

**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN EL  
SEGUIMIENTO DEL EMBARAZO. EL NEXO  
DE CAUSALIDAD Y LA OMISIÓN DEL DEBER  
DE INFORMACIÓN.**



**Universitat Autònoma  
de Barcelona**

**AUTORA: Laura González Llana**

**TUTORA: Mariona Torra Cot**

**TRABAJO FINAL DE GRADO DERECHO**

**CURSO: 2019-2020**

**18 DE MAYO DE 2020**

## RESUMEN

La sentencia número 581/2002 del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002 aborda un supuesto de responsabilidad médica. En concreto, consiste en una demanda planteada por una mujer de 40 años debido a que, durante el seguimiento de su embarazo, no la informaron sobre la afectación de su embrión por el síndrome de Down.

El ginecólogo que la atendió no prescribió la práctica de ninguna prueba de diagnóstico. En este supuesto se discute el seguimiento de la *Lex artis* y la problemática de las acciones de *wrongful birth*, en relación con el nexo causal y el elemento de la culpa o negligencia.

**Palabras clave:** responsabilidad, *Lex Artis*, negligencia, nexo causal, *Wrongful birth*.

## RESUM

La sentència número 581/2002 del Tribunal Suprem, de 7 de juny de 2002 afronta un supòsit de responsabilitat mèdica. En concret, consisteix en una demanda plantejada per una dona de 40 anys basada en que, durant el seguiment del seu embaràs, no la van informar sobre l'afectació del seu embrió per la síndrome de Down.

El ginecòleg que la va atendre no va prescriure la pràctica de cap prova de diagnòstic. En aquest supòsit es discuteix el seguiment de la *Lex artis* i la problemàtica de les accions de *wrongful birth*, en relació amb el nexes causal i l'element de la culpa o negligència.

**Paraules clau:** responsabilitat, *Lex Artis*, negligència, nexes causal, *Wrongful birth*.

## **ABSTRACT**

The judgement of the Spanish Supreme Court (Tribunal Supremo) number 581/2002, June 7th of 2002 deals with a medical liability case. The Case deals with a legal claim brought forward by a 40-year-old woman arguing that she was not informed about the Down Syndrome affecting her embryo, while she was pregnant.

The gynecologist who attended her throughout the pregnancy did not prescribe the practising of any diagnostic test. This case discusses the following of the *Lex artis* and the problem of *wrongful birth* actions, in relation to the causal link and the element of fault or negligence.

**Key words:** liability, *Lex Artis*, negligence, causal link, *Wrongful birth*.

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>2</b>
<b>I. EL SUPUESTO DE HECHO: SENTENCIA NÚMERO 581/2002 DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 7 DE JUNIO DE 2002.</b> .....	<b>4</b>
<b>II. SOBRE LA RESPONSABILIDAD</b> .....	<b>6</b>
1. Responsabilidad contractual o extracontractual: Teoría de la yuxtaposición de responsabilidad .....	6
2. Plazos de prescripción .....	7
3. Omisión y culpa .....	8
4. La realidad del daño causado y la existencia de una relación de causalidad: la pérdida de oportunidad. ....	10
<b>III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA</b> .....	<b>13</b>
1. El deber de diligencia. La <i>Lex Artis ad hoc</i> .....	14
2. Omisión del deber de información y el diagnóstico: una obligación de medios .....	16
3. Cambios legislativos: El deber de información .....	17
3.1. Pauta clínica y legal del ginecólogo .....	20
3.2. Los supuestos de falso negativo en el diagnóstico prenatal.....	23
3.3. El problema de las omisiones y las acciones de <i>wrongful birth</i> ...	24
<b>IV. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD</b> .....	<b>26</b>
<b>V. LA PRUEBA PERICIAL</b> .....	<b>29</b>
<b>VI. LA NEGLIGENCIA MÉDICA</b> .....	<b>31</b>
1. La importancia del historial médico en una reclamación por negligencia médica.....	31
2. La carga de la prueba en la negligencia médica .....	32
3. La reclamación de indemnización por negligencia médica .....	33
4. La póliza de responsabilidad civil profesional .....	34
<b>VII. ANÁLISIS COMPARATIVO CON OTRAS PROFESIONES</b> .....	<b>35</b>
1. El abogado .....	35

1.1.	Naturaleza de la obligación.....	35
1.2.	Naturaleza de la responsabilidad profesional .....	36
1.3.	El deber de diligencia. La <i>Lex Artis</i> en la abogacía.....	37
1.3.1.	El deber de información y la negligencia por omisión .....	38
1.4.	La carga de la prueba .....	40
1.5.	El daño y la indemnización. La pérdida de oportunidad procesal y el juicio de probabilidad .....	41
1.6.	Inexistencia de responsabilidad .....	42
1.7.	El seguro de responsabilidad civil .....	44
2.	El arquitecto .....	45
2.1.	Naturaleza de la obligación.....	45
2.2.	Naturaleza de la responsabilidad profesional .....	46
2.3.	El deber de diligencia. La <i>Lex Artis</i> en la arquitectura.....	48
2.3.1.	Los deberes del arquitecto .....	49
2.4.	La carga de la prueba .....	49
2.5.	El daño y la indemnización.....	50
2.6.	Exoneración responsabilidad .....	51
2.7.	El seguro obligatorio de daños o de caución .....	51
	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>52</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>58</b>
1.	Documentación .....	58
2.	Legislación.....	67
3.	Jurisprudencia .....	68
	<b>ANEXO.....</b>	<b>68</b>
	Sentencia número 581/2002 de 7 de junio de 2002, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Madrid. Excmo Sr. Pedro González Poveda. ....	68

## **ABREVIATURAS**

Art. /Arts.	Artículo/Artículos
CC	Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889
CE	Constitución Española
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
LBAPICD	Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio)
Pág. /Págs.	Página/Páginas
Ss.	Siguientes

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es estudiar la responsabilidad civil médica en un caso concreto, la posible existencia de relación directa entre la actuación del doctor Joaquín V. M, y, en especial, la omisión del deber de información, y que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante aborto. Para resolver estas dudas, desarrollaremos jurídicamente elementos como el deber de diligencia según la *Lex Artis ad hoc* y su omisión, poniéndolos en conexión con el tiempo y el lugar en los que se desarrollan.

El motivo que fundamenta la elección del tema fue mi interés y desconocimiento por la relevancia práctica del ejercicio de una profesión tan trascendente como la medicina para el Derecho. Asimismo, es un tema contemporáneo y cautivador, ya que la primera regulación existente sobre la autonomía del paciente y sus derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica es relativamente reciente.

Para conocer todo ello, el trabajo se divide en siete apartados. El primero consiste en un breve resumen de los hechos y el enjuiciamiento de la Sentencia nº 581/del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002.

En el segundo apartado, se analiza la responsabilidad en el Derecho Civil español. Dentro de este apartado se estudian sus clases y su relación con la teoría de la yuxtaposición, los plazos de prescripción para exigir responsabilidad, los conceptos de omisión y culpa, y, por último, la realidad del daño causado y la existencia de una relación de causalidad, en concreto, se examinan los conceptos de pérdida de oportunidad y de juicio de probabilidad.

En tercer lugar, se desarrolla el concepto de responsabilidad civil médica, haciendo hincapié en el deber de diligencia que rige según la *Lex Artis ad hoc*, y en concreto la omisión del deber de información y de diagnóstico. Además, se introduce la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, la cual se descompone en el análisis de la pauta clínica y legal del ginecólogo, el

supuesto de falso negativo en el diagnóstico prenatal, y el problema que surge a causa de las omisiones y acciones de *wrongful birth*.

En el cuarto apartado, se analizan los supuestos en los que resulta posible la exoneración de responsabilidad.

En el quinto, se mencionan las situaciones en las que resulta necesario realizar una prueba pericial y la trascendencia que tiene.

En el sexto, se estudia el concepto de negligencia médica, y en concreto, la relevancia que tiene en relación con las reclamaciones por indemnización, con especial atención al historial médico, a quién tiene la carga de probar dicha negligencia, y también, la póliza de responsabilidad civil profesional que debe contratar el médico previamente.

Finalmente, en el séptimo apartado, consideré que sería interesante realizar una comparación exhaustiva de estas cuestiones en relación con otras dos profesiones. En primer lugar, decidí compararlo con la abogacía, dado que tiene una especial relevancia personal, puesto que puede devenir mi futura profesión. En segundo lugar, se compara con la arquitectura, puesto que estimé conveniente tener en cuenta una profesión en la que el objeto en el que se centrara no fuera un ser humano, sino más bien una infraestructura o similar.

Por último, me gustaría agradecer a mi tutora a la Mariona Torra Cot por el apoyo brindado y la libertad de elección que me ha concedido en todo momento.



**I. EL SUPUESTO DE HECHO: SENTENCIA NÚMERO 581/2002  
DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 7 DE JUNIO DE 2002.**

Las partes implicadas son: don Tomás C.G., doña María Dolores R.C. y don Alex C.R. como parte demandante; representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo M.P.; Previsión Popular de Seguros, SA y Joaquín V.M. como parte demandada, representada por el por el Procurador de los Tribunales don Miguel Angel C.P.

En el año 2002 la señora María Dolores R.C., de 40 años, acudió a la clínica del doctor Joaquín V.M, para que este la atendiera durante su periodo de gestación. El ginecólogo despejó las dudas que la paciente le planteó respecto el riesgo de concebir un hijo con alguna malformación, pues es de dominio general que el embarazo a partir de los 35 años comporta riesgos de este tipo. El doctor V. expresó a la paciente y a su esposo, “que no se preocupara, que todo iba normal”, a este último se lo expresó en conversaciones que ocasionalmente habían tenido en un bar. La señora R.C dio a luz a un niño afectado por el síndrome de Down.

La parte demandante interpuso la demanda reclamando la responsabilidad del ginecólogo por a una supuesta conducta negligente o culposa al no informar debidamente a la paciente de las pruebas existentes para determinar la existencia de malformaciones –graves e incurables– en el embrión, privándole por tanto, de la facultad de optar por acudir a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permitido.

Durante el transcurso del caso, se debatieron las siguientes cuestiones: la posible infracción de las normas y los actos que rigen las garantías procesales, provocando indefensión consistente en violación por inaplicación de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LEC; y los artículos 862 y/o 863 de la misma ley, debido a que, se acordó aportar las facturas y los presupuestos acreditativos de lo que pudiera representar el importe de los daños y perjuicios

reclamados por la parte demandante en la demanda; pero que finalmente, no fueron aportados.

Resulta preciso remarcar que los artículos previamente mencionados forman parte del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fue vigente hasta el 08 de Enero de 2001.

A mayor abundamiento, la posible infracción de la ley por violación del artículo 1101 del Código Civil, por aplicación indebida; dada la inexistencia de daño real y la falta de relación causal entre el que pudiera estimarse producido y que tal tipo de incumplimiento obligacional impediría la aplicación del deber de indemnizar daños y perjuicios.

Esta violación del art. 1101 CC, en conexión con la violación, por no aplicación, de la doctrina jurisprudencial, contenida en las sentencias relativas a la necesaria concurrencia de los requisitos de acción culposa, realidad del daño y nexo de causalidad entre ambas, para que nazca la obligación de indemnizar.

La Sala se pronunció alegando que la exigencia de responsabilidad por culpa exige la existencia de un nexo causal, y que en el caso que les ocupaba, alegaban inexistencia de nexo causal entre la conducta imputada al médico codemandado: la falta de información a la paciente, y el resultado producido: el nacimiento de un niño afectado por el síndrome de Down.

De modo que, se concluye que no existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de un deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a la paciente de su facultad de optar a la interrupción del embarazo, dado que dicha relación de causalidad estaba basada en meras conjeturas porque “la señora R. no quiso el aborto en ningún momento.”

La desestimación de la demanda comporta la condena en costas de los actores y la absolución de los demandados.

## **II. SOBRE LA RESPONSABILIDAD**

### **1. Responsabilidad contractual o extracontractual: Teoría de la yuxtaposición de responsabilidad**

El artículo 1089 del Código Civil, en adelante, CC establece “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”, de modo que, existen dos clases de obligaciones: las que se rigen por las disposiciones del Código Penal, en adelante, CP; dado que han nacido de un delito o de una falta, y las que derivan de actos u omisiones que no llegan a constituir infracción penal, pero que constituyen un hecho ilícito en que interviene culpa o negligencia. Éstas últimas, o bien, pueden incidir en el ámbito de los contratos y, por tanto, generar responsabilidad contractual, o generar responsabilidad extracontractual dado que inciden fuera de dicho ámbito.

El Código Civil establece un sistema dual de responsabilidad, diferenciando la responsabilidad civil contractual de la responsabilidad civil extracontractual.

Su terminología puede conllevar a pensar que el criterio distintivo entre estas dos clases de responsabilidad es el contrato; sin embargo, el criterio que verdaderamente se utiliza para distinguirlas es la relación obligacional de la que se trata.<sup>1</sup>

El Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 0001-2005-PI/TC alegó que “la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.”<sup>2</sup>

Por tanto, lo que diferencia la responsabilidad contractual de la extracontractual es su origen. La responsabilidad civil contractual genera la obligación de reparar el daño por el incumplimiento, ya sea por dolo o culpa, de un deber jurídico específico

<sup>1</sup> “La responsabilidad Civil extracontractual, según el Código Civil”, 2016, Iberley.

<sup>2</sup> El Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 0001-2005-PI/TC.

y previamente establecido, denominado “relación jurídica obligatoria”, es decir, parte de una relación anterior; mientras que la responsabilidad extracontractual se genera por el incumplimiento de un deber jurídico genérico: la omisión de un deber de diligencia que incumbe a toda persona, que consiste en no causar daño a los demás, con independencia de cualquier vínculo obligacional preexistente entre los sujetos.<sup>3</sup>

Sin embargo, ambas clases coinciden en el principio general de que quien causa un daño lo debe indemnizar, y además, esta finalidad reparadora común<sup>4</sup>, no implica que para que una de las dos opere, se excluya la otra.

En consiguiente, cuando nos encontramos con una concurrencia de ambas clases de responsabilidades; dicha concurrencia, supone una yuxtaposición que sólo desaparece cuando se dan puramente los requisitos definidores de una o de otra responsabilidad; por lo que, puede subsistir, y subsiste, la culpa extracontractual completando a la contractual, en cuanto integra todos los elementos conducentes al pleno resarcimiento.<sup>5</sup>

## **2. Plazos de prescripción**

En el ejercicio de la acción para exigir responsabilidad rigen distintos plazos de prescripción en función de la tipología de la que se trate.

Para la responsabilidad contractual, nuestro Código Civil no prevé un plazo específico, por lo que es de aplicación el plazo genérico de cinco años recogido en el apartado segundo del artículo 1964 del mismo, que dispone que “las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”.

En el caso de la responsabilidad extracontractual, en base al artículo 1968.2 del mismo texto legal, el plazo de prescripción es de un año: “Prescriben por el transcurso de un año: La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o

<sup>3</sup> GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos, “Responsabilidad Civil de los médicos”, Derecho y Cambio Social, Dialnet, 1 de noviembre de 2015, página 4.

<sup>4</sup> “Responsabilidad contractual”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>5</sup> “Responsabilidad extracontractual”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado”.

En cuanto al cómputo de dichos plazos de prescripción, de conformidad con el artículo 1969 CC: “el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

### **3. Omisión y culpa**

La omisión y la culpa, juntamente con la realidad del daño causado y el nexo de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado, son presupuestos o elementos de la obligación nacida del acto ilícito.<sup>6</sup>

Las omisiones son actos negativos, abstenciones de acciones constituyentes de un deber legal, objetivamente imputables al agente.<sup>7</sup> El Código Civil considera las omisiones como causa de incumplimiento de las obligaciones, de tal modo que el incumplimiento puede consistir en omitir lo que se debía hacer o en hacer lo que se debía omitir (artículos 1088 y 1099 del mismo).<sup>8</sup>

Las omisiones como causa de daño suponen un asunto de gran complejidad por cuanto que, para considerarlas como detonantes de un daño, en primer lugar, deben ponerse en relación con un deber preexistente de conducta, por lo que el comportamiento omisivo debe ser entendido al mismo tiempo como causa y como negligencia.<sup>9</sup>

Éstas participan de la naturaleza general de los actos jurídicos cuando son voluntarias, es decir, que sean queridas o al menos, imputables a su autor.<sup>10</sup> En consecuencia, la responsabilidad será excluida cuando falte la conciencia y la

<sup>6</sup> “Culpa aquiliana”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>7</sup> “Elementos de la teoría del delito”, 2020, Iberley.

<sup>8</sup> “Omisión”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, “Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos”, Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, No. 89, julio-diciembre 2017, Medellín (ISSN 01208179), Dialnet, página 81.

<sup>10</sup> “Omisión”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

voluntad de obrar, salvo que tal ausencia haya sido buscada por el sujeto mediante embriaguez, drogas, etc.<sup>11</sup>

Como señala el jurista José Castán, pueden corresponder a los mismos grupos en que se clasifican los actos jurídicos positivos. En consecuencia, podemos distinguir entre:

En primer lugar, las abstenciones constitutivas de negocios jurídicos, que pueden darse, o bien en aquellos casos en que la omisión puede valer como declaración de voluntad (tácita o presunta); o bien, en aquellos otros en que, aun sin presumirse la existencia de la declaración de voluntad, la ley atribuye a la abstención los mismos efectos que si mediare una declaración de voluntad. En segundo lugar, distinguimos las abstenciones constitutivas de actos de derecho, que implican una manifestación de voluntad no determinante del efecto jurídico. Y, por último, las abstenciones constitutivas de actos contrarios a derecho.<sup>12</sup>

Por lo que respecta a la primera tipología mencionada, el hecho de que el simple silencio pueda valer como declaración de voluntad supone un foco de discusión entre los juristas, dado que éstos dos no siempre pueden equipararse. Así pues, el problema reside en determinar cuándo este silencio puede ser interpretado como una tácita manifestación de consentimiento. El que calla no afirma ni niega (*qui tacet non utique fatetur*), pero tampoco puede considerarse indiferente para el Derecho, dado que en muchos supuestos sí equivale a una aceptación, y, en especial como aceptación de una oferta contractual (*que tacet consentire videtur*).

Por lo general, el silencio equivale como declaración cuando, el modo corriente de proceder entre dos personas implica el deber de hablar, ya que si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente, en aras de la buena fe (*qui siluit, quum loqui et debuit en potuit, consentire videtur*). Si esta citación es aceptada, esto implica que, primeramente, el que calla tenía la posibilidad de contradecir, es decir, es necesario que haya tenido conocimiento de los hechos que

<sup>11</sup> POLO SANTILLÁN, Miguel Ángel, “La responsabilidad ética”, Veritas, nº42 Valparaíso, abril 2019.

<sup>12</sup> “Omisión”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

motiven la posibilidad de la protesta (elemento subjetivo); y, en segundo lugar, que el que calla tenía la obligación de contestar, o al menos, la posibilidad de manifestar su disentimiento, si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte (elemento objetivo).<sup>13</sup>

La culpa es la conducta o actuación negligente por parte del agente, que causa un daño. Esta acción u omisión voluntaria de la diligencia exigible, es realizada sin malicia, pero que, al no prestarse con dicha diligencia, ocasiona un incumplimiento, ocasionando un resultado no querido y contrario a Derecho.<sup>14</sup>

Como se refería anteriormente, el art. 1089 CC distingue dos tipos de obligaciones nacidas de culpa o negligencia: las que nacen de delito o falta que se rigen por las disposiciones del CP, y las que derivan de actos u omisiones que no llegan a constituir infracción penal, pero constituyen un ilícito en que interviene culpa o negligencia, éstas, pueden incidir en el ámbito de los contratos generando responsabilidad contractual, o fuera de este campo generando responsabilidad extracontractual.<sup>15</sup>

#### **4. La realidad del daño causado y la existencia de una relación de causalidad: la pérdida de oportunidad.**

El artículo 1902 del CC dispone “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.” El hecho de que dicha acción u omisión, mediante la culpa, provoque la acción de reparación de ese resultado dañoso; implica la existencia de un nexo de causalidad.

La relación de causalidad conlleva que nadie debe responder de daños fortuitos, salvo que sea su deber evitarlos, o de aquellos imprevisibles o inevitables.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> “Omisión”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>14</sup> “Culpa alquiliana”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>15</sup> “Responsabilidad extracontractual”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>16</sup> “Responsabilidad Civil: definición, elementos y consecuencias”, Conceptos Jurídicos.

Para llevar a cabo la acción de resarcimiento por dichos daños, es preciso que concurren los siguientes elementos:<sup>17</sup>

- a. la existencia de una relación jurídica o contrato entre las partes,<sup>18</sup>
- b. que se haya incumplido total o parcialmente alguna de las obligaciones de dicha relación,<sup>19</sup>
- c. que dicho incumplimiento se haya producido por una falta de diligencia. Como se refería anteriormente, el incumplimiento culposo implica actuar sin la diligencia exigible en cada caso concreto.<sup>20</sup>
- d. la existencia de un nexo o de una relación de causa-efecto entre el hecho y el resultado dañoso.<sup>21</sup> En este nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño, ha de declararse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo.
- e. que debido a dicho nexo causal, se ha ocasionado un daño o perjuicio reparable y cuantificable.<sup>22</sup> El art. 1106 CC establece que “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

De este precepto se aprecia que los daños provocados pueden ser tanto materiales como personales e incluso morales. Sin embargo, cuando en una reclamación de daños se atiende a los daños materiales y morales<sup>23</sup>, ello no significa que se indemnice doblemente, sino que se concede por un hecho único una doble indemnización que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios ocasionados alcanzan una perturbación indemnizable.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Regulación del contrato de transacción”, 2016, Iberley.

<sup>18</sup> “Regulación del contrato de transacción”, 2016, Iberley.

<sup>19</sup> “Responsabilidad contractual”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>20</sup> Responsabilidad contractual”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>21</sup> “Regulación de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual”, 2016, Iberley.

<sup>22</sup> ALAMAR CASARES, María José, “Responsabilidad civil derivada de daños corporales (enfermedades y malformaciones) de menores durante el embarazo y la lactancia, Valencia, 2015, página 76.

<sup>23</sup> NAVEIRA ZARRA, Maite María, “El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual”, 2004, página 112.

<sup>24</sup> “Culpa alquiliana”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.



Uno de los principales problemas directamente vinculado a la relación de causalidad, es que ésta debe ser probada.<sup>25</sup> La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria, de creación jurisprudencial, que busca resolver aquellos casos en los que no se ha podido acreditar de un modo absoluto dicha relación.<sup>26</sup>

Este mecanismo estima la pretensión del demandante concediendo el derecho a una indemnización proporcionalmente reducida, en todo caso, a la que habría correspondido si se hubiera probado con total certeza la existencia de la relación de causalidad.<sup>27</sup> El objetivo de esta teoría es la protección de las expectativas de la persona que ha sufrido el daño que ha generado la responsabilidad.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> FIERRO RODRÍGUEZ, Diego, “Algunas reflexiones sobre la doctrina de la pérdida de la oportunidad”, Barcelona, 3 de junio de 2016.

<sup>26</sup> GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “Causalidad probabilística, incertumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad” Revista Aragonesa de Administración Pública, ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015, página 36.

<sup>27</sup> FIERRO RODRÍGUEZ, Diego, “Algunas reflexiones sobre la doctrina de la pérdida de la oportunidad”, Barcelona, 3 de junio de 2016.

<sup>28</sup> NAVEIRA ZARRA, Maite María, “El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual”, 2004, página 143.

### III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

No existe una responsabilidad civil profesional como tal, con criterios diferentes de los relativos a la teoría general del deber de responder, sino que la responsabilidad civil de los profesionales constituye un capítulo más dentro del amplio campo de la responsabilidad civil.<sup>29</sup> Aún así, la responsabilidad civil médica constituye un supuesto de particular importancia dentro de la responsabilidad civil en general, y específicamente, de la responsabilidad profesional.<sup>30</sup>

Como regla general, la responsabilidad de estos profesionales frente al paciente es de tipo contractual (art. 1101 CC). Este tipo de responsabilidad se genera cuando los profesionales vulneran los deberes de conducta que su profesión les impone, es decir, cuando existe un incumplimiento de las obligaciones que forman parte de la relación contractual previa entre el paciente y el médico.<sup>31</sup> Por contra, la responsabilidad extracontractual, recogida en el art. 1902 CC, se origina no cuando exista esa previa relación, sino cuando a causa de los perjuicios derivados de un acto ilícito realizado por el profesional, y en consecuencia, se genera el derecho a ser resarcido.

A tenor del artículo 1903 CC, el incumplimiento de esta clase de contratos también puede suponer la responsabilidad contractual del centro sanitario en caso de daños al paciente. Aún así, sigue siendo preciso que la conducta del médico sea causa, o una de las causas, de la producción del daño.<sup>32</sup>

En el resarcimiento del daño en favor del perjudicado, se admite la concurrencia de ambos tipos de responsabilidades, y de hecho, éste puede optar entre ambas acciones de resarcimiento, o incluso, ejercitarlas alternativa y subsidiariamente. Esto es, la anteriormente nombrada, teoría de la yuxtaposición. Ahora bien, para

<sup>29</sup> PADILLA, Rodrigo, “Responsabilidad civil profesional. con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos”, 2017, página 1.

<sup>30</sup> GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos, “Responsabilidad Civil de los médicos”, Derecho y Cambio Social, Dialnet, 1 de noviembre de 2015, página 7.

<sup>31</sup> MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia médica y responsabilidad civil”, página 6.

<sup>32</sup> NAVEIRA ZARRA, Maite María, “El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual”, 2004, página 25.

que el médico responda, es preciso que haya actuado antijurídicamente, es decir, que su conducta haya sido contraria al derecho, o al menos, que se le pueda imputar subjetivamente el daño.<sup>33</sup>

### **1. El deber de diligencia. La *Lex Artis ad hoc***

El fundamento de la responsabilidad profesional del médico es la culpa o negligencia, y la obligación de diligencia del médico, como deber de actuación y no de resultado, se funda en el cumplimiento de la llamada “*Lex Artis ad hoc*”.<sup>34</sup> La *Lex Artis ad hoc* es uno de los conceptos esenciales para el Derecho Sanitario, y delimita el marco general de actuación del profesional, técnico y auxiliar de las disciplinas para la salud.<sup>35</sup> En concreto, la Sentencia de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2003 define la *lex artis* de la siguiente forma: “criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico que no sólo exige el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino también la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias”.<sup>36</sup>

Siguiendo el tenor literal del artículo 1104 CC: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”

Por tanto, la medida de la diligencia exigible varía en función de cada caso, y dependerá de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. A mayor abundamiento, también influye si en el supuesto

<sup>33</sup> “Regulación del concurso de responsabilidad contractual y extracontractual en el orden civil”, 2016, Iberley.

<sup>34</sup> “La responsabilidad civil médica”, 2019, Iberley.

<sup>35</sup> “¿Qué es la *lex artis ad hoc*?” Comisión Nacional de Arbitraje Médico, página 1.

<sup>36</sup> Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 495/2006, de 23 de mayo de 2006, RJ Ar. 3535 y SAP, Civil Sección 21 del 02 de Marzo del 2010 Recurso: 95/2008.

nos encontramos ante un médico especialista o de medicina general; ante un médico rural o un profesional de un gran centro hospitalario, dado que este último dispondría de los medios y de las técnicas necesarias para emitir un diagnóstico mucho más preciso.<sup>37</sup>

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia, dado que se trata de una medida que atiende a un criterio objetivo y abstracto, porque se toma como tipo medio de persona diligente.<sup>38</sup>

Si el médico no actúa diligentemente en el desempeño de su profesión, es decir, si no proporciona los medios y cuidados adecuados en consonancia con la denominada *Lex Artis ad hoc*, será responsable del resultado dañoso ocasionado.

Para que la justicia pueda analizar una probable *mala praxis* médica, deberá formar un modelo profesional, para comparar la conducta puesta en tela de juicio, en relación con los artículos 1104 y 1903 CC. De hecho, este parámetro determina lo que “debió” haber hecho el médico, de ahí que se hable de nivel de diligencia exigible.

Como se ha mencionado, a los médicos no se les impone el deber más alto posible, sino el grado medio, que es el que se toma como referencia para analizar y calificar su actuación. Por ese mismo motivo, el profesional sanitario no será responsable de los riesgos atípicos, ni tampoco cuando en su actuación hubiera utilizado otro procedimiento o técnica válidamente alternativos.<sup>39</sup> Por consiguiente, un “falso diagnóstico” o un “diagnóstico erróneo”, que posteriormente estudiaremos, calificado como tal por comparación con la verdadera situación de la que se trate, no tiene por qué responder a un comportamiento negligente del médico.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> “La culpa y el dolo como modos de incumplimiento de las obligaciones”, 2016, Iberley.

<sup>38</sup> “Responsabilidad contractual”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>39</sup> MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia médica y responsabilidad civil”, páginas 3-5.

<sup>40</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*”, Revista chilena de derecho privado, ISSN 0718-8072, RChDP n.12 Santiago, julio 2009.

## **2. Omisión del deber de información y el diagnóstico: una obligación de medios**

Una prestación de un servicio, al tratarse de una obligación de hacer, o bien consiste en realizar cierta actividad con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito; o bien en procurar al acreedor, en este caso, paciente, cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; o bien, finalmente, en procurarle el resultado prometido.<sup>41</sup>

Generalmente, se sostiene que, en el ámbito de la medicina, los actos realizados no comportan *per se* la garantía del resultado perseguido, sino que se trata de una obligación de medios, que valga la redundancia, consiste en la utilización de medios idóneos, suministrando todos los cuidados necesarios al paciente, así como las obligaciones de informarlo, sin garantizar el resultado de la misma, siempre en consonancia con la anteriormente ya referida *Lex Artis ad hoc*.<sup>42</sup>

En este tipo de obligación de medios, el deudor (el profesional sanitario), sólo se compromete a realizar una actividad de manera diligente, que por supuesto, tiende al logro de cierto resultado esperado, pero reitero, sin asegurar que éste se produzca. En concreto, en esta clase de obligaciones, el resultado buscado servirá de guía a seguir para la diligencia con la que deba llevarse a cabo.<sup>43</sup>

Por el contrario, una obligación de resultado es aquella en la cual el deudor debe cumplir un determinado objetivo, consecuencia, o resultado prometido; en el ámbito de la medicina, este sería lograr la salud del paciente, lo que resulta imposible de prometer. No obstante, en determinadas ocasiones, nos encontramos ante una obligación de resultado, cuando la labor del médico no consiste en curar,

<sup>41</sup> RAMIRO FUENTES, Diego, “Obligaciones de resultado eficaz: un modelo para armar”, Derecho Creativo del Comahue, Revista jurídica y cultural integrada por estudiantes, graduados y profesionales del Comahue, 31 de Enero de 2017.

<sup>42</sup> “La responsabilidad civil médica”, 2019, Iberley.

<sup>43</sup> PADILLA, Rodrigo, Responsabilidad civil profesional. con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos”, 2017, páginas 11-12.

sino en realizar una intervención satisfactoria para obtener un resultado específico, como puede ser la mejora del aspecto físico o estético.<sup>44</sup>

A pesar de ello, no son irrelevantes ni los resultados en las obligaciones de medios ni los medios en las obligaciones de resultado.

### **3. Cambios legislativos: El deber de información**

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad abrió paso a una posterior regulación en la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en adelante LBAPICD; que desarrolla las previsiones que la Ley General de Sanidad estableció como principios generales.

En efecto, la LBAPICD recoge la forma y las condiciones en que debe suministrarse dicha información, y determina las obligaciones de los profesionales sanitarios en el ámbito de la información y la documentación clínicas con el objeto de proporcionar información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

En base a esta ley, el médico tiene la obligación de proporcionar información al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico y opciones de tratamiento, cómo va a efectuarse, cuál será su duración y los riesgos inherentes al mismo. Este deber es un requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *Lex Artis* para llevar a cabo la actividad médica.<sup>45</sup> Por tanto, el cumplimiento de este deber también reducirá en buena medida el riesgo de ser responsable de una *praxis* no adecuada.

<sup>44</sup> MARTÍNEZ SIMÓN, Alberto Joaquín, “De las obligaciones de medios y de resultado”, página 22.

<sup>45</sup> MATEO SANZ, Jacobo B., “Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León”, Plan de Salud de Castilla y León, 2008-2012, página 80.

A tenor de su cuarto artículo, debe tratarse de una información verdadera, que debe comunicarse al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, y que le ayude a tomar decisiones libres y voluntarias.

El médico responsable del paciente debe garantizarle el cumplimiento de su derecho a la información en todas las actuaciones asistenciales. Asimismo, los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también son responsables de este deber.

El titular a quien debe ir dirigida esta información es el paciente. Sin embargo, las personas vinculadas a éste también serán informadas, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Incluso en caso de incapacidad, el paciente debe ser informado, de manera adecuada a sus posibilidades de comprensión, y también se informará a su representante legal.

Durante el ejercicio de este deber, los profesionales son los que -teniendo en cuenta las peculiaridades de los pacientes y del acto médico- deben decidir el ritmo, la cantidad y la forma de ofrecer la información.

Además, el artículo 8 de esta misma ley contempla que una vez recibida la información previa adecuada, se requiere el consentimiento informado del paciente, para realizar cualquier clase de intervención en el ámbito de la sanidad, es decir, en toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación. Por consiguiente, el médico deberá previamente facilitar la información básica acerca de: las consecuencias relevantes o de importancia originada por la intervención; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y las contraindicaciones; requisitos previstos en el art. 10 LBAPICD.

La información y el consentimiento, por regla general, se efectuarán verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

No obstante, esta Ley impone, respecto al deber de información, un deber de diligencia incrementado en los casos de mayor riesgo para la salud del paciente, especialmente cuando el resultado de una intervención puede resultar más incierto. Asimismo, el artículo 9.2 LBAPICD establece ciertos límites a dicha exigencia, señalando dos supuestos en los que no resulta necesario el consentimiento: cuando existe riesgo para la salud pública, y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización; si bien, cuando sea posible, se consultará a sus familiares o a las personas con las que se encuentre vinculadas de hecho.

La falta del cumplimiento del deber de información al paciente implica una *mala praxis* médica, que va a permitir ejercitar al paciente el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona, derecho recogido en el art. 10.1 CE, y que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social.

A pesar ello, esta *mala praxis* no es en sí misma una causa de resarcimiento pecuniario, es decir, no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido.<sup>46</sup> Ahora bien, sí cabrá indemnización cuando se materialice un riesgo del que no había sido informado el paciente. Esta afirmación se fundamenta, entre otras, a tenor de la STS 483/2015 de 8 de septiembre de 2015.<sup>47</sup>

La indicación de una prueba también es competencia exclusiva del médico, y la decisión de llevarla a cabo corresponde al paciente, el cual deberá estar suficientemente informado.<sup>48</sup> En todo caso, el médico debe evitar que sus

<sup>46</sup> SEVILLA CÁCERES, Francisco “Deber de información del paciente”, Mundo jurídico.info, 11 de junio de 2019.

<sup>47</sup> Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia núm. 483/2015 de 8 de Septiembre de 2015.

<sup>48</sup> “Consentimiento informado”, Ministerio de Salud del Gobierno de España, 31 de diciembre de 2019.



convicciones religiosas, ideológicas y culturales, puedan condicionar su capacidad de decisión.<sup>49</sup>

La indicación o no de las pruebas de diagnóstico prenatal corresponde al médico que asiste el embarazo.<sup>50</sup> También corresponde a éste la determinación de cuándo debe pedirse una prueba y qué tipo de prueba debe solicitarse, así como la denegación a la práctica de una determinada prueba cuando no hay indicaciones médicas.<sup>51</sup> Es también responsabilidad del médico que asiste el embarazo proporcionar la información a los padres sobre las indicaciones y riesgos de estas pruebas.<sup>52</sup>

### **3.1.Pauta clínica y legal del ginecólogo**

A fin de actuar conforme la *Lex Artis*, es preciso que una vez la paciente embarazada, o incluso antes de estarlo, tenga su primera visita, el médico realice una serie de actuaciones con el objetivo de comprobar que el embarazo sigue su curso normal, y en su caso, detectar y tratar cualquier problema lo antes posible.

La conducta clínica recomendada debe sustentarse en el precepto “*primum non nocere*” y tener en cuenta primeramente la dimensión de enferma gestante y no sólo de enfermedad.<sup>53</sup>

En primer lugar, existen unas medidas de cribado poblacional. Dado el coste y los peligros potenciales en la práctica de técnicas invasivas durante las gestaciones, el diagnóstico prenatal reposa en los métodos no invasivos de cribado de todas las

<sup>49</sup> “Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda”, Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

<sup>50</sup> Revisado por FUENTES, Armado, “Atención médica durante el embarazo”, KidsHealth, octubre de 2018.

<sup>51</sup> MARTÍNEZ DEL TORO, Susana, “Diligencias preliminares. Análisis jurisprudencial”, El derecho.com, 27 de mayo de 2019.

<sup>52</sup> Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda”, Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

<sup>53</sup> Revisado por FUENTES, Armado, “Atención médica durante el embarazo”, KidsHealth, octubre de 2018.

gestantes. Básicamente consiste en el seguimiento ecográfico y de las determinaciones bioquímicas en sangre materna.<sup>54</sup>

Dentro de este seguimiento ecográfico, existen distintos niveles de estudio del feto, que se basan en los usos y la especialización, en concreto, van del nivell I al nivell III, puesto que se recomienda la práctica general de tres exploraciones: a las 8-12 semanas, a las 18-20 semanas, y a las 34-36 semanas. En concreto:<sup>55</sup>

- Nivel I: Es una fase asistencia primaria, en la que ya se pueden detectar defectos severos o marcadores de cromosomopatía.
- Nivel II: Se realiza una exploración a las 18-20 semanas con el objetivo de evidenciar si existen anomalías morfológicas fetales.
- Nivel III: Esta tercera fase es importante sobretodo cuando existe un riesgo más elevado detectado por las circunstancias mencionadas anteriormente o por la observación de signos de sospecha en los niveles previos. Se utiliza para modular la conducta obstétrica y para preparar eventuales medidas terapéuticas para el bebé.

Los marcadores bioquímicos de sangre materna son los que hacen referencia a la trisomía 21 y a los defectos en el tubo neural.<sup>56</sup>

La trisomía 21 nos interesa especialmente para el objeto de estudio de este trabajo puesto que, además de ser la cromosomopatía desequilibrada más importante en la especie humana, es la que hace referencia al síndrome de Down, la malformación que caracteriza nuestro supuesto de hecho.

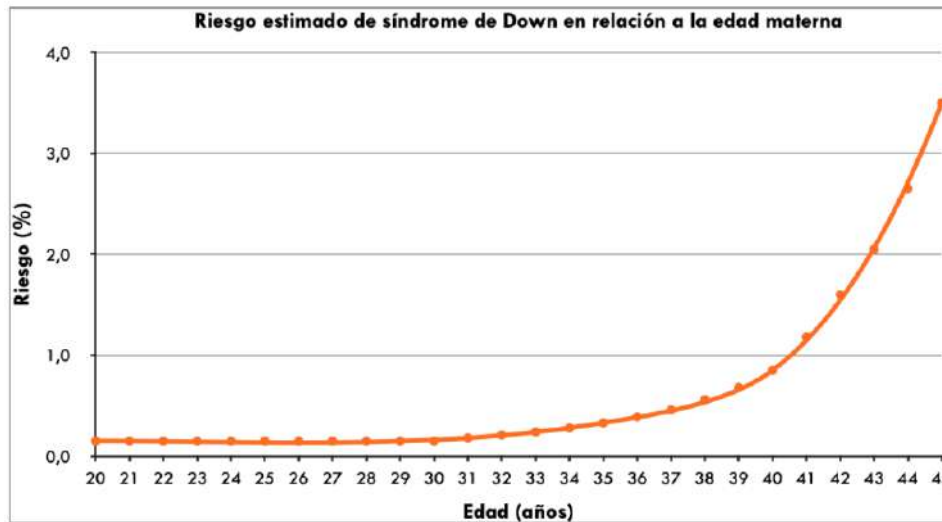
<sup>54</sup> Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda", Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

<sup>55</sup> Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda", Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

<sup>56</sup> Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda", Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

El síndrome de Down puede presentarse a cualquier edad de la madre, sin embargo, las posibilidades de que exista aumentan de forma paralela a la edad materna (Figura 1). La edad del padre, en cambio, no resulta influyente en este aspecto.<sup>57</sup>

Figura 1



Esta relación edad-riesgo se utiliza como base fundamental para la indicación de técnicas invasivas o para calcular la modificación del riesgo en relación con otros indicios, ya sean positivos o negativos. En la toma de decisión sobre la ejecución de dichas técnicas se tienen en cuenta los posibles efectos lesivos sobre el feto o la gestante, y el coste que representa efectuarlas. Generalmente, se recomienda el cariotipo fetal con técnica invasiva a partir de los 35-38 años.<sup>58</sup>

Por otra parte, existen otras cromosopatías que también presentan factor edad como la trisomía 21, estas son la trisomía 13, la trisomía 18, el síndrome XXX y el síndrome de Klinefelter (47, XXY).<sup>59</sup>

Sobre la información previa al consentimiento que debe proporcionar el médico, por un lado, debe informar a la gestante sobre la situación clínica en la que se

<sup>57</sup> Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda", Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

<sup>58</sup> Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda", Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

<sup>59</sup> Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda", Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

encuentra, teniendo en cuenta sus antecedentes y su historia clínica; qué sospecha busca descartarse mediante la prueba, que otras pruebas serían indicadas para realizar un mejor diagnóstico, los riesgos específicos de cada una de estas pruebas, la fiabilidad que tienen, y por último y no menos importante, que finalidad tiene la realización del diagnóstico. Una vez realizado el diagnóstico, el profesional sanitario también deberá informarla sobre las posibles alternativas en el caso de confirmarse un defecto congénito en el feto. <sup>60</sup>

Por otro lado, existe una amplia repercusión de las técnicas de diagnóstico prenatal sobre la interrupción del embarazo. En el momento en que el médico indica la posibilidad de que dichas pruebas impliquen la interrupción del embarazo, éste, también debe tener en cuenta los plazos legales que la regulan, y tener en consideración el tiempo que se necesita para la realización dichas pruebas, la obtención de resultados, y la tramitación de la solicitud de interrupción del embarazo a la comisión legalmente competente para autorizarla.<sup>61</sup>

### **3.2.Los supuestos de falso negativo en el diagnóstico prenatal**

El falso negativo en un diagnóstico prenatal se trata de en una situación en la que, con anterioridad a la concepción, la futura embarazada o ambos progenitores, acuden a un profesional sanitario para consultarle sobre la posibilidad de si su futura descendencia puede verse afectada por algún tipo de enfermedad, genética, o en general, transmisible, de la que éstos podrían ser portadores; y debido a un comportamiento negligente del médico durante la elaboración del diagnóstico, la información que se obtiene es errónea, y por tanto, se les informa de que no existe ningún riesgo que amenace a la futura descendencia, pese a que en realidad, si que

<sup>60</sup> Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda”, Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

<sup>61</sup> Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda”, Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

los hay, y que, de hecho, se concretan posteriormente con la concepción y el nacimiento.<sup>62</sup>

Dado que la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) se predica de todo individuo, cuando se interpone una demanda por un error en el diagnóstico preconcepcivo, no hay ningún obstáculo que impida que dicha demanda pueda ser ejercitada por ambos progenitores. En estos casos, el daño por el que se reclama una indemnización se pone en relación con la privación de la libertad de procreación. Entonces, es cuando, a consecuencia de ese comportamiento negligente del profesional sanitario, los progenitores reclaman que no pudieron adoptar una decisión libre e informada acerca de la procreación, viéndose con ello lesionados en esta libertad de la que son titulares.<sup>63</sup>

### **3.3.El problema de las omisiones y las acciones de *wrongful birth***

El supuesto paradigmático de las acciones de *wrongful birth* consiste en aquellos casos en los que se produce el nacimiento de un hijo con una malformación o enfermedad genética, no causada por la negligencia del médico, pero que no fue detectada intra-útero a tiempo de interrumpir la gestación. Esta figura engloba desde la práctica defectuosa de una actividad diagnóstica, hasta la omisión de un dato que apunta a una posible anomalía genética; pasando por la simple negligencia en la custodia de las muestras obtenidas. En estos supuestos, se relaciona la omisión por parte del médico de la información relativa a la anomalía con la privación a la madre de elegir entre dar a luz a un hijo con malformaciones o interrumpir

<sup>62</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (sala 1ª) de 24 de octubre de 2008”, página 201.

<sup>63</sup> MACÍA MORILLO, Andrea, “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (sala 1ª) de 24 de octubre de 2008”, página 199.

voluntariamente el embarazo, siendo éste el daño por el que se puede reclamar una indemnización.<sup>64</sup>

Es importante remarcar que la omisión no es la causa por sí misma del falso diagnóstico, sino que es lo que impide llegar a un diagnóstico de la enfermedad. Por consiguiente, se valora si de no haber sido por la negligencia del profesional sanitario demandado, la facultad de la embarazada de decidir si quería abortar no habría sido privada, siendo éste el daño por el que se puede reclamar una indemnización.<sup>65</sup>

El médico puede participar en esta omisión en dos escenarios distintos, o bien en un comportamiento negligente en que no logra o impide detectar el mal o defecto que sufre el *nasciturus*, o bien en un supuesto en el que la información existe, pero no se transmite a los progenitores antes de que transcurra el plazo de las 22 semanas legalmente fijado para la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, en lo que respecta al primer escenario, no debe olvidarse que, en el caso de las ecografías, la posición del feto y el estado del líquido amniótico, entre otros factores, pueden condicionar en gran medida la posibilidad de éxito de la prueba en cuanto a la detección de las malformaciones del feto.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> VICANDI MARTINEZ, Arantzantzu, “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente.”, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), ISSN-e 2340-4647, nº 3, 2013, página 41.

<sup>65</sup> VICANDI MARTINEZ, Arantzantzu, “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente.”, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), ISSN-e 2340-4647, nº 3, 2013, página 41.

<sup>66</sup> GONZÁLEZ-SERRANO, M<sup>a</sup> del Carmen Cazorla, “Protección jurídica del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico español”, Dialnet, 2017, páginas 1, 7.

#### IV. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Como se refería anteriormente, a tenor literal del artículo 1101 del CC “quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tener de aquéllas”. Y correlativamente, el artículo 1911 del mismo establece el principio de garantía patrimonial universal del deudor, al disponer que: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. De modo que, de la responsabilidad nace la obligación de resarcir las consecuencias lesivas para los derechos o intereses de otra persona derivadas de la actuación propia o ajena, bien procedan aquellas del incumplimiento de contratos, o bien de daños producidos por simple culpa o negligencia.

Sin embargo, conforme al artículo 1105 CC “nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables”. Esta disposición implica que existe la posibilidad de exonerar la responsabilidad cuando se rompe o interfiere el nexo causal, estando por tanto, la causa, fuera de su esfera de actuación.<sup>67</sup>

Los supuestos en los que resulta posible eximir la responsabilidad son los siguientes:

- 1) **Consentimiento del perjudicado.** En tanto que el consentimiento es la expresión de la voluntad del sujeto, pues su manifestación, ya sea expresa o tácita, lo vincula jurídicamente, por regla general (y en aquellos casos en los que el bien jurídico sea disponible por el sujeto), al resultado de lo consentido.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina, “Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba”, Revista de Derecho Privado, E-ISSN: 1909-7794, redalyc.org, páginas 11 y 17.

<sup>68</sup> “Supuestos de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual: Legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento, caso fortuito y fuerza mayor y culpa exclusiva del perjudicado o víctima”, 2016, Iberley.

- 2) **Legítima defensa.** Ampara a quien, frente una agresión ilegítima y actual a sus bienes jurídicos o los de un tercero, actúa impidiendo o repeliendo la agresión de modo proporcionado para evitarla.<sup>69</sup>
- 3) **Estado de necesidad.** Se trata de una situación que ampara a quien, en circunstancias de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno debe causar otro mal, siempre que este no sea mayor que el que trata de evitar. Se requiere que no haya provocación intencional del estado de necesidad y que la profesión o cargo del sujeto no lo obligue a sacrificarse.<sup>70</sup>
- 4) **Concurrencia con la culpa del perjudicado o de un tercero.** Engloba esos casos en los que éste tiene el deber legal de mitigar el daño.<sup>71</sup>
- 5) **Culpa exclusiva del perjudicado o de un tercero.** Si en el resultado dañoso no intervienen causas extrañas o ajenas a la conducta del sujeto, no puede existir responsabilidad del agente. <sup>72</sup>
- 6) **Caso fortuito o fuerza mayor.** Son causas externas en las que se rompe el nexo causal, dado que el daño es producido por un acontecimiento inevitable o imprevisible de resistir, y que, por lo tanto, no se le puede imputar al sujeto.<sup>73</sup>

El primero de los términos hace referencia a aquellos hechos que no han podido preverse, o que, si se hubieran previsto, hubieran sido inevitables. En el supuesto de fuerza mayor, la generación de dicha circunstancia imprevisible o inevitable supone la alteración de las condiciones de una obligación. En cuanto al criterio objetivo, el caso fortuito se produce en el círculo interno de la obligación, mientras

<sup>69</sup> “Supuestos de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual: Legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento, caso fortuito y fuerza mayor y culpa exclusiva del perjudicado o víctima”, 2016, Iberley.

<sup>70</sup> “Supuestos de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual: Legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento, caso fortuito y fuerza mayor y culpa exclusiva del perjudicado o víctima”, 2016, Iberley.

<sup>71</sup> “Supuestos de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual: Legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento, caso fortuito y fuerza mayor y culpa exclusiva del perjudicado o víctima”, 2016, Iberley.

<sup>72</sup> “Supuestos de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual: Legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento, caso fortuito y fuerza mayor y culpa exclusiva del perjudicado o víctima”, 2016, Iberley.

<sup>73</sup> “Responsabilidad contractual”, 2016, Iberley.



que la fuerza mayor es un suceso totalmente extraño a la actividad ordinaria, ajeno al círculo de la obligación.<sup>74</sup>

La carga de la prueba de una situación de caso fortuito o fuerza mayor corresponde a quien la opone como causa de exoneración de responsabilidad, dado que la imprevisibilidad y la inevitabilidad exige una prueba cumplida de parte de quien la alega.<sup>75</sup>

Para el caso que nos ocupa, es decir, la exoneración de responsabilidad de un profesional sanitario resulta evidente que no todos estos supuestos podrán concurrir durante el transcurso de su actividad profesional, sino que el demandado sólo se exonera demostrando que la causa del incumplimiento ha sido un elemento extraño, es decir fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

A mayor abundamiento, si solo se demuestra la existencia del daño, pero hay ausencia de prueba, jamás podrá presumirse la relación de causalidad, por lo que el presunto responsable quedará exonerado.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> “Responsabilidad contractual”, 2016, Iberley.

<sup>75</sup> DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina, “Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba”, Revista de Derecho Privado, E-ISSN: 1909-7794, redalyc.org, páginas 17 - 20.

<sup>76</sup> DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina, “Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba”, Revista de Derecho Privado, E-ISSN: 1909-7794, redalyc.org, página 21.

## V. LA PRUEBA PERICIAL

Como se refería anteriormente, las negligencias médicas tienen que ver con el cómo se ha intervenido, más que con el resultado de la intervención. Por eso, los supuestos límite en los que se debata la responsabilidad sanitaria y en que no esté claro si la lesión ha derivado de la actuación del médico o si este pudo actuar de forma más eficaz, requerirán de la intervención de peritos y abogados expertos en la materia que le ilustren con sus conocimientos científicos sobre la actuación del facultativo y su incidencia en el resultado dañoso. La prueba por excelencia en estos procesos es el informe pericial.<sup>77</sup>

Los artículos 335 y ss de la LEC regulan la prueba pericial en el procedimiento. Y siguiendo el tenor literal del art. 299.1.4º de la LEC, el dictamen de peritos es un medio concreto de prueba, en virtud de la cual una persona con conocimientos especializados (científicos, artísticos, técnicos o prácticos) que el juez no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.<sup>78</sup>

Para la selección del perito que intervendrá en el proceso se utiliza un doble sistema: En primer lugar, la designación parcial de perito, conforme al principio de aportación de parte (art. 336 de la LEC). Las partes podrán designar la actuación de los peritos bien en la demanda, o bien en la contestación, donde presentarán el dictamen pericial del que intenten valerse (art. 339 de la LEC), sin perjuicio de lo establecido en el art. 337 LEC.<sup>79</sup>

Si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino

<sup>77</sup> ESTEBAN DE ANDRÉS, Luciano, “La prueba pericial”, Trabajo de fin de grado, Segovia, noviembre de 2018, páginas 19 y 21.

<sup>78</sup> “Regulación del dictamen de la prueba pericial dentro del proceso civil”, 18 de mayo de 2017, Iberley.

<sup>79</sup> STEBAN DE ANDRÉS, Luciano, La prueba pericial”, Trabajo de fin de grado, Segovia, noviembre de 2018, páginas 7 y 8.

simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de asistencia jurídica gratuita.

En segundo lugar, de conformidad con los arts. 335 y 339 de la LEC, cabe la designación judicial de perito mediante sorteo cuando lo pidan las partes o cuando lo imponga la ley. En el caso de que lo soliciten el demandante o el demandado, podrán hacerlo en sus respectivos escritos iniciales si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de dicho informe pericial. Este dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas. Para este caso, se seguirá lo preceptuado en el art. 341 y ss de la LEC.

Los dictámenes periciales se formularán por escrito y deberán ir acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia. Si no fuese posible o conveniente aportar dichos materiales e instrumentos, el escrito de dictamen contendrá sobre ellos las indicaciones suficientes.

En cuanto a la valoración del dictamen pericial, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 348 de la LEC que dispone que el juzgador lo hará, según el principio de la libre valoración de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica.

## VI. LA NEGLIGENCIA MÉDICA

Una negligencia médica denota una lesión causada a un paciente como consecuencia de un actuación imprudente o hecha desde el desconocimiento por parte del personal sanitario. De hecho, la denominada *lex artis* representa la actuación diligente desde el punto de vista del caso específico.<sup>80</sup>

El profesional que comete un error sobre el diagnóstico de un paciente puede incurrir en responsabilidad si no adoptó los medios necesarios o actuó apartándose injustificadamente de los estándares marcados por esta doctrina.<sup>81</sup>

### 1. La importancia del historial médico en una reclamación por negligencia médica

El historial médico constituye el pilar fundamental para una adecuada asistencia sanitaria al paciente. En determinadas ocasiones, la correcta elaboración y redacción del mismo puede suponer la diferencia entre la vida y la muerte.<sup>82</sup>

Cuando se comete una negligencia médica, para poder iniciar cualquier tipo de trámite, resulta precisa y necesaria la obtención de la documentación médica generada por el centro hospitalario público, clínica privada o profesional sanitario que haya o hayan asistido al paciente y provocado el error médico.<sup>83</sup>

Para que una historia clínica sea adecuada, se requiere que en la misma se recoja una minuciosa descripción de los antecedentes clínicos, una exhaustiva reminiscencia y una detallada exploración clínica. De hecho, resulta fundamental para que un paciente pueda ser visitado y asistido por diferentes facultativos.<sup>84</sup>

A mayor abundamiento, no basta con redactar de forma correcta la historia clínica, sino que también hay que leerla correctamente. En efecto, a diario se producen gran cantidad de negligencias médicas por problemas relacionados con la historia

<sup>80</sup> “Negligencia médica”, Conceptos jurídicos.com.

<sup>81</sup> “Negligencia médica”, Conceptos jurídicos.com.

<sup>82</sup> “Error médico como consecuencia de una incorrecta lectura de la historia clínica”, Atlas Abogados, 26 de agosto de 2019.

<sup>83</sup> “¿Cómo actuar ante una negligencia médica?”, Actualidad Legálitas, 5 de mayo de 2016, actualizado el 15 de enero de 2019.

<sup>84</sup> “Error médico como consecuencia de una incorrecta lectura de la historia clínica”, Atlas Abogados, 26 de agosto de 2019.

clínica, que ocasionan, en el mejor de los casos, un susto, y en el peor la muerte o graves secuelas para el paciente. <sup>85</sup>

## 2. La carga de la prueba en la negligencia médica

En el ámbito de la responsabilidad civil médica, el criterio jurisprudencial consolidado descarta la existencia de una responsabilidad objetiva y, por tanto, la aplicación de la inversión de la carga de la prueba.<sup>86</sup>

En concreto, pronunciaron que *“en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida para daños de otro origen, estando por tanto a cargo del paciente (o sus familiares o las personas legitimadas para actuar en representación del mismo) la prueba de la relación o nexo de causalidad -STS de 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7313), Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales- y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico - sentencias de 13 de julio de 1987, 12 de julio de 1988 y 7 de febrero de 1990 - por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa, por depender de la misma el resultado dañoso -STS (Sala de lo Civil) de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2209), Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Martínez Calcerrada y Gómez-; que igualmente puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio -STS de 7 de junio de 1988 (RJ 1998/4825) - o más generalmente en una acción culposa - STS de 22 de junio de 1988 (RJ 1998/5124), Ponente: Excmo. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa ”*<sup>87</sup>.

De modo que el paciente, en consonancia con el artículo 217 LEC, debe probar la realidad de los hechos, la existencia del daño, el nexo causal existente entre la

<sup>85</sup> “Error médico como consecuencia de una incorrecta lectura de la historia clínica”, Atlas Abogados, 26 de agosto de 2019.

<sup>86</sup> VALLS LLORET, José Domingo, “La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal”, DS Vol. 8, Núm 1, Enero-Junio 2000, página 77.

<sup>87</sup> Cfr Sentencia núm. 8942/2007 de 4 de diciembre de 2007, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Madrid. Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Rios – ECLI:ES:TS: 2007:8942.

conducta negligente del facultativo y el resultado dañoso. En otras palabras, implica probar la omisión por parte del médico de la diligencia exigida a estos profesionales en estos casos, cotejándola con la *Lex Artis ad hoc*. Sin embargo, el rigor de dicha prueba es flexible, dado que se admiten la prueba *prima facie* y las presunciones.<sup>88</sup>

Respecto a la culpa, deberá probar la actuación negligente del médico, salvo en los casos en los que: se haya producido un incumplimiento del arrendamiento de obras (se considere o no en puridad como tal los supuestos de cirugía estética), un daño desproporcionado, exista una facilidad probatoria por parte del médico.<sup>89</sup>

### 3. La reclamación de indemnización por negligencia médica

Para que se genere el derecho a indemnización por una *mala praxis* médica que ocasiona una lesión al paciente, deben concurrir tres elementos:<sup>90</sup>

1. La lesión. Ésta puede ser inmediata o no, y física o moral. No es necesario que cause un menoscabo en la integridad física del paciente.<sup>91</sup>
2. La *mala praxis* en sí misma. El simple hecho de apartarse del protocolo sanitario o de los estándares de la profesión de conformidad con la *Lex Artis ad hoc*.<sup>92</sup>
3. Y un nexo causal. Es decir, el daño debe ser consecuencia de la *mala praxis*. Si no existe relación de causalidad, no habrá derecho a indemnización.<sup>93</sup>

Como se ha observado anteriormente, en general, para la apreciación de la *mala praxis* y el nexo causal se requerirán los servicios de un perito médico.<sup>94</sup>

<sup>88</sup> MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia médica y responsabilidad civil”, página 11.

<sup>89</sup> MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia médica y responsabilidad civil”, página 13.

<sup>90</sup> “Negligencia médica”, Conceptos jurídicos.com.

<sup>91</sup> “Negligencia médica”, Conceptos jurídicos.com.

<sup>92</sup> “Negligencia médica”, Conceptos jurídicos.com.

<sup>93</sup> “Negligencia médica”, Conceptos jurídicos.com.

<sup>94</sup> “Negligencia médica”, Conceptos jurídicos.com.

#### **4. La póliza de responsabilidad civil profesional**

Con el fin de atender esta clase de reclamaciones, existen las pólizas de responsabilidad civil profesional para profesiones medicas, clínicas y hospitales.

Estas pólizas consisten en un tipología de seguro para cubrir los posibles riesgo de responsabilidad civil profesional de los profesionales en el sector de la salud frente a los daños que éstos puedan causar en el desarrollo de su actividad profesional.<sup>95</sup>

El asegurador asume las consecuencias económicas de los hechos acaecidos y cubiertos por el contrato, reparando el daño causado por el asegurado a un tercero, hasta el límite pactado en la póliza de seguro -que es el documento que contiene las condiciones que regulan la relación contractual entre asegurar y asegurado- recogiendo los derechos y deberes de las partes.<sup>96</sup>

Estas pólizas cubren los perjuicios patrimoniales ocasionados por dichos profesionales en el ejercicio de su profesión, así como los perjuicios que de ellos se pudieran derivar, y durante la vigencia del seguro, por los cuales el asegurado sea civilmente responsable.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> “Póliza de responsabilidad civil profesional para profesiones medicas, clínicas y hospitales”, Seguros del Estado.

<sup>96</sup> “¿Qué es un Seguro de Responsabilidad Civil Profesional?”, comtrabajosocial.com.

<sup>97</sup> “Seguro de responsabilidad civil de médicos. Incorporada al Depósito de Pólizas bajo el código POL120131627”, página 3.

## VII. ANÁLISIS COMPARATIVO CON OTRAS PROFESIONES

### 1. El abogado

Los errores que un abogado puede cometer en el ejercicio de su profesión comportaran que sus clientes puedan reclamar responsabilidad cuando les ocasione daños y perjuicios por un mal proceder. Cuando hablamos del deber de diligencia de los abogados, esto no incluye las actuaciones dolosas dirigidas a perjudicar los intereses encomendados, dado que esto constituiría un delito de deslealtad profesional, que es muy distinto.<sup>98</sup>

#### 1.1. Naturaleza de la obligación

El primer aspecto que interesa tener en cuenta al examinar la relación jurídica entre un abogado y su cliente es que, de la misma forma que en el ámbito de la medicina, la abogacía es una profesión que entra dentro del ámbito de las prestaciones de servicios; de modo que, será de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante LGDCU, particularmente en lo relativo al régimen de responsabilidad.

Al tratarse de una obligación de medios, los clientes no pueden exigir un resultado concreto: “el éxito de la pretensión, dado que no depende de forma exclusiva de la voluntad del abogado, sino de un tercero (juez, contraparte, etc.)”<sup>99</sup>; por lo que, los abogados deben poner a su disposición todos los medios posibles y necesarios con el objetivo de obtener el resultado pretendido por su cliente.<sup>100</sup>

Sin embargo, no todos los profesionales del derecho realizan mayoritariamente obligaciones de medios, por ejemplo, los notarios están sujetos a obligaciones de resultado, como puede ser el otorgamiento de un instrumento válido; asesoramiento

<sup>98</sup> PADILLA, Rodrigo, Responsabilidad civil profesional. con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos”, 2017, página 5.

<sup>99</sup> STS de 25 noviembre 1999 (RJ 9133).

<sup>100</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 25.



a las partes; labor fedante o autenticadora; expedición de copias y conservación del protocolo; fe de conocimiento; inscripción del instrumento en el Registro pertinente, etc.<sup>101</sup>

## **1.2.Naturaleza de la responsabilidad profesional**

La naturaleza de la obligación entre el abogado y el cliente, por lo general, es de naturaleza contractual, por consiguiente, el plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños del cliente es de 15 años (art. 1964 CC). Sin embargo, es posible que ambas clases de responsabilidades coexistan en un mismo asunto, tal y como reconoció la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8971), aplicando la doctrina de yuxtaposición de responsabilidades y el principio “*iura novit curia*”.<sup>102</sup>

Al tratarse generalmente de obligación de medios, la responsabilidad del abogado, con carácter general, es subjetiva, y en consecuencia, por lo que este sólo responderá por un incumplimiento negligente.<sup>103</sup> A tenor literal del art. 1104 CC: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

El incumplimiento de la obligación de los abogados se producirá, no por la insatisfacción del cliente en cuanto al resultado obtenido, sino por el desarrollo de la actividad sin la diligencia requerida por la *Lex Artis*.<sup>104</sup> Y para ello, tanto el régimen de responsabilidad del abogado como el canon de diligencia que le es

<sup>101</sup> PADILLA, Rodrigo, Responsabilidad civil profesional. con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos”, 2017, página 19.

<sup>102</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 26.

<sup>103</sup> “La diligencia profesional del abogado”, 2019, Iberley.

<sup>104</sup> Cfr Sentencia núm. 64/2010 de 23 de febrero de 2010, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Ponente: Exmo. Sr. Juan Antonio Xiol Rios. - (ECLI: ES:TS: 2010:988).

exigible se encuentran específicamente regulados en las normas que regulan esta profesión:<sup>105</sup>

- El Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio) (EGAE); en concreto, los arts. 42 sobre la relación con las partes; y 78 y 79 sobre la responsabilidad de los abogados.
- El Código Deontológico de la Abogacía (CDA), fundamentalmente el artículo 13, números 8 a 10, sobre “Relaciones con los clientes”.
- El Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea (adoptado por unanimidad por los representantes de los Colegios de Abogados de la CEE en la sesión plenaria del CCBE celebrada en Estrasburgo, el 28 de octubre de 1988).
- Normativa de la Abogacía Catalana del Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña. Resolución JUS/110/2019, de 22 de enero.

### **1.3.El deber de diligencia. La *Lex Artis* en la abogacía**

Los deberes del abogado en relación con sus clientes se regulan en el art. 42 EGAE, y Cataluña, en el art. 18 y 19. de la Normativa de la de la Abogacía Catalana.

Según la STS de 4 de febrero de 1992, el artículo 42 del EGAE impone al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia. <sup>106</sup>

Entre tales deberes destacan el deber de información, el deber de una adecuada custodia de todos los documentos, el deber de devolución de la documentación al

<sup>105</sup> “La responsabilidad de los abogados en el ejercicio de su profesión”, Damnum abogados, 2018.

<sup>106</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 28.

cliente, y el deber de conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicables al caso si hubiese interpretaciones no unívocas.<sup>107</sup>

Dado que estamos realizando un estudio comparativo entre las distintas profesiones, resulta preciso prestar especial atención al deber de información.

### 1.3.1. El deber de información y la negligencia por omisión

El deber de información perdura durante la vigencia de toda la relación contractual. En concreto, con carácter previo a un litigio, el abogado tiene el deber de informar adecuadamente a su cliente sobre sus posibles pretensiones, de si estas son fundadas o no, de las probabilidades razonables de éxito, pruebas disponibles, medios de defensa, del eventual coste de los mismos, así como de la conveniencia o no de alcanzar un arreglo amistoso.<sup>108</sup>

Durante el transcurso del proceso, el abogado debe mantener puntualmente informado a su cliente de la marcha de este, informarle sobre la conveniencia o no de la presentación de recursos, etc. <sup>109</sup>

En la terminación del litigio, y en caso de desestimación de las pretensiones de su cliente, deberá informarle de otros posibles cauces procesales en los que aquéllas puedan ser estimadas.<sup>110</sup>

La omisión del deber de información, y del resto de deberes como abogado implica que esta incumplimiento con sus obligaciones, y en consecuencia, que no esta actuando conforme la *Lex Artis*. <sup>111</sup>

<sup>107</sup> La responsabilidad de los abogados en el ejercicio de su profesión”, Damnum abogados, 2018.

<sup>108</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, páginas 26-27.

<sup>109</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 26.

<sup>110</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 27.

<sup>111</sup> La diligencia profesional del abogado”, 2019, Iberley.

Esta afirmación se observa a tenor de la STS de 14 de julio de 2005, en la que se expresa lo siguiente: “El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional, sino que simplemente se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos.”<sup>112</sup>

Existen dos grandes clasificaciones respecto la negligencia por omisión de un abogado. Estas omisiones comportaran negligencia según las circunstancias del caso.<sup>113</sup>

A) La omisión de información al cliente.

- Omisión del deber de información al cliente de la posibilidad de interponer recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia que estimaba sólo parcialmente su demanda. STS de 14 diciembre 2005 (RJ 2006, 1225) (FD 4°).<sup>114</sup>
- Omisión del deber de informar sobre el posible fracaso de la demanda por hallarse prescrita la acción, deber que forma parte de los que al Abogado impone el contrato por el que hace prestación de sus servicios profesionales. STS de 16 diciembre 1996 (RJ 8971) (FD 5°).<sup>115</sup>

<sup>112</sup> La diligencia profesional del abogado”, 2019, Iberley.

<sup>113</sup> La diligencia profesional del abogado”, 2019, Iberley.

<sup>114</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La responsabilidad abogado”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, página 36.

<sup>115</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La responsabilidad abogado”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, página 36.

- B) La omisión de elementos relevantes en los escritos judiciales.
- a) Omisión de pretensiones en el suplico de la demanda. STS de 14 diciembre 2005 (RJ 2006, 1225).<sup>116</sup>
  - b) Para el Abogado de una Compañía aseguradora: Falta de alegación de la cláusula de limitación de responsabilidad civil en la póliza de seguro. STS de 30 noviembre 2005 (RJ 2005, 7859).<sup>117</sup>
  - c) Por no instar la prórroga de anotación preventiva de un embargo trabado sobre ciertas fincas, permitiendo así la caducidad de la anotación practicada, y la posibilidad de que la contraparte pudiera transmitir libremente los bienes a un tercero, que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. \*STS de 17 noviembre 1995 (RJ 8735).<sup>118</sup>
  - d) Falta de subsanación de los defectos de representación del Abogado que había asumido también la representación de los clientes en demanda laboral. STS de 23 mayo 2006 (RJ 2006, 5827).<sup>119</sup>

#### **1.4.La carga de la prueba**

Al contrario que en el ámbito de la medicina, en materia de responsabilidad de abogados por defensa letrada en un proceso judicial, no puede hablarse de inversión de la carga de la prueba de la culpa. Por consiguiente, deberá ser el demandante quien acredite la realidad de los hechos y el nexo causal existente entre la conducta negligente del abogado y el daño sufrido, es decir, que será éste el que deberá acreditar que el resultado final perjudicial para sus intereses fue consecuencia de la

<sup>116</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de responsabilidad civil y seguro, página 34.

<sup>117</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de responsabilidad civil y seguro, página 35.

<sup>118</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de responsabilidad civil y seguro, página 35-36.

<sup>119</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de responsabilidad civil y seguro, página 36.

conducta negligente del abogado, sin perjuicio, naturalmente, de que esa pueda inducirse de un resultado “atípico”.<sup>120</sup>

Además, la principal diferencia entre estas dos profesiones es que, en este caso, el resultado dañoso no depende de circunstancias materiales o empíricas, sino de una declaración de voluntad judicial.<sup>121</sup>

### **1.5.El daño y la indemnización. La pérdida de oportunidad procesal y el juicio de probabilidad**

Cuando se acredita la producción de una negligencia profesional por incumplimiento de algunas de las obligaciones imputables al abogado, la apreciación del nexo de causalidad penetra en el terreno de la llamada imputación objetiva, que consiste en un proceso de valoración jurídica para determinar si, producida la negligencia, puede atribuirse a ésta el daño o perjuicio producido con arreglo a los criterios de imputabilidad derivados de las circunstancias que rodean el ejercicio de la profesión desde el punto de vista de su regulación jurídica. <sup>122</sup>

Para ello es procedente examinar si, como consecuencia de la negligencia profesional, que debe resultar probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como vulneración objetiva del derecho a tutela judicial efectiva, previsto en el art. 24.1 CE, susceptible de ser traducida en existencia de un daño moral efectivo y por ello resarcible por sí mismo en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC. <sup>123</sup>

<sup>120</sup> La diligencia profesional del abogado”, 2019, Iberley.

<sup>121</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 31.

<sup>122</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 30.

<sup>123</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 30.

El daño real sufrido por el cliente se refiere a la pérdida de oportunidad procesal, es decir, a la pérdida de la oportunidad de presentar y defender adecuadamente su pretensión.<sup>124</sup> Del mismo modo que en la medicina, la cuantía de la indemnización debe acercarse o alejarse del valor de la pretensión según la probabilidad de éxito de ésta, atendiendo a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la acción.<sup>125</sup>

Para la indemnización de la eventual pérdida patrimonial del cliente como consecuencia de la negligencia del profesional se ha de proceder al juicio de probabilidad, de modo que la indemnización por tal concepto guarde relación con el grado de probabilidad de que la pretensión del cliente hubiera prosperado de no mediar tal negligencia.<sup>126</sup> Para que el cliente tenga derecho a una indemnización, es necesario que de la negligencia se derive de un perjuicio cierto al cliente, y no uno eventual o meramente hipotético.<sup>127</sup>

Por eso mismo, el concepto indemnizatorio que mejor cuadra con la naturaleza del daño sufrido por el cliente de un abogado por negligencia de éste en el ejercicio de una acción o durante la tramitación de un proceso es el de la pérdida de oportunidad procesal.<sup>128</sup>

## **1.6. Inexistencia de responsabilidad**

En la profesión de la abogacía no existen causas de exoneración como tal, sino que se dan supuestos en los que el abogado no es responsable. Algunos ejemplos son los siguientes:

<sup>124</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de responsabilidad civil y seguro, página 43.

<sup>125</sup> Cfr Sentencia núm. 772/2011 de 27 de octubre de 2011, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Rios – (ECLI: ES:TS: 2011:6854).

<sup>126</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de responsabilidad civil y seguro, página 42.

<sup>127</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de responsabilidad civil y seguro, página 29.

<sup>128</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de responsabilidad civil y seguro, página 43.

- Cliente que da la orden de presentar demanda de reclamación de daños cuando la acción ya estaba prescrita. STS de 26 mayo 2006 (RJ 2006, 3171).<sup>129</sup>
- Inadmisión de recurso de casación para unificación de la doctrina por despido improcedente: arrendamiento de servicios: obligación del abogado de medios no de resultados. STS de 14 julio 2005 (RJ 2005\6701). Compárese con la citada STS de de la misma fecha (RJ 2005\6532)<sup>130</sup>
- Falta de relación contractual entre el actor y los abogados demandados. STS de 18 mayo 2005 (RJ 2005\6071)<sup>131</sup>
- Inexistencia de un específico deber de interponer querrela criminal contra los socios del actor; reducción del valor de la sociedad: falta de acreditación de que sea causada por la actuación del letrado. STS de 24 febrero 2005 (RJ 2005\4737).<sup>132</sup>
- Clientes que comunican a su abogado su decisión de interponer recurso contencioso-administrativo cuando ya había finalizado el plazo. STS de 2 diciembre 2003 (RJ 2003\8471).<sup>133</sup>
- No haber solicitado la suspensión de última sesión de juicio oral al no poder asistir a la misma el inculpado y de no haber sido debidamente citado para ello “perjuicio no acreditado”. STS de 13 octubre 2003 (RJ 2003\7031).<sup>134</sup>
- Presentación de la demanda en el Juzgado territorialmente competente, sin atender a la cláusula de sumisión de un contrato cuya nulidad de postula. Cuestión jurídica, no solo discutible, sino perfectamente atendible; en uno y otro supuesto,

<sup>129</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 36.

<sup>130</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 36.

<sup>131</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 36.

<sup>132</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, páginas 36-37.

<sup>133</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 37.

<sup>134</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro, página 37.



no cabe imputar incumplimiento contractual y derivar responsabilidad. STS de 8 junio 2000 (RJ 5098).<sup>135</sup>

### **1.7.El seguro de responsabilidad civil**

En lugar de pólizas de responsabilidad civil profesional que convienen los profesionales sanitarios, los abogados deben contratar obligatoriamente un seguro de responsabilidad civil. El objetivo de este seguro consiste en garantizar, hasta el límite pactado, el pago de la indemnización correspondiente por los daños a un tercero derivados de un error profesional del abogado. <sup>136</sup>

- Esta obligación se encuentra recogida primeramente en el artículo 9.2 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales; en el artículo 78.2 del Estatuto de la Abogacía Española; en, el artículo 21 del Código Deontológico; y por último, y más concretamente, en el art. 18 de la Normativa de la Abogacía Catalana del Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña.

La responsabilidad civil profesional del abogado esta cubierta por la compañía aseguradora con la que tienen suscrita la póliza los colegios de abogados. La actividad asegurada es el ejercicio de la actividad de abogado, ya sea de forma individual o mediante despacho profesional, y por regla general, se incluye también a los pasantes, becarios, personal dependiente y herederos, legatarios, representantes legales y causahabientes en caso de muerte, capacidad o insolvencia.

<sup>137</sup>

Con respecto al ámbito territorial de la cobertura, generalmente se cubren los trabajos realizados en la Unión Europea.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernando, "La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de responsabilidad civil y seguro, página 37.

<sup>136</sup> El seguro de responsabilidad civil del abogado", 2019, Iberley.

<sup>137</sup> El seguro de responsabilidad civil del abogado", 2019, Iberley.

<sup>138</sup> El seguro de responsabilidad civil del abogado", 2019, Iberley.

Los abogados ejercientes de manera voluntaria y las sociedades profesionales de forma preceptiva, puede contar con una ampliación de la cobertura suscrita por su colegio de abogados.<sup>139</sup>

Existen ciertos supuestos que por norma general quedan excluidos de la cobertura, como puede ocurrir en el caso de actuaciones ajenas a la actividad propia del ejercicio libre de la abogacía. <sup>140</sup>

## **2. El arquitecto**

### **2.1.Naturaleza de la obligación**

Para el análisis comparativo de esta profesión, es importante destacar que la relación jurídica surgida entre un arquitecto y su cliente no se encuentra dentro del ámbito del arrendamiento de servicios típico de una profesión liberal, como el que surge, como se ha observado previamente, entre los abogados o médicos y sus respectivos clientes.<sup>141</sup> Esas dos profesiones se caracterizan por contener una obligación de mera actividad, por lo que los profesionales se comprometen a realizar solamente esa actividad en cuanto tal y no a su resultado. Por el contrario, la relación jurídica entre un arquitecto y su cliente entra dentro de la esfera del arrendamiento de obra, previsto en el art. 1544 CC, en cuanto que el profesional se obliga a prestar al cliente un resultado, no solo la actividad que lo produce. <sup>142</sup>

La obra podrá consistir en una creación, como puede ser la construcción de un edificio, o en una modificación o reparación de una cosa o cualquier otro resultado producto de la actividad humana.<sup>143</sup>

<sup>139</sup> ¿Debe tener un abogado seguro de responsabilidad civil?, Basilea Abogados, 4 de junio de 2018.

<sup>140</sup> El seguro de responsabilidad civil del abogado”, 2019, Iberley.

<sup>141</sup> “Negligencia del arquitecto en la redacción del proyecto”, Abogados Coruña, Revista n ° 7, de la Asociación de Promotores Inmobiliarios – APROINCO-, Abril de 1995.

<sup>142</sup> “Arrendamiento de obra”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

<sup>143</sup> Arrendamiento de obra”, Guías jurídicas Wolters Kluwer.

## 2.2.Naturaleza de la responsabilidad profesional

Durante la actividad profesional de los arquitectos, puede generarse tanto responsabilidad civil, por vicios o defectos de construcción; como responsabilidad penal, debido a imprudencias y/o infracciones de las normas de seguridad en el trabajo.<sup>144</sup> Sin embargo, para el objeto de estudio de este trabajo, nos centraremos en la responsabilidad civil.

La prestación de resultado a la que se compromete el arquitecto está determinada por la finalidad deseada y prevista por los contratantes. Dicho contrato esta constituido por el proyecto arquitectónico del inmueble, revestido siempre de las condiciones o cualidades de viabilidad necesarias para que la obra pueda ser ejecutada, tal como declara el Tribunal Supremo en Sentencias como las de 27 de octubre de 1987 o de 24 de julio de 1991.<sup>145</sup>

Al tratarse de una obligación de resultado a la que se compromete el arquitecto, se relaciona el previamente mencionado art. 1544 CC sobre arrendamiento de obras y servicios; con el artículo 1591 del mismo, que es el precepto regulador, especial y exclusivo, de este tipo de negocio jurídico del ámbito edificatorio y de la responsabilidad de naturaleza legal que genera entre arquitecto y comitente.<sup>146</sup>

La Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, en adelante LOE, ha supuesto la instauración de un sistema de responsabilidad civil distinto e independiente del establecido en el Código civil para el contrato de obra.<sup>147</sup>

Previa a la aprobación de dicha ley, la jurisprudencia y la doctrina estaban divididas entre quienes entendían la responsabilidad del art. 1591 CC de carácter contractual o los que defendían que se trataba de responsabilidad extracontractual, para

<sup>144</sup> RUIZ MARCO, Francisco, BAS CARRATALÁ, Alejandro, “Responsabilidad legal de los arquitectos.”, Guión de conferencia dirigida a los alumnos de los cursos 4º y 5º de la Escuela de Arquitectura de la Universidad de Alicante, 11 Mayo 2004.

<sup>145</sup> “Negligencia del arquitecto en la redacción del proyecto”, Abogados Coruña, Revista n º 7, de la Asociación de Promotores Inmobiliarios – APROINCO-, Abril de 1995.

<sup>146</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, “La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, Editorial Reus, 2017, página 42.

<sup>147</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, Editorial Reus, 2017, página 14.

sancionar el incumplimiento de la *Lex Artis* y así poder proteger a los que sufrían los vicios de la edificación sin tener una relación contractual directa con los agentes de la edificación. <sup>148</sup>

Por este motivo, a lo largo del art. 17 de la LOE se establecen las responsabilidades y los plazos de las mismas frente a los agentes y frente a terceros adquirentes de las obras en un marco extracontractual específico, elaborado en beneficio de los distintos agentes, pero también de los sucesivos adquirentes, sin que la recepción de la obra, de naturaleza contractual, pueda cambiar ese régimen de garantía legal.<sup>149</sup>

En el caso del arquitecto, la relación de causalidad ocupa una posición peculiar en el ámbito de la responsabilidad civil. Esto se debe a que la objetivación de la culpa ha conllevado una creciente presunción del nexo causal. De esta manera, la existencia de daños o vicios frecuentemente conlleva, de forma automática, la declaración de responsabilidad civil de uno, varios o todos los agentes intervinientes.<sup>150</sup>

Además, la relación de causalidad también resulta bastante especial puesto que funciona como imputadora de la culpa, y, en consecuencia, de la responsabilidad; y al mismo tiempo como un limitador de esa responsabilidad cuando el daño o los daños vienen causados por varios factores y resulta posible individualizar y repartir la responsabilidad y la culpa en la medida en que se ha producido esa responsabilidad conjunta.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, "La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación", Editorial Reus, 2017, página 14.

<sup>149</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, "La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación", Editorial Reus, 2017, página 51.

<sup>150</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, "La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación", Editorial Reus, 2017, página 105.

<sup>151</sup> NAVEIRA ZARRA, Maite María, "El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual", 2004, páginas 6-7.

### 2.3.El deber de diligencia. La *Lex Artis* en la arquitectura

Del mismo modo que las otras dos profesiones, en su ámbito de actuación, el arquitecto debe desplegar la actividad con la diligencia conforme su *Lex Artis*, y deviene responsable si infringe ese deber y se derivan daños de su conducta, ya sea una acción o una omisión.

En concreto, se le exige el grado de diligencia que corresponde a la especialidad de sus conocimientos y a la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra. Sin embargo, a diferencia de los abogados y los médicos, que su conducta omisiva sólo causa responsabilidad si existe un especial deber legal; al arquitecto le es exigible un especial cuidado o protección del bien jurídico afectado o un especial control de una fuente determinada de peligro.<sup>152</sup>

El art. 14 de la LOE contiene la responsabilidad civil esencial que puede ser imputada al arquitecto, consiste en tres categorías de vicios o defectos de construcción: los estructurales art. 17.1 a) LOE, los funcionales o de habitabilidad art. 17.1 b) y 3.1 c) LOE, y los de terminación o acabado art. 17.1 b), II LOE.<sup>153</sup>

Sin embargo, el arquitecto no asumirá responsabilidad en lo relativo a las meras imperfecciones constructivas, cuya responsabilidad viene atribuida al constructor.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, "La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación", Editorial Reus, 2017, página 101.

<sup>153</sup> PACHECO JIMÉNEZ, Ma Nieves, "Reparación de daños por defectos constructivos a la luz de la jurisprudencia post-loe: ¿evolución en nuestros tribunales?", 2013, página 68.

<sup>154</sup> RUIZ MARCO, Francisco, BAS CARRATALÁ, Alejandro, "Responsabilidad legal de los arquitectos.", Guión de conferencia dirigida a los alumnos de los cursos 4º y 5º de la Escuela de Arquitectura de la Universidad de Alicante, 11 Mayo 2004.

### 2.3.1. Los deberes del arquitecto

En esta profesión, no se prevé ningún deber a la información concreto, ni tampoco que, a consecuencia de omitir este deber, el agente devenga negligente. Sin embargo, la jurisprudencia recoge que tanto la omisión como la fijación defectuosa de los pertinentes cálculos estructurales, la elección de material y elementos constructivos inadecuados, y el no ajustarse la proyección al tipo y aptitud del suelo; constituirían la inviabilidad de la ejecución del proyecto de obra. (Sentencia 10 de mayo de 1986).<sup>155</sup>

Los deberes del arquitecto en cuanto al proyecto son realmente amplios, no se agotan con su confección y redacción, sino que éste debe realizar todas las operaciones y actuaciones necesarias para que la obra se construya de conformidad con el proyecto.<sup>156</sup>

Otro aspecto que debe ser teniendo en cuenta es que el arquitecto también es responsable frente al cliente de las deficiencias del proyecto originadas por los errores o deficiente resolución de los aspectos técnicos en que hayan incurrido otros profesionales, colaboradores en la realización del proyecto, consultados en su calidad de expertos; sin perjuicio de que, posteriormente, el arquitecto ejercite contra ellos su derecho a ser indemnizado de esa conducta negligente.<sup>157</sup>

## 2.4. La carga de la prueba

Otro rasgo distintivo es que en la arquitectura, la relación de causalidad se presume para los daños producidos dentro de los plazos de garantía, de modo que libera al actor no sólo de la necesidad de probar la negligencia del agente –por existir

<sup>155</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, Editorial Reus, 2017, página 34.

<sup>156</sup> “Negligencia del arquitecto en la redacción del proyecto”, Abogados Coruña, Revista n ° 7, de la Asociación de Promotores Inmobiliarios – APROINCO-, Abril de 1995.

<sup>157</sup> “Negligencia del arquitecto en la redacción del proyecto”, Abogados Coruña, Revista n ° 7, de la Asociación de Promotores Inmobiliarios – APROINCO-, Abril de 1995.

responsabilidad objetiva– sino también de probar la relación entre el daño material y el defecto o vicio constructivo del que trae causa.<sup>158</sup> La consecuencia de dicha peculiaridad es que en esta profesión, no se prevé que se ocasione ninguna pérdida de oportunidad, y por consecuencia, tampoco se realiza ningún juicio de probabilidad.

La responsabilidad civil de estos agentes es de carácter objetivo, de modo que no da lugar a la exoneración de los agentes por la mera acreditación de haber actuado con la debida diligencia. Y concretamente, no existe ningún precepto de índole general que establezca la “presunción de culpa” invirtiendo expresamente la carga de la prueba, siendo necesario extraerla de forma analógica de otros artículos como los arts. 1183, el 1563, el 1769 y otros del Código Civil.<sup>159</sup>

Esto implica que una vez producido el daño material en la edificación, si la causa han sido los actos u omisiones del arquitecto (y los demás agentes de la edificación), éste responderá durante los plazos de garantía señalados por la Ley y produciéndose la inversión de la carga de la prueba.<sup>160</sup>

## **2.5.El daño y la indemnización**

En cuanto a la naturaleza del daño, puede ser tratarse de tanto de un daño material o patrimonial como moral. Como ejemplo la pérdida de valor de un edificio por degradación industrial o demográfica de su entorno, o por la pérdida de sus vistas.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, Editorial Reus, 2017, página 81.

<sup>159</sup> “La responsabilidad civil extracontractual, según el Código Civil”, 2016, Iberley.

<sup>160</sup> “Responsabilidad civil por daños causados por ruina de los edificios como modalidad de obligaciones por daños causados por cosas”, 2016, Iberley.

<sup>161</sup> RUIZ MARCO, Francisco, BAS CARRATALÁ, Alejandro, “Responsabilidad legal de los arquitectos.”, Guión de conferencia dirigida a los alumnos de los cursos 4º y 5º de la Escuela de Arquitectura de la Universidad de Alicante, 11 Mayo 2004.

Cuando dicho daño sea provocado por una actuación negligente del arquitecto en el cumplimiento de su obligación, el perjudicado podrá recamar la indemnización de los daños y perjuicios causados.<sup>162</sup>

## **2.6.Exoneración responsabilidad**

El arquitecto (y los demás agentes de la edificación) quedarán exentos de toda responsabilidad si, en el proceso judicial, se demuestra que los daños materiales que soporta el edificio fueron ocasionados por caso fortuito, por fuerza mayor o por actos de tercero o del propio perjudicado por el daño (art. 17.8 LOE).<sup>163</sup>

## **2.7.El seguro obligatorio de daños o de caución**

Tanto en el régimen anterior a la LOE como actualmente, las modalidades más comunes de seguros entre los arquitectos son el seguro de responsabilidad civil profesional de Técnicos y el seguro de responsabilidad civil profesional de cobertura decenal.<sup>164</sup>

El actual sistema de la LOE, optado por establecer un seguro obligatorio de daños, también conocido como seguro de caución, a cargo del promotor o constructor (en función de los elementos garantizados) asegurando a los propietarios y sucesivos adquirentes durante los periodos de garantía del art. 17 de la LOE. Sin embargo, la LOE no prevé la necesidad u obligatoriedad del resto de agentes de suscribir un seguro de responsabilidad civil contractual o extracontractual.<sup>165</sup>

<sup>162</sup> “La responsabilidad civil contractual del profesional”, 2019, Iberley.

<sup>163</sup> RUIZ MARCO, Francisco, BAS CARRATALÁ, Alejandro, “Responsabilidad legal de los arquitectos.”, Guión de conferencia dirigida a los alumnos de los cursos 4º y 5º de la Escuela de Arquitectura de la Universidad de Alicante, 11 de Mayo de 2004.

<sup>164</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, “La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, Editorial Reus, 2017, página 357.

<sup>165</sup> MORÁN DÍAZ, Adolfo, “La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, Editorial Reus, 2017, página 359.



## CONCLUSIONES

Los objetivos del presente trabajo son, en primer lugar, comprender en qué consiste la responsabilidad médica y la diligencia que rige esta profesión; en segundo lugar, cuales son los deberes que la caracterizan; en tercer lugar, la relación de causalidad que puede existir entre la omisión de dichos deberes y los daños que pueden ocasionarse; y por último, analizar jurídicamente, como se aplican todos estos conceptos en la decisión judicial de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 junio de 2002.

La presente sentencia aborda la reclamación de una indemnización por el hecho de que, debido a una actuación de un profesional sanitario, en su alegación, negligente, los futuros progenitores no pudieron recibir información en fase prenatal respecto de los defectos o malformaciones –graves e incurables– que padecía el embrión que concibieron, y argumentaron que por ello, no se les permitió adoptar una decisión respecto de la posible interrupción del embarazo, con lo que se llega al resultado de que nace con síndrome de Down.

Por aquel entonces, en la justicia española esta clase de reclamaciones por responsabilidad civil médica todavía no eran muy frecuentes. La doctrina del Tribunal Supremo se ha mostrado cambiante en cuanto al análisis de los elementos en estos casos, fundamentalmente, la relación de causalidad, y por ello, no siempre ha apreciado la existencia de una conducta negligente.

De este trabajo podemos extraer lo siguiente: en el ámbito de la responsabilidad civil médica se encuentran los elementos de omisión y culpa, juntamente con la realidad del daño causado y el nexo de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado, que son presupuestos o elementos de la obligación nacida de un acto ilícito. Concretamente, se ha visto que la naturaleza de la obligación de los profesionales sanitarios se caracteriza por el cumplimiento diligente conforme la *Lex Artis ad hoc*, la cual exige un nivel medio de diligencia, es decir, el que correspondería a un buen padre de familia. La omisión de los deberes que componen dicha obligación, especialmente el deber de información, pueden suponer una *mala praxis*, aunque esta no implique *per se* un resarcimiento, sino

que, sólo cuando esta omisión se realiza mediante culpa, es decir, con una conducta negligente que causa un daño, nace la acción de reparación del resultado dañoso.

Específicamente, la acción de resarcimiento se origina cuando existe una relación jurídica entre las partes; un incumplimiento parcial o total por falta de diligencia, de alguna de las obligaciones de dicha relación, que ocasiona un daño o perjuicio reparable o cuantificable, y que, entre estos dos últimos existe una relación de causalidad, que debe ser probada, en este caso por el demandante, dado que rige la inversión de la carga de la prueba.

Aplicando esta teoría a nuestro caso, el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002; en primer lugar, cabe remarcar que en él se halla la previamente mencionada teoría de la yuxtaposición, dado que subsisten ambas clases de responsabilidad civil, completando la una con la otra. En concreto, responsabilidad extracontractual que se ejercita con carácter principal, dado que los daños son ocasionados son el resultado de una conducta; y responsabilidad contractual con carácter subsidiario, dado que existe un vínculo de orden obligacional que se incumple.

En dicha sentencia, no se habla como tal del deber de diligencia ni del criterio valorativo de la *Lex Artis ad hoc*, por tratarse de conceptos más novedosos, sino que se discute el término de “responsabilidad por culpa”, tanto contractual como extracontractual, que, en definitiva, viene a ser lo mismo.

A fin de discernir si la actuación del demandado fue diligente o no, o por contra, si durante el seguimiento de la gestación de la actora, bien por acción o por omisión culposa o negligente, causó un daño que comporte la obligación de repararlo, se debe analizar si el daño provocado, impedir que la gestante pudiera optar a poner fin al embarazo mediante aborto, esta causalmente vinculado a una acción u omisión negligente o culposa del ginecólogo, es decir, la falta de información sobre las posibles pruebas de diagnóstico prenatal.

Una *buena praxis* médica respecto al deber de informar, y en concreto, informar sobre pruebas y prescribirlas, depende de las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, según su naturaleza y circunstancias del caso. En el seguimiento de un embarazo y de su diagnóstico prenatal, ser diligente no consiste sólo en diagnosticar el estado verdadero del *nasciturus*, puesto que, debido a la existencia de límites en el conocimiento médico y científico, es imposible detectar todo defecto o enfermedad que padezca el embrión. De modo que, el hecho elaborar un “falso diagnóstico” no tiene por qué responder a un comportamiento negligente del médico.

Además, respecto a la anomalía de la que los padres no fueron informados durante la gestación, es preciso destacar que esta sentencia no puede englobarse dentro de los supuestos de falso diagnóstico, ni en las acciones de *wrongful birth*. Esto se debe a que el falso negativo en un diagnóstico prenatal implica que debido a un comportamiento negligente del médico durante la elaboración del diagnóstico, la información que se obtiene es errónea, y por tanto, se les informa de que no existe ningún riesgo que amenace a la futura descendencia, por lo que, esta clase de omisiones hace referencia a los supuestos en los que la malformación no fue detectada intra útero a tiempo de interrumpir la gestación. En otras palabras, estos supuestos engloban desde la práctica defectuosa de una actividad diagnóstica, hasta la omisión de un dato que apunta a una posible anomalía genética; pero siempre pasando por la negligencia en la custodia de las muestras obtenidas, por lo que dicha anomalía fue conocida, pero el médico omitió informar sobre ello o lo hizo de forma tardía. Por contra, en nuestro caso sobre la STS de 7 de junio de 2002, el médico no realizó ninguna clase de pruebas de diagnóstico prenatal dirigidas al hallazgo de malformaciones, por lo que resulta imposible su comportamiento en este supuesto de actuación negligente.

En concreto, la conducta de don Joaquín V. M se caracterizaría como una omisión del deber de información y de diagnóstico, a fin de que no informó ni prescribió a la paciente ninguna prueba para detectar la malformación que efectivamente afectaba al embrión. De hecho, el ginecólogo simplemente durante una consulta

despejó las dudas de los progenitores sobre si existía algún riesgo de malformaciones que pueda afectar al embrión.

Ahora bien, esta alegación trae al caso el planteamiento de que es lo que habría pasado en caso de que el profesional sanitario hubiera informado y/o prescrito dicha clase de pruebas, puesto que, el hecho de que la gestante manifestase su preocupación, dadas sus condiciones personales, en concreto su edad, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo.

De todas formas, tampoco podemos saber a ciencia cierta si pese a que se practicara la prueba o pruebas precisas, esta hubiera reflejado el estado del feto, y por tanto, hubiera proporcionado la información necesaria para que la gestante pudiera ejercitar la facultad de interrupción voluntaria del embarazo. De hecho, la prueba podría no realizarse, podría fracasar o podría ofrecer un resultado no concluyente. Por consiguiente, en este caso no es que se esté privando a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, sino que se la está privando de la posibilidad de someterse a la prueba que serviría para diagnosticar el estado de salud de su hijo antes del nacimiento.

En definitiva, no es lo mismo decir que, de no ser por la omisión negligente del médico, se podría haber realizado la prueba que no se realizó; que decir que, de no ser por tal comportamiento negligente, se habría detectado un defecto del embrión y que, con ello, se habría podido decidir si interrumpir o no voluntariamente el embarazo. De modo que, la relación de causalidad esta sujeta a previas e inciertas suposiciones sobre posibles eventos posteriores, dado en el caso de que la paciente hubiera sido sometida a dicha prueba, el resultado de ésta, quizá –y sólo quizá–, le podría haber permitido ejercitar tal facultad.

Asimismo, aun cuando se considerara que la falta de información que la sentencia recurrida imputa al doctor V. M., pudiera comportar un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, la inexistencia de daño real y la falta de relación causal entre este posible daño y dicho incumplimiento impiden la aplicación del deber de indemnizar daños y perjuicios.

Se habla de inexistencia de daño real porque, aún detectada la presencia del síndrome de Down en el feto a través de las pruebas pertinentes, el evitar que el nacido estuviera afectado por él no estaba al alcance del médico, por lo que no le es imputable.

Por otro lado, difícilmente se puede reclamar el daño derivado de la privación a la gestante de la facultad de interrupción del embarazo, cuando el comportamiento negligente del médico se desarrolla en un momento en el que tal facultad ya no existe. Aunque la sentencia no mencione específicamente este concepto, se trataba de valorar si de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, el médico demandado debía haber prescrito una prueba de diagnóstico prenatal.

Asimismo, actuar conforme la *lex artis ad hoc* tampoco supone que a cualquier embarazada se le hayan de practicar todo tipo de pruebas de diagnóstico, pues ello no solamente no sería posible, sino que tampoco sería necesario ni razonable. Por ello, únicamente han de prescribirse las pruebas que sean necesarias, según las circunstancias de cada embarazo. Será en los casos en que existan determinados indicios que denoten alguna posible anomalía durante la gestación, y que obliguen a los profesionales sanitarios a intensificar el seguimiento. En el caso de nuestra sentencia, doña María Dolores R.C. el embarazo no es calificado de riesgo, pues el único indicio podría ser la edad de la gestante, pero esta no presentaba datos patológicos ni antecedentes que requiriesen un particular control.

En el caso de la sentencia, se podría haber aplicado la teoría de la pérdida de la oportunidad y haber realizado un juicio de probabilidad analizando en qué medida el comportamiento del médico privó a la señora R.C. de la oportunidad de conocer la información que le habría permitido –en caso de ser positiva– hacer uso de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo mediante aborto. De modo que, el daño no sería la privación de la facultad de aborto, sino la pérdida de la oportunidad de haber podido acceder al ejercicio de dicha facultad.

Sin embargo, en este caso, la falta de prescripción de la prueba únicamente tuvo como consecuencia la privación a ésta de la posibilidad de haber conocido –si acaso– la información que le habría habilitado para ejercitar la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, pero no tuvo como consecuencia, directamente, la privación a la gestante de esta facultad, por tanto, no hay un enlace directo entre el comportamiento del demandado y el daño reclamado.

En consiguiente, resulta plenamente justificada la conclusión del Tribunal Supremo, en la que declara que no puede afirmarse que exista un nexo causal entre la conducta imputada del médico codemandado, es decir, la falta de información; y el resultado producido, que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Documentación

Iberley, portal de información jurídica

“La responsabilidad Civil extracontractual, según el Código Civil”, 2016.  
<https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-civil-extracontractual-codigo-civil-60141>

“Elementos de la teoría del delito”, 2020.  
<https://www.iberley.es/temas/elementos-teoria-delito-47501>

“Regulación del contrato de transacción”, 2016.

“Regulación de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual”, 2016.  
<https://www.iberley.es/temas/regulacion-contrato-transaccion-60102>

“Regulación del concurso de responsabilidad contractual y extracontractual en el orden civil”, 2016.  
<https://www.iberley.es/temas/concurso-responsabilidad-contractual-extracontractual-60140>

“La responsabilidad civil médica”, 2019.  
<https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj7YLC0abpAhWIyKQKHQC7CLsQFjAAegQIBhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.iberley.es%2Ftemas%2Fresponsabilidad-civil-medica-62881&usg=AOvVaw1LPINoGV44ySbnVA9ZHe44>

“La culpa y el dolo como modos de incumplimiento de las obligaciones”, 2016.  
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjUnK-v0qbpAhWxsaQKHQ7NB2YQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fww>

[w.iberley.es%2Ftemas%2Fculpa-dolo-modos-incumplimiento-obligaciones-59921&usg=AOvVaw0P7PlkPnwuTaUpFgUVxsp1](https://www.iberley.es/temas/2Fculpa-dolo-modos-incumplimiento-obligaciones-59921&usg=AOvVaw0P7PlkPnwuTaUpFgUVxsp1)

“Supuestos de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual: Legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento, caso fortuito y fuerza mayor y culpa exclusiva del perjudicado o víctima”, 2016.

<https://www.iberley.es/temas/supuestos-exoneracion-responsabilidad-civil-extracontractual-60148>

“Regulación del dictamen de la prueba pericial dentro del proceso civil”, 18 de mayo de 2017.

<https://www.iberley.es/temas/regulacion-prueba-pericial-proceso-civil-57011>

“La diligencia profesional del abogado”, 2019.

[https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi10pvOgqnpAhXEDOWKHd\\_-BjQQFjACegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.iberley.es%2Ftemas%2Fdiligencia-profesional-abogado-63800&usg=AOvVaw3Gp9plaNgDm7SM5G2rlsIa](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi10pvOgqnpAhXEDOWKHd_-BjQQFjACegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.iberley.es%2Ftemas%2Fdiligencia-profesional-abogado-63800&usg=AOvVaw3Gp9plaNgDm7SM5G2rlsIa)

“El seguro de responsabilidad civil del abogado”, 2019.

[https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwizveu0iqnpAhWQ-KQKHb\\_EDK0QFjAEegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.iberley.es%2Ftemas%2Fseguro-responsabilidad-civil-abogado-63803&usg=AOvVaw2mOi2gLOHULia9dEvYxnE1](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwizveu0iqnpAhWQ-KQKHb_EDK0QFjAEegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.iberley.es%2Ftemas%2Fseguro-responsabilidad-civil-abogado-63803&usg=AOvVaw2mOi2gLOHULia9dEvYxnE1)

“Responsabilidad civil por daños causados por ruina de los edificios como modalidad de obligaciones por daños causados por cosas”, 2016.

<https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiZr7KUmKnpAhVB66QKHTafAj4QFjAAegQIAxAB&url=https>



<https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-civil-danos-causados-ruina-edificios-60164&usg=AOvVaw1bWlZ0S11DqcpmbaWEYuym>

“La responsabilidad civil contractual del profesional”, 2019.

[https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi6k-PgmKnpAhURGewKHf8MDooQFjABegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.iberley.es%2Ftemas%2Fresponsabilidad-civil-contractual-profesional-63787&usg=AOvVaw3nEPLCSP4iwo0gT5y\\_uyEr](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi6k-PgmKnpAhURGewKHf8MDooQFjABegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.iberley.es%2Ftemas%2Fresponsabilidad-civil-contractual-profesional-63787&usg=AOvVaw3nEPLCSP4iwo0gT5y_uyEr)

#### Guías jurídicas Wolters Kluwer

“Responsabilidad contractual”

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTcwNDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZ3N9\\_jUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTcwNDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZ3N9_jUAAAA=WKE)

“Responsabilidad extracontractual”

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTAzNztbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA1zwNfDUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTAzNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA1zwNfDUAAAA=WKE)

“Culpa alquiliana”

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTM0NLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgAfENGoNQAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTM0NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgAfENGoNQAAAA=WKE)

“Omisión”

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjE2MjtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoASaWdIDUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjE2MjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoASaWdIDUAAAA=WKE)

“Arrendamiento de obra”

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUNDM0MztlLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAnEqZaDUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUNDM0MztlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAnEqZaDUAAAA=WKE)

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, “Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos

<https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiayruLzqbpAhWBGuwKHUsGAW8QFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F6366523.pdf&usg=AOvVaw3Ia-6yId927HeizZlqMsxY>

POLO SANTILLÁN, Miguel Ángel, “La responsabilidad ética”, Veritas, nº42 Valparaíso, abril 2019.

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-92732019000100049](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-92732019000100049)

“Responsabilidad Civil: definición, elementos y consecuencias”, Conceptos Jurídicos.

<https://www.conceptosjuridicos.com/responsabilidad-civil/>

ALAMAR CASARES, María José, “Responsabilidad civil derivada de daños corporales (enfermedades y malformaciones) de menores durante el embarazo y la lactancia, Valencia, 2015.

[https://kipdf.com/responsabilidad-civil-derivada-de-daos-corporales-enfermedades-y-malformaciones-\\_5acab3f31723dd9948a54664.html](https://kipdf.com/responsabilidad-civil-derivada-de-daos-corporales-enfermedades-y-malformaciones-_5acab3f31723dd9948a54664.html)

NAVEIRA ZARRA, Maite María, “El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual”, 2004.

<https://core.ac.uk/download/pdf/61896494.pdf>

FIERRO RODRÍGUEZ, Diego, “Algunas reflexiones sobre la doctrina de la pérdida de la oportunidad”, Barcelona, 3 de junio de 2016.

<http://www.eljurista.eu/2016/06/03/algunas-reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-perdida-de-la-oportunidad/>

GALLARDO CASTILLO, María Jesús, “Causalidad probabilística, incertumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad” Revista Aragonesa de Administración Pública, ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015.

[https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjYq8-O0KbpAhULy6QKHWMUDgkQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5444228.pdf&usg=AOvVaw3ItMwm6v0LQv3xWD3a00C\\_](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjYq8-O0KbpAhULy6QKHWMUDgkQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5444228.pdf&usg=AOvVaw3ItMwm6v0LQv3xWD3a00C_)

PADILLA, Rodrigo, “Responsabilidad civil profesional. con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos”, 2017.

<https://docplayer.es/55270436-Responsabilidad-civil-profesional-con-especial-atencion-a-la-responsabilidad-de-los-medicos-abogados-y-escribanos-1.html>

MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia médica y responsabilidad civil. <https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF>

¿Qué es la lex artis ad hoc?” Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj7pZWD0qbpAhVCyqQKHRF4Ac0QFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.conamed.gob.mx%2Fprof\\_salud%2Fpdf%2Flex\\_artis.pdf&usg=AOvVaw1tGFt2vePHEMY9H8EyMcXk](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj7pZWD0qbpAhVCyqQKHRF4Ac0QFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.conamed.gob.mx%2Fprof_salud%2Fpdf%2Flex_artis.pdf&usg=AOvVaw1tGFt2vePHEMY9H8EyMcXk)

MACÍA MORILLO, Andrea, “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*”, Revista chilena de derecho privado, ISSN 0718-8072, RChDP n.12 Santiago, julio 2009.

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722009000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722009000100005)

RAMIRO FUENTES, Diego, “Obligaciones de resultado eficaz: un modelo para armar”, Derecho Creativo del Comahue, Revista jurídica y cultural integrada por estudiantes, graduados y profesionales del Comahue, 31 de Enero de 2017.

<http://creandoderechocomahue.com/wp/blog/2017/01/31/obligaciones-de-resultado-eficaz-un-modelo-para-armar/>

MARTÍNEZ SIMÓN, Alberto Joaquín, “De las obligaciones de medios y de resultado.

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&ved=2ahUKEwjkgKrv1abpAhWEqaQKHRUIBPEQFjAMegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.pj.gov.py%2Fbook%2Fmonografias%2Fnacional%2Fcivil%2FAIberto-J-Martinez-Simon-Obligaciones.pdf&usg=AOvVaw1WEyc3IMIBGSJxt35fcoqH>

MATEO SANZ, Jacobo B., “Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León”, Plan de Salud de Castilla y León, 2008-2012,

[https://books.google.nl/books?id=LzafSDFeuu4C&pg=PA80&lpg=PA80&dq=Este+deber+es+un+es+requisito+previo+a+todo+consentimiento,+constituyendo+un+presupuesto+y+elemento+esencial+de+la+Lex+Artis+para+llevar+a+cabo+la+actividad+médica.&source=bl&ots=f\\_rM3z\\_fDM&sig=ACfU3U0uTqJMKHFp5wJioAVyM7kkF3KgGA&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwjb4oDx2abpAhVE-aQKHfWfB\\_sQ6AEwAHoECAoQAQ#v=onepage&q=Este%20deber%20es%20un%20es%20requisito%20previo%20a%20todo%20consentimiento%2C%20constituyendo%20un%20presupuesto%20y%20elemento%20esencial%20de%20la%20Lex%20Artis%20para%20llevar%20a%20cabo%20la%20actividad%20médica.&f=false](https://books.google.nl/books?id=LzafSDFeuu4C&pg=PA80&lpg=PA80&dq=Este+deber+es+un+es+requisito+previo+a+todo+consentimiento,+constituyendo+un+presupuesto+y+elemento+esencial+de+la+Lex+Artis+para+llevar+a+cabo+la+actividad+médica.&source=bl&ots=f_rM3z_fDM&sig=ACfU3U0uTqJMKHFp5wJioAVyM7kkF3KgGA&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwjb4oDx2abpAhVE-aQKHfWfB_sQ6AEwAHoECAoQAQ#v=onepage&q=Este%20deber%20es%20un%20es%20requisito%20previo%20a%20todo%20consentimiento%2C%20constituyendo%20un%20presupuesto%20y%20elemento%20esencial%20de%20la%20Lex%20Artis%20para%20llevar%20a%20cabo%20la%20actividad%20médica.&f=false)

“Quaderns de la bona praxis nº 5 - Conducta recomanda”, Col·legi Oficial de Metges de Barcelona.

<https://www.comb.cat/cat/actualitat/publicacions/bonapraxi/bp5-2.htm>

Revisado por FUENTES, Armado, “Atención médica durante el embarazo”, KidsHealth, octubre de 2018.

<https://kidshealth.org/es/parents/medical-care-pregnancy-esp.html>

MARTÍNEZ DEL TORO, Susana, “Diligencias preliminares. Análisis jurisprudencial”, El derecho.com, 27 de mayo de 2019.

<https://elderecho.com/diligencias-preliminares-analisis-jurisprudencial>

VICANDI MARTINEZ, Arantzantzu, “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente.”, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), ISSN-e 2340-4647, nº 3, 2013,

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4764224>

GONZÁLEZ-SERRANO, M<sup>a</sup> del Carmen Cazorla, “Protección jurídica del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico español”, 2017.

<https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewi6lpS75abpAhUR4aQKHfKECNYQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F6056867.pdf&usq=AOvVaw1kwQnNh6H76rkO88YqJPVC>

DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina, “Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba”, Revista de Derecho Privado, E-ISSN: 1909-7794, redalyc.org.

<https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf>

ESTEBAN DE ANDRÉS, Luciano, “La prueba pericial”, Trabajo de fin de grado, Segovia, noviembre de 2018.

<https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/33650/TFG-N.1025.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

“Negligencia médica”, Conceptos jurídicos.com.

<https://www.conceptosjuridicos.com/negligencia-medica/>

“Error médico como consecuencia de una incorrecta lectura de la historia clínica”, Atlas Abogados, 26 de agosto de 2019.

<https://www.atlasabogados.com/blog/error-medico-una-incorrecta-lectura-de-la-historia-clinica/>

“¿Cómo actuar ante una negligencia médica?”, Actualidad Legálitas, 5 de mayo de 2016, actualizado el 15 de enero de 2019.

<https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/Como-actuar-ante-una-negligencia-medica>

“Póliza de responsabilidad civil profesional para profesiones medicas, clínicas y hospitales”, Seguros del Estado.

<https://www.segurosdelestado.com/productos/productos/1094>

“¿Qué es un Seguro de Responsabilidad Civil Profesional?”, comtrabajosocial.com

<http://www.comtrabajosocial.com/documentos.asp?id=260>

“Seguro de responsabilidad civil de médicos”. Incorporada al Depósito de Pólizas bajo el código POL120131627.

[http://www.svs.cl/sitio/seil/pagina/rgpol/muestra\\_documento.php?ABH89548=37G70IE7IX10663I35MN4ABCIV864AJ35MNS8IYMI35MNEHITB4ABCI6BERY](http://www.svs.cl/sitio/seil/pagina/rgpol/muestra_documento.php?ABH89548=37G70IE7IX10663I35MN4ABCIV864AJ35MNS8IYMI35MNEHITB4ABCI6BERY)

REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de responsabilidad civil y seguro.

<https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/responsabilidadAbogadosTribunalSupremo.pdf>

“La responsabilidad de los abogados en el ejercicio de su profesión”, Damnum abogados”, 2018.

<https://www.damnumabogados.es/noticia/la-responsabilidad-de-los-abogados-en-el-ejercicio-de-su-profesion/>

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La responsabilidad abogado”, InDret, Revista para el análisis del Derecho.

[https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/521\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/521_es.pdf)

“¿Debe tener un abogado seguro de responsabilidad civil?”, Basilea Abogados, 4 de junio de 2018.

<https://basileaabogados.com/abogado-seguro-de-responsabilidad-civil/>

“Negligencia del arquitecto en la redacción del proyecto”, Abogados Coruña, Revista n ° 7, de la Asociación de Promotores Inmobiliarios – APROINCO-, Abril de 1995.

<https://caruncho-tome-judel.es/negligencia-del-arquitecto-la-redaccion-del-proyecto/>

RUIZ MARCO, Francisco, BAS CARRATALÁ, Alejandro, “Responsabilidad legal de los arquitectos.”, Guión de conferencia dirigida a los alumnos de los cursos 4º y 5º de la Escuela de Arquitectura de la Universidad de Alicante, 11 Mayo 2004.

<https://www.ruizmarco.es/articulos/responsabilidad-legal-de-los-arquitectos/>

MORÁN DÍAZ, Adolfo, “La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, Editorial Reus, 2017.

<https://eprints.ucm.es/31101/1/T36185.pdf>

MORÁN DÍAZ, Adolfo, “La responsabilidad civil del arquitecto en el derecho de la edificación”, Editorial Reus, 2017.

<https://books.google.nl/books?id=QrxUDwAAQBAJ&pg=PA51&lpg=PA51&dq=a+lo+largo+del+art.+17+de+la+LOE+se+establecen+las+responsabilidades+y+los+plazos+de+las+mismas+frente+a+los+agentes+y+frente+a+terceros+adquirentes+de+las+obras+en+un+marco+extracontractual+espec%C3%ADfico,+elaborado+en+beneficio+de+los+distintos+agentes,+pero+tambi%C3%A9n+de+los+sucesivos+adquirentes,+sin+que+la+recepci%C3%B3n+de+la+obra,+de+naturaleza+contractual,+pueda+cambiar+ese+r%C3%A9gimen+de+garant%C3%ADa+legal.&source=bl&ots=KL5uTJ6xvZ&sig=ACfU3U2H-DJzBBBOc7MbCY5C6WaW8eXnKQ&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwie0aCRkKnpAhWNwAIHHcyMBg4Q6AEwAHoECAoQAQ#v=onepage&q=a%20lo%20largo%20del%20art.%2017%20de%20la%20LOE%20se%20establecen%20las%20responsabilidades%20y%20los%20plazos%20de%20las%20mismas%20frente%20a%20los%20agentes%20y%20frente%20a%20terceros%20adquirentes%20de%20las%20obras%20en%20un%20marco%20extracontractual%20espec%C3%ADfico%2C%20elaborado%20en%20beneficio%20de%20los%20distintos%20agentes%2C%20pero%20tambi%C3%A9n%20de%20los%20sucesivos%20adquirentes%2C%20&f=false>

## 2. Legislación

Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Constitución española de 1978.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

Estatuto General de la Abogacía Española, Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.



Normativa de la Abogacía Catalana del Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña. Resolución JUS/110/2019, de 22 de enero.

### **3. Jurisprudencia**

Sentencia número 8942/2007 de 4 de diciembre de 2007, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Madrid. Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Rios – ECLI:ES:TS: 2007:8942.

Sentencia núm. 772/2011 de 27 de octubre de 2011, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Ponente: Exmo Sr. Juan Antonio Rios – (ECLI: ES:TS: 2011:6854).

Sentencia núm. 64/2010 de 23 de febrero de 2010, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Ponente: Exmo. Sr. Juan Antonio Xiol Rios. – (ECLI: ES:TS: 2010:988).

### **ANEXO**

Sentencia número 581/2002 de 7 de junio de 2002, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Madrid. Excmo Sr. Pedro González Poveda.

## Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Civil) Sentencia num. 581/2002 de 7  
junio

RJ\2002\5216



**CULPA EXTRACONTRACTUAL:** NEXO CAUSAL: no cabe fundamentarlo en conjeturas o posibilidades.

**RESPONSABILIDAD MEDICA:** inexistencia: nacimiento de hijo con síndrome de Down de mujer mayor de 35 años: inexistencia de relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante aborto.

Jurisdicción:Civil

Recurso de Casación 3834/1996

Ponente:Excmo Sr. Pedro González Poveda

Don Tomás C. G., doña María Dolores R. C. y don Alex C. R. formularon demanda, en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra «Previsión Popular de Seguros, SA» y don Joaquín V. M.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Figueres dictó Sentencia el30-05-1995estimando parcialmente la demanda.

En grado de apelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gerona dictó Sentencia el17-10-1996revocando parcialmente la del Juzgado.

El TS declara haber lugar al recurso de casación.

En la Villa de Madrid, a siete de junio de dos mil dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Primera de la Itma. Audiencia Provincial de Gerona, como consecuencia de juicio de mayor cuantía núm. 490/1993, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Figueres, sobre daños por negligencia médica, cuyo recurso fue interpuesto por Previsión Popular de Seguros, SA, y don Joaquín V. M., representados por el Procurador de los Tribunales don Miguel Angel C. P., en el que son recurridos don Tomás C. G., doña María Dolores R. C. y don Alejandro C. R., que intervienen en su propio nombre y haciéndolo los dos primeros además de por sí, en nombre y representación de sus hijos menores de edad don Tomás C. R., don Jordi C. R. y don Javier C. R., todos ellos representados por el Procurador de los Tribunales don Eduardo M. P.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Figueres, fueron vistos los autos de mayor cuantía núm. 490/1993, seguidos a instancias de don Tomás C. G., doña María Dolores R. C. y don Alex C. R., todos ellos con la misma representación procesal contra Previsión Popular de Seguros, SA y contra don Joaquín V. M., sobre negligencia médica.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «... dictar en su día sentencia en virtud de la que estimando íntegramente bien la acción de responsabilidad extracontractual que se ejercita con carácter principal, bien la acción de responsabilidad contractual que se ejercita con carácter subsidiario para el supuesto que la primer fuese desestimada, se condene a los demandados conjunta y solidariamente: A) Al pago a Xavier C. R., de la suma total de cien millones de pesetas (ptas. 100.000.000) con más los intereses legales correspondientes. B) Al pago a Tomás C. G. y a María Dolores R. C., en la suma de cincuenta millones de pesetas (ptas. 50.000.000) para cada uno de ellos, con más los intereses legales correspondientes. C) Al pago a Alex, Tomás y Jordi C. R., en la suma de veinte millones de pesetas (ptas. 20.000.000) para cada uno de ellos, con más los intereses legales correspondientes y D) Al pago de las costas que se causen en el presente juicio por imperativo legal». Asimismo solicitaba el recibimiento del juicio a prueba.

Admitida a trámite la demanda, por la representación de los demandados se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «... teniéndome por opuesta a ella a tenor de los hechos, excepciones y fundamentos legales que en lo principal se articulan, y tras los trámites procesales de rigor, dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda absuelva a mis representados de todos sus pedimentos, con expresa imposición de las costas del juicio a la parte actora, por imperativo legal».

Por providencia de fecha 14 de junio de 1994, se acordó dar traslado para réplica y dúplica, con el resultado que obra en autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 30 de mayo de 1995, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: « Fallo. –Con estimación parcial de la demanda de juicio de mayor cuantía, promovida por don Tomás C. G., doña Dolores R. C. y don Alex C. R., representados por la Procuradora doña Rosa María B. F., contra don Joaquín V. M. y contra Previsión Popular de Seguros, representados por la Procuradora doña Ana María B. P., condeno a los demandados a que conjunta y solidariamente abonen a los demandantes las siguientes cantidades: A) A Xavier C. R., la cantidad de veinte millones de pesetas. B) A Tomás C. G., la de diez millones de pesetas. C) A María Dolores R. C., la de diez millones de pesetas. D) A Alex, Tomás y Jordi C.

R., la de cinco millones de pesetas a cada uno de ellos. No ha lugar a la condena solicitada de pago de intereses y no se hace expreso pronunciamiento en cuanto al pago de las costas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

## SEGUNDO

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Itma. Audiencia Provincial de Gerona, dictó sentencia en fecha 17 de octubre de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: « Fallamos. –que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la representación de doña María Dolores R. C., don Tomás C. G., Alex C. G. y don Tomás, don Jordi y don Xavier C. G., como el interpuesto por la representación de don Joaquín V. M. y la Cia. Mercantil Previsión Popular de Seguros, SA revocamos parcialmente la misma, en el sentido de condenar a los demandados a que conjunta y solidariamente abonen a don Tomás C. G., y doña María Dolores R. C., la suma de cuarenta millones de pesetas en la forma dicha. Absolviendo a dichos demandados, de toda otra petición indemnizatoria a favor de otros actores; ratificando el pronunciamiento relativo a costas e intereses de primera instancia, que se hacen igualmente extensivos a los de esta alzada». Asimismo fue formulado Voto Particular cuyo fallo es del tenor siguiente: « Fallo. –Que desestimando el recurso de apelación interpuestos (sic) por la Procuradora doña Rosa María B. F. en nombre y representación de don Tomás C. G., doña María Dolores R. C., y Alex C. R., contra la sentencia de 30 de mayo de 1995, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Figueres, en los autos de menor cuantía núm. 490/1993, y estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Ana María B. en nombre y representación de don Joaquín V. M. y Previsión Popular de Seguros, SA contra la sentencia de 30 de mayo de 1995, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Figueres, en los autos de menor cuantía núm. 490/1993, de los que este Rollo dimana, y revoco dicha resolución, declarando: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora doña Rosa María B. F., en nombre y representación de don Tomás C. G., doña María Dolores R. C., y don Alex C. R., se absuelve a los demandados don Joaquín V. M. y Previsión Popular de Seguros, SA de todos los pedimentos de la misma, sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las dos instancias».

## TERCERO

Por el Procurador de los Tribunales don Miguel Angel C. P., en nombre y representación de don Joaquín V. M. y de la compañía mercantil Previsión Popular de Seguros, SA, se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos:

I.–Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, provocando indefensión a esta parte demandada, consistente en violación, por inaplicación de los artículos 504 y

506 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) , prescindiendo total y absolutamente de lo en ellos dispuesto, así como en violación, por aplicación indirecta en forma indebida de los artículos 862 y/o 863.2º de la propia Ley Procesal.

II.–Infracción de ley consistente en violación del artículo 1101 del [Código Civil](#) , por aplicación indebida del mismo.

III.–Infracción de ley consistente en violación del artículo 1101 del Código Civil, por aplicación indebida del mismo, en conexión con violación, por no aplicación, de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de ese Alto Tribunal, que se citarán, relativa a la necesaria concurrencia de los requisitos de acción culposa, realidad del daño y nexo de causalidad entre ambos, para que nazca la obligación de indemnizar.

IV.–Infracción por aplicación indebida del artículo 1101 del Código Civil y por no aplicación del artículo 1214 del propio ordenamiento sustantivo, en relación con infracción, por inaplicación de las normas dimanantes de la doctrina jurisprudencial sentada en las [sentencias de ese alto Tribunal de 6 de marzo de 1995](#) , [6 de abril de 1995](#) , [28 de julio de 1995](#) , [6 de octubre de 1995](#) , [7](#) y [17 de noviembre de 1995](#) y [29 de diciembre de 1995](#) y en la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra con fecha 24 de mayo de 1995, entre otras muchas que en las propias resoluciones invocadas se citan.

#### CUARTO

Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, por el Procurador señor M. P., en la representación que ostentaba de la parte recurrida, se presentó escrito impugnando el mismo.

#### QUINTO

No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para la votación y fallo del presente recurso, el día veintinueve de mayo, a las 10.30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO

Como fundamento de la pretensión indemnizatoria actuada en estos autos frente a don Joaquín V. M., médico ginecólogo, y Previsión Popular de Seguros, SA propietaria de la Clínica donde el anterior prestaba sus servicios, se alega en la demanda que a mediados del mes de abril de 1989, María Dolores R. C., de 40 años de edad, madre de tres hijos, que había tenido un aborto espontáneo en el mes de enero de 1989, acudió a la consulta de don Joaquín V. M., quien comprobó que la paciente se hallaba embarazada de dos meses y medio; transcurrido el período de gestación, durante el cual la señora R. fue atendida por el doctor V.,

aquella dio a luz el día 9 de octubre de 1989, asistida por el citado médico, a un hijo varón, con el síndrome de Down, a quien se le detectó a las pocas semanas de vida cardiopatía y una hepatopatía.

La sentencia recurrida en casación revoca parcialmente la de primera instancia y condena a los codemandados a abonar conjunta y solidariamente a don Tomás C. G. y doña María Dolores R. C. la cantidad de cuarenta millones de pesetas.

La sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos jurídico son aceptados por la de segundo grado, declara probado que la señora R. acudió al doctor V. para que éste la atendiera durante el período de gestación. Tuvo dudas por informaciones que halló en una enciclopedia casera (seguramente ya las tenía del riesgo de concebir un hijo con alguna malformación pues es de dominio general que el embarazo a partir de los 35 años comporta riesgos de este tipo), las cuales se encargó de despejar el doctor V., diciéndole que no se preocupara que todo iba normal. Así se lo expresó tanto a la señora R. como a su esposo el señor C., a este último en conversaciones que ocasionalmente habían tenido en el bar que éste regentaba, al cual acudió en alguna ocasión el señor V.

Ante estos hechos, la Sala de instancia atribuye al médico demandado una conducta negligente o culposa al no informar a la paciente de las pruebas existentes para determinar la existencia de malformaciones en el feto, privándose a aquella de la facultad de optar por acudir a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permitido.

## SEGUNDO

El motivo primero del recurso, acogido al ordinal 3º del artículo 1692 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) , denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, provocando indefensión a la parte, por inaplicación de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por violación, por aplicación indirecta en forma indebida de los artículos 862 y/o 863.2º de la misma Ley.

Tal infracción entienden los recurrentes se cometió por la Sala de instancia al acordar traer a los autos, en calidad de mejor proveer y mediante expreso requerimiento a la parte apelante, de las facturas y presupuestos acreditativos de lo que pudiera representar el importe de los daños y perjuicios por dicha parte reclamados en la demanda, documentos que tal parte ni aportó con la misma, ni invocó tan siquiera en la fase declarativa del proceso. Tal planteamiento del motivo pone de manifiesto la improcedencia del mismo al no guardar los preceptos que se dicen conculcados relación alguna con la facultad que a los Juzgados y Tribunales de instancia atribuye el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, facultad que es, en realidad, la que se pretende discutir en el motivo y que, como reconoce la parte recurrente, no es recurrible, falta de recurribilidad que pretende eludirse en el motivo por esta artificiosa vía. En consecuencia se desestima el motivo.

### TERCERO

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia violación, por aplicación indebida del artículo 1101 del [Código Civil](#) . Dice la [sentencia de 19 de febrero de 2000](#) en cuanto al artículo 1101 que es doctrina reiterada de esta Sala ( [sentencias de 30 de enero de 1993](#) , [6 de octubre de 1995](#) , [22 de febrero](#) y [29 de septiembre de 1997](#) ) que el precepto citado, al limitarse a enumerar las causas que hacen surgir el deber de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir, dada la generalidad de su contenido, para fundamentar un recurso de casación por transgresión de la norma en él contenida, a no ser que se armonice con los específicos que, para cada uno de los supuestos concretos, establece el Código Civil, cita de esos preceptos específicos que no se hace en el motivo que, por ello, ha de ser desestimado.

### CUARTO

El motivo tercero, con el mismo amparo procesal que el anterior, denuncia violación, por aplicación indebida del mismo artículo 1101 del Código Civil, en conexión con violación, por no aplicación, de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita. Se dice en la fundamentación del motivo que aun y cuando se considerara que la falta de información que la sentencia recurrida imputa al doctor V. M., pudiera integrar, en alguna forma, una figura de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, la inexistencia de daño real y la falta de relación causal entre el que pudiera estimarse producido y tal tipo de incumplimiento obligacional impediría la aplicación del deber de indemnizar daños y perjuicios.

No obstante lo dicho en el anterior fundamento de esta resolución sobre la falta de idoneidad del artículo 1101 del Código Civil, la Sala entra a examinar este motivo al alegarse conjuntamente infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias que se citan.

Es doctrina reiterada de esta Sala, que por su notoriedad exime de la cita particularizada de las resoluciones en que se manifiesta, la de que la exigencia de responsabilidad por culpa, tanto contractual como extracontractual, requiere la existencia de una acción u omisión imputable al agente, que tal acción u omisión se caracterice como culposa o negligente, la existencia de un daño y que entre éste y la acción u omisión culposa o negligente exista un nexo causal. De estos elementos, la acción u omisión y el daño, constituyen requisitos de carácter fáctico, cuya impugnación, en sentido positivo o negativo, sólo puede acceder a la casación por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de esa actividad judicial que se consideren infringidas. La concurrencia de culpa o negligencia y la existencia o no de nexo causal entre la acción u omisión y el resultado son cuestiones de derecho accesible a la casación.

En segundo lugar se alega la inexistencia de un nexo causal entre la conducta imputada al médico codemandado, la falta de información a la paciente, y el

resultado producido, el nacimiento de un niño afectado por el síndrome de Down.

Dice la [sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2001](#) que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre es requisito la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad cualificada; este juicio corresponde sentarlo al juez de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a un criterio de legalidad o buen sentido.

Aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación «la señora R. en ningún momento quiso abortar»; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo.

La estimación de este tercer motivo determina, sin necesidad de entrar en el examen del cuarto, la casación y anulación de la sentencia recurrida así como la revocación de la de primera instancia, lo que, a su vez, lleva a la desestimación de la demanda.

#### QUINTO

La desestimación de la demanda comporta la condena en costas de los actores, de acuerdo con el artículo 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No procede hacer especial condena en las costas causadas en los recursos de casación y de apelación, a tenor de los artículos 1.715.3 y 710.2 de la citada Ley.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación



interpuesto por don Joaquín V. M. y la entidad mercantil Previsión Popular de Seguros, SA contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona de fecha diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y seis, que casamos y anulamos. Y, con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Figueres de fecha treinta de mayo de mil novecientos noventa y cinco, debemos declarar y declaramos no haber lugar a la demanda formulada por don Tomás C. G., doña María Dolores R. C. y don Alex C. R. contra los aquí recurrentes a quienes absolvemos de la misma. Con expresa condena a los actores de las costas de primera instancia, sin perjuicio del beneficio de justicia gratuita que tienen reconocido. Sin hacer expresa condena en las costas causadas en los recursos de apelación y de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta.–Pedro González Poveda.–Antonio Gullón Ballesteros. Rubricados.

PUBLICACION.–Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.