



**FACULTAD DE DERECHO**

**RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA:  
ANÁLISIS PRÁCTICO DEL SISTEMA  
ESPAÑOL Y NORTEAMERICANO**

Autora: Ana Hidalgo Benito  
5º E-3 B  
Derecho Civil (Derecho de Daños)  
Tutor: Jaime Bofill

Madrid  
Abril 2017

## RESUMEN

Una persona que sufre un daño o perjuicio como consecuencia de una negligencia en el ámbito sanitario, para poder exigir responsabilidad, tiene que probar cuatro elementos: 1) la existencia de una obligación por parte del médico o del centro hospitalario; 2) el incumplimiento de dicha obligación; 3) la relación de causalidad entre el mencionado incumplimiento y el daño o perjuicio sufrido; y 4) un daño o perjuicio susceptible de indemnización.

Estos cuatro elementos son requisitos indispensables tanto en el sistema de responsabilidad civil sanitaria español como en el norteamericano, y así se demuestra en este trabajo cuyo objetivo era realizar una comparativa desde el planteamiento de un caso práctico. Del mencionado estudio se ha concluido que finalmente la única diferencia significativa, al margen de las distintas fuentes del Derecho propias de cada sistema, es la relativa al cálculo de la indemnización: mientras en España se sigue un sistema objetivista, en Estados Unidos impera el subjetivismo.

De esta forma, el estudio de los precedentes judiciales existentes en Estados Unidos y su posterior comparativa con el sistema español permiten concluir que, dadas las altas indemnizaciones que se establecen en Estados Unidos, el sistema que más ventajas proporcionaría a la hora de afrontar una reclamación en este ámbito es el propio de este último país.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil sanitaria, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, negligencia médica, baremo.

## **ABSTRACT**

A victim who has been injured as a result of negligence in the health field, in order to claim responsibility, has to prove four elements: 1) the existence of a duty on the part of the doctor or the hospital; 2) the breach of such duty; 3) injury caused by the breach; and 4) resulting damages.

These four elements are indispensable in both legal systems, American and Spanish, being the purpose of this work to make a comparison between those systems from the approach of a case study. Furthermore, it has been concluded that finally the main difference, apart from the different sources of the proper law of each system, is the one related to the calculation of damages: while in Spain an objectivist system is followed, in the United States subjectivism prevails.

Thus, the study of the legal precedents established in the United States and its subsequent comparison with the Spanish system allows us to conclude that, given the high damages determined by the American Courts, the system that offers most advantages when facing a claim in this field is the US legal system.

**Keywords:** tort law, negligence, medical malpractice law, hospital liability, damages.

## ÍNDICE

Listado de abreviaturas .....	6
1. Introducción.....	7
2. Caso práctico: Resolución conforme a Derecho español .....	8
2.1. Hechos .....	8
2.2. Legitimación pasiva.....	9
2.2.1. Supuesto I: Daño causado por una incorrecta colocación de los tornillos .....	9
2.2.2. Supuesto II: Daño derivado de un defecto en el diseño de los tornillos.....	13
2.2.3. Conclusión .....	15
2.2.4. Aseguradoras .....	16
2.3. Valoración de los daños y perjuicios causados .....	18
2.3.1. Determinación del daño indemnizable (Ley 35/2015) .....	19
2.3.2. Valoración del daño.....	19
2.4. Conclusión .....	24
2.5. Honorarios .....	25
3. Sistema norteamericano.....	27
3.1. Supuesto I: Daño causado por una incorrecta colocación de los tornillos .....	27
3.1.1. Medical Malpractice Law .....	27
3.1.2. Hospital Liability .....	30

3.2. Supuesto II: Daño derivado de un defecto en el diseño de los tornillos.....	36
3.3. Valoración de los daños y perjuicios causados .....	39
3.4. Honorarios .....	44
4. Conclusiones.....	45
Legislación.....	48
Jurisprudencia.....	48
Obras doctrinales .....	49
Otras fuentes .....	50
Anexo: Enunciado Caso Práctico .....	52

## LISTADO DE ABREVIATURAS

- CC: Código Civil.
- TS: Tribunal Supremo.
- TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30 de noviembre de 2007).
- Ley 35/2015: Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE 23 de septiembre de 2015).
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- INE: Instituto Nacional de Estadística.
- LCS: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE 17 de octubre de 1980).
- ICAM: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
- RDL 8/2004: Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE 5 de noviembre de 2004) .
- RJ: Repertorio de Jurisprudencia.
- LCU: Ley 26/1984, de 19 de julio, de Consumidores y Usuarios (BOE 24 de julio de 1984).

## 1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil sanitaria en el sistema de Derecho civil español, o *Health Negligence* en el sistema norteamericano, es un ámbito donde cada vez son más comunes las reclamaciones. La peculiaridad de los servicios, la posibilidad de causar un daño susceptible de indemnización y la toma de consciencia por parte de los ciudadanos de sus derechos como pacientes y consumidores de servicios sanitarios han dado lugar a ese incremento de las reclamaciones que tanto preocupa a los profesionales de la medicina.

Partiendo de la diferencia evidente entre el sistema de Derecho español y el norteamericano, cual es la relativa a las fuentes del Derecho propias de cada uno, este trabajo pretende analizar, desde el planteamiento de un caso, cómo se abordan en cada país las cuestiones relativas a la responsabilidad sanitaria.

El objetivo es por tanto realizar una comparativa que permita obtener una visión general de cada sistema de Derecho y poder concluir si ambos son radicalmente diferentes o si, por el contrario, tienen ciertas similitudes.

Con el fin de cumplir este objetivo, este trabajo se ha estructurado de la siguiente manera: en primer lugar, se ha procedido a resolver el caso planteado en el *Anexo* conforme a la legislación aplicable en España, apoyándose asimismo en jurisprudencia para reforzar lo expuesto en cada apartado. A continuación, el tercer capítulo se ha dedicado al sistema norteamericano, donde se analizan de manera similar las cuestiones planteadas en el capítulo anterior, si bien en este caso tomando como base los precedentes judiciales existentes en Estados Unidos. En este sentido, cabe señalar desde un principio que el análisis no incluye un estudio jurisdiccional ni competencial por lo que se hace referencia a casos de diferentes Estados. Por último, en el capítulo relativo a conclusiones, que termina con una tabla comparativa de ambos sistemas, destaca la principal diferencia, la cual conduce a la recomendación tanto desde el punto de vista económico como de viabilidad de cuál sería el país idóneo para plantear un caso de responsabilidad civil sanitaria.

## 2. CASO PRÁCTICO: RESOLUCIÓN CONFORME A DERECHO ESPAÑOL

### 2.1. Hechos

El día 22 de enero de 2016, Mr. John, de 54 años, fue operado en el hospital privado Fundación Martínez Pérez de Madrid por el doctor Eugenio Fuentes y la doctora Pilar Sánchez, dos cirujanos autónomos contratados por la clínica para esta operación, cuyo fin era la colocación de unos tornillos internos en la pierna derecha a causa de una fractura en el peroné.

La operación aparentemente tuvo un resultado satisfactorio, pero aproximadamente dos meses después empezaron a materializarse una serie de dolores y molestias. Mr. John acudió entonces a la consulta de dos especialistas traumatólogos para conocer su opinión sobre el origen del dolor y su relación con la operación: ambos llegaron a la misma conclusión, los dolores se producían por los tornillos colocados, y estas molestias no eran una consecuencia o secuela que necesariamente debería derivarse de la operación. Ahora bien, uno consideraba que el problema estaba en la forma en que se habían colocado los tornillos, y el otro que el inconveniente era un defecto de diseño de aquellos.

Mr. John decidió entonces ponerse en contacto con todas las partes involucradas quienes han negado toda responsabilidad. Así, el día 17 de enero de 2017, Mr. John acude a un despacho y plantea las siguientes cuestiones<sup>1</sup>:

- Teniendo en cuenta que nadie quiere hacerse cargo del pago de una indemnización, a quién puede demandar y por qué.
- Por qué cuantía puede demandar, y qué tipo de daños puede reclamar.
- Que sus honorarios se le facturen conforme a las normas del ICAM.

---

<sup>1</sup> En el *Anexo: Enunciado Caso Práctico*, aparecen más y con más detalle. No obstante, se entiende que estas tres recogen, de forma general, lo que se va a analizar fundamentalmente en este capítulo: legitimación pasiva, valoración de los daños y perjuicios causados conforme a Derecho español y determinación de los honorarios conforme a las normas del ICAM.

## 2.2. Legitimación pasiva

A la vista de los hechos y ante la existencia de discrepancias periciales, se va a proceder, para responder a la primera de las cuestiones que se plantean, a analizar cada uno de los supuestos por separado.

### 2.2.1. Supuesto I: Daño causado por una incorrecta colocación de los tornillos

En este primer supuesto nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad médica propiamente dicho, pues como señala el primer informe pericial, firmado por el Dr. González, al derivar el problema de una incorrecta colocación de los tornillos, los responsables serían los cirujanos que los acoplaron.

La responsabilidad médica gira en torno a dos conceptos: el acto médico, esto es, la actuación por parte de un profesional sanitario sobre un cuerpo humano, y el error, entendido como la acción u omisión incorrecta del médico que produce un perjuicio al paciente, presupuesto del que surge la obligación de reparar<sup>2</sup>.

Una de las primeras cuestiones a analizar en este campo es si en un caso concreto nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, cuestión relevante fundamentalmente a efectos de prescripción, pues según se trate de un caso u otro el plazo para interponer la acción es diferente<sup>3</sup>: cinco años si se trata de un daño contractual (art. 1964.2 CC) y uno de tratarse de un daño extracontractual (1968.2 CC).

---

<sup>2</sup> Fernández Manzano, L. A., "La responsabilidad en la prestación de servicios" en Soler Presas, A. y Del Olmo García, P. (coord.), *Practicum Daños 2017*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 500.

<sup>3</sup> En relación al inicio del plazo para ejercer la acción, es reiterada la jurisprudencia del TS "[...] que el cómputo del plazo prescriptivo se realiza a partir del conocimiento del interesado, de modo definitivo, del quebrantamiento definitivo" (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre 8843/2007).

En principio, y atendiendo a los hechos concretos del caso, al celebrar un contrato<sup>4</sup> Mr. John con la Fundación Martínez Pérez, la eventual reclamación contra ella sería contractual, siendo extracontractual la dirigida contra el doctor Eugenio Fuentes y la doctora Pilar Sánchez, ambos cirujanos autónomos contratados por el centro hospitalario para la operación.

No obstante, en la práctica, existen casos en los que el TS "[...] ha apreciado la existencia de responsabilidad contractual del médico cuando el paciente que sufre el daño sólo tiene una relación contractual propiamente dicha con [...]"<sup>5</sup> la clínica privada en la que el profesional sanitario presta sus servicios.

Así, la STS de 22 de febrero de 1991, por ejemplo, concluyó que la responsabilidad del médico designado por la clínica era contractual, considerándole responsable en virtud del artículo 1101 CC y a la clínica privada con la que contrató el paciente *ex* artículo 1903.4 CC (responsabilidad por culpa *in vigilando* o *in eligendo*)<sup>6</sup>.

Asimismo, su STS de 12 de marzo de 2004, también consideró que la responsabilidad del médico era contractual, en base a no haber "[...] practicado un examen previo e imprescindible" en un supuesto de medicina voluntaria o preventiva<sup>7</sup>, siendo aquí la

---

<sup>4</sup> El llamado contrato de clínica u hospitalización, estudiado por la sentencia de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8720) y definido "[...] como un contrato atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el paciente y una clínica privada, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado [...]" (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 de marzo 868/2013).

<sup>5</sup> *Practicum Daños 2017. cit. p. 501.*

<sup>6</sup> Así se refleja en una de las razones expuestas por el TS, en su sentencia de 22 de febrero de 1991, para declarar la responsabilidad extracontractual de la clínica:

[...] la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la "Clínica Janos", que fue la que [...] designó al médico que había de atenderla [...] por lo que la responsabilidad de la entidad [...] en cuanto propietaria de la meritada Clínica, también participa de la responsabilidad por culpa contractual declarada respecto del médico a su servicio. (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 22 de febrero 1991. RJ 1991/1587).

<sup>7</sup> Diferente de la voluntaria o satisfactiva en la "que el profesional de la medicina no actúa sobre un cuerpo enfermo, sino sobre uno sano" (Gázquez Serrano, L., "Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* (disponible en

responsabilidad de la clínica también contractual, en virtud del contrato de clínica o de hospitalización celebrado entre la Fundación y el paciente<sup>8</sup>.

Como se puede apreciar, delimitar las fronteras entre ambas modalidades no es fácil. Si bien, se trata de una dificultad reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, que con el objetivo último de proteger a la víctima, ha aplicado la doctrina del concurso de normas o de la yuxtaposición de responsabilidades, más conocida como de la "unidad de culpa civil" en distintos ámbitos, entre ellos en el sanitario<sup>9</sup>.

En este sentido, según reiterada doctrina jurisprudencial:

Cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo, del deber de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercerse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso -de ambas responsabilidades- que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima, y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible, sin otro límite que la indemnidad del patrimonio económico [entre otras, Sentencias de la Sala Primera del TS de 26 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9663), de 29 de julio de 2003 (RJ 2003/5991) y de 10 de junio de 2004 (RJ 2004/3605)]<sup>10</sup>.

En virtud de la mencionada teoría de la unidad de culpa y atendiendo al caso concreto, que hace hincapié en la ausencia de contrato laboral entre los cirujanos y la Fundación, la vía a seguir para reclamar la responsabilidad a los médicos será la extracontractual, que se ejercerá de forma conjunta con la reclamación contractual dirigida contra el centro hospitalario, fundada en la celebración de un contrato de clínica u hospitalización entre Mr. John y la Fundación Martínez Pérez.

---

<http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-05/recension-regimenjuridico.pdf>; última consulta 31/03/2017).

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 de marzo 203/2004.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre 8843/2007.

<sup>10</sup> *Practicum Daños 2017. cit. p. 507.*

Otra de las cuestiones de especial transcendencia responde a la necesidad, por parte de la víctima del daño, de probar junto al daño y a la relación causal, la negligencia de los médicos, presupuesto exigido tradicionalmente por la jurisprudencia para imputar responsabilidad profesional en el ámbito sanitario.

En este sentido, según el TS, concurre una actuación negligente cuando se produce un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la *lex artis ad hoc*<sup>11</sup> que es el módulo rector de la conducta médica.

No obstante, a pesar de que en los supuestos de responsabilidad médica, en principio, no opera el principio de inversión de la carga de la prueba, siendo, como se ha dicho, la víctima la que ha de probar; resulta imprescindible, en este caso particular, hacer referencia a la "doctrina del daño desproporcionado".

Según esta doctrina, cuando en la práctica sanitaria se produce un daño anormal y desproporcionado en atención a la naturaleza y entidad de la intervención, se presume la culpa del facultativo, produciéndose, por tanto, una inversión de la carga de la prueba.

En nuestro caso, y si atendemos a los informes periciales de los dos especialistas traumatólogos a los que acudió Mr. John, quienes coinciden en que los dolores no eran consecuencia o secuelas que necesariamente deberían derivarse de la operación a la que se sometió, se puede asumir la aplicación de la mencionada doctrina y, por tanto, la presunción de culpabilidad de los dos cirujanos que realizaron la operación.

En conclusión y de acuerdo con el primer informe pericial, firmado por el Dr. González, que considera que la causa de los daños ocasionados a Mr. John responden a una negligencia médica cometida por ambos cirujanos al colocar los tornillos de forma

---

<sup>11</sup> Criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino 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 (STS 23 de mayo 2006 [RJ 2006, 3535]) (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre 1342/2006).

errónea, debe reclamarse, por un lado y en virtud del art. 1902 CC responsabilidad al Dr. Eugenio Fuentes y a la Dra. Pilar Sánchez por la mala observancia de la *lex artis ad hoc*, y de otro, a la Fundación Martínez Pérez por el inexacto cumplimiento del contrato celebrado con Mr. John *ex* artículo 1101 CC.

### **2.2.2. Supuesto II: Daño derivado de un defecto en el diseño de los tornillos**

Este segundo supuesto que se plantea como consecuencia del segundo informe pericial, firmado por el Dr. López, que hace responsable a la fábrica de tornillos en tanto en cuanto considera que el daño ocasionado se debe, no a una negligencia médica, sino a un defecto de diseño en los tornillos, conduce a un análisis que nada tiene que ver con el anterior.

De acuerdo con lo mencionado en el informe pericial, *a priori* el responsable del daño es la empresa fabricante de tornillos. Sin embargo, aunque no pueda caber duda de que esto es así si efectivamente el problema deriva del defecto en el diseño, no se va a iniciar, en este momento, reclamación judicial contra aquella pues existe una vía a través de la que se puede reclamar responsabilidad al centro hospitalario, parte ya en el proceso como consecuencia de la reclamación que se dirige contra él por el supuesto anterior.

No obstante, teniendo en cuenta lo dicho, es importante señalar que aunque, en este momento, no se exija judicialmente responsabilidad a la empresa fabricante de tornillos, a modo de prevención es preciso interrumpir el plazo de prescripción de la acción que pudiese ejercerse contra la misma para el supuesto de que las pretensiones no resultaren a nuestro favor.

En este sentido, dado que la reclamación tendría el carácter de extracontractual, al no existir vínculo jurídico previo entre la empresa y Mr. John, se dispone del plazo de un año antes de que la acción prescriba (art. 1968.2 CC). En consecuencia, atendiendo a las fechas, se procederá de inmediato a interrumpir prescripción: reclamación extrajudicial que para cumplir su fin ha de quedar debidamente acreditada y que, además, deberá

repetirse cada año hasta el fallo de la sentencia que finalice el proceso que pretende iniciarse en este momento.

Realizado el apunte anterior, conviene ahora centrarse en el análisis y justificación de la vía a seguir para reclamar los daños ocasionados por esta causa: defecto en el diseño de los tornillos; acción que, como se ha expuesto al comienzo, se va a ejercer contra el centro hospitalario y ello, en virtud del art. 148 TRLGDCU<sup>12</sup> (supuesto de responsabilidad en el ámbito de los consumidores de servicios sanitarios), "[...] aplicado usualmente para condenar a los centros hospitalarios"<sup>13</sup>.

En virtud del citado artículo, circunscrito al ámbito de los servicios sanitarios, serán responsables los centros hospitalarios "por los daños originados en el correcto uso de los servicios". De su tenor literal, por tanto, se puede extraer que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva donde no se precisa culpa o negligencia, pudiéndose exigir con la sola existencia de un daño originado en la prestación del servicio en cuestión.

Así, por ejemplo, la STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/251) concluyó condenando al centro médico en base al artículo 28 LCU por el contagio provocado con ocasión de una transfusión de sangre:

[...] verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones susceptibles de ser evitadas mediante los acuerdos controles [...], respecto de los cuales resulta indiferente, en virtud del criterio objetivo en que se funda este tipo de responsabilidad, que correspondiera o no su práctica al centro médico<sup>14</sup>.

En la misma línea, la STS de 18 de marzo de 2004<sup>15</sup>, al citar la de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10404), dice:

---

<sup>12</sup> Anteriormente, artículo 28 LCU.

<sup>13</sup> *Practicum Daños 2017. cit. p. 516.*

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Civil) de 4 de diciembre 1242/2007.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de marzo 225/2004.

[...] demandante es consumidor (art.1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2.) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva [...]. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad", hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño... se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad<sup>16</sup>.

De esta forma, considerando el ámbito de aplicación de este artículo que además propugna ASUA GONZÁLEZ, quien considera que la utilización de productos defectuosos en los centros sanitarios, en especial en el ámbito de la medicina privada, constituyen supuestos donde no debería excluirse la responsabilidad sin culpa<sup>17</sup>, es menester exigir responsabilidad a la Fundación Martínez Pérez por el defecto en los tornillos utilizados en la operación de Mr. John.

### **2.2.3. Conclusión**

Por tanto, como se desprende de lo expuesto hasta ahora, debe reclamarse, por un lado y en virtud del art. 1902 CC responsabilidad al Dr. Eugenio Fuentes y a la Dra. Pilar Sánchez por la mala observancia de la *lex artis ad hoc*, y de otro, a la Fundación Martínez Pérez por el inexacto cumplimiento del contrato de clínica u hospitalización celebrado con Mr. John *ex* artículo 1101 CC.

Asimismo, de forma subsidiaria, se exige responsabilidad a la Fundación Martínez Pérez por el defecto en los tornillos utilizados en la operación de Mr. John en base al artículo 148 TRLGDCU.

---

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de marzo 225/2004.

<sup>17</sup>Asúa González, C. I., "Responsabilidad civil médica" en Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil Vol. 2*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 799-800.

#### **2.2.4. Aseguradoras**

Se van a distinguir dos tipos de aseguradoras: por un lado, las aseguradoras de responsabilidad civil de los médicos y del centro sanitario y, de otro lado, la aseguradora de asistencia sanitaria.

##### **2.2.4.1. Aseguradoras de responsabilidad civil de médicos y centros sanitarios**

Este primer supuesto nace de la existencia, entre el médico o centro hospitalario y una aseguradora, de un contrato de seguro de responsabilidad civil, regulado en los artículos 73 al 76 de la LCS.

Sobre la cuestión planteada, resulta preciso señalar que la acción directa de la que dispone el perjudicado contra la aseguradora tiene como fundamento el exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar (art. 76 LCS), lo que implica la necesidad, por tanto, de que se haya declarado responsable al asegurado en cuestión.

En línea de principio con lo mencionado, la demanda formulada contra las aseguradoras, tanto de los cirujanos como de la Fundación, estaría dirigida a exigir el pago de la indemnización: acción que se ejercitaría por puros aspectos económicos, por evitar posibles situaciones de insolvencia por parte de los asegurados.

En este sentido, actuando prudentemente, se va a proceder a "demandar conjuntamente al asegurado y a la compañía aseguradora: Al primero para que se declare su responsabilidad; a la segunda, para que pague la indemnización"<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Tamayo Jaramillo, J., *La acción directa en los seguros de responsabilidad civil: Un regalo envenenado*, p.82 (disponible en file:///C:/Users/Ana/AppData/Local/Temp/DialnetLaAccionDirectaEnLosSegurosDeResponsabilidadCivi1-5556725-2.pdf; última consulta: 31/03/2017).

#### 2.2.4.2. Aseguradoras de asistencia sanitaria

Las aseguradoras de asistencia sanitaria, a diferencia de las anteriores, son parte de un contrato celebrado directamente con el paciente, regulado en los artículos 105 y 106 de la LCS.

Del tenor literal del artículo 105, se pueden distinguir dos clases de aseguradoras: de un lado, la que se obliga simplemente al pago del importe de los servicios prestados por profesionales de la medicina y/o centros hospitalarios con los que ha contratado el paciente, y de otro, la que, además de lo anterior, se obliga a realizar la prestación de los servicios médicos.

Esta distinción es relevante a efectos de poder exigir o no responsabilidad. En el primer supuesto (seguros de libre elección), la entidad aseguradora carece de responsabilidad alguna por los actos médicos realizados por el personal sanitario libre y directamente elegido por el asegurado, mientras en que el otro caso (seguros de asistencia propiamente dichos), la situación es diferente: cuando el asegurado ha de acudir, para su tratamiento, a personal sanitario incluido en la lista o cuadro médico elegido por la propia aseguradora, esta puede incurrir en una culpa *in eligendo* (art. 1903.4 CC) dado el control que sobre esa lista ejerce y a la que ha de sujetarse el asegurado.

En este sentido, dado que, con carácter general, las aseguradoras se obligan a realizar la prestación sanitaria subcontratando con profesionales sanitarios y centros (postura, además, por la que parece inclinarse el TS en caso de duda<sup>19</sup>), cabría exigir responsabilidad a la entidad aseguradora de Mr. John *ex* artículo 1903.4 CC.

No obstante, para fundamentar mejor la postura adoptada, en la que bastaría la existencia de un cuadro médico para exigir responsabilidad a la entidad aseguradora, resulta preciso hacer referencia a lo que el TS señala:

---

<sup>19</sup> *Practicum Daños 2017. cit. p. 502.*

[...] si la relación es laboral o no laboral, si hay mayor o menor grado de dependencia entre los médicos y los centros que figuran en el cuadro, no es cuestión que, en modo alguno, pueda invalidar la responsabilidad directa de la sociedad como prestataria de los servicios<sup>20</sup>.

La jurisprudencia actual, por tanto, como se puede desprender de lo anterior, considera responsable a la entidad aseguradora de asistencia sanitaria aun en aquellos casos en los que se limita a indicar a tal o cual médico como posible prestador del servicio de forma genérica, sin necesidad de que tenga que intervenir directamente en la elección del médico.

En línea de principio con la postura adoptada por el TS, y para el caso de que la aseguradora de Mr. John cuente con un cuadro médico entre los que se encuentre la Fundación Martínez Pérez, se podrá exigir responsabilidad a la misma en virtud del ya mencionado artículo 1903.4 CC.

### **2.3. Valoración de los daños y perjuicios causados**

"Convertido jurisprudencialmente el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación como sistema de valoración de referencia para el daño sanitario"<sup>21</sup>, se procederá a realizar el cálculo de la cuantía conforme al mismo.

En este sentido, cabe mencionar la última reforma llevada a cabo por la Ley 35/2015, que establece un nuevo sistema de valoración, sustituyendo al establecido en el RDL 8/2004, y que se aplica a los daños y perjuicios producidos después del 1 de enero de 2016 (Disp. Transitoria y Disp. Final 5ª de la Ley 35/2015).

---

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de junio 642/2001.

<sup>21</sup> Ruiz Echauri, J., "Los daños en la circulación de vehículos a motor" en Soler Presas, A. y Del Olmo García, P. (coord.), *Practicum Daños 2017*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 722.

Resultando de aplicación, por tanto, el nuevo sistema, se procede al cálculo de la indemnización ajustada al caso concreto tomando como referencia, de entre los posibles, los valores máximos.

### ***2.3.1. Determinación del daño indemnizable (Ley 35/2015)***

El primer paso consiste en determinar ante qué tipo de daño nos encontramos y si este es indemnizable o no. Para ello, el nuevo Baremo, como es conocido popularmente el sistema, establece tres tipos de daños indemnizables: la muerte, las secuelas o lesiones permanentes y las lesiones temporales.

Como se puede presumir, la duda aparece en relación con los dos tipos de lesiones, respuesta que encontramos si acudimos al artículo 93.1, en virtud del cual "son secuelas las deficiencias físicas [...] y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y permanecen una vez finalizado el proceso de curación". De conformidad con lo previsto en el artículo mencionado, dado que los dolores y molestias empezaron a materializarse aproximadamente dos meses después de la operación y, en consecuencia, del proceso de curación, la calificación que merecen los mismos es el de lesiones permanentes (Capítulo II, Sección 2.ª).

Determinado el tipo de daño indemnizable, este distingue tres subcategorías: perjuicio personal básico, perjuicio personal particular y perjuicio económico (daño emergente y lucro cesante). Cada una de ellas contiene un concepto distinto cuyo objetivo es cumplir el principio fundamental de reparación integral del daño, valorándose cada uno de ellos de forma independiente y conforme a sus propios criterios y reglas concretados en tablas anejas a la Ley 35/2015.

### ***2.3.2. Valoración del daño***

#### ***2.3.2.1. Perjuicio personal básico***

La Subsección 1.ª del Capítulo II, Sección 2.ª (artículos 95 al 104), de forma conjunta con la tabla 2.A, recoge las reglas que se han de aplicar para la valoración económica

del perjuicio económico básico, que resulta de la combinación de dos conceptos a tener en cuenta: el baremo médico, cuyo fin es determinar las secuelas y su gravedad e intensidad expresados en puntos, y el baremo económico, que determina la indemnización por este concepto (art. 95).

*i) Baremo médico*

El baremo médico, contenido en la tabla 2.A.1., recoge de una parte la clasificación, descripción y medición de las secuelas en función del tipo de perjuicio de que se trate (psicofísico, orgánico o sensorial), y de otra, la valoración del perjuicio estético según la entidad del mismo.

En nuestro caso, atendiendo a los hechos (molestias constantes en la espinilla de la pierna derecha), la lesión sufrida por Mr. John se identifica con una secuela sufrida en una extremidad inferior (pierna) del sistema músculo esquelético, derivada de la colocación de unos tornillos (material de osteosíntesis<sup>22</sup> en la tibia o peroné) cuyo objetivo era unir el hueso fracturado y a la que le corresponde una puntuación de entre 1-6 puntos.

El perjuicio estético, expresado también en puntos, se mide en función del grado de modificación que empeora la imagen de una persona, tanto en su dimensión estática como dinámica, atendiendo a una serie de factores, como el grado de visibilidad del perjuicio o la atracción a la mirada de los demás (art. 102).

En virtud del art. 102.2 y la mención expresa sobre el padecimiento, por parte de Mr. John, de dolores agudos al apoyar la pierna de una determinada manera (que permite presumir, sin error a equivocación, la existencia de una cojera relevante), se permite

---

<sup>22</sup> Los elementos de osteosíntesis (OTS) son aparatos mecánicos construidos principalmente de acero inoxidable, titanio o elementos biodegradables, utilizados fundamentalmente en las intervenciones sobre el hueso; siendo los tornillos uno de los elementos de OTS de fijación interna más utilizados. (García, C. y Ortega, D., "Elementos de osteosíntesis de uso habitual en fracturas de esqueleto apendicular: evaluación radiológica", *Revista Chilena de Radiología*, vol. 11, n° 2, 2005, p. 58-70 (disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rchradiol/v11n2/art05.pdf>; última consulta 05/04/2017).

aludir a la existencia de un perjuicio estético de grado medio (art. 102.2. e), al que le corresponde una puntuación de entre 14 y 21 puntos.

*ii) Baremo económico*

El baremo económico, contenido en la tabla 2.A.2., asigna el valor económico que corresponde a las lesiones determinadas conforme a los criterios anteriores, teniendo en cuenta la edad del perjudicado (54 años en nuestro caso concreto).

En este sentido, siguiendo lo establecido en el artículo 104, se calcula por un lado el perjuicio físico y por otro, el perjuicio estético; siendo la indemnización básica, el importe que resulte de sumar las dos cantidades. De esta forma, considerando que de la horquilla de puntos se escoge el valor máximo:

CONCEPTO	PUNTOS	IMPORTE
Perjuicio físico	6	4.810,48 €
Perjuicio estético	21	24.718,48 €
TOTAL		29.528,96 €

*2.3.2.2. Perjuicio personal particular*

La Subsección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II, Sección 2.<sup>a</sup> (artículos 105 al 112), de forma conjunta con la tabla 2.B, establece los criterios y reglas que se han de aplicar para determinar la cuantía correspondiente a los perjuicios personales particulares del perjudicado.

En relación con los perjuicios particulares, se puede apreciar una de las grandes novedades de la reforma: la inclusión de los daños morales, que han pasado de ser meros factores correctores introducidos jurisprudencialmente<sup>23</sup> a ser el verdadero foco de esta subcategoría.

---

<sup>23</sup> *Practicum Daños 2017. cit. p. 722.*

Los daños y perjuicios morales recogidos en el texto son diversos, respondiendo cada uno de ellos a un factor o causa distinta, y para cuyo reconocimiento se establecen una serie de condiciones que han de darse de manera conjunta.

En este sentido, atendiendo a los efectos que para Mr. John están teniendo las lesiones (incapacidad para ejercer su profesión, cojera relevante, molestias constantes, etc.), acudimos al artículo 107, que regula el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida cuyo objeto es compensar al perjudicado "por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas".

Este perjuicio, como establece el art. 108.1, puede ser "muy grave, grave, moderado o leve", calificación que depende de la intensidad con la que las secuelas han afectado al lesionado en su autonomía y desarrollo personal.

Mr. John, como se ha expresado anteriormente, ha perdido capacidad para continuar ejerciendo su profesión (dentista), la cual le obliga a estar gran parte de su jornada de pie, lo que permite valorar, de acuerdo con el apartado 4 del mencionado artículo 108, el perjuicio como moderado en tanto en cuanto se prevé como tal "la pérdida de la actividad [...] profesional que se venía ejerciendo".

Calificado el perjuicio como moderado, se procede ahora a su cuantificación siguiendo las reglas contenidas en el artículo 109 y la tabla 2.B., en virtud de la cual le corresponde una horquilla de mínimo, 10.000 €, y de máximo, 50.000 €. Tomando como valor el máximo:

CONCEPTO	IMPORTE
Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas. Grado: Moderado.	50.000 €

### ***2.3.2.3. Perjuicio patrimonial***

La Subsección 3.<sup>a</sup> del Capítulo II, Sección 2.<sup>a</sup> (artículos 113 al 133), de forma conjunta con la tabla 2.C, establece los criterios y reglas que se han de aplicar para determinar la

cuantía correspondiente a los perjuicios patrimoniales, que incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 93).

*i) Daño emergente*

El daño emergente *a priori* tiene por objeto compensar al lesionado por los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del daño. La Ley 35/2015, sin embargo, en uno de los dos grandes conceptos que contempla en su tabla 2.C., y el que aquí nos interesa, incluye la palabra "futura" cuando prevé como gastos indemnizables los que correspondan a asistencia sanitaria que deba prestarse en el futuro, siempre y cuando se deba directamente a la lesión o secuela que ha dado lugar a la misma.

En nuestro caso, independientemente de la causa (defecto en el diseño de los tornillos o incorrecta colocación de los mismos), Mr. John, con miras a mitigar los dolores, probablemente deberá someterse a una nueva operación que sustituya los tornillos colocados el día 22 de enero de 2016. De esta forma, considerando, según su definición dada en la propia Ley 35/2015, los tornillos como prótesis (art. 56); cabría solicitar *ex* artículo 115.1 una indemnización de hasta 50.000 € por la colocación del nuevo material tras la nueva operación quirúrgica.

*ii) Lucro cesante*

El lucro cesante, como se establece en el artículo 126, "consiste [...] en el perjuicio que sufre el lesionado por la pérdida o disminución neta de ingresos provenientes de su trabajo".

La cuantía correspondiente a tal concepto, calculada según las reglas y criterios recogidos en los artículos 127 al 133 y en las tablas 2.C., depende de dos factores: un multiplicando y un multiplicador. El primero hace referencia a la pérdida de ingresos, mientras que el segundo es un coeficiente calculado en función de una serie de criterios aplicados al caso concreto.

De esta forma, el primer dato relevante a tomar en consideración es el de los ingresos netos del lesionado.

A falta de información concreta, se ha decidido tomar como tales los ingresos netos medios españoles en el año 2014, últimos datos recogidos por el INE en una encuesta realizada en el año 2015. Según los resultados definitivos de la mencionada encuesta, "los hogares españoles tuvieron unos ingresos medios anuales de 26.092 euros"<sup>24</sup>.

Tomando dicho dato como referencia y por aplicación de lo previsto en el apartado segundo del artículo 127, el cual nos remite a la tabla 2.C.5. por la incapacidad de Mr. John de continuar ejerciendo su actividad profesional, al lucro cesante le corresponde una cuantía de 10.566,05 euros:

INGRESO NETO	EDAD DEL LESIONADO	
HASTA	54	% <sup>25</sup>
24.000 €	9.719 €	40,49
27.000 €	10.934 €	40,49

$$26.092 - 24.000 = 2.092; 2.092 \times 0,4049 = 847.05$$

$$847.05 + 9.719 = 10.566,05$$

Sumando todas las cuantías anteriores, el total en concepto de indemnización a solicitar es de 140.095,01 euros, desglosados de la siguiente manera:

- 29.528,96 € en concepto de perjuicio personal básico.
- 50.000 € en concepto de perjuicio personal particular.
- 60.566,05 en concepto de perjuicio patrimonial.

## 2.4. Conclusión

Alegados los hechos y fundamentos de derecho considerados de aplicación, suplico al Juzgado se dicte sentencia por la que se declare que los demandados<sup>26</sup> son responsables

---

<sup>24</sup> INE, *Encuesta de Condiciones de Vida (ECV). Año 2015*, Notas de prensa, 24 de mayo de 2016. (disponible en <http://www.ine.es/prensa/np969.pdf>; última consulta 27/02/2017).

<sup>25</sup> Al no aparecer un porcentaje concreto para cada tramo, se presume que el porcentaje que resulta de aplicación es el mismo para todos los tramos de la tabla.

de los daños y perjuicios sufridos por Mr. John y consecuentemente se les condene de forma solidaria al pago a Mr. John de una indemnización de 140.095,01 euros o, en su caso, la que se determine durante la tramitación del procedimiento o en ejecución de sentencia, por los daños y perjuicios sufridos con imposición de costas.

## 2.5. Honorarios

Para concluir este capítulo, donde se ha resuelto el caso planteado conforme a la legislación española, se procede a calcular los honorarios que corresponderían por los servicios prestados, a solicitud del cliente y conforme a las normas del ICAM.

La primera cuestión a tener en cuenta que nos recuerda el Colegio de Abogados, es que:

[...] existe plena libertad a la hora de fijar los honorarios de letrado, recomendando a tal efecto la realización "de una hoja de encargo entre letrado y cliente con el fin de determinar de común acuerdo y fuera de toda duda, el alcance del servicio contratado, la forma y el importe de la retribución"<sup>27</sup>.

No obstante lo anterior, con el fin de establecer una cuantía aproximada, se va a aplicar de forma estricta la escala contenida en las normas del ICAM, cuyo resultado, al igual que los criterios, es orientativo. Así se establece en la Recopilación cuando expone que la finalidad de los criterios no es otra que la de "servir a los ciudadanos para prever, si quiera de forma relativa, el coste que les puede suponer su intervención en un procedimiento"<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> El Dr. Eugenio Fuentes, la Dra. Pilar Sánchez y la Fundación Martínez Pérez, así como sus respectivas aseguradoras.

<sup>27</sup> ICAM, *Honorarios Profesionales*, disponible en [http://web.icam.es/page/3/Servicios\\_a\\_Colegiados](http://web.icam.es/page/3/Servicios_a_Colegiados); última consulta 27/02/2017.

<sup>28</sup> ICAM, *Recopilación de criterios del Colegio de Abogados de Madrid en la emisión de sus Dictámenes sobre honorarios profesionales a requerimiento judicial*, (aprobados por la Junta de Gobierno de 4 de julio de 2013); disponible en <file:///C:/Users/Ana/Documents/5E3B/TFG%20Derecho/honorarios-icam.pdf>; última consulta 27/02/2017.

De esta forma, siendo la cantidad de la indemnización a solicitar de 140.284,53 euros, la cuantía de los honorarios sería de 16.662,76 euros, calculados de la siguiente manera:

- Hasta 120.000 €: 15.040,00 € (acumulada).
- Por el exceso (20.284,53) hasta 180.000,00 € al 8,00%: 1.622,76 €.

### 3. SISTEMA NORTEAMERICANO

Este capítulo, siguiendo una estructura similar al anterior, expone los fundamentos jurisprudenciales y doctrinales existentes en el sistema de Derecho norteamericano que servirían de base para la resolución del caso planteado en el *Anexo*. En este sentido, cabe destacar desde un principio que no se ha llevado a cabo un estudio desde el punto de vista jurisdiccional ni de competencia territorial, analizándose los aspectos más importantes del supuesto de forma general y atendiendo a lo establecido por diferentes jurisdicciones.

#### 3.1. Supuesto I: Daño causado por una incorrecta colocación de los tornillos

##### 3.1.1. *Medical Malpractice Law*

*Medical Malpractice Law* es una rama del Derecho norteamericano cuyo marco regulador lo establece la jurisprudencia existente en virtud del sistema jurídico imperante en Estados Unidos, el *common law*<sup>29</sup>. Dado que los precedentes judiciales se establecen atendiendo a cada caso concreto y que se trata de un ámbito del Derecho cuya competencia corresponde a los Estados y no al gobierno federal<sup>30</sup>, los mencionados precedentes no tienen el mismo peso en un Estado que en otro, lo que provoca que las soluciones adoptadas para supuestos similares varíen de forma pronunciada entre los diferentes Estados pertenecientes a los Estados Unidos.

---

<sup>29</sup> El *common law* es el derecho creado por las decisiones de los tribunales y el elemento fundamental de su perdurabilidad es la existencia de la doctrina del precedente que establece la obligación de los tribunales de aplicar y atenerse a las decisiones de los tribunales superiores.

<sup>30</sup> En Estados Unidos existe un sistema doble de gobierno: el federal y el local. Mientras el federal rige para toda la nación; en el local, la jurisdicción se suscribe al territorio de cada uno de los cincuenta Estados.

Esta rama del Derecho, no obstante, forma parte de otra más general que tiene que ver con los daños y perjuicios causados a personas, conocido como *tort law*<sup>31</sup>; siendo los casos relativos a este ámbito un ejemplo particular de un tipo de *tort* llamado *negligence*. El concepto de *negligence*, como en Derecho español, se corresponde con el no actuar de forma diligente, en cuyo caso la persona que causa un daño o perjuicio a otra debe responder por ellos.

En estos supuestos, de igual forma que ocurre en el sistema civil español, la víctima es la que tiene que probar que, como consecuencia de la mala práctica profesional del médico, ha sufrido un daño o perjuicio.

Asimismo, la acción en virtud de la cual se puede reclamar por este concepto está sometida a plazo de prescripción, lo que se conoce en Estados Unidos como *statute of limitation*. En España, como se pudo observar, el plazo de prescripción varía en función de si nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual. En Estados Unidos, sin embargo, los plazos no responden a esta distinción, siendo cada Estado competente para establecer el que considere más adecuado. Del mismo modo, mientras unos Estados entienden que el plazo debe comenzar en el momento en el que tiene lugar el hecho que produce el daño, otros consideran que no es hasta que la víctima conoce el alcance del mismo cuando debe comenzar a contar la prescripción<sup>32</sup>.

Como ya se expuso anteriormente, es la víctima quien tiene la carga de la prueba. Como presupuesto de partida, lo primero que hay que establecer es la existencia de una relación entre el paciente y el médico. Aquí el concepto parte de la existencia de una

---

<sup>31</sup> "An area of law that deals with the wrongful actions of an individual or entity, which cause injury to another individual's or entity's person, property, or reputation, and which entitle the injured party to compensation". *Legal Dictionary* disponible en <https://legaldictionary.net/tort-law/>; última consulta 03/04/2017.

<sup>32</sup> Nebraska, por ejemplo, tiene establecido un plazo de dos años desde que tuvo lugar el hecho que causó el daño, o de uno desde que el daño fue conocido por la víctima. Illinois, por el contrario, tiene un plazo de dos años desde que se conoció el daño, y de cuatro desde el hecho dañoso.

obligación por parte del médico de actuar de forma diligente en el ejercicio de sus funciones y de acuerdo a las circunstancias concretas del caso en cuestión.

De acuerdo con lo anterior, como ocurre en el sistema de Derecho civil español, lo que hay que probar es que el médico no actuó de acuerdo con los estándares propios de su profesión<sup>33</sup>, lo que en Derecho español se conoce como *lex artis ad hoc*, y que requiere de la prueba pericial de un médico experto que lo acredite.

En este sentido, por tanto, de forma similar a como ocurre en España, el sistema de responsabilidad sanitaria estadounidense requiere la existencia de culpa por parte de los cirujanos que, una vez probada, permite exigir responsabilidad a estos y a sus aseguradoras por los daños y perjuicios causados. Así, en base al informe del Dr. González quien considera que el problema deriva de la incorrecta colocación de los tornillos, se podría reclamar responsabilidad a ambos cirujanos por no haber actuado conforme a los estándares propios exigidos en el ejercicio de su profesión.

Hasta ahora, como se puede apreciar, se ha expuesto el régimen en virtud del cual podría reclamarse a los dos médicos por la incorrecta colocación de los tornillos que, como se puede observar, no dista mucho del sistema jurídico expuesto a la hora de resolver el caso práctico planteado conforme a Derecho español.

A continuación, siguiendo la resolución planteada en el capítulo anterior, donde por este supuesto además de la responsabilidad de los cirujanos se buscaba la de la Fundación Martínez Pérez, cabe plantear cómo se regula esta situación en el sistema jurídico norteamericano.

---

<sup>33</sup> For example, specialist must practice medicine as well as the average specialist in the same field, no matter where they are located. Waters, T. M., *Medical Malpractice Law in the United States*, disponible en [http://medlawlab.web.auth.gr/resources/files/summer\\_school/course\\_diag\\_bibl/medical\\_malpractice\\_law\\_in\\_the\\_united\\_states\\_report.pdf](http://medlawlab.web.auth.gr/resources/files/summer_school/course_diag_bibl/medical_malpractice_law_in_the_united_states_report.pdf). última consulta 03/04/2017.

### 3.1.2. Hospital Liability

Si bien históricamente en Estados Unidos los hospitales han estado exentos de toda responsabilidad "[...] *under theories of sovereign immunity and other doctrines that focused on the hospital as an administrative entity rather than as one capable of practicing medicine*"<sup>34</sup>, en los últimos treinta años se ha producido un "giro" significativo.

Este cambio en la jurisprudencia estadounidense ha estado protagonizado por la aparición de nuevas teorías o doctrinas en base a las cuales los jueces han procedido a imputar responsabilidad a los centros sanitarios por los daños y perjuicios causados en sus instalaciones, tanto de forma directa como por los actos realizados por sus propios empleados. Siendo esto así, se ha pasado de un sistema donde el hospital disfrutaba de una completa protección frente a los perjuicios causados a los pacientes, a uno nuevo donde, de forma progresiva, están siendo considerados responsables por las negligencias cometidas; no sólo por sus propios empleados, sino también por los actos u omisiones cometidas por médicos autónomos que ejercen su profesión en los mismos.

En este sentido, por tanto, como sucede en Derecho español, existe la figura de la responsabilidad por hecho ajeno<sup>35</sup> en virtud de la cual los hospitales, como empleadores, son responsables de las acciones de sus trabajadores. Si alguien es un empleado del hospital<sup>36</sup>, este es normalmente responsable si el trabajador causa un daño o perjuicio a un paciente como consecuencia de una actuación negligente. De esta

---

<sup>34</sup> Woodruff, L. G., *Hospital Liability*, p. 1, disponible en <http://w-mlawgroup.com/wp-content/uploads/2014/05/LGW-HospitalLiability.pdf>; última consulta 05/04/2017).

"Bajo teorías de la inmunidad soberana y otras doctrinas que entendían que el hospital no era más que una entidad administrativa". (Traducción libre de la autora).

<sup>35</sup> En Estados Unidos se conoce como la doctrina *respondeat superior*. (Bal, B. S., *Physician Competence and Skill Part I: The Role of Hospital Corporate Liability*, US National Library of Medicine, 2014, disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3940749/>; última consulta 05/04/2017).

<sup>36</sup> Al igual que ocurre en Derecho español, que un médico sea o no empleado del hospital va a depender de la existencia o no de una relación laboral de dependencia.

forma, si el empleado causa un daño en el desarrollo de sus funciones, la víctima puede demandar al hospital por los daños o perjuicios sufridos.

En nuestro caso, sin embargo, al tratarse de dos cirujanos autónomos, no sería posible reclamar a la Fundación Martínez Pérez responsabilidad por la actuación de los mismos en base al tipo comentado ya que no se puede establecer una relación laboral de dependencia entre la clínica y los dos médicos.

Cabe, entonces, analizar las teorías o doctrinas desarrolladas por los jueces para proceder a imputar responsabilidad a los hospitales por los actos u omisiones cometidas por los médicos autónomos.

### **3.1.2.1. Apparent Agency**

En *Richmond County Hosp. Auth. v. Brown*, 257 Ga. 507, 361 S.E.2d 164 (1987), la Corte Suprema de Georgia estableció que la doctrina de la teoría de la agencia resultaba de aplicación en los casos de negligencia médica. Se sostuvo que un hospital podía ser responsable de la actuación negligente de un médico, aun siendo este un médico autónomo, si este actuaba o representaba al hospital como su agente y el paciente confiaba en dicha relación<sup>37</sup>. No obstante, del mismo modo, consideró que no resultaría de aplicación esta doctrina cuando el paciente conociese o debiera conocer que tal relación no existía; lo que quedaría probado de existir una información expresa por parte del hospital del estatus independiente del médico en cuestión.

---

<sup>37</sup> Así se refleja igualmente en la decisión de la Corte Suprema de Illinois, en el caso *Uhr v. Lutheran General Hospital*, cuando:

*They note that often patients choose hospitals based on the hospital's reputation rather than choosing the independent contractors who provide treatment in the hospital. The court notes that in this area there has been an expansion of hospital liability for negligent medical acts committed on its premises by healthcare providers who are "apparent or ostensible agents".* (Blumenreich, G. A., *The doctrine of Corporate Liability*, p.255, disponible en <https://www.aana.com/newsandjournal/Documents/p253-257.pdf>.; última consulta 05/04/2017).

En nuestro caso concreto, teniendo en consideración los datos aportados por Mr. John, donde pone de manifiesto que ambos cirujanos eran autónomos contratados expresamente para su operación, esta doctrina en principio no resultaría de aplicación.

### ***3.1.2.2. The Doctrine of Corporate Liability: Direct Liability***

La jurisprudencia estadounidense, en base a la doctrina *Direct Liability*, ha considerado que un hospital es responsable directo, sin necesidad, por tanto, de la existencia de un acto negligente por parte de médicos u otro personal sanitario, cuando incumple alguno de los siguientes deberes:

- 1) *the duty to use reasonable care in the maintenance of safe and adequate facilities and equipment;*
- 2) *the duty to select and retain only competent physicians and staff;*
- 3) *the duty to oversee all persons who practice medicine within its facility as to patient care; and*
- 4) *the duty to formulate, adopt and enforce adequate rules and policies to ensure quality care for patients*<sup>38</sup>.

Así, la responsabilidad de un hospital puede derivar tanto de un error cometido en lo que concierne al ámbito administrativo, como sería el caso por ejemplo de no desarrollar adecuadamente las políticas y procedimientos a seguir en el mismo<sup>39</sup>, como del hecho de no asegurar que estas políticas y procedimientos sean cumplidos y ejecutados de forma correcta por los individuos que desarrollan sus diferentes funciones en el centro hospitalario y que, por tanto, se encuentran sometidos a ellos.

---

<sup>38</sup> *The Doctrine of Corporate Liability, cit.*, p. 256.; *Hospital Liability, cit.*, p. 12.

"1) El deber de utilizar un cuidado razonable en el mantenimiento de instalaciones y equipos seguros y adecuados; 2) el deber de seleccionar y retener solamente a médicos y personal competente; 3) el deber de supervisar a todas las personas que practican la medicina dentro de sus instalaciones; y 4) el deber de formular, adoptar y aplicar normas y políticas adecuadas para garantizar una atención de calidad para los pacientes". (Traducción libre de la autora).

<sup>39</sup> Por ejemplo, la política a seguir por el departamento de recursos humanos a la hora de contratar al personal sanitario o las directrices y procedimientos a seguir en la sala de urgencias o de operaciones.

El análisis a llevar a cabo para probar la existencia de responsabilidad del hospital no difiere del que se ha podido observar a la hora de determinar la de los médicos. Si recordamos, era la víctima quien tenía la carga de la prueba y, en este sentido, son cuatro los elementos que hay que probar:

- 1) La existencia de una obligación por parte del hospital con respecto al paciente<sup>40</sup>.
- 2) El incumplimiento de dicha obligación.
- 3) La relación de causalidad entre ese incumplimiento y el daño o perjuicio sufrido por el perjudicado.
- 4) La existencia de daños y perjuicios susceptibles de ser indemnizados.

De esta forma, en el supuesto de probar todos estos elementos, la responsabilidad del hospital, persona jurídica, se aplicaría de la misma manera que se aplica en los casos de profesionales sanitarios, personas físicas o naturales.

No obstante las críticas a las que ha estado sujeta esta doctrina, muchas son las razones que han dado los jueces norteamericanos para justificar su aplicación. En el caso *Pedroza v. Bryant*, 677 P.2d 166, 169-170 (Wash. 1984), por ejemplo, el juez afirma que "*Since it is estimated that as many as 80 percent of all medical malpractice claims originate in hospitals, the institution is the logical starting place for addressing problems of professional incompetence*"<sup>41</sup>.

Otra razón, expresada con frecuencia, responde al hecho de que los hospitales "*are essentially becoming community health centers*"<sup>42</sup>. Y es que, muchos han destacado que no hay duda de que las personas confían su salud a las clínicas a las que acuden. Por

---

<sup>40</sup> Las cuatro anteriores que se han señalado.

<sup>41</sup> *Hospital Liability*. cit. p.13.

"Dado que se estima que hasta el 80 por ciento de todas las reclamaciones por mala práctica médica se originan en los hospitales, la institución es el punto de partida lógico para abordar los problemas de incompetencia profesional". (Traducción libre de la autora).

<sup>42</sup> *Ídem*.

ello, es responsabilidad del hospital crear un sistema donde el profesional sanitario esté continuamente revisando y evaluando la calidad del servicio prestado. El papel del hospital por tanto ya no se limita a proveer instalaciones y equipamiento. Presta unos servicios y si falla causando un daño o perjuicio, entonces debe responder.

En esta línea, el juez, en el caso *Johnson v. Misericordia Community Hospital*, (1981), destacó lo siguiente:

*Certainly, the person who avails himself of our modern "hospital facilities" expects that the hospital staff will do all it reasonably can to cure him and does not anticipate that its nurses, doctors and other employees will be acting solely on their own responsibility*<sup>43</sup>.

Expuestas hasta ahora las directrices generales sobre las que se sustenta la doctrina, se procede a continuación a explicar por su relevancia para nuestro caso dos de los casos más importantes donde se declara la responsabilidad directa del hospital demandado.

(i). El caso *Darling v. Charleston Community Hospital*, 211 N.E.2d 253 (Ill. 1965)

Un chico de 18 de años se rompe la pierna durante un partido de fútbol y como consecuencia de la fractura es llevado inmediatamente a la sala de urgencias del *Charleston Community Hospital*, donde es atendido por el médico de guardia, el Dr. Alexander. El médico, una vez realizados los análisis pertinentes, procede a escayolar la pierna. Una vez escayolada, el chico comienza a experimentar unos intensos dolores y molestias que perduran unos días y terminan originando un oscurecimiento de los dedos del pie y su posterior insensibilidad. Esto provoca que su estancia en el hospital se alargue casi dos semanas, hasta el momento en el que deciden que es mejor trasladarlo a otro hospital para que lo trate un médico especialista. Es, entonces, trasladado y nada más ser observado por el médico en cuestión, este detecta la muerte de gran parte del tejido de la pierna cuya causa, en su opinión, es la falta de circulación provocada por el

---

<sup>43</sup> *Hospital Liability. cit. p.14.*

"Lo cierto es que cuando una persona acude a un hospital lo que ésta espera es que el personal sanitario haga todo lo que razonablemente pueda para curarlo. No anticipa que sus enfermeras, médicos y otros empleados vayan a actuar únicamente bajo su propia responsabilidad". (Traducción libre de la autora).

vendaje. Procede a operarle en varias ocasiones, pero pese a los intentos, la pierna es finalmente amputada.

Ante los hechos expuestos y alegados por la parte demandante, la Corte Suprema de Illinois consideró que el hospital podía ser declarado responsable en base a dos teorías.

Primero, consideró que existía una negligencia por parte del personal de enfermería por no haber actuado correctamente y no haber evitado el daño irreversible sufrido por la víctima. Expresamente, consideró que las enfermeras no habían comprobado la circulación de la sangre lo suficiente según las circunstancias concretas del caso. De esta forma, y en base a la doctrina ya comentada de *respondeat superior*<sup>44</sup>, la Corte declaró responsable al hospital por el mal actuar de las enfermeras.

Segundo, entendió que era directamente responsable por el daño causado al paciente por no haber cumplido su obligación de supervisar el tratamiento seguido por el médico, el Dr. Alexander.

(ii). El caso *Thompson v. Nason Hospital*, 527 Pa. 330, 591 A.2d 703 (1991)

*Thompson* es una señora que, como consecuencia de un accidente de coche, es llevada a la sala de urgencias del *Nason Hospital*, donde es atendida por el Dr. Schultz. Al llegar al hospital, el marido informa que su mujer tiene problemas de corazón y que está tomando un tratamiento muy agresivo. El Dr. Schultz ante las lesiones, tanto en la cabeza como en la pierna que presenta la paciente, considera que son de tal gravedad que requieren una intervención quirúrgica inmediata. No obstante, dado el historial clínico de la paciente, consulta con otros médicos del hospital sobre la viabilidad de la operación, la cual finalmente tiene lugar. A la mañana siguiente, el médico de guardia va a examinarla y advierte que la señora es incapaz de mover su pie izquierdo, mostrando además signos de una parálisis cerebral. El Dr. Schultz es llamado de inmediato y a pesar de continuar su tratamiento concluye que efectivamente sufre una

---

<sup>44</sup> La conocida responsabilidad por hecho ajeno en sistema de Derecho civil español.

parálisis cerebral que provoca, tan sólo tres días después del accidente, una parálisis completa de su lado izquierdo que nunca recuperaría.

Ante los hechos expuestos y alegados por la parte demandante, la Corte Suprema de Pennsylvania consideró que, bajo la doctrina de *Corporate Liability*, el hospital era responsable por no haber asegurado la seguridad de su paciente y el buen curso de su tratamiento mientras permaneció en él, lo que constituye el estándar propio de lo que un hospital debe a un paciente en la prestación de sus servicios sanitarios. Más allá de esto, consideró que tal obligación además no era delegable y que, por tanto, era una obligación directa con la paciente. Siendo esto así, la paciente por tanto no necesitaba demostrar que el médico había cometido una negligencia para poder demandar al hospital.

Como se puede apreciar, este segundo caso es el que verdaderamente sienta las bases de lo que la doctrina es a día de hoy. En él, por primera vez, se declara la responsabilidad de un hospital sin hacer referencia a ningún tipo de negligencia cometida por el personal del mismo.

En este sentido, de acuerdo con lo expuesto y atendiendo a nuestro caso concreto, donde se puede apreciar, al igual que ocurre en el caso *Darling v. Charleston Community Hospital*, que existe un incumplimiento por parte de la Fundación Martínez Pérez del deber de supervisar la actuación de todos los que practican la medicina en sus instalaciones, se podría reclamar responsabilidad a la clínica en base a esta doctrina.

### **3.2. Supuesto II: Daño derivado de un defecto en el diseño de los tornillos**

De igual forma que se expuso en el capítulo anterior al comenzar este apartado, en este caso, al ser el defecto de diseño de los tornillos la causa, el modo de proceder a la hora de determinar quiénes son los responsables difiere notablemente del análisis que se ha llevado a cabo para reclamar por la incorrecta colocación de los mismos.

En este sentido, con carácter general, si se atiende al hecho en sí, se podría entender que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por producto defectuoso, figura

que en Estados Unidos responde a la categoría de *product liability* que, al igual que *negligence*, es un tipo de *tort*. Si bien, es una acción que estaría dirigida a exigir responsabilidad a la empresa fabricante de los tornillos<sup>45</sup>, *Springfield Medical*.

Lo que aquí interesa, sin embargo, es analizar si existe la posibilidad o no en Estados Unidos de exigir responsabilidad a la Fundación Martínez Pérez o, en su caso, a los médicos por los daños causados por el defecto de los tornillos.

En esta línea, lo primero que hay que advertir es que sí existen precedentes judiciales en el sistema norteamericano donde, bajo el ámbito de *negligence*, se han considerado responsables a los hospitales y a los médicos por los daños causados como consecuencia del uso de materiales sanitarios defectuosos, y ello en virtud del incumplimiento de alguna de las siguientes obligaciones: deber de cuidado en la selección de los materiales y productos o deber de cuidado en la inspección de aquellos.

(i). *The duty of care in the selection of materials and products*

Médicos y hospitales tienen el deber de cuidado en la selección de materiales y productos. En *Phillips v. Powell* 210 Cal. 39, 290 P. 441 (1930), un caso muy antiguo sobre responsabilidad por producto, el daño fue causado como consecuencia de la rotura de un bisturí durante una traqueotomía<sup>46</sup>. El médico admitió que el tipo de bisturí que había empleado no era el apropiado para esa operación concreta. Así, su error a la hora de seleccionar y usar el instrumento que conocía o debía conocer que era el adecuado dio lugar a la observancia de una incorrecta aplicación de los estándares propios de su profesión y por tanto, a la calificación de su conducta como negligente. Hoy en día sin embargo, dada la alta complejidad por la que se caracteriza el instrumental sanitario, los

---

<sup>45</sup> Que sería en todo caso responsable. "A defective medical machine or surgical tool clearly becomes an inherently dangerous product, and hence its producer should be held strictly liable" (Rubin, R., *Manufacturer and professional user's liability for defective medical equipment*, p.12, disponible en <https://uakron.edu/dotAsset/bd6b1803-bfdc-4f31-96bb-56e7f2837e88.pdf>; última consulta 07/04/2017.

<sup>46</sup> Procedimiento quirúrgico por el cual se coloca una cánula dentro de la tráquea pasando por la piel del cuello.

médicos podrían no ser capaces de detectar la idoneidad o no del material en cuestión. Siento esto así, la tendencia que están siguiendo los jueces norteamericanos es considerar que si los estándares propios de la profesión se han cumplido, la actuación del médico no es, en ningún caso, negligente.

(ii). *The duty to inspect the equipment*

El deber de cuidado en la inspección del material que se usa para el cuidado de los pacientes es una obligación que corresponde tanto a médicos como a hospitales<sup>47</sup>. No obstante, hay una diferencia respecto a la anteriormente estudiada. Mientras que para los médicos, este deber generalmente sólo se extiende a los defectos que son fáciles de detectar a simple vista, para los hospitales la regla es más estricta; siendo considerados responsables por defectos que son menos obvios, principalmente por su deber de control y mantenimiento del material. Los dos casos siguientes ilustran esta distinción.

En el caso *South Highlands Infirmary v. Camp*. 279, Ala. 1, 180 So. 2d 904 (1965) el instrumental quirúrgico que había sido utilizado con el paciente presentaba un defecto que, a la vista, no era evidente. Este hecho junto con la prueba testifical de otro cirujano quien reveló que no era una práctica habitual para un médico de su especialidad desmontar el instrumento o la máquina antes de llevar a cabo la operación, permitió al juez considerar que cuando un defecto no era evidente, el médico podía confiar en que el hospital había proporcionado los materiales adecuados, siendo este último responsable en caso de que estos no lo fueran.

En el caso *Nelson v. Swedish Hospital* 241 Minn. 551, 64 N.W.2d 38 (1954), a diferencia del anterior, el defecto habría sido fácil de apreciar en cuanto que se trataba de una serie de tornillos que se habían soltado y que finalmente provocaron que la máquina de rayos X se desplomara encima de un paciente. En este caso, se consideró

---

<sup>47</sup> Deber que se relaciona con el de asegurar que los instrumentos empleados en sus instalaciones sean razonablemente seguros y adecuados para el fin que se persigue con ellos.

que tanto el hospital como el médico eran responsables pues, de haber ejercido algún cuidado, habrían conocido el defecto.

Como se puede apreciar, presumiendo que los cirujanos no conocían o no debían conocer el defecto de los tornillos, la posibilidad existente en nuestro caso sería la de dirigir la acción contra el hospital, y ello en virtud del incumplimiento por parte de este del deber de asegurar que los instrumentos empleados en sus instalaciones sean razonablemente seguros y adecuados para el fin que se persigue con ellos.

En esta misma línea y para reforzar lo que se acaba de exponer, cabe destacar, por último, el caso *Rose v. Hakim*, 335 F. Supp. 1221 (D.D.C. 1971) donde el hospital fue considerado responsable del daño cerebral permanente sufrido por un bebé como consecuencia de una negligencia médica cometida por el personal sanitario de la clínica y por la utilización de un material defectuoso. El niño sufrió un paro cardíaco durante una amigdalectomía<sup>48</sup> que, debido a un defecto en el dispositivo de control, pasó parcialmente sin ser detectado y que terminó causando un daño cerebral permanente. El veredicto del juez no especifica exactamente qué tipo de defecto fue el causante, ni tampoco el deber del hospital con respecto al equipo que se usó. Del mismo modo, no se menciona en el caso si el defecto era o no detectable, ni si la inspección apropiada había sido realizada. Se deduce simplemente que de los hechos alegados y probados, el mero uso de equipo defectuoso en este caso daba lugar a la responsabilidad del hospital por los daños y perjuicios causados<sup>49</sup>.

### **3.3. Valoración de los daños y perjuicios causados**

Probada la negligencia médica y la relación de causalidad entre ésta y el daño o perjuicio sufrido por el perjudicado, es necesario ahora proceder a calcular qué indemnización correspondería por los mismos. El concepto de indemnización, en este

---

<sup>48</sup> Acto quirúrgico de extirpar las amígdalas palatinas.

<sup>49</sup> La doctrina que permite apreciar un supuesto de negligencia en base a las circunstancias concretas del caso es la llamada *res ipsa loquitur*.

ámbito y al igual que ocurre en Derecho español, busca compensar a la víctima por los daños y perjuicios sufridos. En este sentido, las reglas para calcular la cantidad indemnizatoria o *damages* pueden resultar complicadas ya que se tienen en cuenta no sólo las pérdidas económicas presentes y futuras<sup>50</sup>, como pueden ser los gastos médicos presentes y futuros o los salarios dejados de percibir; sino también las pérdidas no económicas, como el conocido *pain and suffering*<sup>51</sup>.

De esta forma, en un caso de negligencia médica, los partidas indemnizatorias, entre otras, que suelen apreciarse son las siguientes:

- 1) Gastos médicos. Cubren no sólo las facturas médicas pasadas sino también todos aquellos gastos que las lesiones puedan dar lugar en el futuro.
- 2) Salarios dejados de percibir. Del mismo modo que el anterior, cubren no sólo los presentes sino también los futuros cuando el perjudicado, a causa de la lesión, o bien se ve obligado a dejar su trabajo o bien su capacidad para ejercerlo haya disminuido repercutiendo en su capacidad de obtener ingresos.
- 3) *Pain and suffering*.
- 4) *Punitive damages*. Sólo en aquellos Estados donde se permita y en el supuesto de que la negligencia médica sea de tal intensidad que permita apreciar este tipo de daños.

Hecha la referencia a la dificultad que puede dar lugar este cálculo, cabe destacar que una de las cuestiones más criticadas del sistema jurídico norteamericano en este ámbito ha sido la relativa a las ingentes cantidades de dinero que tenían que hacer frente los declarados responsables. A diferencia del "Baremo" recogido en Ley 35/2015, en Estados Unidos, los *damages* son estimaciones que realizan los jueces y cuya cuestión

---

<sup>50</sup> Lo que se conoce en el sistema español como daño emergente y lucro cesante.

<sup>51</sup> "Dolor y sufrimiento". En el sistema de Derecho civil español podría asimilarse al concepto de daños morales.

más controvertida gira en torno al cálculo del ya mencionado *pain and suffering*<sup>52</sup> por su alto grado de subjetividad. Siendo esto así, las cantidades indemnizatorias decididas por un juez o por otro para un caso similar varían de forma sustancial, siendo por lo general bastante altas y originado la percepción de médicos y compañías de seguros como *deep pockets*.

Asimismo, relacionado con lo anterior, se debe añadir que generalmente suelen ser cantidades que no guardan ningún tipo de proporcionalidad con el daño causado, excediéndose del mismo; lo que provoca que la compensación impuesta al responsable se aprecie más como un castigo y se asimile así al concepto de los ya comentados *punitive damages*.

Ante todas las críticas, la principal respuesta a las mismas ha sido establecer, por parte de un gran número de Estados, límites a las cantidades de dinero que pueden fijarse como compensación a los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una negligencia médica, conocidos como *caps*. Así, por ejemplo:

*A larger number of states have imposed caps on non-economic damages; in some of these states the caps are absolute for all non-economic damages (e.g., cap of \$ 250.000 for non-economic damages) while in others the amount that may be recovered may vary based on the injury (e.g., cap does not apply in cases of permanent loss of bodily function or substantial disfigurement) or the type of conduct [...]*<sup>53</sup>.

A continuación, con el fin de ilustrar lo expuesto hasta ahora, se presentan, en una tabla, cuatro casos de indemnizaciones por lesiones causadas en el ámbito sanitario,

---

<sup>52</sup> Entendiéndose aquí como el concepto que engloba todas las partidas indemnizatorias correspondientes a pérdidas no económicas.

<sup>53</sup> *Medical Malpractice Law in the United States. cit. p. 8.*

"Un gran número de Estados ha establecido límites a los daños no económicos; en algunos de estos los límites son para todos los daños no económicos (por ejemplo, un límite de \$250.000 por daños no económicos), mientras que en otros la cantidad puede variar en función de la lesión (por ejemplo, en caso de pérdida permanente de la función corporal o desfiguración sustancial) o el tipo de conducta". (Traducción libre de la autora).

diferenciando entre lo que son pérdidas económicas y lo que corresponde a las no económicas.

**Precedentes judiciales: Indemnizaciones por lesiones causadas en el ámbito sanitario**

<b>Caso</b>	<b>Daño</b>	<b>Pérdidas económicas</b>	<b>Pérdidas no económicas</b>	<b>Indemnización total</b>
<b><i>Araujo v. Leong</i></b>	Parálisis cerebral y tetraplejía	\$13.570.000	Pérdida de calidad de vida: 1 millón de \$  <i>Pain and suffering:</i> 2 millones de \$  <i>Disfigurement:</i> \$500.000  <u>Total:</u> \$3.500.000	<b>\$17.070.000</b>
<b><i>Estate of Petre v. Kucich</i></b>	Lesión derivada de una infección grave por estafilococo	\$39.444	Pérdida de calidad de vida: \$350.000  <i>Pain and suffering:</i> \$200.000  <i>Disfigurement:</i> \$50.000  Estrés emocional: \$175.000  <u>Total:</u> \$775.000	<b>\$814.444</b>
<b><i>Hopper v. Lopez</i></b>	Lesiones cognitivas graves y permanentes	\$626.000	Pérdida de calidad de vida: 1 millón de \$  <i>Pain and suffering:</i> \$250.000  Otras pérdidas: \$750.000  <u>Total:</u> \$2.000.000	<b>\$2.626.000</b>
<b><i>Rodriguez v. Friedman</i></b>	Lesión permanente (brazo)	\$475.000	Discapacidad: \$1.677.000  <i>Disfigurement:</i> \$363.350  <i>Pain and suffering:</i> \$754.650  <u>Total:</u> \$2.795.000	<b>\$3.270.000</b>

Como se puede apreciar<sup>54</sup>, salvo en el primer caso donde las pérdidas no económicas no alcanzan ni un 9% del total de la indemnización, la mayor parte de los *damages* se corresponden con las partidas no económicas, lo que llama la atención fundamentalmente en el segundo caso donde si se observa con detalle se puede apreciar como casi el 95% del total corresponde a este tipo de pérdidas.

### 3.4. Honorarios

Para terminar, resulta interesante hacer una referencia a los honorarios que corresponderían a un abogado estadounidense en el supuesto de llevar el caso. En este sentido, cabe destacar en primer lugar que generalmente sólo se pagan en el supuesto de que el cliente gane el caso, lo que se conoce en Estados Unidos como *contigent fee*. De esta forma, de dictarse un veredicto a favor del cliente, los honorarios se calculan en base a un porcentaje de la cantidad indemnizatoria que corresponda, que suele estar entre un 33% y 50%. No obstante, dadas las altas cantidades de dinero, algunos Estados han establecido algunas restricciones, bien estableciendo no más de un porcentaje específico o bien, una escala en base a la cual el porcentaje que se aplica disminuye a medida que aumenta la cantidad indemnizatoria correspondiente. Así, "*For example, California limits contingent fees to 40% of the first \$50.000 damages, 33 1/3% of the next \$50.000, 25% of the next \$500.000, and 15% of damages exceeding \$600.000*"<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Tabla: Elaboración propia con datos de Kritzer, H. M.; Liu, G.; Vidmar, N.; *An Exploration of "Non-economic" Damages in Civil Jury Awards*, University of Minnesota Law School, 2014, p.9-10 (disponible en [http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=faculty\\_articles](http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=faculty_articles); última consulta: 09/04/2017).

<sup>55</sup> *Medical Malpractice Law in the United States. cit.* p. 12.

"Por ejemplo, California limita los honorarios al 40 por ciento en los primeros \$50.000, al 33 1/3% en los siguientes \$50.000, al 25% en los \$500.000 siguientes y al 15% cuando excedan de \$600.000". (Traducción libre de la autora).

#### 4. CONCLUSIONES

Un daño o perjuicio causado como consecuencia de una negligencia cometida en el ámbito sanitario da lugar a la posibilidad por parte del perjudicado de ejercer una acción contra los causantes, ya sean estos los médicos, el hospital, etc.

La carga de la prueba, como regla general, la tiene la víctima y en este sentido, son cuatro elementos los que se tienen que probar: 1) la existencia por parte del médico o del hospital de una obligación con respecto al perjudicado (paciente en el momento de cometerse el hecho dañoso); 2) el incumplimiento de dicha obligación; 3) la relación de causalidad entre el mencionado incumplimiento y el daño o perjuicio sufrido; y 4) la existencia de un daño o perjuicio susceptible de indemnización.

Con carácter general, como se ha podido comprobar a lo largo del trabajo y como se puede apreciar en la tabla que aparece al final, la forma de operar ante un caso de negligencia médica es muy similar tanto en un sistema como en otro; con la evidente diferencia de las fuentes del Derecho propias de cada uno de ellos.

Sin embargo, es en el último paso donde encontramos la mayor diferencia. El proceso en virtud del cual se procede a calcular la indemnización es totalmente distinto: mientras en España rige un sistema objetivista, en Estados Unidos impera el subjetivismo.

El "Baremo" establecido en la Ley 35/2015 recoge un sistema cerrado que en principio<sup>56</sup> no permite apreciar nada más allá de lo que en él se regula. Es un sistema complicado en el que, aun habiéndose hecho mejoras con respecto al anterior, siguen existiendo ciertas deficiencias. Es el caso, por ejemplo, de los daños morales que si bien antes a ellos no se hacía referencia y era discreción del juez hacer uso de ellos o no, ahora al introducirse como un parámetro más ya no hay posibilidad de arbitrariedad, que si bien puede ser una ventaja se torna un inconveniente por la forma en la que se

---

<sup>56</sup> Decimos en principio porque en ocasiones los Juzgados y Tribunales deciden no aplicar el "Baremo" para la cuantificación de este tipo de siniestros.

contemplan: muy limitada y casi imposible de aplicación salvo en casos donde las lesiones sean muy graves.

El sistema norteamericano, por el contrario, no tiene ningún sistema establecido como tal. Si bien es cierto que es objetivo en cuanto a las pérdidas económicas presentes las cuales se justifican en las facturas existentes, todo lo demás son estimaciones realizadas por el jurado o consideradas oportunas según las circunstancias concretas de cada caso por el juez de turno. Este hecho es lo que ha dado lugar a la estimación de esas grandes cantidades indemnizatorias tan criticadas que hemos podido apreciar en los cuatro casos que se han puesto de ejemplo, donde sólo uno de ellos no llegaba al millón, pero cuya cuantía tampoco pasaba desapercibida, y más si se comparan con las que se suelen fijar en España.

Aunque si es cierto que hay algunos Estados que han establecido límites, por ejemplo el comentado de \$250.000 al total de pérdidas no económicas, no se puede obviar que son cantidades que aquí son difíciles de alcanzar siguiendo el sistema de valoración establecido por la Ley 35/2015.

Si recordamos la cantidad por la que podíamos reclamar, que no alcanzaba los 200.000 euros, y además tenemos en cuenta que los valores aplicados han sido los máximos, difícilmente va a ser la calculada la que luego el juez dicte como definitiva en el caso de que la sentencia sea a favor de Mr. John.

Siendo esto así, no hay duda de que reclamar por esta causa en Estados Unidos sería mucho más ventajoso desde el punto de vista económico, pues sólo los límites que se establecen a una de las partidas ya es más alto que toda la indemnización que podría reclamarse en España.

Siendo los elementos a probar los mismos, la tendencia jurisprudencial norteamericana de ver a los médicos y a los hospitales como *deep pockets* y teniendo la posibilidad de reclamar allí (lo que requeriría de un estudio jurisdiccional y de competencia que aquí no se ha llevado a cabo), no cabe duda de que la mejor opción desde el punto de vista no sólo económico sino también del de la viabilidad es Estados Unidos.

**Caso práctico: Conceptos principales del sistema español y norteamericano**

	<b>Sistema de Derecho civil español</b>  <b>(Responsabilidad civil sanitaria)</b>	<b>Sistema de Derecho norteamericano</b>  <b>(Tort Law: Negligence)</b>
<b>Supuesto I. Daño causado por una incorrecta colocación de los tornillos</b>		
<b>Acción para reclamar responsabilidad a los cirujanos</b>	<p>Art. 1902 CC.</p> <p>Elementos a probar por el perjudicado: la negligencia médica (incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la <i>lex artis ad hoc</i>), el daño y la relación de causalidad entre dicho daño y el incumplimiento.</p> <p>Plazo de prescripción: 1 año.</p>	<p><i>Medical Malpractice Law</i></p> <p>Elementos a probar por el perjudicado: el incumplimiento por parte del médico de su obligación de actuar conforme a los estándares propios de su profesión, el daño y la relación de causalidad entre dicho daño y el incumplimiento.</p> <p>Plazo de prescripción: Depende del Estado.</p>
<b>Acción para reclamar responsabilidad a la Fundación Martínez Pérez</b>	<p>Art. 1101 CC</p> <p>Elementos a probar por el perjudicado: el incumplimiento contractual, el daño y la relación de causalidad.</p> <p>Plazo de prescripción: 5 años.</p>	<p><i>Hospital Liability: The Doctrine of the Corporate Liability</i></p> <p>Elementos a probar por el perjudicado: el incumplimiento por parte del hospital de su deber de supervisar los actos de todas las personas que practican la médica en sus instalaciones, el daño y la relación de causalidad.</p> <p>Plazo de prescripción: Depende del Estado.</p>
<b>Supuesto II: Daño derivado de un defecto en el diseño de los tornillos</b>		
<b>Acción para reclamar responsabilidad a la Fundación Martínez Pérez</b>	<p>Art. 148 TRLGDCU</p>	<p><i>Hospital Liability for Defective Medical Devices: Direct Liability</i> en base al incumplimiento del deber de asegurar que los instrumentos empleados en sus instalaciones sean razonablemente seguros y adecuados para el fin que se persigue con ellos.</p>
<b>Valoración de daños y perjuicios</b>		
<b>Sistema</b>	<p>Completamente objetivo: de acuerdo con el "Baremo" establecido en la Ley 35/2015</p>	<p>Subjetivo: estimaciones.</p>

## **LEGISLACIÓN**

Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementaria (BOE 30 de noviembre de 2007).

Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE 23 de septiembre de 2015).

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE 17 de octubre de 1980).

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE 5 de noviembre de 2004).

Ley 26/1984, de 19 de julio, de Consumidores y Usuarios (BOE 24 de julio de 1984).

## **JURISPRUDENCIA**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre 8843/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 de marzo 868/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 de marzo 203/2004.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre 8843/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre 1342/2006

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre 1242/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de marzo 225/2004.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de junio 642/2001.

#### **OBRAS DOCTRINALES**

Asúa González, C. I., "Responsabilidad civil médica" en Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil Vol. 2*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 799-800.

Bal, B. S., *Physician Competence and Skill Part I: The Role of Hospital Corporate Liability*, US National Library of Medicine, 2014, disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3940749/>; última consulta 05/04/2017.

Blumenreich, G. A., *The doctrine of Corporate Liability*, p.253-257, disponible en <https://www.aana.com/newsandjournal/Documents/p253-257>; última consulta 05/04/2017.

Fernández Manzano, L. A., "La responsabilidad en la prestación de servicios" en Soler Presas, A. y Del Olmo García, P. (coord.), *Practicum Daños 2017*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 500-529.

García, C. y Ortega, D., "Elementos de osteosíntesis de uso habitual en fracturas de esqueleto apendicular: evaluación radiológica", *Revista Chilena de Radiología*, vol. 11, nº 2, 2005, (disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rchradiol/v11n2/art05.pdf>; última consulta 05/04/2017).

Gázquez Serrano, L., "Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* (disponible en <http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-05/recension-regimenjuridico.pdf>; última consulta 31/03/2017).

Kritzer, H. M.; Liu, G.; Vidmar, N.; *An Exploration of "Non-economic" Damages in Civil Jury Awards*, University of Minnesota Law School, 2014, (disponible en [http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=faculty\\_articles](http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=faculty_articles); última consulta: 09/04/2017).

Rubin, R., *Manufacturer and professional user's liability for defective medical equipment*", disponible en <https://uakron.edu/dotAsset/bd6b1803-bfdc-4f31-96bb-56e7f2837e88.pdf>; última consulta 07/04/2017.

Ruiz Echauri, J., "Los daños en la circulación de vehículos a motor" en Soler Presas, A. y Del Olmo García, P. (coord.), *Practicum Daños 2017*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 721-722.

Tamayo Jaramillo, J., *La acción directa en los seguros de responsabilidad civil: Un regalo envenenado*, (disponible en <file:///C:/Users/Ana/AppData/Local/Temp/DialnetLaAccionDirectaEnLosSegurosDeResponsabilidadCivil-5556725-2.pdf>; última consulta: 31/03/2017).

Waters, T. M., *Medical Malpractice Law in the United States*, disponible en [http://medlawlab.web.auth.gr/resources/files/summer\\_school/course\\_diag\\_bibl/medical\\_malpractice\\_law\\_in\\_the\\_united\\_states\\_report.pdf](http://medlawlab.web.auth.gr/resources/files/summer_school/course_diag_bibl/medical_malpractice_law_in_the_united_states_report.pdf); última consulta 03/04/2017.

Woodruff, L. G., *Hospital Liability*, disponible en <http://w-mlawgroup.com/wp-content/uploads/2014/05/LGW-HospitalLiability.pdf>; última consulta 05/04/2017.

#### **OTRAS FUENTES**

ICAM, *Honorarios Profesionales*, disponible en [http://web.icam.es/page/3/Servicios\\_a\\_Colegiados](http://web.icam.es/page/3/Servicios_a_Colegiados); última consulta 27/02/2017.

ICAM, *Recopilación de criterios del Colegio de Abogados de Madrid en la emisión de sus Dictámenes sobre honorarios profesionales a requerimiento judicial*, (aprobados por la Junta de Gobierno de 4 de julio de 2013); disponible en <file:///C:/Users/Ana/Documents/5E3B/TFG%20Derecho/honorarios-icam.pdf>; última consulta 27/02/2017.

INE, *Encuesta de Condiciones de Vida (ECV). Año 2015*, Notas de prensa, 24 de mayo de 2016 (disponible en <http://www.ine.es/prensa/np969.pdf>; última consulta 27/02/2017).

*Legal Dictionary* disponible en <https://legaldictionary.net/tort-law/>; última consulta 03/04/2017.

## **ANEXO: ENUNCIADO CASO PRÁCTICO**

Hoy, día 17 de enero de 2017 acude al despacho de Ana Hidalgo, un cliente, Mr. John Pérez, y le pasa a relatar el siguiente problema:

Previamente John cuenta que tiene la nacionalidad estadounidense, pero nació en España (además de que sus padres son españoles) y mantiene nuestra nacionalidad igualmente, residiendo en España más de 150 días al año. Su idea es encargarse de la llevanza del problema que va a relatar en España pero quiero conocer igualmente, si en el hipotético caso de que decidiera demandar en EE.UU., qué diferencias básicas habría entre un sistema y otro en la resolución del caso.<sup>57</sup>

El día 22 de enero de 2016 John fue operado, en el hospital privado Fundación Martínez Pérez de Madrid. Había sufrido una fractura en el peroné practicando deporte y fue necesario unir el hueso fracturado con dos tornillos internos que le fueron colocados en la pierna derecha. La operación aparentemente tuvo un resultado satisfactorio pero la realidad es que John no ha podido caminar de la misma forma nunca más: Tiene molestias constantes en la espinilla de la pierna derecha y dolores agudos si apoya la pierna de una determinada manera.

Los dolores y molestias empezaron a materializarse aproximadamente dos meses después de la operación y John acudió a la consulta de dos especialistas traumatólogos para conocer su punto de vista sobre el origen del dolor y su relación con la operación: ambos llegaron a la misma conclusión, los dolores se producían por los tornillos colocados en el peroné, y este dolor no era una consecuencia o secuela que necesariamente debería derivarse de la operación a la que se sometió John. Ahora bien, un especialista indicaba que el inconveniente estaba en la forma en que se habían colocado los tornillos, su inclinación, y el otro que el problema real era un defecto de diseño de los tornillos, que producían lesiones en determinados pacientes.

---

<sup>57</sup> El estudio de si el caso puede ser llevado en EE.UU. lo encargará John en ese país, pero como él sabe que Ana Hidalgo tiene conocimientos de derecho estadounidense y anglosajón en general, quiere conocer su opinión preliminar sobre las posibilidades y tratamiento del fondo del asunto en aquel país.

Según el primer informe pericial, firmado por el Dr. González, al derivar el problema de colocación de los tornillos, los responsables serán los cirujanos que los acoplaron. Según el segundo informe, firmado por el Dr. López, el responsable de los daños personales será la empresa fabricante de los tornillos, que los fabrica con demasiada longitud y en algunos pacientes de corta estatura como John producen graves secuelas.

John nos aporta más datos:

- John tiene 54 años, es soltero sin hijos y es dentista, por lo que tiene muy complicado ejercer su profesión con el dolor que sufre actualmente
- La empresa responsable de la fabricación de los tornillos se llama Springfield Medical y tiene su domicilio social en la ciudad de Baltimore (EE.UU.) aunque tiene una sucursal en España, domiciliada en Madrid.
- Los cirujanos que le operaron fueron el doctor Eugenio Fuentes y la doctora Pilar Sánchez, ambos autónomos contratados para esta operación por la Fundación Martínez Pérez. No tienen contrato laboral con la Fundación.
- John firmó un contrato muy sencillo con la Fundación que regulaba el desarrollo y pagos relacionados con la operación, en el que se determinaba un precio para la misma y se anexaba una hoja de consentimiento informado estándar y que consta como firmada.
- John ha contactado telefónicamente con la Fundación, que niega toda responsabilidad y se la atribuye a los médicos. Los médicos que operaron, a los que John visitó en sus consultas personalmente tras la operación, afirmaron que actuaron correctamente y siguiendo escrupulosamente el protocolo habitual, por lo que piensan que si hay alguna secuela se deberá a un defecto de fabricación de los tornillos.
- John visitó también en persona al Director General en España de Springfield M y este le dijo que no había habido jamás una reclamación por los tornillos y que todo es un error de su perito médico, y que por tanto los tornillos debieron ser mal acoplados al hueso.

Así las cosas, John nos pide:

- Teniendo en cuenta que nadie quiere hacerse cargo del pago de una indemnización, a quién puede demandar y por qué.
- Qué acciones inmediatas debe ejecutar para no perder sus derechos.
- Por qué cuantía puede demandar, y qué tipo de daños puede reclamar..
- ¿Puede demandar a alguna aseguradora? ¿Cómo?
- Quiere un estudio jurisprudencial del caso y de las posibilidades de éxito de la demanda según el enfoque que se le dé y a quién se demande.
- Quiere que sus honorarios se le facturen conforme a las normas del ICAM.
- Finalmente, quiere un estudio comparado de cómo se trataría este procedimiento en España y en EE.UU. y la opinión de Ana sobre cuál sería más favorable para sus intereses.