestión de la lista de espera), puede sufrir un daño físico, que se indemnizará en función de pérdida de oportunidades, pero también un daño moral.

Esa complementariedad a la que aludimos quizás cobra mayor sentido si partimos de ese criterio jurisprudencial según el cual los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, por eso no se indemnizan sino que se compensan, es decir, actúan como compensadores de los padecimientos psíquicos irrogados (SSTS 25-7-84, 3-7-91, 27-7-94, 3-11-95 y 21-10-96).

Incluso podría concurrir en el mismo suceso una indemnización por daños físicos, otra por daños morales y además la restitución por el enriquecimiento

sin causa. Pensemos en quien se le priva indebidamente de unas posibilidades de curación, sufre el daño moral por el impacto psíquico de esa situación y tiene una pérdida patrimonial por gastos sanitarios.

Yendo más allá podría llegar a coexistir dobles daños morales, los propios y los de los familiares. Es el caso de los pacientes que son menores de edad, pues los padres también podrían sufrir un daño moral porque el impacto psíquico no sólo afecta al paciente, sino a determinadas personas unidas por un estrecho vínculo de parentesco y convivencia.

Hasta ahora nos hemos detenido a analizar el daño emergente, tanto en su vertiente física, matizada por la juego de la doctrina de la pérdida de oportunidad, como moral, por la zozobra y angustia que acompaña a este tipo de situaciones, y con el efecto añadido de la restitución del enriquecimiento injusto. Falta el otro elemento del daño que es el lucro cesante (art. 1106 CC).

La característica del lucro cesante es la incertidumbre, debido a que como consecuencia de un hecho no se llegó a obtener una ganancia. Su estimación se cuantifica en términos de probabilidad objetiva; en otras palabras, como pone de manifiesto DE ÁNGEL, “la estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido”³⁰.

Óbserve la similitud entre el daño típico cuando acontece una pérdida de oportunidad terapéutica y el concepto de lucro cesante que hemos dado. Podemos así definir conceptualmente el daño indemnizable, cuando de una pérdida de oportunidad se trata, como “salud cesante”. Es decir, la salud frustrada por una acción u omisión que resta probabilidades objetivas al paciente de obtener la curación de su enfermedad.

Pero aparte de esas probabilidades de curación perdidas (la “salud cesante”), también pueden existir ganancias económicas dejadas de percibir (el lucro cesante), pues quien queda incapacitado laboralmente por agotarse indebidamente sus expectativas de curación deja de obtener determinados lucros (que cesan), en ocasiones no compensados completamente por las pensiones públicas.

30 DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: “Comentario del Código civil Español” en Comentario del Código Civil, PAZ-ARES, Candido Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.

O quien fallece del mismo modo deja de beneficiar a las personas de las que de él dependen económicamente. Ese lucro cesante se calcula de acuerdo con criterios actuariales, que se aplican, en materia de siniestralidad viaria, aplicando las tablas que contiene la Ley 35/15. A su resultado también habría que aplicar las reglas antedichas para el daño emergente por las probabilidades frustradas.

Dicho lo anterior, es en la determinación del daño moral y en la acción por enriquecimiento injusto donde realmente cobra sentido el carácter preventivo de la responsabilidad civil que algunos le niegan. No consiste tanto en indemnizar de más el daño sufrido, como en utilizar todos los recursos del ordenamiento jurídico para cumplir con el mandato de la “*restitutio in integrum*”.

A la prevención no se llega recurriendo al concepto de daños punitivos (proscritos en nuestro Derecho), sino convirtiendo las posibilidades de la responsabilidad en una suerte de indemnización global, comprensiva de todos los efectos en la esfera personal y patrimonial del damnificado. Y sobre todo, midiendo el daño moral al impacto que determinadas situaciones producen.

Volviendo al ejemplo de la sentencia del caso “Costa Concordia”; hay a quien le parecerá una cifra desmesurada la indemnización de 12.000 euros por pasajero en atención a la zozobra, angustia e incertidumbre vital por una noche de naufragio mientras esperaban a ser rescatados. Recordemos que la norma establece un límite de 15.000 euros.

O a otros le parecerá escasa la indemnización de 600 euros por las molestias al pasajero al que se le cancela un vuelo y pasa una noche tirado en un aeropuerto y no en su placentero destino vacacional. La ponderación judicial es la que debe determinar en cada caso hasta dónde llega el “*quantum*” del daño moral del paciente que sufre la zozobra por un diagnóstico erróneo.

Y para su determinación no vale sólo con atender al impacto en la esfera psíquica que determinados comportamientos producen, sino también al grado de intencionalidad o la falta de previsión del agente causal. Pues la sensación de abandono y el sufrimiento inherente es mayor cuanto más grave es el déficit asistencial que lo propicia.

De esas indemnizaciones, no ejemplarizantes sino justas, puede surgir una reacción que permita

extremar la precaución y la prevención. El ejemplo más obvio lo tenemos en la siniestralidad laboral con la figura del recargo de prestaciones, que opera al margen de la sanción que al empresario culpable pueda imponer la autoridad laboral.

El daño moral puede ser esa válvula que permita introducir una especie de pseudorecarga de indemnizaciones, pero sin desvirtuar el sentido que le es propio. No podemos, a fin de salvaguardar un loable fin indemnizatorio hipertrofiar ese manido remedio judicial. Corremos el riesgo de caer en la denominada falacia del daño moral o en su propio escándalo.

Inicialmente (con la “*lex aquilia*”) sólo se indemnizaban los daños morales asociados al sufrimiento de la persona torturada pese a ser inocente. De ahí surge el “*pretium doloris*” vinculado tradicionalmente al sufrimiento psíquico. Mas adelante evolucionó al resultado de la vulneración de un derecho de la personalidad, para finalmente asentarse en la privación de sus tres bienes nucleares: integridad, autonomía y dignidad.

La idea de bienestar social e individual muta con los tiempos y con los lugares. En una sociedad occidental hipersensible al sufrimiento psíquico (hay quien la ha llamado la cultura del Prozac), la frustración que provoca la pérdida de determinados derechos (como la capacidad de estar sanos, de verse informados o de sentirse libres) conduce a una sobrevaloración del daño moral.

Un ejemplo de daño moral revestido de ese efecto preventivo que reivindicamos lo tenemos en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, que toma como criterio de ponderación “la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido y el beneficio obtenido”.

No existe fórmula semejante que permita introducir una cláusula penal en el incumplimiento de las obligaciones del médico (o del abogado). Sólo el elemento subjetivo (existencia de dolo o culpa grave) supone una mayor carga indemnizatoria del elemento objetivo (el daño). Será la casuística judicial la que fije un patrón, que por ahora se muestra errático.

Asunto pendiente de la voluntad del legislador si algún día decide abordar el reto de sacar adelante un baremo de daño sanitario, el cual se muestra más necesario que nunca para aunar criterios en esta materia, particularmente en lo concerniente a la

determinación cuantitativa de la pérdida de oportunidad y al valor del daño moral. Ni que decir tiene que hemos marcado unas pautas que esperamos que no queden a beneficio de inventario. Ese es el objetivo de este trabajo.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE ANGEL YAGÜEZ, R. Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la “imputación objetiva” y otros extremos. Civitas, Cizur Menor, 2014.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. “Comentario del Código civil Español” en Comentario del Código Civil, PAZ-ARES, Candido Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.
- D’AGOSTINO, F. Bioética. Estudios de Filosofía de Derecho. Ética y Sociedad. Ediciones Internacionales Unibersitarias. Madrid, 2003.
- DE VICENTE, E. Daños corporales: tipología y valoración, Bosch, Barcelona, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, L. El escándalo del daño moral. Cuadernos Civitas. Cizur Menor, 2008.
- DOMINGO MORATALLA, T. Bioética y Cine. De la narración a la deliberación. Bioética básica Comillas. ICAI-ICADE. Madrid, 2010.
- LÓPEZ LACOISTE, JOSÉ JAVIER. La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2010.
- LUNA YERGA, Álvaro: “La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad”, InDret, 2005.
- MEDINA ALCOZ, Luis, “La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado”, Thomson Civitas, 2007.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: “La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo”, Dykinson, 2005.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- PEÑA LÓPEZ, F. Dogma y Realidad del Derecho de Daños. Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- PREVOT, J. M. y CHAIA, R. A. Pérdida de chance de curación. Astrea. Buenos Aires, 2007.
- REPRESAS VÁZQUEZ, C. y LUNA MALDONADO, A. Ley 35/15. Causalidad médico-legal versus Causalidad jurídica. Incertidumbre causal. RC, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. Año 51, nº. 10, Noviembre 2016
- ROF CARBALLO. Cara y Cruz de una nueva Medicina. ABC de 12 de diciembre de 1994
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: “Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado”, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 5, 2003/1.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio: “Causalidad y responsabilidad”, InDret, 2006.
- TOCANO, MANUEL. Una palabra camaleón: los usos de la responsabilidad. Claves, nº. 249. Noviembre-Diciembre 2016.
- TRUCKO L. M. The loss of chance doctrine legal recovery for patients on the edge of survival, Univ. Dayton L. Rev., núm. 24.
- VINEY, G. Les conditions de la responsabilité (Dommage. Causalité. Faute. Fait d’autrui. Fait des choses. Troubles de voisinage. Accidents de la circulation), 2ª ed., LGDJ, Paris, 1998.
- XÍOL RÍOS, JUAN ANTONIO. La responsabilidad de los abogados. En Libro de Ponencias del XIII Congreso de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (Coordinadores: López de la García de la Serrana, Javier y Elum Macía, Diego), Sepín, Madrid, 2013.