

expresar mi más profundo reconocimiento a su autor. Su trabajo, a buen seguro, será instrumento de gran utilidad para cuantos estudiosos y prácticos pretendan conocer el procedimiento arbitral y descubrir qué se esconde tras su actual regulación.

Marién AGUILERA MORALES
Profesora de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, 700 pp.

La monografía del doctor Andrés Domínguez Luelmo *Derecho sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre sobre derechos del paciente...)*, publicada por la editorial Lex Nova, constituye un nuevo e importante paso en su firme trayectoria como civilista.

La contrastada experiencia del autor, tanto en el campo docente como investigador, pone al lector en la expectativa justificada de encontrar una buena obra jurídica. Su atenta lectura, nada liviana a pesar de estar escrupulosamente escrita por la densidad de datos, aportaciones y reflexiones que en ella se contienen, no hace sino confirmar esas expectativas iniciales.

La obra se presenta formalmente, o al menos eso anuncia el subtítulo, como un comentario a la Ley 41/2002. Sin embargo, como ya advierte en su Prólogo E. Llamas Pombo, es mucho más que eso, puesto que la exhaustiva información tanto legislativa (estatal, autonómica y foránea) como doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial que en ella se nos ofrece, hacen de este libro un enciclopédico compendio de los asuntos abordados.

Sería ya por mi parte reiterativo, puesto que otros con excelente criterio lo han hecho antes que yo (véase la recensión a este mismo libro de T. Torres García publicada en la revista *Derecho de daños. Práctica*, núm. 19, septiembre 2004), abordar todas y cada una de las cuestiones que se tratan en la publicación y que van desde la legitimación constitucional de la Ley 41/2002, tanto desde el punto de vista formal (ley ordinaria), como competencial (planteándose los problemas derivados de la coexistencia con las numerosas leyes autonómicas homólogas), hasta toda la rica problemática jurídica engendrada alrededor de la historia clínica, pasando por temas tan relevantes y actuales como la responsabilidad civil médico-sanitaria y su intrincado tratamiento jurisprudencial, el derecho a la información asistencial y la autonomía del paciente con todo el haz de temas jurídicos que de tal se derivan o el que es denominado por la Ley 41/2002 Documento de instrucciones previas. Me limitaré por tanto a pergeñar y comentar varias ideas que el autor nos ofrece en torno a algunas de las cuestiones más esenciales de las muchas que al lector se le ofrecen.

En la parte inicial de la obra, bajo la rúbrica «Consideraciones preliminares», el profesor Domínguez Luelmo nos ofrece un completo panorama del tratamiento que nuestra jurisprudencia otorga a la responsabilidad civil del profesional sanitario. Se trata de un tema recurrente en nuestros autores, lo

que con lógica deriva de su gran incidencia práctica. Baste decir que según ha puesto de manifiesto la Asociación El Defensor del Paciente (Elmundosalud.com, martes 11 enero 2005), a lo largo del año 2004 se han presentado en nuestro país 11.756 reclamaciones por negligencias médicas, lo que nos da una idea aproximada del número de decisiones judiciales que esa situación –sostenida e incluso incrementada en los últimos años– genera. Asimismo nos explica por qué en el proceso de expansión de la responsabilidad civil, uno de los temas centrales es la responsabilidad sanitaria. Con singular claridad el autor nos da una idea cabal de la fluctuante doctrina de nuestros tribunales –puesto que no se recogen únicamente las sentencias del Tribunal Supremo, sino que se traen también a colación aquellas de Tribunales Superiores de Justicia o de otros tribunales menores que tienen relevancia para el asunto tratado– y de los débiles y hasta contradictorios mimbres que sustentan muchos de los argumentos utilizados para decidir sobre la obligación o no, y en qué medida, de reparar el daño causado. En esta primera parte de la monografía, su autor da buena cuenta de los principales problemas suscitados en la jurisprudencia en torno a la responsabilidad civil sanitaria, siendo de especial interés, a mi juicio, las páginas que dedica a los recursos procesales de la víctima del daño con relación a la prueba (regla *res ipsa loquitur*, prueba de presunciones, prueba *prima facie*, culpa virtual o distribución dinámica de la prueba), de cuya exposición se deriva la falta de unas pautas seguras por parte de los jueces a la hora de determinar la responsabilidad, cuestión sobre la que he de volver más adelante.

El resto del libro se estructura en forma de comentarios a los artículos de la Ley 41/2002. Aun cuando otros muchos merecerían nuestra atención, por su capital interés y la especial profundidad con que los trata el profesor Domínguez Luelmo, me limitaré en esta sede a comentar algunos de ellos. Sin duda merece la pena detenerse con un cierto pormenor en el consentimiento informado, considerado por el propio autor como uno de los pilares básicos de la ley. Definido en el artículo 3 como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud», se trata de una institución en su momento importada de la cultura anglosajona, que ya está totalmente consolidada en nuestra jurisprudencia (que, un tanto exageradamente, incluso la ha llegado a calificar de derecho fundamental en las SSTS de 12 de enero y 11 de mayo de 2001) y sobre la que gravita buena parte del capítulo IV de la Ley 41/2002, sin olvidar la funcionalidad que respecto a ella tienen los artículos 4 y 5 relativos al derecho de información asistencial. No en vano, el propósito del consentimiento informado es que el paciente decida sobre la base de una autonomía personal, para lo cual precisa necesariamente contar una información suficiente y adecuada. Para intentar averiguar cuándo se da efectivamente esa información resultan imprescindibles las consideraciones del autor respecto a quién debe informar, en qué forma, quién tiene la carga de la prueba de la información y, sobre todo, cuál ha de ser el contenido de esa información para que, ciertamente, el paciente pueda decidir. En su comentario al artículo 4 el profesor Domínguez insiste en las notas de adecuación y comprensibilidad de la información, lo que a su juicio exige tener en cuenta la formación intelectual y hasta profesional del paciente, lo que también parecen avalar nuestros tribunales. El artículo 10 (con falta de sistemática, como se dice en el libro) vuelve sobre el tema al exigir, antes de recabar el consentimiento escrito

(cuando sea necesario, según estima el autor, lo que nos obliga a preguntarnos por el alcance de la información en otro tipo de casos), determinado contenido a la información. Aun resaltando que existen otras muchas cuestiones relevantes para cuyo tratamiento no cabe sino recomendar la lectura atenta de estas páginas, deseo resaltar la afirmación del autor (p. 314) según la cual el artículo 10 «viene a recoger más el tipo de información que en ningún caso se puede omitir, de manera que en caso contrario el resultado dañoso puede ser objetivamente imputable al médico, a pesar de actuar conforme a la *lex artis ad hoc*». Entiendo que en esta frase se concentra una de las cuestiones más controvertidas en materia de responsabilidad civil médica, pues no en vano el repaso de las sentencias sobre la materia pone en evidencia que la ausencia o defecto de la información presupuesto del consentimiento informado constituye uno de los supuestos más habituales en las reclamaciones de responsabilidad en el ámbito sanitario. Dejemos a un lado el supuesto en el que la ausencia de información puede considerarse efectivamente en el origen del daño, pues, de haberse dado la información, el daño con probabilidad rayana en la certeza no se hubiese producido (*v.gr.* el médico no puso en conocimiento del paciente que después de una intervención quirúrgica destinada a eliminar la capacidad reproductora el paciente debía observar determinadas precauciones a fin de evitar el embarazo, de suerte que por no hacerlo, el embarazo efectivamente se produjo), supuesto en el cual parece existir ligazón suficiente entre la actuación (o falta de actuación) del médico y el resultado dañoso como para imputárselo a éste. Más problemática resulta la situación en la que, presupuesto el defecto de información y la adecuada ejecución del acto médico en cuestión, el resultado dañoso se produce al concretarse el riesgo (no necesariamente asumido por el paciente no suficientemente informado). Evidentemente la omisión de la información no ha sido la causa del daño (técnicamente, ninguna omisión puede ser causa de ningún daño); según el profesor Domínguez lo que se produce entonces es una imputación del resultado dañoso al médico que no dio la información exigida legalmente. Ésta parece ser la pauta de nuestros tribunales, lo que no impide que las piezas no terminen de encajar. En primer lugar porque tal consecuencia no está prevista expresamente por el legislador; si a ello añadimos la debilidad de la conexión factual entre la no información negligente y la no negligente materialización de un determinado riesgo, resulta un tanto radical justificar la carga del íntegro daño al médico. Por eso no está demás apelar a otros posibles enfoques del problema (la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas son especialmente prolijas en esta cuestión). No se debe olvidar que en caso de incumplimiento del deber de información lo que se produce es una violación de un derecho del paciente, el de su autodeterminación, en la medida en que sólo una información adecuada posibilita una toma de decisión libre. Si esto es así, el daño que se produce ante la defectuosa información es esencialmente un daño a un derecho de la personalidad (se habla de la pérdida de la oportunidad de decidir); el paciente debería ser compensado por su participación en la decisión, incluso si *ex post* se prueba que la decisión hubiese sido idéntica. Por tanto, un daño de naturaleza moral y sólo en casos muy excepcionales puede significar además un daño personal que puede tener incluso repercusiones patrimoniales (*v.gr.* la persona en cuestión sufre una depresión como consecuencia de aquella información inadecuada). Pues bien, si se trata de un daño moral por violación de un derecho de la personalidad del paciente, sería indiferente el resultado favorable o desfavorable del acto mé-

dico correctamente ejecutado, y por lo tanto también el paciente que superó con éxito la intervención tendría derecho a la indemnización. Pero a día de hoy es impensable que un paciente que ha tenido un tratamiento médico exitoso inste la responsabilidad del médico porque no le informó de determinados riesgos no consumados, lo que nos lleva de nuevo a un callejón sin salida y nos convence de la necesidad de seguir profundizando en este tema y de la utilidad de libros como el del profesor Domínguez Luelmo.

A pesar de las muchas reflexiones que suscita la monografía comentada – especialmente recomendables son las páginas dedicadas al consentimiento por representación –, voy a dejar el tema del consentimiento informado aludiendo a una de las limitaciones al deber de información del médico contempladas tanto en la Ley 21/2002, como en el Convenio de Oviedo: me refiero al «estado de necesidad terapéutica» recogido en el artículo 5.4 de la ley. El profesor Domínguez Luelmo considera acertada la expresión utilizada por la ley y se muestra especialmente cauto en relación con el llamado privilegio terapéutico que autorizaría al médico a no revelar ciertas informaciones susceptibles de provocar mayores daños al paciente. Insiste el autor en que no son suficientes las razones meramente humanitarias, sino que se requiere la evitación de un perjuicio para la salud y que hay que ser muy riguroso en esta exigencia. A mi juicio la línea de argumentación es adecuada, pues en el fondo de este privilegio subyace el paternalismo que precisamente trata de frenar la institución del consentimiento informado y la salvaguarda de la autonomía del paciente.

Para no alargar innecesariamente una resección que en ningún caso puede eludir la lectura íntegra de una obra que contiene mucho más de lo que puedo aquí reflejar, voy a finalizar ésta haciendo referencia a una cuestión que está presente en varios artículos de la ley, sobre todo en los relativos a la historia clínica de paciente. Me refiero a la cuestión de los datos de salud del paciente, con la que también está conectado, aun cuando según nuestro Tribunal Constitucional no se identifiquen totalmente (a pesar de que sí lo haga el art. 7 de esta Ley 41/2002), el derecho a la intimidad. Con razón el autor pone en varias ocasiones de relieve la relación entre esta parte de la Ley 41/2002 y la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal. No en vano los datos de salud son considerados en esta última ley como datos especialmente sensibles (arts. 7 y 8). Muy relevante a este respecto resulta, a mi juicio, el artículo 18 de la Ley 41/2002 relativo a los derechos de acceso a la historia clínica del paciente. Las garantías de acceso por parte del paciente a su historia clínica contenidas en la nueva regulación son apoyadas por el autor con un rimerero de decisiones judiciales que, de nuevo, hacen alusión las más de las veces al tema de la responsabilidad civil. Voy a destacar en esta sede las referencias que los párrafos 2 y 4 del artículo 18 contienen a los límites del derecho de acceso a la historia clínica cuando su ejercicio pueda perjudicar a terceros. El profesor Domínguez Luelmo hace alusión al derecho a la intimidad de esos terceros aludido en el artículo 7 como justificación de tal restricción. No me resisto, sin embargo, a hacer alguna reflexión al respecto. Sin duda entre los datos relativos a la salud de una persona contenidos en su historia clínica se van a incluir, al menos en parte, datos genéticos. A pesar de no estar aludidos directamente en esta ley (tampoco en la LO 15/1999) los datos puramente genéticos son de sumo interés no sólo para el sujeto de quien provienen, sino también para otras personas, como sus familiares biológicos. El peligro de almacenamiento, cesión y ac-

ceso a estos datos es evidente, y ello no sólo por razones de respeto a la intimidad y confidencialidad, sino por la posibilidad de su utilización para prácticas eugenésicas, e incluso por las posibilidades de discriminación a las que puede conducir en materia de empleo, seguros, etc. ¿Puede derivarse de todo ello que un determinado paciente no tiene derecho de acceso a sus datos genéticos por el peligro de que con ello accede también a los de sus parientes? Evidentemente no puede ser así; pero si el acceso sigue el régimen de otros datos de salud, la posibilidad de publicación y cesión de estos datos por el paciente va a significar la afectación de la esfera jurídica más íntima de esos terceros. En fin, el legislador no ha dispuesto nada al respecto y, según mi criterio, debería hacerlo aun cuando su sede natural no parece la ley que nos ocupa, sino más bien la ya citada LO 15/1999.

En fin, no dude el lector que las muchas cuestiones a las que aquí no se ha hecho referencia en relación con la Ley 41/2002 tienen adecuado tratamiento en el libro que nos ocupa, por lo que otra vez más recomiendo su lectura. Sólo voy a añadir que la completa preparación de su autor y la calidad de la obra en su conjunto resultan avaladas al final de la misma por la sistemática recopilación de las abundantísimas sentencias, disposiciones normativas y reseñas bibliográficas utilizadas en su cuidada elaboración. Nuestra literatura jurídica está sobrada de publicaciones perfectamente prescindibles; la que nos presenta el profesor Domínguez Luelmo es, sin lugar a dudas, de las otras.

María Paz GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El arrendamiento de empresa*, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, 328 pp.

Bajo el título *El arrendamiento de empresa* la profesora Moralejo emprende el estudio riguroso y pormenorizado de una figura con una trascendencia práctica en la actualidad indiscutible, partiendo para ello de los escasos estudios doctrinales concretos existentes hasta la actualidad, así como de los pronunciamientos jurisprudenciales dictados en relación con esta cuestión, tanto por nuestro Tribunal Supremo como, sobre todo, por la denominada jurisprudencia menor (Audiencias Provinciales).

La autora comienza su estudio en el capítulo primero (bajo el título «La empresa en el tráfico jurídico») analizando la posibilidad de que una empresa –entendida como un fenómeno unitario que consiste en una organización de capital y trabajo dirigida a la producción o mediación de bienes y servicios– pueda ser objeto de negocios jurídicos.

Tras un exhaustivo análisis del panorama legislativo y jurisprudencial y de las diferentes concepciones habidas a lo largo de los años desde la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 (que constituyó un hito en el reconocimiento de la empresa como objeto de los negocios jurídicos, a través del arrendamiento de industria o negocio) hasta la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, o la reciente Ley Concursal, la profesora Moralejo llega a la conclusión de que la empresa aparece con frecuencia en nuestro or-