

## LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO POR LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO: LA DETERMINACIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

**Esther Monterroso Casado.**  
**Profesora Doctora de Derecho civil. Abogada.**

- Ponencia presentada al «Premio Magistrado Ruiz Vadillo» -

La propia definición de conducta diligente genera grandes incertidumbres, especialmente en el supuesto del consentimiento informado donde factores de orden legal median en la licitud de las prácticas clínicas efectuadas. Acontecido el daño, no resulta claro para letrados y aseguradoras qué daños deben ser indemnizados y cómo deben ser cuantificados. Situación que resulta agravada por la ausencia de normas que den respuesta a estas cuestiones y porque doctrinalmente no se ha clarificado su determinación. Buena prueba de ello son los actuales pronunciamientos jurisprudenciales desiguales al respecto.

Debido a su relevancia práctica, es preciso colaborar a reducir el umbral de inseguridad jurídico-legal que atenaza a nuestro colectivo; propósito que persigue el trabajo del que es objeto esta ponencia tras considerar cuatro aspectos y analizar las recientes resoluciones en la materia y sus posiciones contrapuestas (especialmente las numerosas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en el transcurso de este año, 2005). Por un lado, examinaré la obligación de información partiendo de las cuestiones que mayores controversias suscitan, su contenido y su forma. Por otra parte, analizaré el incumplimiento del deber de información y las responsabilidades imputables al médico, en función de si se producen o no daños. A continuación, ofreceré un criterio clave para apreciar la extensión de este deber de información, que entiendo se encuentra en el tipo de tratamiento o cirugía realizado: si es opcional, requerida, o urgente. Por último, centraré la cuestión en otro de los aspectos más trascendentales, el de la reparación del daño, dando respuesta a esta cuestión conforme a las anteriores premisas.

### **1. La obligación de informar al paciente.**

#### **1.1. El contenido de la información.**

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, al igual que las diversas leyes autonómicas existentes al respecto, determina las obligaciones de los profesionales de proporcionar información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos. La obligación de informar al paciente constituye una obligación principal en la prestación del servicio médico y un elemento integrante de la *lex artis*<sup>1</sup>. El médico debe informar al paciente de cuál será el tratamiento o la intervención y de cómo se va a efectuar, así como de su duración y de los riesgos inherentes a la misma. En este sentido, conforme al artículo 10, le facilitará previamente la información básica acerca de: las consecuencias relevantes o de

---

<sup>1</sup> Según manifiesta el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, 2 de octubre de 1997, 3 de octubre de 2000, 14 de octubre de 2002 y, más recientemente, las de 26 de febrero de 2004 y 20 de abril de 2005: “el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc*”.

importancia originada por la intervención; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y las contraindicaciones.

Especialmente ilustrativa resulta la sentencia de la Sala de lo Contencioso, Sección Sexta, del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2005, que condena al facultativo no sólo porque no obtuvo el consentimiento de la paciente antes de la realización del riesgo que entrañaba la práctica de la amniocentesis en su caso, sino que “este peligro se incrementaba en el hospital en que se realizó la prueba, que arrojaba un índice superior hasta 5 veces al que como normal se detecta en otros países, y 2,5 veces superior al de otro hospital de la misma red hospitalaria pública española”. Esta resolución resulta especialmente interesante ya que anula la de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional, que presumía que hubo consentimiento informado (verbal) sobre el riesgo típico de aborto (del 1%) tras la práctica de la prueba, el cual aconteció.

El paciente debe recibir una información adecuada sobre la finalidad y la naturaleza de la actuación.

Señala al respecto el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), en sus sentencias de 4 de abril de 2000 (recogida posteriormente por las sentencias de esa Sala de 18 de junio y 26 noviembre de 2004, y 18 de enero, 9 de mayo y 25 de abril de 2005: *Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto, la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.*

La información debe extenderse a las características de la intervención o el tratamiento que se propone y sus beneficios, las recomendaciones, los riesgos que implica y sus consecuencias (generales y específicos del paciente atendiendo a cada situación clínica particular), las contraindicaciones y las alternativas posibles. Esta extensión de la información, específica y personalizada, da lugar a apreciaciones distintas por los tribunales.

La Sentencia Tribunal Superior de Justicia Galicia núm. 429/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 8 junio de 2005 condena a la Administración por no informar al paciente de los riesgos típicos (incontinencia de esfínteres o a la secuela del síndrome de cola de caballo) de una laminectomía a la que fue sometido. Además, toma en consideración la firma del paciente, que no aparece en el dorso donde figuran reseñadas las complicaciones de la intervención.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección tercera) de 11 de julio de 2005 absuelve al cirujano plástico ya que la información suministrada fue específica para la intervención de mamoplastia de aumento, y no genérica.

En sentido contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª), de 3 febrero de 2003 establece la responsabilidad del médico porque el documento firmado se trataba de «un mero formulario» y no reunía los requisitos mínimos de información al paciente sobre diagnóstico, tratamientos y riesgos posibles, de manera individualizada y clara.

Respecto a los riesgos atípicos, entiendo que deben ser siempre advertidos en los casos en los que nos encontramos ante tratamientos o cirugías de naturaleza opcional o electiva.

## 1.2. La forma de suministrar la información.

¿Es admisible un consentimiento tácito? Cuando un paciente asiste a un centro médico o cuando el profesional es llamado para que acuda a atenderle a su domicilio,

existe un contrato implícito y verbal, en el que se entiende que existe un consentimiento. Por ejemplo, si alguien se presenta con una herida en el centro médico se sobreentiende que está consintiendo su curación. Situación distinta sucede si el médico estima que es necesario anestesiarse e intervenir al paciente debido a la lesión sufrida. Además, en situaciones de urgencias (como pudiera también ser la última situación descrita), se considera que el consentimiento es tácito, salvo que se haya manifestado lo contrario.

En principio será perfectamente válido este consentimiento tácito, así como el verbal; precisamente, el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 señala que “el consentimiento será verbal por regla general”. Sin embargo, ese mismo precepto impone un deber de diligencia (de información) incrementado, que conste por escrito, cuando los tratamientos conlleven un mayor riesgo para la salud: en una intervención quirúrgica, en los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. A sensu contrario, en presencia de tratamientos que no generan riesgos, el consentimiento puede ser verbal, e incluso tácito.

Sentadas estas premisas, ¿qué opina al respecto la jurisprudencia más actual? Existen dos posturas que distan entre sí y que a su vez, ambas, se alejan de los postulados de la Ley 41/2002.

Por un lado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª) del Tribunal Supremo en sentencias de 22 de junio, 9 de mayo, 20 y 25 de abril de 2005 señala (si bien los hechos enjuiciados fueron anteriores a la Ley 41/2002, siendo aplicable la Ley General de Sanidad) que, “con carácter general, el consentimiento informado ha de obtenerse por escrito”, aunque no excluye la validez del consentimiento verbal. Especialmente tras la valoración conjunta de las actuaciones<sup>2</sup>. Esta postura difiere del artículo 8.2 de la Ley que señala expresamente que, por regla general, el consentimiento será verbal, salvo en determinados supuestos que regula. Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 2005 ha otorgado validez al consentimiento informado verbal en las intervenciones quirúrgicas no satisfactorias, señalando que “la exigencia de la constancia escrita de la información tiene para casos como el que se enjuicia mero valor *ad probationem* y puede ofrecerse de forma verbal, en función de las circunstancias del caso”. Postura ésta que también contraviene el citado artículo que exige que conste por escrito en cualquier «intervención quirúrgica», sin realizar distinción alguna sobre si ésta es o no satisfactoria o requerida.

Eso sí, en ambos casos, la forma documental se considera como la más adecuada para demostrar su existencia y contenido. En la práctica, de hecho, nos encontramos ante un problema de prueba donde se cuestiona el valor del consentimiento verbal. Por eso, la Sala de lo Civil precisa la necesidad de que quede constancia de la información verbal suministrada en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte; y la Sala de lo Contencioso-Administrativo señala que “una prueba testifical del médico no puede ser base suficiente para la acreditación de la existencia de tal consentimiento informado de naturaleza verbal existiendo otras declaraciones testificales contradictorias” (sentencia de 9 marzo 2005).

---

<sup>2</sup> De hecho, la Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 9 mayo 2005 admite la existencia de consentimiento informado verbal tras la valoración conjunta de las actuaciones, aún en el supuesto enjuiciado de una cirugía opcional (como es el caso de una ligadura de trompa) y considera que la paciente fue «razonablemente» informada del eventual riesgo, aunque improbable, de embarazo posterior.

## 2. La responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de información.

La relevancia del consentimiento informado ha sido ya puesta de relieve<sup>3</sup>. El deber de información es una obligación natural del contrato de servicios profesionales, y su violación supone una vulneración del mismo. La jurisprudencia, en esta línea, ha señalado que el deber de informar al paciente se presenta como un *deber profesional necesario* y opera tanto en los supuestos de culpa contractual como extracontractual (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 31 de marzo de 2004). Por tanto, la prestación del consentimiento informado es un derecho del cliente y su obtención una obligación (más que un deber) del médico. Además, su infracción podrá acarrear responsabilidad no sólo civil, sin también deontológica y administrativa.

Aunque no se discute la existencia de esta obligación, si analizamos las resoluciones dictadas por falta de consentimiento informado nos encontramos con posturas dispares donde unas veces se considera las consecuencias dañosas sufridas por el paciente, otras no; unas veces se indemniza el daño físico, otras el daño moral; en ocasiones, se declara la responsabilidad del médico por los riesgos propios de la intervención correctamente realizada, en otras no. Para aclarar este panorama, debemos partir de una premisa básica: la obligación de información que incumbe al médico es independiente de la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención diagnóstica o terapéutica realizada. Nos encontramos ante dos obligaciones distintas: la de información y la de diligente intervención técnica, cuyo incumplimiento genera también distintas consecuencias.

Centrándonos en el objeto de nuestro estudio, la falta de información, entiendo, puede ser constitutiva de distintas responsabilidades imputables al médico, en función de si se producen o no daños.

### 2.1. Ausencia de daños.

Si no se producen daños no habrá entonces derecho al resarcimiento derivado de la responsabilidad civil (pues constituye un elemento indispensable la existencia de dicho daño).

Ahora bien, aunque algunas sentencias recientes han señalado que la ausencia de consentimiento informado origina por sí mismo un daño (así lo acaba de entender la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencias de 9 de mayo y 22 de junio de de 2005); sin embargo, otras, en mi opinión más acertadamente, estiman que lo que ocasiona esa falta de información o de consentimiento es una negligencia, la cual puede dar lugar o no a un daño (siempre y cuando exista una relación causal, añadido). En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2005, que recoge la de 26 de febrero de 2004, señala que aunque la falta de consentimiento informado constituye ya de por sí una mala praxis ac hoc, ésta *no puede por sí misma dar lugar a la responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno* para el paciente. En otras palabras, para que exista responsabilidad es imprescindible que de este acto médico se derive un «daño antijurídico» (Sentencias de la misma

---

<sup>3</sup> Véanse los trabajos de GALÁN CORTÉS, J.C.; *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001; y PLAZA PENADÉS, J.: «La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562/2003.

Sala de 26 de marzo de 2002 y de 26 de febrero de 2004, recogidas por la de 16 de mayo de 2005).

Ello no implica que en el caso de que no exista un daño el médico no asuma ninguna otra responsabilidad, puesto que la falta de información podrá dar lugar a una responsabilidad deontológica o disciplinaria<sup>4</sup>.

## 2.2. Existencia de daños.

En el supuesto de que no se suministre información al paciente es posible imputar la responsabilidad civil al médico por los perjuicios causados dependiendo de dos factores. En primer lugar, que la técnica médica realizada fuera la adecuada y correcta según los parámetros de la *lex artis* del caso; y, en segundo lugar, de la necesidad de información en función del tipo de intervención realizada (y, por tanto, de la vulneración del derecho de elección del cliente).

Si se cumple con la *lex artis* en la realización de la intervención, pero no se ha prestado información, a la hora de determinar la responsabilidad será preciso que exista una relación de causalidad entre ese hecho (la falta de información o la insuficiencia de ésta) y el resultado dañoso<sup>5</sup>.

De hecho, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2000: *la falta o irregularidad del consentimiento no implica o revela por sí sola su conexión causal con los daños que pudieran derivarse de la intervención quirúrgica posterior.*

- a) **Si no existe una relación causal entre la falta de consentimiento y el daño sufrido por el paciente.** En este caso, no existirá un derecho a la reparación del daño, ya que esa falta de consentimiento no es «causa» del daño. Esta cuestión es abordada directamente por la jurisprudencia en numerosas ocasiones pues es este hecho (concretamente, el alcance de su negligencia a la hora de suministrar información) y su prueba de conexión causal las que van a determinar la responsabilidad o no del médico.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, del Tribunal Supremo, en sentencia de 16 mayo 2005 demuestra la falta el nexo de causalidad entre el acto médico y el resultado lesivo, y que la omisión de consentimiento no liga consecuencia dañosa alguna, ni directa ni indirecta. La paciente sostiene que ha sufrido unos daños (pérdida del útero y la ceguera del ojo izquierdo debido a las complicaciones sufridas en el parto) que son debidos al mal funcionamiento del servicio, al acto médico en sentido estricto (la inducción del parto tras la observación de meconio en el líquido amniótico y su posterior complicación), y no a esa falta de consentimiento.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional en sentencia de 9 de mayo de 2001 había determinado que la falta de consentimiento informado escrito era irrelevante puesto que el daño sufrido no era consecuencia de la prueba realizada. En este caso, la Audiencia Nacional niega que el fallecimiento de la paciente fuera consecuencia de la práctica del TAC abdominal que se le realizó, práctica sobre la que no se suministró información acerca

---

<sup>4</sup> Respecto a la responsabilidad deontológica, el artículo 10.4 Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial establece que *cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo el médico le proporcionará información suficiente y ponderada a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas.* Y añade el apartado 5 que *si el enfermo no estuviere en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional.*

<sup>5</sup> Véase al respecto el excelente trabajo de DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.: «Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño», II Congreso Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, noviembre 2002.

de sus riesgos. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de junio de 2005 casa y anula dicha sentencia, señalado al respecto que la ausencia de consentimiento sí origina un daño, consistente en “la situación de grave riesgo a que se somete a la paciente atendidas las graves patologías que le afectaban, hipertensión, diabetes mellitus e insuficiencia cardíaca”; situación de insuficiencia renal que ocasiona su posterior fallecimiento.

- b) **Si la falta de información es causa del daño.** Pueden suceder dos cosas. Primero, que no exista información y que ese hecho sea la causa «directa» del daño. En este caso, por ejemplo, si no se informa al paciente de que debe interrumpir la medicación un día antes de la intervención, y es precisamente este hecho el que origina el desenlace, existirá responsabilidad por la ausencia de información<sup>6</sup>. Segundo, que la falta de información o un defecto en la misma sea la causa «indirecta» del daño. Por ejemplo, que el consentimiento en un supuesto de cirugía satisfactoria se haya realizado verbalmente sin que fuera la información específica y personalizada, efectuándose la intervención diligentemente, pero aconteciendo uno de los riesgos típicos (o atípicos) de la misma. En este caso, existirá una responsabilidad imputable al médico. Sin embargo, el daño indemnizable por la vulneración del derecho de elección del paciente será distinto, dependiendo de su relevancia y del tipo de intervención efectuada, como veremos después.

Por lo tanto, una cuestión será determinar en qué supuestos la falta de información constituye o no causa del daño y otra a qué indemnización da lugar. Para resolver la primera cuestión se debe tener en cuenta la teoría de la causalidad adecuada o *condicio sine qua non* como criterio para determinar la existencia de nexo causal y, cuando no sea posible dicho conocimiento, el juicio de los peritos conforme a la condición ajustada a las leyes de la naturaleza<sup>7</sup>. Por otro lado, respecto a la segunda, entiendo que se debe atender al tipo de intervención o tratamiento realizado y la extensión del deber de información en tales casos.

### 3. Tipo de intervenciones y extensión del deber de información.

¿Cuál es la extensión de la obligación de informar al paciente? No sólo va a depender de la situación personal y subjetiva del paciente (dependiendo de su diagnóstico), sino de la actuación médica que precise. Entiendo que el tipo de tratamiento o cirugía realizado constituye el criterio clave. En este sentido, la necesidad de consentimiento es gradual en función de las distintas opciones quirúrgicas y tratamientos efectuados; (a) tratamientos y cirugía opcional o electiva; (b) tratamiento y cirugía requerida; o (c) situaciones de emergencia o de urgencia.

<sup>6</sup> Otro ejemplo, sería el supuesto contemplado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de junio de 2005, en la que la ausencia de consentimiento informado constituiría un daño en sí mismo, “consistente en la situación de grave riesgo a que se somete a la paciente atendidas las graves patologías que le afectaban”.

<sup>7</sup> PANTALEÓN PRIETO, F.: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en AAVV, Centenerazo del Código Civil (1889-1989), T. II, Madrid, pp. 1561 y 1562.

### 3.1. Tratamientos y cirugía opcional o electiva (la llamada «cirugía satisfactiva»):

Al no resultar este tipo de tratamiento o cirugía satisfactiva esencial para la vida del paciente, la información sobre todos los riesgos que conllevan dichas intervenciones resulta imprescindible.

El deber de información acerca de los riesgos se hace más relevante en estas intervenciones quirúrgicas voluntarias, “en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa” (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002)<sup>8</sup>. Razón por la que no sólo existe la obligación de utilizar los medios adecuados a la ciencia médica, sino de proporcionar una mayor información (de forma exhaustiva) al paciente sobre los riesgos de la intervención. De manera que esta obligación se intensifica, ya que nos encontramos ante un tipo de intervención o tratamiento que no resulta «necesario» para la salud del paciente. De hecho, el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. Criterio que mantiene la sentencia de 26 de febrero de 2004 (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), recogido en las aún más recientes de 18 de enero, 25 de abril, 9 de mayo, 22 junio 2005. En otras palabras, la obligación de informar y el consentimiento del paciente adquieren perfiles propios, en los términos expresados por la jurisprudencia de nuestro alto tribunal de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sus sentencias de 3 octubre de 2000 y de 9 mayo 2005:

*(...) en la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo, y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo, cosa que no ocurre en la medicina asistencial, especialmente en los supuestos de existencia de grave riesgo para la salud, en los que cabe presumir que la iniciativa de la prestación médica y del carácter de la misma corresponde de modo exclusivo o preponderante a los servicios médicos, pues responde a una situación de necesidad no dependiente de la voluntad del paciente. Mas esto no minora la exigencia de mayor rigor en el deber de información en la medicina satisfactiva, aun cuando éste se proyecta, más que sobre la intervención en sí, sobre el resultado perseguido y el riesgo de no obtenerlo, pues la petición de asistencia médica, que puede ser suficiente para justificar la existencia de consentimiento en cuanto al hecho de la intervención, no lo es en cuanto al conocimiento de sus resultados y riesgos.*

En la práctica, son muchas las resoluciones dictadas por falta de información o por ausencia de consentimiento informado en los supuestos de cirugías opcionales como son las intervenciones que implican esterilización, los implantes o la cirugía refractiva.

---

<sup>8</sup> Sin perjuicio de que exista una disparidad de criterios acerca de la naturaleza jurídica de la obligación del médico en los casos de cirugía reparadora o perfectiva. Algunas sentencias entienden que la obligación es de resultado y otras sostienen que nos seguimos encontrando ante una obligación de medios pero intensificada, obligando a informar *tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de la posibilidad de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.* Véase la abundante jurisprudencia dictada al respecto en mi trabajo «Diligencia médica y responsabilidad civil», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 8, 2003, pp. 23-34

- *Cirugía de esterilización (vasectomía y ligaduras de trompas).*
  - o La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 9 mayo 2005, condenó a un médico por falta de prueba de que se informara a la paciente de los posibles riesgos de fracaso de la ligadura de trompas. Las manifestaciones del médico que practicó la intervención se limitan, según la sentencia, a indicar que la ligadura de trompas era un método muy fiable, sin más concreciones.
  - o La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª), en sentencia de 15 abril de 2005, condena a un cirujano que efectuó una vasectomía a indemnizar los daños económicos y morales ocasionados al no informar al paciente de los riesgos de recanalización espontánea de los conductos deferentes, lo que le llevó a ser padre.
  - o Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª), del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en sentencia de 17 enero de 2005 condenó a la Consejería de Sanidad por el resultado fallido de una vasectomía que no impidió el ulterior embarazo de la esposa del actor debido a la ausencia de información suficiente acerca de los riesgos inherentes de la operación y probabilidades de fracaso derivadas de la misma. En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 17 enero de 2005.
  - o Sin perjuicio de que, en otros casos, se desestime la petición de indemnización si el tribunal estima que la paciente fue informada oportuna y debidamente de los riesgos que estadísticamente pueden derivarse de este tipo de intervenciones así como de la posibilidad de un embarazo posterior, «accediendo a los interesados y firmando como receptor de la conformación el mencionado esposo de la actora» (Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 31 marzo de 2005).
- *Implantes mamarios:*
  - o La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), en sentencia de de 11 abril 2003, condena al cirujano por la asimetría mamaria ocasionada, ya que la intervención por su singularidad precisaba de un consentimiento muy específico e informado para que cumpliera los requisitos legales. En la misma línea, aunque acerca de una reconstrucción mamaria, se pronuncia la sentencia de 13 de mayo de 2005 (Sección 1ª), por la ausencia de consentimiento informado suficiente y correcto de la operación.
  - o La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 junio de 2004 condena al cirujano a indemnizar los daños y perjuicios en la intervención de reducción de mama para remediar dolores de espalda e inicial osteoporosis, que ocasionó a la paciente una necrosis masiva y pérdida total de zona areola-pezones. Ahora bien, se imputa la responsabilidad no sólo por incumplimiento de la obligación de informar de los riesgos a la paciente, sino por la inadecuada cualificación profesional del cirujano. En el caso enjuiciado, entiendo que nos podemos cuestionar si se trata realmente de un supuesto de cirugía opcional, o más bien de una cirugía requerida.
- *Histeroscopia* (tratamiento de esterilidad previo a fecundación in vitro).
  - o La Sentencia Tribunal Superior de Justicia Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 30 junio de 2005 ha determinado que *ninguna prueba se ha aportado por las partes demandadas que autorice a entender que se informó suficientemente a la paciente* (las manifestaciones del médico de que «que siempre se explica») *puedan contradecir la firme postura de la demandante y de su marido que rechaza la existencia de cualquier información respecto de la complicación* que sufrió la paciente (una pelviperitonitis aguda, que desembocó en una operación de laparotomía para el tratamiento curativo de la misma).
- *Cirugía refractiva:*
  - o La sentencia Audiencia Provincial Madrid (Sección 12ª) de 16 mayo de 2005 condena al cirujano por la ausencia de información sobre los eventuales riesgos y efectos secundarios de la cirugía refractiva a través de la técnica de Lasik.
  - o La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª) de 14 abril de 2004 estima la falta de acreditación de que el oftalmólogo informara suficientemente a la demandante de las características de la intervención quirúrgica a realizar, especialmente respecto a la facoemulsificación.
  - o La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª), en sentencia de 22 enero de 2004, condena al facultativo debido a la falta de acreditación de que se hayan observado las exigencias propias de la necesidad del consentimiento informado. La sentencia analiza el caso de un paciente que es operado de catarata en el ojo izquierdo por la técnica de facoemulsificación, derivándose una complicación sobrevenida de endoftalmitis. Ahora bien, al tratarse de una catarata, considero que constituiría un supuesto de cirugía requerida, y no voluntaria.
  - o En la misma línea, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 21 de julio de 2005.



### 3.2. Tratamiento y cirugía requerida.

La cirugía requerida consiste en una intervención necesaria para continuar con la calidad de vida del paciente o de un tipo de cirugía utilizado cuando no han funcionado otros tipos de tratamientos. Al no precisar que se practique de inmediato (ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante una urgencia), la información debe suministrarse correctamente en la forma y contenido establecidos anteriormente.

Respecto a la determinación de qué supuestos constituyen cirugía satisfactoria y cuáles cirugía requerida se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 22 de septiembre de 2005, distinguiendo la extensión de esta obligación de información en ambos casos.

*Según la Sala, no cabe considerar la operación efectuada (osteotomía valguizante por una displasia congénita bilateral de las rodillas) dentro de lo que se conoce como cirugía satisfactoria a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo y en la que la información escrita resulta fundamental para asegurar que el consentimiento lo presta el paciente con absoluta libertad y conocimiento del riesgo, pormenores y padecimiento de la intervención, sino de un acto médico que tiene como fundamento actuar ante unas molestias dolorosas en ambas rodillas, más acentuadas en la derecha, para procurar la curación del enfermo a partir de un proceso continuado de atención médica paralelo al curso de la información y consentimiento, que es, por lo general, gradual y básicamente verbal, como la más relevante para el paciente, aunque la Ley General de Sanidad exija su forma escrita como instrumento de prueba.*

Ahora bien, esta sentencia aplica las exigencias de la Ley General de Sanidad y actualmente tenemos que traer a colación la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, que en su artículo 8.2 señala expresamente que por regla general el consentimiento será verbal, salvo en una intervención quirúrgica, en los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Por lo tanto, en los tratamientos sencillos no es preciso exigir un consentimiento escrito ni tampoco lo es que en las intervenciones de poca entidad la información que se facilite al paciente comprenda riesgos atípicos.

*Así lo ha entendido la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, en sentencia de 13 de julio de 2005 respecto a las complicaciones sufridas por la paciente (un absceso hematoma perineal) tras la extirpación de un folículo, ya que "la información facilitada fue paralela a la poca entidad de la intervención", la cual no requirió ingreso hospitalario ni anestesia general.*

Respecto a la extensión de información en estos casos, debe efectuarse en términos razonables a la intervención efectuada.

*No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª de 4 de abril de 2000; seguida por las de 3 octubre 2000, 18 de junio y 26 de noviembre 2004, y 18 de enero, 25 de abril y 9 de mayo de 2005).*

En esta línea señala LLAMAS POMBO que “la exigencia de consentimiento será tanto más rígida cuanto más nos alejemos de tal finalidad puramente curativa, llegando a ser inexcusable cuando dicho objeto desaparece”<sup>9</sup>.

### **3.3. Situaciones de emergencia o de urgencia, o de riesgo para la salud pública.**

A tenor de la Ley de Autonomía del Paciente, existen límites a dicha exigencia, señalando dos supuestos en los que no resulta necesario el consentimiento: cuando existe riesgo para la salud pública; y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización; si bien, cuando sea posible, se consultará a sus familiares o a las personas con las que se encuentre vinculadas de hecho (artículo 9.2).

En consecuencia, las situaciones en las que resulte preciso realizar una cirugía de urgencia suponen un límite y excepción a este deber de información, pues esta intervención es realizada en situaciones graves, en las que se encuentra en peligro la vida del paciente a corto plazo. Una hemorragia puede ser una condición urgente que requiera de esta cirugía y no precisar de esta información al no permitir el grave riesgo para la salud o la vida del paciente demoras. Ahora bien, tan pronto como cese esta situación, debe informarse y requerirse el consentimiento para cualquier otro tipo de actuación.

Cuestión distinta es el caso del llamado «hallazgo médico», en el que el cirujano una vez que está realizando la operación (para la que existe consentimiento informado) constata la existencia de una nueva circunstancia que precisa de su intervención. En tal caso, ¿debe despertarse al paciente o realizarse la segunda intervención sin consentimiento? Dependerá de si resulta urgente e inaplazable y de la contemplación de dicha eventualidad en el documento de consentimiento informado. El Diario Médico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona nos ofrece las pautas a seguir en este caso<sup>10</sup>:

*1.- De forma general, interrumpir el procedimiento terapéutico e informar al paciente o familiares o representante legal del nuevo diagnóstico establecido y de la necesidad de cambio de conducta terapéutica, diferente a la que preoperatoriamente había autorizado.*

*2.- Realizar una nueva conducta terapéutica aconsejable sin necesidad de despertar y volver a dormir al paciente para obtener la autorización específica:*

*a) en caso de urgencia, con compromiso de la integridad física y psíquica del paciente y/o cuando la decisión de proceder a la intervención que corresponda mediante una modificación del procedimiento terapéutico venga motivada por la evaluación ponderada de la existencia de un mayor riesgo en la conducta de despertar y volver a dormir al paciente para obtener su aprobación y en un mayor perjuicio por la demora en la aplicación del procedimiento adecuado, o en situaciones de exención de consentimiento (situación de urgencia vital).*

*b) si en el documento de consentimiento informado -firmado preoperatoriamente por el paciente- se contempla aquella eventualidad, y hubiera sido aceptada y/o si la eventualidad terapéutica fuera informada al/los familiar/es o representante legal (si*

<sup>9</sup> «Doctrina general de la llamada culpa médica», Ponencias del III Congreso Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, noviembre 2003, p. 262.

<sup>10</sup> «Ejercer la medicina en el hospital. Área quirúrgica y de críticos», en *Praxis Clínica y Responsabilidad*, Diario Médico, Colegio Oficial de Médicos de Barcelona, julio 2002, p. 7.

*está/n presente/s), obteniéndose de éste/os la autorización para la realización de la nueva intervención quirúrgica.*

Por último, no será preciso el consentimiento, pudiéndose efectuar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, *cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley*. En consonancia con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública:

*Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad (artículo 2).*

### **3. La reparación del daño derivado del incumplimiento del deber de información.**

Tras la mala praxis del médico que no suministra información o lo hace defectuosamente (por escrito o sin el alcance preciso), se necesita valorar la reparación del daño ocasionado al paciente: ¿qué daños deben ser indemnizados? Se plantean dos soluciones alternativas: (a) Una posición resarcitoria mediante la que el médico resarciera la totalidad del daño. (b) Una posición reparadora por la que se indemnizaría únicamente el daño emergente y el daño moral (o daño derivado de «la pérdida de la oportunidad de elección»), al no ser posible establecer si el paciente conociendo esa información hubiera otorgado o no el consentimiento.

Defender el primer criterio abriría una vía para reclamar judicialmente al médico, siempre que no se hubiera informado al paciente, sin importar que su actuación quirúrgica hubiera sido irreprochable. Ahora bien, también la segunda postura es criticable, ya que también olvida un criterio fundamental en la responsabilidad civil: el de la causalidad del daño. Aunque resulta claro que el incumplimiento de este deber de información vulnera la *lex artis*, lo que no lo resulta tanto es que este incumplimiento genere por sí solo un derecho a una indemnización. Como señala acertadamente el profesor DE ÁNGEL, “el daño experimentado por el paciente no tiene por qué ser el daño indemnizable por el médico”.

*Incluso, puede no haber daño indemnizable cuando la actuación curativa del médico se manifiesta como tan evidente imprescindible, que la falta de información se muestra irrelevante, a la luz de una racional interpretación de las cosas. Son casos en los que no puede decirse que se haya privado al paciente de la posibilidad “real” de decidir, estos es, de ejercitar el derecho a la autodeterminación<sup>11</sup>.*

Por ello, considero que se deberá analizar el tipo de cirugía o tratamiento practicado, las circunstancias de la actuación del médico y las probabilidades de la aceptación del tratamiento o la intervención si se hubiera suministrado la información adecuada. En virtud de estas premisas, podemos establecer:

---

<sup>11</sup> «Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño», II Congreso Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, noviembre 2002.

- 3.1. **Intervención de urgencia.** En los supuestos en los que nos encontremos ante una intervención de urgencia: la omisión de información carece de relevancia, sin que de ella se derive responsabilidad alguna.
- 3.2. **Cirugía requerida.** En aquellos supuestos no vitales de tratamientos o intervenciones de cirugía requerida: deberá determinarse si los daños se hubieran producido aunque hubiera existido dicho consentimiento. Es decir, si se cumplió la «lex artis ad hoc» en la técnica médica, aunque no se hubiera entrado en los pormenores de la información sobre los riesgos de la intervención. En consecuencia, deberá apreciarse la relación causal entre ese resultado y el hecho de no haber prestado ese consentimiento o de que éste fuera insuficiente.

La clave se encuentra en la respuesta a la pregunta: ¿si se hubiera producido esa información, el paciente hubiera rechazado el tratamiento o la intervención<sup>12</sup>? Deberían considerarse las condiciones y circunstancias de la actuación del médico, las probabilidades de la aceptación del tratamiento o la intervención si se hubiera suministrado la información adecuada, y si existía otra alternativa sanitaria para la enfermedad. Para ello, debe realizarse un estudio sobre su omisión, qué consecuencias ocasionó y qué posibilidades denegó a su cliente. Es necesario, por tanto, *resolver* estas cuestiones para poder determinar el daño indemnizable. Así habrá que considerar, por ejemplo, si se realizó la intervención menos agresiva y más adecuada a su patología (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2003).

- 3.3. **Cirugía satisfactiva.** En los casos de tratamientos o cirugías opcionales, en los que de haberse conocido los riesgos se podría no haber consentido el tratamiento o la intervención, se produce una vulneración del derecho de elección del paciente. En tal caso, el médico, como resultado del desenlace, deberá indemnizar los daños causados por la pérdida de este derecho de elección, ya que el paciente, una vez que fue debidamente informado, podría haber decidido no someterse al mismo.

El médico que infringe la *lex artis* en la actuación médica deberá abonar una indemnización en concepto de daño corporal y de daño moral, pero ¿qué ocurre en este caso de falta (o defectuosa) información, en el que la intervención se practica con total diligencia?, ¿coincide ésta con la pérdida del derecho de elección (o autodeterminación)? Parece lógico que constituyan un distinto daño indemnizable.

Si analizamos la jurisprudencia, encontramos dos posturas. Algunas sentencias equiparan la falta de consentimiento con la negligencia en la actuación técnica, respondiendo por los daños acontecidos sobre la salud del paciente. Véanse las SSTs de 12 de febrero de 1988, 26 de septiembre de 2000 y 18 de enero de 2005.

- La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 26 de septiembre de 2000, ante una operación de estapedectomía que ocasionó la pérdida total de audición del oído izquierdo, riesgo del que no fue informado, señaló que “con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de la intervención en lugar del paciente”, con cita de la sentencia de la misma Sala de 23 de abril de 1992.
- La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1988 afirma que *a fin de que el paciente pudiera prestar libremente y con conocimiento bastante su consentimiento a la intervención, plenamente necesaria en caso del litigio, correspondía a la cirujana demandada, especialista en cirugía plástica, cumplir con el deber de conducta de informarle de los riesgos inherentes, entre ellos el de la necrosis grasa, en cuanto peligro probable, corriente, no menor, significativo, al fin, médico y socialmente, pues*

<sup>12</sup> Recordemos que para las pequeñas (sencillas) intervenciones o tratamientos que no comporten un riesgo no sería preciso el consentimiento por escrito.

*bien, ese deber no consta cumplido y por ello hay que concluir que la obligada contravino, en ese extremo la regla negocial integrada por la buena fe, como estándar de conducta aceptable por la sociedad, y de ahí que deba indemnizar los daños causados a su acreedora por tal infracción, que son los totales.*

- La Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha de 18 de enero de 2005 indemniza al perjudicado por los días de curación de las lesiones y secuelas ocasionados por la intervención de cinco minutos por fractura de Colles desplazada e inmovilización con yeso para la consolidación de la fractura, lo que determinó su consolidación viciosa. Señala la Sala : *Es obvio, por tanto, que acreditada la causación del resultado lesivo y las secuelas expuestas derivadas de una intervención quirúrgica para cuya práctica no se solicitó el consentimiento de la actora, informándose de los riesgos que de ella pudieran derivarse, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.*
- La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2005 indemniza a la actora “a consecuencia del pretium doloris por el fallecimiento de su madre en la cifra de 30.000 euros” por la falta de consentimiento informado. Si bien, debo comentar que en este caso, la realización de la prueba suponía por sí una situación de grave riesgo debido a las graves patologías que presentaba la enferma.

Sin embargo, otras sentencias consideran que constituye un daño moral distinto: *la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica (...)* supone por sí misma un «daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención», señala la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 4 de abril de 2000 (recogida posteriormente por la de 16 de febrero de 2004); y en esta línea, se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Civil de 8 de septiembre de 2003 y de manera muy reciente las de 25 abril y 9 de mayo de 2005.

*Sentencia de 25 abril 2005: (...) el único daño que podemos imputar a la Administración es el daño moral que se ha derivado para la interesada por no habersele informado adecuadamente de las consecuencias que podría tener la intervención.*

*Sentencia de 9 mayo 2005. Sin embargo, (...) sí podría existir un daño moral, si concudiesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abril, F. 8, "nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) (...)"*. En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, *"la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...)*.

*Sentencia de 8 de septiembre de 2003: Su trascendencia ha de desvincularse del cumplimiento adecuado del oficio técnico de cirujano, pues, consta acreditado que las tareas operatorias se desarrollaron, conforme a la «lex artis». En suma, lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico, es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, previa al consentimiento y derivados (derecho a nuevas consultas, derecho a elegir, derecho a demorarse en la práctica de la intervención, etc.).*

A pesar de que dicho criterio no es uniforme debe aceptarse como válido. Desde mi opinión, nos encontramos ante dos conceptos distintos:

- Un daño moral y físico ocasionado en la salud del paciente derivada de una intervención técnica profesional negligente.
- Un daño moral correspondiente a la pérdida del derecho de elección derivada de una intervención técnica diligente pero una actuación jurídica negligente por la omisión de información.

Por lo tanto, la falta de información constituiría un daño moral, autónomo del daño que se puede generar por mala praxis en la propia intervención. En estos casos, salvo que la falta de información constituya la causa «directa» del daño, se debe resarcir la privación del derecho del paciente a obtener la información previa al consentimiento, es decir, el derecho a elegir (a optar por otro tratamiento o intervención, a desistir del mismo, o a consultar a otro profesional) o a demorarse en la práctica de la intervención. En definitiva, se habrá de fijar la indemnización examinando las posibilidades que hubiera tenido de prosperar la operación si se hubiera prestado el consentimiento.

¿Deberá entonces repararse todo el daño (los daños a la salud derivados de la intervención) o sólo el perjuicio de no poder autodeterminarse? El daño que debe indemnizarse es el de la privación de una opción, la de rechazar la intervención o el tratamiento. Por este motivo, repetimos, no es igual indemnizar el daño final sufrido por el paciente debido a culpa profesional en la intervención que indemnizar la lesión al derecho a la autodeterminación.

#### **4. La cuantificación de los daños.**

Para determinar la cuantía de la indemnización es necesario, como paso previo, averiguar los daños sufridos teniendo en cuenta, como hemos explicado, la relación causal entre las conductas y el daño. La cuantía de esta indemnización depende de que resulten acreditados los siguientes extremos: (a) que exista una relación casual adecuada entre la actuación y el daño; (b) que dicho daño resulte acreditado; y (c) que sea solicitada la reparación de dicho perjuicio.

Pero, ¿qué valoración económica debe efectuarse conforme a los daños indemnizables?

Cuando la falta de consentimiento informado es causa directa del daño, se indemniza principalmente un daño corporal consistente en un daño biológico sufrido por el paciente. Para ello deberá tenerse en cuenta la incapacidad transitoria (hasta el alta), la invalidez permanente (si el daño subsiste) y las secuelas (el daño residual permanente). Si se producen lesiones permanentes se indemnizará el deterioro de la salud atendiendo a la salud del paciente antes y después del tratamiento, así como a las posibilidades de recuperación.

Respecto al daño inmaterial consecuencia de la pérdida de derecho de elección, que acontece en todos los demás casos, se plantea el problema de cómo debe ser cuantificado. ¿Qué perjuicio se debe indemnizar?: ¿El deterioro de su salud? ¿La «posibilidad» de no someterse a la intervención si se hubiera informado correctamente? Para responder a estas preguntas debemos situarnos de nuevo en la órbita de la causalidad: ¿cuál fue la causa del daño?, ¿podemos afirmar que la falta de consentimiento fue la causa del desenlace y que, por tanto, se debe indemnizar ese daño íntegramente?

De esta manera, para cuantificar la pérdida del derecho de elección deberá tenerse en cuenta el acto médico realizado y las consecuencias naturales de sus dolencias, así como las opciones disponibles. La indemnización concedida no debería ser idéntica a la ocurrida cuando la actuación del médico ocasiona la muerte de un paciente que se encontraba en perfectas condiciones de salud. Por eso, en tales casos, la cuantificación del daño deberá determinarse conforme a la pérdida de la oportunidad de elección. Es decir, habrá que multiplicar el daño biológico por el porcentaje de posibilidades que tenía el paciente de consentir la operación realizada diligentemente:

por 0,30, si las posibilidades de aceptación era de un 30%; por 1, si era de un 100%. Esta cantidad se podrá moderar, en los supuestos de cirugía requerida, atendiendo a las posibilidades de recuperación de la salud del paciente con la intervención.

De hecho, en los supuestos de tratamientos o cirugías requeridas, existe una concurrencia de causas en tales casos: una causa negligente (la falta de información) y una causa natural (la enfermedad, que requería de una intervención).

Esa pérdida del derecho de elección presenta grandes dificultades en su determinación jurisprudencial, ya que *una valoración de ese tipo -daño moral- tiene, pues no hay parámetros objetivos a los que ajustarse y la subjetividad en este caso es inevitable*, como ya se ha dicho en otras sentencias, en la de 20 de julio de 1996, de 21 de abril de 1998 y de 13 de julio del 2002 (Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 25 abril 2005<sup>13</sup>).

La cuantificación queda a discreción del juez, lo que genera incertidumbres entre abogados y aseguradoras. Como sabemos, actualmente, para atenuar la disparidad indemnizatoria se encuentra en elaboración un anteproyecto de ley de baremación de daños médicos, atendiendo a criterios médicos-periciales, análogo al afamado baremo para los accidentes de circulación (y que tantas cuestiones ha planteado). Sin embargo, la cuestión de la falta de información no puede ser objeto de tal regulación dado que a la hora de indemnizar se valoran situaciones personales y circunstancias muy diferentes atendiendo al tipo de intervención practicada.

---

<sup>13</sup> En este caso, el Tribunal condena a la Administración sanitaria a pagar 6.010 euros, por no habersele informado adecuadamente de las consecuencias que podría tener la intervención y de que esa operación de la pierna podía no tener éxito.