

## CONSENTIMIENTO INFORMADO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y EL DAÑO.

(2º Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Granada, 14 de noviembre de 2002).

Ricardo de Angel Yágüez  
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto  
Abogado

SUMARIO: I. Propósito. II. El consentimiento informado como “derecho humano”. III. Las claves de la responsabilidad por incumplimiento del deber de información. ¿De qué daño se responde? IV. Apéndice.

### I. PROPÓSITO

1. Con la presente aportación me propongo *volver* sobre el que, con ciertas concesiones al lenguaje, llamamos e identificamos como “consentimiento informado”. Sabidos son los reparos que suscita esta denominación, pero no es mi intento entrar en este extremo<sup>1</sup>. Por ello, la acepto como modo de entendernos.

Y si hablo de *volver* es porque, según ya he escrito en otro lugar, creo que el consentimiento informado es un tema del que bien puede afirmarse que siempre hay *algo nuevo* que decir; está *eternamente inacabado*<sup>2</sup>. En él no hay extremo que no esté plagado de cuestiones y problemas: quién debe informar, a quién se debe dar la información y sobre el qué, el cuándo, el cuánto y el cómo de su objeto<sup>3</sup>. Todo ello, por sí fuera poco, entrelazado con los no menos complejos aspectos de la *historia clínica*. Y, desde luego, *sobrevolando* a lo anterior, qué consecuencias jurídicas resultan del no informar o del hacerlo de forma incompleta.

---

<sup>1</sup> Sin embargo, en el apéndice incluyo, como número 6, la STS de 7-6-2002, reveladora de la diferencia entre “deber de informar” y “consentimiento informado”.

<sup>2</sup> Lo manifesté en el prólogo a la monografía *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, de GALÁN CORTÉS, Madrid, 2001, cuya cita procede, no sólo por su propio mérito, sino porque además recoge una amplia bibliografía sobre la materia que me ocupa.

<sup>3</sup> Sobre estos últimos extremos trata muy concienzudamente la STSJ Navarra de 27-10-2001, que incorporo a este trabajo como número 1 de su apéndice.

2. Deslindado así el *objeto amplio* de este trabajo, corresponde ahora señalar cuál es el estricto o concreto a que me refiero.

Partiendo de la base de que, a mi juicio, el *quid* del consentimiento informado consiste en determinar qué consecuencias lleva aparejadas la falta de información por parte del médico<sup>4</sup>, esto es, qué criterios deben gobernar la fijación o cuantificación de la condena que se le imponga, a este extremo es al que voy a dedicar mi atención ahora.

Debo advertir que la hipótesis a la que me refiero es aquella en la que el médico no da información al paciente; o, para hablar con más realismo, cuando no le proporciona, precisamente, la información relativa al episodio determinante del que luego acaba siendo el motivo de la demanda.

Por expresarlo de otro modo, y aunque esta descripción no abarque todos los casos posibles, me refiero por ejemplo al caso en que el médico realiza una intervención quirúrgica sin haber informado al paciente de los riesgos y probabilidad de éxito de la operación, así como de las posibles alternativas de tratamiento.

Son hipótesis en las que, como premisa, la actuación médica se realizó conforme a la *lex artis*, pero sobreviniendo al paciente efectos distintos -se entiende, perjudiciales- de los que normalmente llevaría aparejados la acción terapéutica del profesional. Esto es, la *culpa* del médico radica *únicamente* en no haber informado de forma completa.

Dejo de lado las hipótesis en las que el facultativo no da al cliente una información *correcta*, es decir, aquellas en las que dicha información sí alcanza al extremo que luego se alegó (por ejemplo, complicación sobrevenida a la cirugía, existencia de alternativas terapéuticas, etc.), pero siendo defectuosa, esto es, errónea. En esta circunstancia, quizá pudieran ser de aplicación algunas de las consideraciones que formulo a renglón seguido. Pero, como decía, de lo que hablo ahora es de la *falta de información*, entendida de la forma que he señalado.

Habida cuenta de que, por definición, los casos que me ocupan tienen la particularidad de que el médico infringe el deber de información, pero no la *lex artis* en lo que es su acción profesional en el más estricto sentido de la palabra, y para poder así entendernos, llamaré de ahora en adelante *acción curativa* a la actuación del médico en el aspecto rigurosamente terapéutico (como modelo, la intervención quirúrgica), dejando como *no información* la conducta del médico en el extremo a que este trabajo se contrae; esto es, la de no proporcionar al paciente esa información debida.

3. En cuanto al *método*, el que adopto en el presente trabajo es el de tratar de extraer algunas conclusiones a la luz de varias sentencias recientes. Son todas ellas *de*

---

<sup>4</sup> Hablo del médico como *natural* obligado a dar información. No obstante, no faltan sentencias -luego citaré alguna- en las que ese deber se atribuye al centro sanitario en que el médico actúa. Es el caso de la STS 7-3-2000, que incluyo como número 2 del apéndice.

*casación* (en el sentido más amplio de la expresión, es decir, sea del Supremo, sea de Tribunales Superiores de Justicia en *casaciones forales* ). Y al decir recientes, quiero significar que son de los tres últimos años.

Por tanto, *me sirvo* de esas sentencias para, a modo de punto de partida, poner de manifiesto algunos problemas que creo que deben ser objeto de reflexión.

Como consecuencia del *género* en el que se inscribe la presente aportación, no considero inoportuno -aunque podría haber sido de otro modo- reproducir pasajes de las sentencias que me ocupan.

4. También quiero señalar cuál es el *motivo* que inspira este trabajo.

a) En primer lugar, llama la atención que sentencias recaídas en casos como el que me ocupa concedan al demandante una indemnización *representativa* de todo el daño sufrido por él<sup>5</sup>.

Este caso debe ser objeto de consideración, si se tiene presente que en otras resoluciones se concede al actor una indemnización *inferior* a la *representativa* del daño por él alegado y probado.

Precisamente, las dos primeras sentencias que voy a examinar son reveladoras de este contraste.

b) En segundo lugar, me mueve la circunstancia de que, aunque muchas sentencias colocan el problema en sede de relación de causalidad, otras, por el contrario, lo excluyen de forma expresa.

La STS 2-7-2002, que enseguida citaré, refiriéndose a una reclamación por la atrofia de uno de sus testículos sufrida por el demandante como consecuencia o a raíz de una operación de vasectomía, riesgo que no le había sido comunicado por el médico, la Sala Primera declara que “*no se plantea un problema de si se da o no una ‘relación de causalidad’ entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido*”.

En la STS, Sala Tercera, de 4-4-2000 (en un caso en el que al paciente, como consecuencia de una operación quirúrgica calificada como “prácticamente necesaria”, le sobrevino una paraplejía), el Tribunal declara que “*la desgraciada cristalización en el resultado de la operación ... no es imputable causalmente a dicha falta de información ...*”

Es decir, al menos en estos dos casos (e insisto en que los menciono por recientes), el Tribunal consideró que entre la falta de información por parte del médico y el desenlace dañoso sufrido por el paciente no existe relación de causalidad. O, para ser

---

<sup>5</sup> Como es obvio, cuando hablo de “*representativa* de todo el daño”, utilizo ese adjetivo porque, en efecto, tratándose de daño corporal o, mejor, de daño a la persona, la indemnización en dinero es sólo un “*equivalente estimado*” del daño sufrido por el demandante.

todavía más fieles a lo que dijeron ambas sentencias, *el problema no es de relación de causalidad*.

5. Establecidos el objeto, el objetivo, el método y los motivos del presente trabajo, corresponde ahora señalar que en él me propongo sugerir algunas tesis. Todas ellas, forzoso es repetirlo, encaminadas a tratar de aportar algún criterio en torno al proceso intelectual que conduce a la condena del médico en caso de falta de información; y, más concretamente, al que lleva a la determinación de un concreto *quantum* de esa condena.

Esas tesis son las siguientes:

a) Creo que entre la actuación del médico, deber de informar, y el resultado sobrevenido al paciente, sí existe relación de causalidad, entendida esta expresión en su sentido “material” o “físico”.

Si el profesional no hubiese desplegado su *acción curativa* como lo hizo (aunque por hipótesis fuera de manera ajustada a la *lex artis*), no se habría producido al paciente el desenlace *comprobado*.

Por tanto, disiento de lo que al respecto manifiestan las dos sentencias, de las Salas Primera y Tercera, a que hasta ahora me he referido.

b) El daño sufrido por el paciente es, en estos casos, objetivamente imputable al médico.

c) Eso no significa que *siempre* (es decir, en todo caso) el “daño” del paciente tenga que identificarse con el “daño indemnizable”, esto es, el que puede *ponerse a cargo* del médico.

Hay elementos de juicio que pueden conducir a la conclusión de que el *daño experimentado por el paciente* no tiene por qué ser el *daño indemnizable por el médico*.

- Puede no haber *daño indemnizable* cuando la actuación curativa del médico se manifiesta como tan evidentemente 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, esto es, de ejercitar el derecho a la *autodeterminación*.

- El daño puede moderarse (a efectos del *quantum* de la indemnización) en función de este criterio: la verosimilitud o razonable probabilidad de que el paciente hubiese asentido al acto médico que se llevó a cabo.

- Si no se diera ninguna de las circunstancias precedentes, o en su caso en la del supuesto anterior, procedería (quizá, *además*) la condena al médico a indemnizar al paciente el daño moral consistente en no haber podido decidir “conscientemente” sobre el acto médico que se ejecutó.

## **II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO “DERECHO HUMANO”**

Aunque lo que me ocupa en este apartado pudiera parecer un extremo de carácter exclusivamente académico, creo que no es así. Considero que de lo que en él se manifiesta pueden extraerse algunas consecuencias sobre lo que es el objeto central del presente trabajo.

En este punto, es obligada la cita de la sentencia de la Sala Primera de 12-1-2001.

En ella, el Tribunal dice: *“Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico, para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el artículo 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, en el artículo 9.2, en el 10.1 y además ...”*.

A renglón seguido, la sentencia apela a determinados documentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio para la protección de los derechos humanos y de la libertades fundamentales, de Roma, y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de Nueva York.

Por eso, se concluye: *“El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”*.

Estas mismas consideraciones se contienen en la posterior sentencia de la Sala Primera, de 11-5-2001, que además invoca la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>6</sup>.

Estamos, pues, en presencia de lo que parece ser el último hito de un proceso (en realidad, breve en el tiempo) en el que, desde la total ausencia de cualquier mención a *derechos* del paciente (lo característico de los *códigos deontológicos*), se ha llegado al

---

<sup>6</sup> En este caso, sin embargo, el Tribunal Supremo mantuvo la desestimación de la demanda, por entender que se había dado a los actores la adecuada información, con ocasión de una operación de vasectomía.

momento en que, no ya la salud, ni la integridad física o psíquica, sino el propio consentimiento informado, se erige en la condición de nada menos que un *derecho humano*<sup>7</sup>.

Este *encubramiento* del consentimiento informado merece, creo, alguna reflexión.

Desde un punto de vista, valga la expresión, *conceptual*, no parece suscitar reparos la idea de que si el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad son innegables *derechos humanos*, puede tener acomodo en ellos lo que no es sino una expresión de esos derechos: el del paciente a ser cabalmente informado es manifestación, en cierto sentido, del derecho a la vida o a la integridad, del mismo modo que lo es de la libertad<sup>8</sup>. Todo ello, sin contar, además, con que está también en juego el llamado “derecho a la protección de la salud”, expresado en el artículo 43.1 de nuestra Constitución (si bien dentro del capítulo sobre “los principios rectores de la política social y económica”<sup>9</sup> “).

Por otra parte, no me parece mal que en la función jurisprudencial de consolidar *valores sociales* se acuda a esa especie de *sublimación* del consentimiento informado, implantándolo en el nobilísimo marco de los derechos humanos<sup>10</sup>.

No obstante, me parece que procede alguna advertencia.

En primer lugar, el riesgo de que, a fuerza de tratar de encontrar en ellos un soporte dialéctico *para todo*, acaso estemos contribuyendo a una cierta caricatura de los *derechos humanos*.

Una cosa, desde luego, es la de que el *encaje* de determinadas situaciones dentro del concepto de los derechos humanos pueda ser fórmula adecuada para la tutela efectiva de ciertos intereses, abriéndoles el camino a *instancias de decisión* que de otra manera tendrían vedadas.

Pienso, por ejemplo, en el significado *práctico* que ha tenido, en otro orden de cosas, la configuración de una *inmisión* de ruidos como caso de vulneración de *derechos fundamentales*. De esa manera fue posible el éxito de la reclamación del demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 9 de diciembre de 1994 (caso *López Ostra contra Reino de España*). O el razonamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2001, cuando -siquiera a efectos dialécticos, porque el recurso de amparo se desestimó por otro motivo- declaró

---

<sup>7</sup> La evolución hasta el moderno reconocimiento de los derechos del enfermo se halla brillantemente descrita en ALONSO PÉREZ, *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la lex artis)*, en la obra colectiva *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, pp. 13-53.

<sup>8</sup> A efectos de esta última, podría incluso hablarse, como a veces se hace, de la *libertad de conciencia*.

<sup>9</sup> El “recurso” a este *derecho a la salud* se encuentra, como es sabido, en no pocas sentencias de la Sala Primera sobre reclamaciones por *mala praxis* médica.

<sup>10</sup> Vendría a ser algo así como una cierta *pedagogía jurisprudencial*: que quede claro que las cosas *no son como antes; el enfermo, y nadie más, es el que decide*.

que los intensos ruidos sufridos en la vivienda de una persona pueden constituir atentado a los derechos fundamentales de los artículos 15 (integridad física y moral), 18.1 (intimidad personal y familiar) y 18.2 (inviolabilidad del domicilio) de nuestra Carta Magna.

De no haber sido por el reconocimiento de *derechos humanos*, las pretensiones de los demandantes de ambos casos habrían quedado en el fracaso a que les habían condenado las respectivas instancias judiciales.

Pero, como no sea *por elevación*, creo que resolver problemas de consentimiento informado por la vía argumental del *derecho humano* puede ser innecesario y hasta peligroso.

Innecesario, porque me parece que los instrumentos, por así decirlo “clásicos”, permiten llegar a soluciones igualmente justas. Pienso, por ejemplo, que si - como muchas sentencias del Supremo han dicho- el deber de informar es uno más de los que componen la *lex artis*<sup>11</sup>, el artículo 1.258 del Código civil brinda argumentos suficientes para la condena que proceda.

Creo que el *derecho humano* a ser informado sólo debe ser elemento de juicio cuando *es negado*. Me refiero a una negación *como principio*.

Pero no es esto lo que nos suelen mostrar los *casos*. No se encuentra una *defensa* basada en que no había que haber informado. Lo habitual es que el debate sea sobre si se informó o no (en suma, una cuestión de prueba) y sobre qué había que informar.

Es esto último lo que me lleva a la segunda proposición: la de que una genérica invocación de un *derecho humano* puede ser arriesgada. Si lo digo es porque no creo conveniente que un concepto tan *elevado* se tenga que ver sujeto al detalle de las concretas circunstancias de cada caso que llega a los Tribunales.

Parece que, no debiéndose asignar a ese derecho el carácter de *absoluto* (alguna sentencia del Supremo se cuida de advertir que las reglas jurídicas que lo imponen han de interpretarse “en términos razonables”), cualquier “modulación” judicial del mismo podría producir la impresión de que el *derecho humano* en cuestión se degrada o envilece.

Por eso, acaso sea suficiente mantenerse en los términos en que lo hace la STS 2-7-2002. En ella se invocan la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes; dentro de ellos se consideran insertos el derecho a la libre disposición de la integridad física y el derecho a la salud.

La STS de 26-9-2000, muy gráficamente, dijo que al privarse al recurrente de conocer el verdadero alcance y consecuencia de los métodos terapéuticos aplicados, “*se*

---

<sup>11</sup> Alguna resolución dice, a mi juicio con acierto, que informar es en sí un *acto médico*.

*le despojó de la libertad de elección de una técnica u otra, e incluso de poder desistir de la intervención”.*

*Esta última resolución manifestó:*

*“Las circunstancias fácticas que quedan expuestas, debidamente probadas, así como que el riesgo de poder quedar sordo resultó descartado, actúan como incidencias directas y decisivas para decretar la responsabilidad del médico demandado, al resultar la información correcta como elemento esencial de la *lex artis ad hoc* o núcleo primordial del contrato de arrendamiento de servicios médicos (STS 2-10-97 y 31-7-96) y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.5 y 6 de la Ley General de Sanidad de 25-4-86, que aunque referida a los usuarios del sistema sanitario público o vinculados a él, declara lo que se puede estimar como definición correcta y alcanza a todos los profesionales de la medicina como deber deontológico (SSTS 25-4-94, 24-5-95 y 16-12-97), incluido en los deberes asistenciales (STS 19-2-98), para operar tanto en los casos de culpa extracontractual (artículo 1.092 y 1.902 del Código civil), como contractual (artículos 1.091 y 1.255), por ser supuesto necesario para la autodisposición del propio cuerpo, salvo los casos de excepción, y poder decidir el paciente en libertad si asiente, lo que exige consentimiento informado de que se le practique la intervención que el profesional le propone y cuando éste no la lleva a cabo incumple este deber asistencial, que resulta fundamental, con la consecuente infracción de la *lex artis ad hoc*.*

*Al tratarse de responsabilidad médica cabe la yuxtaposición de los aspectos contractual y extracontractual (SSTS 7-2-90, 22-2-91 y 31-12-97). En el caso que nos ocupa la relación se presenta más bien como propiamente contractual, al haber tenido lugar la intervención en centro privado, lo que permite encuadrar la información médica omitida, que se deja estudiada, en el ámbito de la necesidad de actuar en forma acomodada a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, por estar inserta en el pacto médico-enfermo, y ello exige la previa información, que es iniciativa exclusiva del médico, como requisito previo para que el enfermo pueda emitir un consentimiento, de conformidad a los artículos 7.1, 1.107 y 1.258 del Código civil, 43 y 51.1 y 2 de la Constitución y 2.1 d) y 13 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (L 26/1984)”.*

Lo que en todo caso debe resaltarse ahora es que la última doctrina jurisprudencial ha dejado muy sentado el principio de que la libertad de decisión del paciente, la a veces llamada autodeterminación, *es un derecho cuya vulneración o desconocimiento por parte del médico constituye una forma de culpa o negligencia, por usar las palabras del artículo 1.902 del Código civil.*

### **III. LAS CLAVES DE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN . ¿ DE QUÉ DAÑO SE RESPONDE?**

1. A veces, cuando nos referimos a ausencia de información, suele salir a la palestra el tema o argumento de la relación de causalidad. Es, frecuentemente, una alegación defensiva del médico demandado<sup>12</sup> .

No obstante, algunas sentencias discurren por otro camino.

---

<sup>12</sup> Hay sentencias que aluden a la “causa” del daño sobrevenido al paciente, pero eso no significa que se razone en términos de relación de causalidad. Un ejemplo es la STS 20-2-99, que describo e interpreto, como número 3, en el apéndice de este trabajo.



## 2. Es ejemplo de esto último la STS 2-7-2002.

El demandante había sido intervenido en una operación de vasectomía y, debido a complicaciones surgidas en la misma, se le produjo un gran hematoma que acarreó la pérdida por atrofia de uno de sus testículos.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. Y de la sentencia del Supremo se desprende que los dos órganos judiciales habían razonado en torno a la relación de causalidad.

Al examinar el motivo cuarto del recurso de casación del demandante, que se desestima, la Sala Primera hace uso de la “relación de causalidad”, siquiera en un sentido lato, pero no colocándola entre la falta de información y el daño, sino entre la intervención quirúrgica y el daño.

Dice a tal efecto la Sala: *“El motivo se desestima porque, con independencia de lo que se dirá a propósito de la información y del deber de informar, que será objeto de examen a propósito del motivo tercero, falta la base fáctica necesaria para entender que existió una negligencia en la actuación médica, tanto en lo que hace referencia al operatorio, como al postoperatorio. La existencia de un nexo causal entre la operación de vasectomía y el daño causado (atrofia de un testículo) no es suficiente para sentar la responsabilidad médica, pues es preciso un reproche culposo o negligente, que en el caso se invoca, pero no se prueba, y que no cabe presumir, o tratar de sustentar en conjeturas, o apreciaciones que no revisten el grado de certeza o verosimilitud aceptable para estimar que algo se dejó de hacer, o se hizo mal, de modo que con otro comportamiento, más ajustado a la praxis médica (reglas o exigencias de la medicina del caso), se hubiera evitado, o limitado la entidad del resultado lesivo”*.

Es más adelante, con ocasión del examen del tercer motivo, cuando la Sala Primera pasa a razonar sobre el significado de la inexistencia -que se declara probada- de previa información al paciente del riesgo de las complicaciones operatorias y postoperatorias sufridas por él. El Tribunal parte de la prueba de que, si bien la atrofia testicular no es resultado normal de este tipo de operaciones (vasectomía), sí es una consecuencia lógica cuando se da la concurrencia de un hematoma y posterior orquiepididimitis.

Y la Sala argumenta de la siguiente forma, conducente en definitiva a la estimación del recurso de casación y, con ella, a la de la demanda <sup>13</sup>: *“Dejando sentado que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor ad probationem (sentencias, entre otras, 2 octubre 1997, 26 enero y 10 noviembre 1998, 2 noviembre 2000), y que la carga de la prueba de la información incumbe al médico (SS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998; 19 abril 1999, 7 marzo 2000 y 12 enero 2001), el juicio jurídico que merece la anterior base fáctica (que resultó incólume en casación) es que se infringió el deber de información médica, de tal modo que el consentimiento obtenido para la operación no estaba debidamente informado, por lo que el paciente (cliente o usuario) no pudo ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria que tiene su fundamento en la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Los aps. 5 y 6 del art. 10 de la Ley General de Sanidad, L 14/1986, de 25 abril, establecen el derecho del usuario de los servicios sanitarios públicos (y de los privados, ap. 15) a que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada,*

---

<sup>13</sup> La reclamación era por 7.000.000 de pesetas, cifra que la Sala Primera estima “ponderada”.

verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito para la realización de cualquier intervención (excepto los casos que menciona). Y en el caso presente resulta evidente que la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria (no curativa, o satisfactiva) 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.

No cabe compartir el juicio de valor que sobre el antecedente fáctico se hace por el juzgador de la primera instancia (asumido por el de la segunda) porque no se plantea un problema de si se da o no una 'relación de causalidad' (expresión que hay que entender en un sentido figurado y no en los técnicos de causalidad material, o de causalidad jurídica) entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención, sin que quepa duda que el riesgo de complicación tiene entidad suficiente para considerar seriamente la decisión de no someterse a la operación. Es por ello, por lo que debe quedar claro que carece de relevancia que no se haya probado una negligencia médica en la práctica de la intervención, ni en el postoperatorio. Por otro lado, es cierto que el deber de informar no tiene carácter absoluto y omnicomprendido pero obviamente se extiende a complicaciones 'previsibles y frecuentes' que, como las del caso, pueden acarrear el grave daño (colateral respecto del resultado perseguido con la operación) de pérdida por atrofia de un testículo, a lo que debe añadirse (ex abundantia) el aspecto, ya antes puesto de relieve, de que en la relación fáctica no consta una explicación concreta acerca del tratamiento del hematoma que dio lugar como 'consecuencia lógica' a la atrofia, por lo que si tal omisión no puede perjudicar en materia de tratamiento, tampoco puede ser utilizada en sentido contrario a modo de cortocircuito en materia de información pretendiendo sustentar la suficiencia de ésta en que la atrofia testicular no es un resultado normal de una vasectomía, lo que, por lo demás, es una obviedad porque la atrofia es una consecuencia de una complicación surgida durante la operación de vasectomía, y no de ésta. La argumentación expuesta hace innecesario entrar en las consideraciones efectuadas en el motivo acerca de que en el cuadernillo proporcionado por el centro de orientación familiar -única información recibida-, se hace constar que las operaciones de vasectomía no tienen efectos secundarios y se trata de una intervención sencilla que sólo puede molestar durante un par de días.

La solución expresada se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala, que pone de relieve la importancia de cumplir el deber de información (sentencias, entre otras, de 25 abril 1994; 24 mayo 1995; 31 julio 1996; 11 febrero, 1 julio y 2 octubre 1997; 16 octubre y 28 diciembre 1998; 13 abril 1999, 7 marzo y 26 setiembre 2000; 12 enero y 11 mayo 2001), porque, para que el consentimiento prestado por el usuario sea eficaz, es preciso que sea un consentimiento que se preste con conocimiento de causa, y para ello se requiere que se le hubiesen comunicado, entre otros aspectos, los riesgos y complicaciones que podían surgir durante o a posteriori de la operación".

A efectos del presente trabajo, me interesa destacar dos puntos de esta sentencia:

De un lado, el párrafo en el que la sentencia dice: "No cabe compartir el juicio de valor que sobre el antecedente fáctico se hace por el juzgador de la primera instancia (asumido por el de la segunda) porque no se plantea un problema de si se da o no una 'relación de causalidad' (expresión que hay que entender en un sentido figurado y no en los técnicos de causalidad material, o de causalidad jurídica) entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención

...”

En otras palabras, la sentencia discurre pensando que el médico no debe responder de la pérdida del testículo del actor, pues acepta como probado el “correcto tratamiento de los problemas, tanto por parte del médico que intervino como del centro en general”, si bien no puede dejar de mencionarse la observación que la Sala Primera desliza a continuación. Dice: “... *aunque no consta (en la relación fáctica) referencia alguna a cómo se trató el hematoma que produjo la atrofia*”<sup>14</sup> .

Si la sentencia, como vemos, descarta la existencia de un problema de relación de causalidad entre la falta de información y el daño del actor, ¿por qué concepto se indemniza a este último?

Una posible respuesta (la que adopta esta resolución) es la de que el daño fue la lesión de la dignidad humana del paciente, contemplada en su vertiente de autodeterminación; o, como dice la sentencia, la “libre disposición de su integridad física y salud”.

Por la misma vía discurren muchas otras resoluciones del Supremo.

En segundo lugar, la sentencia que vengo citando es significativa porque concede al demandante la reparación de *todo* el daño por él sufrido<sup>15</sup> .

Y, desde luego, son bastantes las resoluciones que adoptan ese criterio de *indemnización íntegra* en problemas como el que me ocupa.

No es necesario acudir a muchos ejemplos, pero en el presente trabajo procede -porque es un buen “banco de pruebas”- la cita de la STSJ de Navarra de 6-9-2002<sup>16</sup> , en la que el Tribunal, declarando no haber lugar al recurso de casación foral interpuesto por la clínica demandada, mantiene en definitiva la cuantía de la condena de la Audiencia, fijada en 662.188,22 euros. Cifra que, leyendo la sentencia de la Audiencia, de 1-2-2002, fundamento jurídico quinto, representa la reparación *íntegra* del daño sufrido por la niña en cuya representación se formuló la demanda.

---

<sup>14</sup> Estas últimas palabras de la sentencia se repiten de nuevo en la parte que conduce a la estimación del recurso, lo que no hace sino crear una cierta intriga o vacilación en el lector. En efecto, una de dos: o se estima que la actuación del médico fue -salvo en lo relativo a la información- totalmente correcta, o se encuentra alguna culpa en su proceder. En el primer caso, me parece, la declaración del “hecho probado” tiene que ser contundente y categórica, porque sólo de ese modo es posible razonar sobre la falta de información en sentido estricto. Si, por el contrario, se estima que en el actuar del médico hubo alguna negligencia (hablo de la “acción quirúrgica”, exclusivamente), su condena debe ser por este motivo, sin necesidad de acudir (salvo “a mayor abundamiento”) a cuestiones ligadas con la información. En la sentencia que me ocupa, parece como si se atisbase en el razonamiento del Supremo “una cierta duda” sobre la actuación *curativa* del médico. Pero es muy temerario suponer que esa posible duda pudiera influir en la *ratio decidendi* del fallo.

<sup>15</sup> Forzoso es insistir en que, cuando hablo de *todo* o de *parte* del daño, estas expresiones han de entenderse con la relatividad a que antes me he referido.

<sup>16</sup> Enseguida volveré sobre ella con detalle.

Ante resoluciones como éstas, desde luego respetabilísimas, no cabe sino preguntarse en qué medida se ajusta a la lógica que un médico sea condenado a indemnizar al paciente en la misma cantidad, tanto si la culpa del profesional fuese la de no haber advertido, por ejemplo, de los riesgos de una intervención quirúrgica, como si la culpa del facultativo hubiera consistido en una impericia al practicar la intervención (y, si se me apura, incluso en una grave torpeza al llevarla a cabo).<sup>17</sup>

No obstante, también hallamos sentencias en que la indemnización concedida es por un *quantum* inferior al daño experimentado por el paciente.

Visto ese contraste, que por ahora me limito a señalar, creo que debe ser objeto de reflexión por qué motivo y en qué circunstancias (si hay alguno o alguna, respectivamente, que acaso sí los haya) puede suceder que un médico responda *de la misma forma* por no haber informado que por haber sido muy torpe en su acción de diagnosticar, pronosticar o aplicar una terapia. O, dicho al revés, en qué casos la responsabilidad del médico puede ser por un *quantum* inferior.

Es posible que las sentencias que comento en este trabajo nos sugieran alguna pauta.

3. Como contraste, en parte, con la sentencia de la Sala Primera que acabo de referir, interesa traer a colación la de la Sala Tercera de 4-4-2000.

Esta sentencia aborda y resuelve el problema consistente en determinar de qué se responde cuando la culpa del profesional médico radica no en otra cosa sino en la infracción de los deberes de información al paciente.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia había desestimado el recurso deducido por D. Jesús contra resolución del Director General del Insalud, denegatoria de indemnización por las consecuencias dañosas derivadas de una intervención quirúrgica.

La Sala del Supremo discurre en torno al significado, contenido y alcance del derecho a la información que corresponde al paciente, correlato del deber que en tal sentido incumbe al profesional de la Medicina. Y es significativo que la sentencia estimase el recurso por este motivo, con una doctrina que reviste interés no sólo en lo sustantivo -lo que el deber de información entraña-, sino también en el procesal -en cuanto que se aborda lo relativo a la prueba sobre la existencia o no de tal información-.

A este fin, la Sala manifiesta:

*“En el motivo segundo, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción, por inaplicación, de los artículos 6.1, 7, y de los números 2, 5 y 6 del artículo 10 L 14/1986,*

---

<sup>17</sup> Se trata de un problema parecido (en cuanto al *resultado*) al que plantean los casos de responsabilidad civil de abogado (o de procurador), cuando la culpa del profesional consiste en dejar perecer un trámite procesal, por ejemplo por prescripción de la acción ejercitada o por la caducidad de un recurso que podía haberse entablado. Luego volveré sobre las “zonas comunes” que hay entre los dos grupos o tipos de problemas.

de Sanidad, 98.1 LSS, de 30-5-1974 y artículos 2.1 a), c), d), 3.2 y 13.1 f) L 26/1984, se alega, en síntesis, que el derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial de información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica de forma clara y comprensible para el enfermo o para su representante legal, con la advertencia de los riesgos y señalando los posibles tratamientos médicos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención.

*Este motivo debe ser estimado.*

*Debemos partir de las afirmaciones fácticas de la sentencia, en la cual se declara, en el terreno de la valoración probatoria que no puede ser combatida en casación, que los representantes legales del interesado aceptaron la propuesta de intervención. Sin embargo se precisa que no se ha demostrado que no se hubiese informado por los médicos a quienes debían decidir en el caso acerca del riesgo mínimo que se corría con la intervención.*

*Tal como mantiene la representación procesal de la parte recurrente, la falta de demostración de este último extremo equivale a tener por probado el incumplimiento de este deber, en virtud del principio de la carga de la prueba. Para sentar esta conclusión debemos partir de lo que dispone la Ley General de Sanidad. Su artículo 10 expresa que toda persona tiene, con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho 'a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento' (apartado 5); 'a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención' (apartado 6), excepto, entre otros casos que ahora no interesan, 'cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas' (letra b); y, finalmente, 'a que quede constancia por escrito de todo su proceso' (apartado 11).*

*Se da así realidad legislativa al llamado 'consentimiento informado', estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas y que en la fecha en que se produce la intervención quirúrgica que da lugar a este proceso constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación.*

*La LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, pone de manifiesto el carácter consustancial que el elemento de la información tiene con la prestación de consentimiento en relación con la disposición de los datos personales, pues en el artículo 3 h) define el consentimiento del interesado como 'toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen' y el artículo 11.3 dispone que 'será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar'.*

*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.*

*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. 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.

*Por ello, la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.*

*Al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia, debe concluirse en la existencia de la infracción del citado precepto legal.”*

El fundamento jurídico cuarto no hace sino abundar en las mismas ideas en torno al derecho/deber de información, diciendo:

*“En el motivo tercero, al amparo del artículo 95.1 de la Ley de Jurisdicción, por infracción de la doctrina legal establecida en las STS 14-6-91, 22-11-91 y 15-7-91, se alega, en síntesis, que la jurisprudencia declara que no es posible efectuar un juicio crítico de la lex artis del profesional; que nada obsta a la existencia de responsabilidad patrimonial el que se aprecie la existencia de una conducta de la Administración por sí lícita y que es menester que el personal médico advierta claramente a los pacientes de las contraindicaciones de los medicamentos que receten o administren; así como que la responsabilidad de la Administración por muerte de la enferma en un hospital es objetiva.*

*Este motivo agrupa argumentos heterogéneos, alguno de los cuales no merecen más atención. Resulta evidente que no es decisivo para la posible existencia de responsabilidad patrimonial el hecho de que no exista incumplimiento de la lex artis o actividad ilícita de la Administración en la prestación del servicio sanitario. El criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado. Pero sí es decisiva en la resolución del caso contemplado la jurisprudencia sentada en torno al incumplimiento de la obligación de informar al paciente o sus representantes, habida cuenta de que la Sala de instancia no considera probado que dicho deber haya sido cumplido. Por ello, este motivo debe también prosperar.”*

En el fundamento jurídico quinto, en su comienzo, la sentencia sienta las bases de lo que había de ser su decisión sobre la determinación de la cuantía de la indemnización procedente en el caso.

Dice al efecto la resolución:

*“El artículo 102.3º LJCA, aplicable al presente proceso por razones temporales, ordena a la Sala, en caso de estimación del recurso de casación por todos o algunos de los motivos aducidos por*

*infracción del ordenamiento jurídico o por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.*

*En primer término, debe declararse inadmisibile el recurso interpuesto contra el Servicio Gallego de Salud por las razones expuestas en la sentencia casada.*

*En el caso examinado se ha probado que el actor ha padecido como consecuencia de la operación quirúrgica realizada una paraplejía que es definida en la demanda, en términos sustancialmente aceptados por la contestación, como paraplejía flácida con nivel sensitivo en D-11, por síndrome espinal anterior, con paraparesia, quedando el compareciente, a pesar de rehabilitación en la Unidad de lesionados medulares del Hospital Juan Parejo de La Coruña, parapléjico y en silla de ruedas, al no poder realizar movimiento alguno contra la gravedad o resistencia, siendo el déficit de la capacidad fisiológica del 70%, dado el daño medular irreversible.*

*La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, que era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables.*

*No cabe duda, sin embargo, de que, al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de 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 y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.”*

**Por fin, la Sala concluye:**

*“Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación, que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. En el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor, a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se halla incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hallamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean. La cuantía aplicable para dicho concepto es la de 11.170.000 de pesetas, que es la que, a falta de otras referencias, esta Sala toma como orientación acudiendo a un prudente criterio estimativo, con las observaciones siguientes:*

*a) Consideramos prudente aplicar la suma contemplada en el sistema de valoración en su*

grado máximo, habida cuenta de la grave importancia y riesgo notable (por su gravedad, aun cuando el grado de probabilidad sea bajo) de la operación, puesto de manifiesto por las secuelas padecidas, aunque este último resultado es indiferente para la fijación de la cuantía.

b) Aplicamos la cuantía fijada en el sistema en el momento actual (con las pertinentes actualizaciones) aplicando el principio llamado de deuda de valor, en virtud del cual un sistema adecuado para actualizar el importe de la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración es el de fijar la cuantía con arreglo al momento en que se decide sobre ella.

c) Hemos tenido en cuenta los porcentajes del IPC correspondientes a los años transcurridos desde 1986, incluido éste, por no considerar vinculante ni posiblemente acertada la interpretación que la Dirección General de Seguros ha dado al anexo primero, 10, de la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor en el sentido de excluir la actualización correspondiente al año 1986.”

Por ahora, de esta resolución vamos a tomar dos datos:

En primer lugar, y en términos muy parecidos a los que utiliza la STS 2-7-2002, a que antes me he referido, la sentencia actual niega que entre la falta de consentimiento informado y el daño en definitiva sufrido por el paciente exista relación de causalidad. Recordemos lo que dice la Sala Tercera: “*La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende ...*”

En otro lugar, la sentencia dice: “*Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación, que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito ...*”

En segundo término, esta sentencia de ahora establece una indemnización por un *quantum* sensiblemente inferior al que sería la *natural valoración* del daño experimentado por el paciente. Y no sólo eso, sino que la Sala Tercera se cuida de explicar con todo pormenor el porqué del montante de su condena (vale decir, *reducida*<sup>18</sup>).

En este segundo aspecto, por tanto, la resolución de la Sala Tercera discurre por vías argumentales distintas de la de la Sala Primera, llegando, en consecuencia, a una *estimación* del daño indemnizable completamente diferente.

Sin embargo, adelanto ya mi opinión -que luego argumentaré- de que entre ambas resoluciones no existe contradicción, en lo que al fallo se refiere, aunque -a mi entender- ambas adolecen de un reparo: no plantear en sus correctos términos la *cuestión* en torno a la relación de causalidad.

---

<sup>18</sup> Recuérdese la forma en que la Sala lleva a cabo su *ponderación* o *estimación*, aludiendo expresamente a que “faltan otras referencias”. El criterio adoptado por ella, a mi juicio, es muy sensato.



4. Antes me he referido a la STSJ de Navarra de 6-9-2002, como ejemplo de resolución que concede al demandante, en caso de falta de información por parte del médico, una indemnización por el *integrum* del daño alegado por la propia parte actora.

Se trataba de la demanda entablada por la madre de la niña Nagore contra una clínica, por la que se solicitaba la condena de esta última a pagar a la niña la suma de 211.376.969 pesetas, o la que resultase de la liquidación judicial del daño, por las graves consecuencias que sobrevinieron a Nagore como consecuencia o a raíz de una intervención quirúrgica para la corrección de una estenosis supraaórtica severa.

La sentencia del TSJ acepta como probado que la intervención quirúrgica era necesaria pero no urgente, *”sin que se produjera una situación de urgencia que permitiera excluir el consentimiento informado”*. Añade la Sala que *“estaba indicado operar, pues mediante tal técnica (en aquel entonces) era la única posibilidad de eliminar la estenosis aórtica que podía producir riesgos importantes a la menor, pero sin que hubiere datos que permitieran concluir que se estaba ante un riesgo urgente para la vida de Nagore, y sin que fuere urgente la intervención a favor de su salud, de tal orden que hicieron prescindir del consentimiento informado de sus padres”*.

El Juzgado había desestimado la demanda por entender que, aunque no hay prueba alguna que acredite la prestación de la información necesaria, *“tampoco hay prueba que acredite la relación de causalidad entre la falta de dicha información y la producción del daño”*. Entendió la juzgadora que *“el derecho a la información nunca puede considerarse como un derecho rígido e inflexible”*, añadiendo que *“el deber de información debe entenderse siempre en relación directa con el daño producido, dando lugar a responsabilidad sólo en el supuesto de que se pueda probar sin lugar a duda que, de haber sabido el riesgo que se ocasiona, se hubiera desistido de la operación, lo cual evidentemente no ocurre en el presente supuesto, en el que ha quedado acreditado que no había otra opción posible que la quirúrgica”*.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la demanda, condenando a la clínica demandada a abonar la indemnización de 662.188,22 euros, equivalentes a 110.178.849 pesetas. La Audiencia declaró que *“la ausencia de ese consentimiento debe llevar a calificar la conducta de antijurídica en el ámbito del Derecho, con la consiguiente obligación de indemnizar el perjuicio causado, pues aun cuando sea cierto que los padres asumieron y aceptaron la intervención, lo hicieron desconociendo, por falta de la adecuada información, la existencia de unos riesgos importantes como eran los de complicación neurológica”*. La Audiencia añadió también que *“la circunstancia de que la dolencia padecida por la menor Nagore no dispusiese de otro tratamiento que la intervención que se le practicó, no puede llevar a eliminar la necesidad del consentimiento correctamente informado, pues el derecho a decidir por sí mismo no puede alterarse por esa circunstancia, pues el enfermo puede escoger en libertad el no someterse a un tratamiento o intervención”*. Con cita al efecto de la STS de 11-5-2001.

El TSJ declaró no haber lugar al recurso de casación foral entablado por la

clínica.

Interesa recoger, en primer lugar, lo que dice la Sala en torno a la prueba del consentimiento informado, como cosa diferente del sometimiento a una intervención quirúrgica.

Dice al respecto la sentencia: *“Entrando en su examen, es de apreciar que manteniendo la actora la inexistencia del referido consentimiento, la demandada no prueba su existencia, diferente de la aceptación del sometimiento a la intervención quirúrgica, estando aquél huérfano sobre las consecuencias o riesgos que pudiera entrañar aquélla, de donde la sentencia impugnada achaca los efectos de la falta de tal probanza a la clínica demandada, a quien correspondía la carga de la prueba sobre tal importante extremo, sin que quedare cumplida la obligación de informar debidamente al enfermo de los posibles efectos o consecuencias de la intervención quirúrgica y de obtener su consentimiento al efecto”*.

*La Audiencia Provincial entiende que ‘el onus probandi’ correspondía a la demandada, al hallarse ésta en situación más favorable para conseguir su prueba, como lo declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001.*

*Esta Sala es coincidente con la conclusión obtenida por el Tribunal de instancia pues, como lo mantiene la calendada sentencia del Tribunal Supremo, si bien hubo jurisprudencia vacilante, según la cual se expresó en algunas sentencias que tal carga de prueba correspondía a quien aducía la falta de consentimiento, es lo cierto que dicha doctrina fue abandonada a partir de la sentencia de 16 de octubre de 1998 y continuada, entre otras, en las de 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999 y 7 de marzo de 2000, doctrina seguida, además, en el mismo sentido, por los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo.*

*De otro lado, la Sala sentenciadora no basa su conclusión en la falta de prueba por la demandada del cumplimiento del deber de informar, sino que ha quedado plenamente acreditado que los facultativos que intervinieron a la menor no informaron a sus padres de las consecuencias o riesgos que podría entrañar la intervención quirúrgica y sabido es que el artículo 1.214 del Código civil, hoy 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no contiene norma sobre valoración de la prueba y no puede servir para atacar los hechos declarados probados, sino únicamente la vulneración de las normas sobre carga de la prueba, que no se han producido en el caso de autos, por lo que el motivo ahora examinado ha de ser desestimado”*.

A continuación, la sentencia, en el fundamento jurídico sexto, bajo el título “la responsabilidad derivada de la infracción del consentimiento informado”, argumenta sobre la estimación de la demanda.

Dice a tal fin: *“La recurrente formula el segundo motivo de casación, en el que reputa infringidas por la sentencia impugnada las leyes 7 y 488 de la Compilación, entendiendo que no existe responsabilidad por daños cuando no concurren dolo ni culpa, que no han tenido lugar en el caso de autos, por lo que ha de anularse la declarada responsabilidad de la clínica demandada.*

*Entrando en el examen de la alegada ley 7 del Fuero Nuevo, esta Sala ha de declarar, una vez más, que no se produce infracción de la referida norma en supuestos de presuntas infracciones a las normas que regulan la valoración de la prueba ni en los de interpretación de los contratos o los efectos, extensión y consecuencias que han de predicarse de los mismos, sino cuando se antepone la aplicación de una norma a la voluntad unilateral o la declarada por las partes en el contrato, quebrando el principio ‘paramiento ley vienze o paramiento fuero vienze’. Y aplicando dicha doctrina al caso de autos, se observa que, en modo alguno, se ha antepuesto la aplicación de norma concreta a la voluntad declarada por las partes en el contrato suscrito por las mismas en orden a la intervención quirúrgica de la menor Nagore Serrano, sino que son, precisamente, la interpretación, aplicación y*

efectos de las obligaciones contractuales de la demandada las determinantes de la responsabilidad que la sentencia impugnada declara ha de achacarse a la Clínica X, pues entre aquéllas se encuentra el deber de informar previa y cumplidamente a los padres de la menor de las consecuencias y riesgos de la intervención quirúrgica a realizar a su hija.

En consecuencia, el motivo de casación ahora analizado y, en definitiva, el debate que las partes han mantenido a lo largo de todo el 'iter procedimental' es el referente a la eventual infracción de las obligaciones contractuales que le competían a la demandada recurrente, ceñidas al mentado consentimiento informado, por lo que la aducida ley 488 de la Compilación es la norma de referencia a la que han de anudarse cuanto específicamente determinan las leyes sectoriales corresponden a las obligaciones médicas y, entre ellas, el deber de informar previamente y obtener el consentimiento de los interesados o sus representantes legales, en el supuesto de menores o incapacitados.

Esta Sala, en sentencia de 27 de octubre de 2001, aun basándose en distintas normas que no son aplicables al caso ahora controvertido, por razones estrictamente temporales, sí que declara, como no podía ser menos, que aquéllas son esencialmente coincidentes con cuanto expresa el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, que reconoce el derecho de los pacientes a la 'libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el consentimiento previo y por escrito del paciente para la realización de cualquier intervención, excepto cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública .... o cuando la urgencia no permita demorar por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento', y entiende que la referida información ha de ser completa, incluyendo la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias, matizándose que los mencionados riesgos han de incluir los 'típicos', los 'inherentes' y los 'asociados'.

Concluye la mencionada sentencia que la información cumplida al paciente y la obtención del debido consentimiento 'informado' por él o sus representantes legales supone la asunción por éste de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la intervención, salvo las que resultasen del negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en que se practica: a sensu contrario, los daños consecuentes de una intervención que puedan ser debidos a un riesgo típico, inherente o asociado, aunque sean inimputables a una eventual negligencia médica en su realización, son asumidos por el facultativo si no fueron debidamente informados al paciente y éste no dio su consentimiento con conocimiento de aquéllos, como lo mantienen, igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y 26 de setiembre de 2000 (y las posteriores del citado Tribunal de 12 de enero, 27 de abril y 27 de setiembre de 2001, entre otras). En consecuencia, al no haberse desplazado la asunción de los riesgos al paciente, ante la ausencia de la debida información de aquéllos por el facultativo hace que éste los asuma y con ello su responsabilidad por los daños que pudieran materializarse, aunque sean ajenos a una imputación por indebida práctica médica causante de una eventual responsabilidad por ella debida, siempre que el daño sea debido a un riesgo típico o inherente a la intervención quirúrgica efectuada.

En el caso enjuiciado, es de tener en cuenta que, si bien la Audiencia Provincial ha excluído la negligencia médica expresada por los actores en su demanda, que no ha sido impugnado ante este Tribunal de casación, declara probado que los facultativos no informaron a los padres de la menor de las consecuencias o riesgos que pudiere entrañar la operación quirúrgica a la que aceptaron someterla, de los que el riesgo neurológico relacionado con la cirugía de la circulación extracorpórea, de morbilidad neurológica oscila entre el 1 y el 25 por 100, según la complejidad; que no hubo de excluirse la obtención previa del consentimiento informado a la vista de que la intervención quirúrgica no revestía urgencia de tal carácter que permitiera excluir el referido consentimiento; constituyendo, por último, los daños que padece la menor los derivados o consecuentes de los referidos riesgos inherentes o vinculados a la intervención quirúrgica efectuada.

Este Tribunal entiende que las menciones que la Audiencia Provincial expresa en orden a la necesidad de la intervención quirúrgica y a la falta de urgencia en su práctica han de referirse, como de su contexto se infiere, que en aquel entonces la única técnica médica que pudiere remediar la estenosis que padecía Nagore Serrano era la quirúrgica, mediante la técnica de parada cardíaca con

*circulación extracorpórea de sangre, si bien no se producían supuestos de urgencia que excluyeren la previa información a sus padres de todo cuanto constituía el ámbito de la intervención, con inclusión de los riesgos típicos o inherentes a ella, entre los que se encontraban los de carácter neurológico, máxime cuanto se desencadenan en una proporción entre el 1 y el 25 por 100, de tal suerte que, ante la ausencia de urgencia, pudieren decidir los padres su práctica o no, o que la misma pudiese efectuarse en otro centro en el que se practicase la intervención con la misma o distintas técnicas, o bien el paso del tiempo a fin de que las mismas se alterasen y pudieren producir el mismo resultado sin los referidos riesgos.*

*La situación referida difiere de los presupuestos fácticos de la sentencia aducida por la entidad recurrente, de 4 de abril de 2000, que declaró la existencia, únicamente, de daños morales a indemnizar, al no tener como referencia supuestos de negligencia médica sino únicamente de falta de consentimiento informado de los padres del menor. Y ello es así puesto que, con independencia de que se trata de sentencia dictada por la Sala Tercera (de lo contencioso-administrativo), que despliega su eficacia en el contexto de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en supuestos de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, a diferencia de la responsabilidad contractual que en el orden civil ha seguido declarando el alto Tribunal, con anterioridad y posterioridad a ella, en sentencias todas ellas adoptadas en la misma dirección que la hoy recurrida de la Audiencia Provincial, es lo cierto que la calendada sentencia de 4 de abril de 2000 parte de que ‘era mínimo el riesgo que se corría con la intervención’ ‘que la falta de información a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido’, ‘que la operación quirúrgica era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión ...’, supuestos diferentes al de que es objeto del presente procedimiento, correspondiente a riesgos inherentes a la operación, que se pueden presentar en porcentajes entre el 1 y el 25 por 100 y la ausencia de urgencia en la práctica de la intervención.*

*En consecuencia, habiéndose aplicado en el supuesto de autos la doctrina a que antes se hacía referencia que mantiene que la ausencia del consentimiento informado supone que los facultativos intervinientes asuman los riesgos inherentes a la intervención y, por tanto, la responsabilidad derivada de los daños que sean consecuencia de aquéllos, cual sucede con los de carácter neurológico que, cuya determinación no ha sido específicamente impugnada y han sido debidamente expresados por la sentencia impugnada, sin que se correspondan con una cantidad a tanto alzado, conducen a entender que no se ha producido supuesto de infracción de la norma a que el motivo se refería, pues se halla en el ámbito de las obligaciones contractuales correspondientes a la Clínica demandada, en consecuencia a la desestimación del mismo y con él al recurso de casación interpuesto”.*

**5.** Sin embargo, hay que hacer notar que en esta sentencia recayó el voto particular de uno de los Magistrados, o “sentencia de disenso”. Ese voto particular sostuvo la estimación parcial de la demanda, pero condenando a los demandados (sólo) al abono de una indemnización de 64.150’65 euros, equivalentes a 10.673.770 pesetas, por el concepto de daños morales.

*Ese voto discrepante manifestó: “Segundo.- Estimo que no puede identificarse a efectos de responsabilidad la impericia médica con la falta de consentimiento del paciente a un acto médico. Y la razón, que ha sido subrayada incidentalmente por alguna jurisprudencia (véase SSTs 1ª 10-11-97, 16-12-97; y 3ª 4-4-2000), es la ausencia de relación de causalidad entre el daño sufrido por el paciente y la falta de información. Sin que pueda imponerse una responsabilidad cuasiobjetiva por una defectuosa información, que es en esencia el incumplimiento de un deber formal o ritual del protocolo previo a la actuación médica.*

*Entiendo que sólo cuando la actuación médica incontestada sea atentatoria contra la libertad personal o dignidad de la paciente, y haya un comportamiento médico abusivo o arbitrario,*

podrá asimilarse la falta de consentimiento con la impericia médica, e imponer al facultativo la indemnización de todos los daños. Como sucedería en los casos de operaciones sorpresivas, injustificadamente arriesgadas o experimentales (por ejemplo STS 2ª 26-10-95, ligadura de trompas sin urgencia en una cesárea).

En el presente caso está acreditado que una lesión cardíaca congénita de la demandante, como la de sus hermanas Rebeca y Karen, fue diagnosticada desde su nacimiento (1979), y habiendo estado en tratamiento desde el mismo nacimiento por un cardiólogo, la operación se realiza en 1989, diez años después, previo el diagnóstico definitivo (1988), y tras establecerse formalmente por diversos especialistas la gravedad de la lesión y la conveniencia y oportunidad de la operación que se realizó. Se afirma textualmente en la demanda (hecho cuarto) que los padres dieron su conocimiento a la intervención, y que previamente el Dr. Ubago (hecho segundo de la demanda), ajeno el equipo médico que le operó, había explicado a los padres la naturaleza de la esclerosis y el riesgo que podía suponer la dolencia. Por lo que de ningún modo puede aceptarse que la actuación médica haya sido sorpresiva, injustificada o atentatoria contra la libertad o dignidad humana de la paciente.

Tercero.- Entiendo también que debe distinguirse entre la falta de consentimiento del paciente a un acto médico y el consentimiento defectuosamente informado. No es fácil discernir en cada caso la información precisa que debe darse al paciente antes de un acto médico agresivo. Ante las diversas opciones médicas, variedad de los riesgos, situaciones subjetivas de enfermos y familiares, etc., la información exigible es la de un honesto profesional médico ante los riesgos previsibles y ordinarios de su actuación médica.

En el presente caso, en el momento de la operación han transcurrido diez años completos desde el primer diagnóstico y está acreditado que se ha consultado a diversos especialistas (en diversos centros médicos y de diversas especialidades). Resulta lógico inferir que los padres de la menor debieron poseer antes de la operación una información precisa de la naturaleza de las dolencias diagnosticadas, y de los riesgos y procedimientos de la operación a la que se iba a someter a la menor. Que conocían los riesgos se deduce de que acudieran a la Clínica X por un especial prestigio (como se afirma en la demanda) y de que no quisieran operar a la hermana pequeña (Karen), como se les había aconsejado.

En consecuencia, no puede considerarse que no haya un consentimiento pleno e informado a la operación realizada, sino a lo sumo un consentimiento insuficiente o defectuosamente formado; lo que no puede asimilarse a la falta de consentimiento como incidentalmente también se afirma en alguna jurisprudencia (STS 1ª 2-11-2000, defectuosa información sobre los riesgos de embarazo tras una vasectomía que no origina responsabilidad en el cirujano, y en el mismo sentido STS 1ª 27-11-2000).

Cuarto.- Finalmente, por las propias dificultades que se presentan para discernir la información pertinente al paciente, parece lógico concluir que el facultativo (la Clínica o la Administración en su caso), deben asumir el daño que se derive razonablemente de la falta o defectuosa información. Pero no todo el daño sufrido por el acto médico, que fue consentido en el ámbito de un tratamiento médico ordinario, aunque no se haya acreditado que la información previa del equipo que realizó la operación fuese completa y exhaustiva.

En el presente caso, después de todo el laborioso proceso de identificación de las lesiones congénitas, tratamiento, diagnóstico y operación de la menor, en el que los padres asumieron expresamente la gravedad del acto médico implicado (que, como se ha dicho, consintieron), no es coherente suponer que, si no lo conocían, los padres hubiesen variado su decisión de operar a la menor de haberseles explicado en detalle el riesgo específico de lesiones cerebrales derivadas de la anoxia cerebral, que desgraciadamente se manifestó.

Quinto.- En conclusión, creo que la indemnización debe limitarse a la cuantía de 10.673.770 pesetas, que como daños morales se cuantifican en el folio 139 de la demanda. Lo que supone presumir, aceptando el relato de hechos probados de instancia, que no conocían el riesgo

*específico de morbilidad cerebral de la operación realizada a su hija menor, aunque consintieron la operación y conocían su extrema gravedad y riesgo”.*

6. En el plano doctrinal, se manifestó hace tiempo PANTALEÓN PRIETO<sup>19</sup> cuando, al referirse al criterio de imputación conocido como “finalidad protectora de la norma”, planteaba -como caso “con dificultades”- el que ahora nos ocupa, esto es, el del médico que realiza una intervención quirúrgica sin haber informado adecuadamente al paciente de los riesgos de la operación y de las posibles alternativas. Se pregunta el autor: *“¿Podrá el médico exonerarse demostrando que, si hubiese pedido al paciente el consentimiento, previa una adecuada información de los riesgos y probabilidades de éxito de la operación y las posibles alternativas, aquél lo hubiera prestado con toda seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza?”*

PANTALEÓN, con buen criterio a mi juicio -por lo que pronto diré-, no duda de que entre la actuación del médico y el daño sobrevenido al paciente existe relación de causalidad “material”, como tampoco duda de que, en principio y como regla general, al médico que no informó le es objetivamente imputable el daño sobrevenido al paciente.

Y tampoco parecen existir dudas en un sector de la doctrina alemana. En este sentido, el propio PANTALEÓN cita la opinión de ZEUNER, que se manifiesta muy tajante al respecto. Estas son sus palabras, en versión de PANTALEÓN: *“El sentido del deber médico de información y de la exigencia del consentimiento es el de respetar la libertad personal de decisión del paciente. Su decisión no puede ser posteriormente sustituida por una averiguación judicial sobre cuál habría sido su resolución si se le hubiese informado y preguntado. Y en efecto, es esencialmente asunto del paciente el decidir si quiere o no someterse a un tratamiento curativo que, aun correctamente llevado a cabo, tiene un componente ineliminable de riesgo. Si falta el necesario consentimiento y, por tanto, también la aceptación de riesgo, el peligro del tratamiento curativo, que en tales circunstancias el médico introduce sin autorización en la esfera del paciente, no puede ponerse a cargo de éste por el simple hecho de que, al fin y al cabo, se podría haber obtenido su consentimiento. Dejando aparte los casos en que por especiales razones el consentimiento no es exigible, el paciente, dicho de otra forma, sólo tiene que soportar el riesgo de las intervenciones médicas cuando presta al respecto su efectivo consentimiento. El hecho de que las hubiera consentido si se le hubiese informado convenientemente y preguntado, no es bastante para colocarle en la misma situación”.*

No obstante, PANTALEÓN se muestra -creo que también con razón- más partidario de la opinión de MERTENS, contestando a las palabras de ZEUNER. Aquél, siempre en la versión de PANTALEÓN, escribe: *“Este argumento parte correctamente de la finalidad de protección del deber violado; da, sin embargo, demasiada poca importancia al hecho de que el objetivo del Derecho de daños no consiste en la penalización de una determinada conducta. El fin de protección del deber de*

---

<sup>19</sup> Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, en *Centenario del Código civil*, Madrid, 1990, II, pp. 1561-1591.

*información, del que hay que partir como decisivo a este respecto, se tiene suficientemente en cuenta cuando se carga al médico, que con la falta de información contraria al deber ha perjudicado seriamente la libertad de decisión del paciente sobre la base de un adecuado conocimiento de las posibilidades y riesgos de la intervención, con la prueba concluyente de la alegación de que el paciente habría con seguridad consentido la intervención, y cuando, en los casos de graves infracciones del deber de información, se concede una indemnización de daño no patrimonial por la intervención inconsentida, a causa de la lesión del derecho de autodeterminación”.*<sup>20</sup>

PANTALEÓN, por su parte, advierte que las dificultades de prueba para el médico serán extraordinarias, no bastando que demuestre que una persona normal adecuadamente informada habría consentido la intervención, sino que el concreto paciente, con su especial idiosincrasia, lo hubiera hecho.

7. Llegado este momento, creo que es oportuno ahondar en las proposiciones que a modo de tesis he anunciado al comienzo de este trabajo.

a) Me permito reproducir, en primer lugar, lo que sobre los problemas derivados de la *responsabilidad por informar*, precisamente en torno a la relación de causalidad, escribí en otro lugar<sup>21</sup> :

“Las preguntas en torno a la relación de causalidad suben de tono y de dificultad cuando -en la medida en que sea posible establecer esta diferencia- la cuestión no estriba en que se ha informado mal, sino en *no haber informado*.

Aunque, como decía antes, el límite entre no informar y hacerlo mal no sea siempre muy preciso, puede pensarse en dos casos típicos de lo primero. Uno, ya ‘constante’ en la jurisprudencia: el médico que no informa al paciente operado de vasectomía, o a la mujer a la que se ha ligado las trompas, sobre *lo que se debe y lo que no se debe* hacer hasta comprobar determinadas circunstancias. El otro, un caso que ofrece nuestra jurisprudencia: el abogado que ha asistido en una causa penal a los padres de un niño ahogado, no les informa sobre la posibilidad de entablar una reclamación civil cuando el procedimiento penal se ha sobreesido.

Hay una primera hipótesis en que la omisión de información parece no plantear dificultades, porque no es atrevido decir que *existe responsabilidad* (distíngase de la compleja cuestión sobre *de qué se responde* ): el que no informa responde, si es él el que ha creado la situación de peligro que la información tenía que haber evitado<sup>22</sup> .

La dificultad está en el caso en el que no se da esa circunstancia: esto es,

---

<sup>20</sup> Estos textos se hallan en las pp. 1588 y 1589.

<sup>21</sup> DE ANGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad por informar*, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, pp. 171-203. Ahora mantengo las notas correspondientes al texto que transcribo.

<sup>22</sup> Debe asimilarse a este caso el de quien no ha creado el riesgo, pero deja de informar dolosamente (incluyo el dolo eventual): sabe que la barandilla del balcón se halla en situación precaria y anima a otro a asomarse a él, o no le percibe del peligro.

cuando la fuente de eventual responsabilidad consistiese, exclusivamente, en no informar.

Es sabido que una respetable corriente doctrinal entiende que en los actos de pura omisión no hay responsabilidad porque falta la relación causal entre la abstención y el daño resultante. Pero esta tesis, como mucho, podría sostenerse en el caso de daños extracontractuales <sup>23</sup>.

Cuando existe una relación contractual, el deber de informar -y consecuente responsabilidad si no se hace- está sujeto a lo que del 'contenido' del correspondiente contrato resulte. Aquí es irrelevante que quien no informó fuera o no el creador del riesgo: el médico que practica la vasectomía no da lugar al 'peligro' de embarazo, pero no por eso deja de serle imputable *alguna consecuencia* de ese desenlace".

Aquí termina la cita de mi anterior trabajo.

**b)** Ahora me atengo a lo que es el concreto objeto del presente trabajo.

En primer lugar, y aunque las *soluciones* de las Salas Primera y Tercera, en sus sentencias respectivas de 2-7-2002 y 4-4-2000, me parezcan muy correctas, creo que debe discreparse de sus afirmaciones de que en casos de falta de información por parte del médico no se está en presencia de un problema de relación de causalidad.

También participa de este criterio el voto particular recaído en la STJS de Navarra de 6-9-2002, a pesar de la resolución que propuso, porque dice: "Y la razón ... es la ausencia de relación de causalidad entre el daño sufrido por el paciente y la falta de información".

Verdad es que la ausencia de información no fue la que ocasionó la atrofia del testículo del demandante en el caso de la Sala Primera, y la paraplejía del actor en el de la Sala Tercera, pero no es menos cierto que las respectivas intervenciones quirúrgicas -en las que creo que la falta de información es un elemento inescindible- fueron las que física o materialmente condujeron a los desenlaces respectivos<sup>24</sup>.

Expresado en otros términos, el daño sufrido por el paciente se anuda a la *acción curativa* del médico, no porque fuera defectuosamente llevada a cabo, en sí misma, sino porque para su ejecución faltó una genuina voluntad del propio paciente.

Por esto último, y dado que -en términos de "causalidad material"-, si no hubiese existido la *actuación curativa* del médico no habría ocurrido el desenlace que sobrevino (por decirlo gráficamente, si no hubiera habido intervención quirúrgica no se habrían producido al paciente los daños que acabó padeciendo), me parece discutible que el razonamiento judicial en torno a "nexo de causalidad" deba establecerse entre *falta de información* y *daño resultante*.

---

<sup>23</sup> No la aceptarían quienes entendiesen que es un deber de convivencia (esté o no prescrito por la ley) el de actuar respecto a los demás con la diligencia que exijan "las circunstancias"; o el de evitar a otro un daño no justificado, "en cuanto dependa" de las posibilidades del supuesto responsable.

<sup>24</sup> Lo mismo podría decirse de la STSJ de Navarra de 6-9-2002, respecto de las consecuencias neurológicas que afectaron a la niña de aquel caso.



Estimo, por el contrario, que la mera “relación de causalidad”, en su “sentido material” (y de ahí, entre otros motivos, la fragilidad de ese concepto), debe establecerse entre la intervención quirúrgica y el daño.

Poco importa, a estos efectos (precisamente porque sólo hablamos de “causalidad material”), que la *actuación curativa* del médico fuese irreprochable con arreglo a criterios de la *lex artis* propia del caso. Esta circunstancia sólo sirve para *no imponer* al médico responsabilidad por el concepto de imputación de culpa en la *actuación curativa*.

Por este último concepto (culpa en la actividad *de curar*), el médico no merece reproche alguno, pero sí lo merece la circunstancia de que tal *actuación curativa* fuera “consecuencia” de que el paciente no hubiese tenido oportunidad de decidir que *las cosas fueran de otra manera*.

No debe perderse de vista que el médico estaba obligado a informar *íntegramente* y que el bien jurídico lesionado es, en estos casos, el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación.

Si el paciente se vio privado de ese derecho, lo que el médico realizó luego, aunque fuese correcto con arreglo a la *lex artis*, significó “la causa” de lo que al paciente acabó aconteciendo.

c) Por todo ello es por lo que, como decía antes, procede *imputar objetivamente* al médico el desenlace acaecido. Y esto, como diré luego, sin perjuicio de que razones basadas en la “causalidad”, permitan amortiguar ese *principio general* y conducir a una condena inferior en su *quantum* a la normal o natural valoración de dicho desenlace.

No es particularmente significativo, a estos efectos, que la argumentación judicial gire en torno a la *imputación objetiva*, o que lo haga -según razonan algunas sentencias que enseguida veremos- sobre la idea de que el médico que no informa *asume los riesgos del resultado*. En definitiva, a efectos prácticos viene a ser lo mismo.

Lo que me interesa señalar es que cualquier forma de razonar que se aparte de la *imputación objetiva* (aunque no se le dé precisamente este nombre) encuentra el serio reparo de que la concreta condena (“*de cuánto se responde*”) parece acercarse más a la “imaginación” del juzgador que a parámetros de razonable objetividad.

8. Precisamente por las razones que he manifestado últimamente en torno al problema que me ocupa (las que he dado en llamar “tesis”), me parece que las que están en la línea correcta son sentencias como la de 26-9-2000, que sigue la doctrina de la de 23-4-92.

En la primera de las citadas, se ventilaba la reclamación entablada por el actor contra un otorrinolaringólogo que le había practicado una operación de

estapedectomía en el oído izquierdo, y a consecuencia de lo cual perdió por completo la audición del mismo, constatándose cofosis total, cuadro de acúfenos y habiendo precisado tratamiento psicoterapéutico.

Tanto el Juzado como la Audiencia habían desestimado la demanda. Pero la Sala Primera declara haber lugar al recurso de casación del demandante. Al asumir la instancia, la Sala fija la indemnización en 35.000.000 de pesetas, puntualizando que *“abarca los daños y perjuicios reclamados (físicos, morales y psicológicos), así como en atención a la situación laboral que afectó al recurrente, al pasar a la situación de desempleo acordada con el Banco X. por la incapacidad laboral que le vino impuesta a consecuencia de la operación referida, ya que hubo de dejar de prestar los servicios que desempeñaba de director de la oficina principal de dicha entidad bancaria en Madrid”*.

Debe ponerse el énfasis, por tanto, en que la *decisión* de la Sala es la de indemnizar *todo* el daño experimentado por el actor.

Más arriba he transcrito pasajes de esta sentencia sobre el significado, en general, del consentimiento informado (aunque la sentencia habla, mejor, del deber de información del médico), pero lo que en este momento importa es transcribir el párrafo auténticamente determinante de la *ratio decidendi* del fallo; no tanto (o no sólo) en cuanto estimatorio de la demanda, sino en cuanto que en él se acordó una indemnización *por la integridad del daño* .

La sentencia hace uso de un lacónico razonamiento, pero a mi juicio dotado de un profundo contenido. Dice: *“Con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de la intervención, en lugar de la paciente, como declaró la S 23-4-92, ya que se trata de omisiones culposas por las que se debe responder, derivadas de la necesidad de que la información ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible”*.

Como decía, creo que la sentencia acierta plenamente en su razonamiento, aunque no invoca expresamente problemas de relación de causalidad.

Lo hace de forma implícita, al decir, como desenlace, que el médico debe responder de la omisión culposa de información. Ese *debe responder* significa, en mi opinión, un no explícito pero por eso no menos claro “juicio en torno a la relación de causalidad”.

En efecto, de no haber sido porque la Sala entendió que entre la falta de información y el daño al paciente existía relación de causalidad (o mejor, imputación objetiva), no se entendería el fallo estimatorio de la demanda, y además condenando al médico a la indemnización de *la totalidad* del daño.

De otro lado, también se está hablando en realidad de relación de causalidad cuando la sentencia dice que el médico *“asumió por sí solo los riesgos de la intervención, en lugar de la paciente”*. Esta forma de expresarse (asumir el médico los riesgos de la intervención) es, a mi entender, una forma de responder a la pregunta sobre

relación de causalidad<sup>25</sup> .

Esto es lo que viene a decir también la STSJ de Navarra de 6-9-2002, cuando en un primer lugar dice que, “al no haberse desplazado la asunción de los riesgos al paciente, ante la ausencia de la debida información de aquéllos por el facultativo, hace que éste los asuma y con ello su responsabilidad por los daños que pudieran materializarse”. Y en otro pasaje, la misma resolución señala que “la ausencia del consentimiento informado supone que los facultativos intervinientes asuman los riesgos inherentes a la intervención y, por tanto, la responsabilidad derivada de los daños que sean consecuencia de aquéllos ...”.

La actual sentencia, por otra parte, invoca la doctrina de la de 23-4-92, que me parece oportuno traer a colación.

Se trataba de la reclamación formulada por una madre, por sí y en representación de su hija menor Mónica, contra un cirujano, un anestesista y la Congregación religiosa titular de una clínica. La demanda se basaba en que, hallándose la niña afectada de una escoliosis dorsal directa idiopática, había sido operada en el centro sanitario. Como resultado de la operación le quedaron secuelas irreversibles determinantes de parálisis de las extremidades inferiores, con necesidad de utilizar de por vida una silla de ruedas.

En lo que aquí importa, el Supremo desestimó el recurso de los médicos y de la Congregación religiosa. Lo hizo por estimar que la operación a la que fue sometida Mónica “*no era ineludible y necesaria, siendo posibles otros tratamientos alternativos, evitándose así el alto riesgo de la intervención quirúrgica que se le practicó*”. Añade la sentencia que “*no se advirtió a la madre de Mónica de los riesgos de la operación ni de las otras alternativas, para que ella decidiera*”. Lo que lleva a la Sala a decir: “*Estas son las actividades y omisiones culposas, que llevan a la Sala de Apelación a sostener fundadamente que los demandados asumieron los riesgos por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible*”.

Se observará que la sentencia -creo que la primera en esta línea argumental- razona sobre la base de una “asunción de los riesgos” por parte de los demandados. Es una forma indirecta, pero muy gráfica, de decir que dichos riesgos *son imputables* a los demandados. En suma, un razonamiento de *imputación objetiva*<sup>26</sup> .

Comentando esta sentencia, escribí en su día<sup>27</sup> :

---

<sup>25</sup> Adviértase que esta misma idea (asunción por el médico de los riesgos de la intervención) se encuentra en la STSJ de Navarra de 6-9-2002, que condenó a la clínica demandada a indemnizar *la totalidad* de los daños sufridos por la niña Nagore. Lo hace, por cierto, citando la sentencia de la misma Sala de 27-10-2001, aunque en ella se desestimó la demanda del actor. Debo recordar que esta última STSJ de Navarra de 27-10-2001 se recoge como número 1 del apéndice de este trabajo.

<sup>26</sup> La STS de 11-5-99, de la Sala Tercera, que traigo a colación en el número 4 del apéndice, absolvió a la parte demandada al considerar que la paciente actora asumió los riesgos que comportaba la intervención quirúrgica y que le habían sido comunicados previamente. Es decir, no se imputó objetivamente el resultado a la actuación médica porque ese resultado había sido aceptado por la demandante.

<sup>27</sup> DE ANGEL YÁGÜEZ, en el ya citado prólogo al libro de GALÁN CORTÉS.

“El primero de los párrafos transcritos mueve a la pregunta de si el pronunciamiento condenatorio de la Sala habría sido el mismo en el caso de que -uso las palabras de la resolución- la intervención quirúrgica hubiese sido “ineludible y necesaria”.

Un razonamiento, en buena medida colocado en sede de relación de causalidad, sería el consistente en decir que si la intervención quirúrgica era “ineludible” (se supone que para evitar la muerte o un gravísimo mal) -lo que como hipótesis dialéctica entraña la ausencia de cualquier “alternativa”-, no informar al paciente sobre el alto riesgo de la operación no es, jurídicamente hablando, circunstancia determinante de la atribuibilidad del daño. Dicho de otro modo, que entre la falta de información y el resultado no medió relación de causalidad”.

Hoy tendría que revisar mi terminología de entonces, en el sentido de que cuando hablaba de “relación de causalidad”, por adaptarme a lo que es habitual entre nosotros, me estaba refiriendo a imputación objetiva. Por eso, acompaño ahora como nota a pie de página la que entonces ya me cuidé de incorporar a aquel prólogo <sup>28</sup>.

9. Creo que, llegado este momento, es oportuno considerar lo resuelto en dos sentencias de la Sala Primera, ambas de 1999.

Estimo que procede su consideración porque la primera estableció una condena que mueve a pensar que fue por *la totalidad* del daño, mientras que la segunda desestimó íntegramente la demanda.

a) Aquella primera sentencia, de 13-4-99, aunque no se manifestó de forma explícita sobre el problema que me ocupa (esto es, el montante de la indemnización), sí lo hizo, a mi entender, de manera indirecta o implícita (es decir, viendo el *quantum* de su fallo).

Los padres de un menor que había fallecido al practicársele una operación de vegetaciones demandaron al cirujano y a la clínica privada en la que se había realizado la intervención quirúrgica (con cargo al cupo de Seguridad Social que correspondía al facultativo).

Desestimada la demanda tanto por el Juzgado como por la Audiencia, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores.

---

<sup>28</sup> Aquella nota a pie de página decía: “Acudiendo a principios de imputación objetiva (de nuevo es obligada la cita de PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, pp. 1561-1591), se podría sostener que el evento dañoso no puede ser imputado a la conducta negligente del médico (negligente por no informar) cuando, dada la configuración de los hechos enjuiciados, esa conducta, comparada con su alternativa diligente (la del médico que sí hubiese informado), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión. O, como dice el propio PANTALEÓN PRIETO, p. 1578, la conducta negligente del dañante “no ha sido negligente” respecto del *concreto evento dañoso de cuya imputación se trata*. En suma, estaríamos dentro (o fuera, según se mire) del criterio de imputación conocido como *incremento del riesgo*”.

En relación con la materia que nos ocupa, interesa destacar lo siguiente:

*“Y retomando el examen del citado único motivo, en él se denuncia en particular la ausencia del derecho-deber de información que concurrió en el caso de autos, al decir literalmente: ‘Por otra parte en el punto 1º de este FJ 3º -sic-, se analiza la autorización existente para la intervención quirúrgica (f. 11) de donde se desprende una clara falta de información respecto a cuál iba a ser la técnica anestésica a emplear, pues no podemos olvidar que una de las obligaciones exigibles al profesional de la medicina y que forma parte de la lex artis ad hoc, es la de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, pues la falta de información previa a la familia es tenida en cuenta hasta por la propia Sala que manifiesta su crítica, aunque excluye su relación con la causa del fallecimiento, rechazando que era una intervención ‘no de extrema gravedad ni riesgo, de escasa duración y con un paciente con constantes físicas normales’, justificaciones que deben decaer por cuanto que el derecho del paciente a ser informado no debe depender de la importancia que le dé un facultativo, y siendo, como es, un riesgo importante en las anestésias totales, la información debe ser requisito imprescindible. A este respecto -continúa el motivo- podemos traer a colación la sentencia de esa Sala del TS 25-4-94, en donde se recoge, como uno de los componentes de la lex artis ad hoc, el derecho de información, y al respecto dice: ‘Informar al paciente o en su caso a los familiares del mismo, siempre, claro está, que esto resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado’. La inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de imponerle una prueba que puede calificarse de perversa, contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, prohibida en el art. 24.1 CE, STC 17-1-94’.*

*El motivo ha de aceptarse, ya que esa ausencia del deber de información así se produjo, pues la propia Sala lo admite en su FJ 4º, que dice: ‘... si bien existía autorización familiar para llevar a cabo la intervención, la posible falta de información a la misma en cuanto a las condiciones de la operación, si bien criticable, no obstante el tipo de intervención quirúrgica y la causa real del fallecimiento en nada influye, desde el punto de vista de la culpabilidad, al tratarse de una intervención normal, no de extrema gravedad ni riesgo, de escasa duración y con un paciente de constantes físicas normales, según resulta del historial clínico obrante y en el que el procedimiento anestésico aplicado fue el correcto con las normas y técnicas médicas aplicables al caso, y sin que se aplicasen con falta de diligencia alguna’, que se pone en relación con el FJ 1º de la primera instancia al describir el suceso: ‘... El día 17-2-85, D. Nemesio G.H., de 15 años de edad, ingresó en la Clínica Virgen Blanca para ser operado de vegetaciones por el Dr. L. de A., con cargo al cupo de Seguridad Social que correspondía al codemandado, a cuyo objeto se habían realizado al paciente con antelación análisis de sangre, orina y RX del tórax, de los que se concluía que ‘no se aprecia nada cardiopulmonar’ (fs. 9 y ss. y f. 159), autorizando un familiar del menor la intervención quirúrgica y aceptando los riesgos a ella inherentes, en particular el derivado de la anestesia, conforme obra en el folio 12 de los autos. El equipo quirúrgico, del cual formaban parte, además del codemandado Dr. A., el médico D. Guillermo B., y ATS D. Imanol S. y las auxiliares Dª Arantxa J. y Dª Concepción G., esta última asalariada de la Clínica Virgen Blanca, inició la intervención a las 11:15, procediendo en primer término a anestésiar al paciente, usando la dosis normal de ‘tricloroetileno’ que fue aplicada por el condenado con mascarilla abierta y seguidamente la ‘adenoidectomía’ en la que se invirtieron de 2 a 4 minutos...’, agregándose que también consta que la intervención quirúrgica empezó a las 11:15 y el óbito se produjo a las 12:30; y sobre todo, esa falta de información, se dice en el FJ 2º por el juez, con evidente desacierto: ‘... no han acreditado los actores la ausencia de información a la familia de la forma en que aquélla se produciría, y aun habiéndolo hecho tampoco se prueba que la desautorizaran, sino que, por el contrario, la admitieron expresamente en la autorización antes referida’; y es que no cabe compartir la irrelevancia de esta información según pretende la Audiencia, pues es una exigencia ineludible dentro de la total estructuración de repetida lex artis ad hoc; al punto se decía en mentada S. 16-12-97: ‘...En cuanto a la esencia a que debe referirse el derecho o deber de información, no es posible exponer*

*un modelo prefijado, que albergue a priori todo el vasto contenido de dicha información, si bien abarcaría como mínimo y, en sustancia, por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del postoperatorio e, incluso en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen a esa intervención; al respecto se expone en S. 2-10-97 de esa Sala: ‘Un elemento esencial de la lex artis ad hoc o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos es el de la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo. Para definir lo que se puede estimar como información correcta hay que recurrir al artículo 10.5 L 14/1986 de 25-4 (LGS), precepto que especifica que el paciente o sus familiares tienen derecho a que, en términos comprensibles para él y sus allegados, se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. En resumen, el consentimiento prestado por el enfermo o sus parientes ha de ser informado. Tal información comprenderá, para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y los riesgos del mismo...’; asimismo, en S. 16-10-98 se decía: ‘...es cierto que la L 26/1984, de 19-7, general para la defensa de los consumidores y usuarios, determinó la expresa obligación de informar al paciente (sic)... Ahora bien, .... se subraya (sic) el Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones, aprobado por Orden de 7-6-72, del cual se desprende el derecho del enfermo de ser informado de las posibles consecuencias de las intervenciones quirúrgicas, y, por otro lado, resulta incuestionable que el deber informativo forma parte de las normas deontológicas de los Colegios Médicos y su observancia, además, es una elemental aplicación derivada de principios lógicos, morales y éticos indiscutibles, sin que, por tanto, la obligación informativa quepa reducirla al rango de una costumbre usual existente en el ámbito médico-hospitalario....’*

El montante de la condena impuesta por el Tribunal Supremo (30 millones de pesetas) mueve a alguna reflexión. Y explico por qué digo esto.

De la lectura de la sentencia no se desprende que la Sala encontrara culpa del médico en lo que fue su actuación *técnica* propiamente dicha. Expresado de otro modo, no parece encontrarse en la resolución más *ratio decidendi* que la de “no haberse dado información”.

El caso tenía caracteres que, a primera vista, podrían haber dado pie a la Sala para invocar su doctrina del resultado desproporcionado. Pero nada de esto se dice expresamente.

Así las cosas, la sentencia interpreta el deber de información de una forma ciertamente muy rigurosa.

Por un lado, se acepta que la familia había dado autorización para llevar a cabo la intervención del niño. Pero, por otro, dice la resolución que la información dada a la familia no había llegado a explicar la “técnica anestésica a emplear”. Esta última consideración, literalmente contemplada, da lugar a una inevitable duda en el intérprete, puesto que, en primer lugar, parece un tanto extraño que el deber de información del médico llegue tan lejos como para tener que explicar -se supone que a profanos- “una técnica anestésica”. Por eso, en segundo término, la pregunta que nos formulamos es la de si lo que no se informó a la familia fue que la anestesia había de ser general, frente a la hipótesis de otra de carácter local.

Me parece que lo de “técnica anestésica” no puede entenderse más que en la

segunda forma de las que acabo de decir. Y su sentido sería el de que una anestesia general, incluso correctamente aplicada, puede dar lugar a eventualidades o desenlaces inesperados que la Medicina no puede evitar.

Y si antes aludía al montante de la condena impuesta por el Supremo, es porque la cifra en cuestión (con toda la relatividad que entraña cualquier “valoración” al respecto, cuando se hace *desde fuera del órgano judicial*), atendidas las sumas que para casos de muerte suelen conceder los tribunales, mueve a pensar que la Sala Primera no llevó a cabo ningún tipo de moderación o mitigación basada en el razonamiento de que al médico cuya culpa consistió en no informar no se le debe atribuir, a efectos de indemnización, el daño *en su totalidad*.

b) La segunda resolución de las que ahora me ocupo es la STS 28-12-99.

Esta sentencia contiene un pronunciamiento de subido interés, puesto que, con independencia de que la resolución declare probada la conformidad del paciente a la intervención quirúrgica a que luego fue sometido, se expresa -quizá sea algo más que un *obiter dictum*- una reflexión nada desdeñable en lo que toca a la necesidad de que el paciente preste su consentimiento al acto médico que se le propone. Me refiero a la circunstancia, que la sentencia enfatiza en el pasaje que enseguida veremos, de que el acto médico del caso era “necesario”, entendiendo por esta palabra que, de no haberse realizado, al enfermo le podía haber sobrevenido una gravísima dolencia o incluso la muerte.

La demanda había sido promovida por D. Leonardo contra el Jefe del Servicio de Neurocirugía de un hospital y contra el Insalud, en reclamación de una cantidad, como indemnización de los daños y perjuicios que el demandante aducía sufrir a causa de las secuelas resultantes de una intervención quirúrgica. Fue una operación por el padecimiento de mielopatía cervical espondilótica.

Desestimada la demanda por el Juzgado y por la Audiencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación del actor. En el fragmento que interesa, la resolución dice:

*“Aunque con lo dicho es suficiente para la desestimación del motivo, ha de agregarse que en el testimonio que se ha aportado a los autos de las diligencias penales que también se siguieron con relación a los mismos hechos, existe un documento en el que D. Leonardo B. D. (demandante en este proceso y aquí recurrente) presta su conformidad a la intervención quirúrgica a que fue sometido (folio 271 de los autos), lo que comporta que previamente hubo de ser advertido de los posibles y normales riesgos que podían derivarse de la misma, intervención quirúrgica que, por otro lado, era totalmente necesaria, ya que, de no realizarla, la evolución natural de la enfermedad podía conducir al paciente a la tetraplejía y a la muerte.”*

En este razonamiento son dignos de mención, a mi juicio, dos extremos:

De un lado, la presunción que el Tribunal realiza en torno a la información dada al paciente. En el recurso se alegaba que no se había advertido al actor, ni a ningún miembro de su familia, de los riesgos de la operación ni sobre otras alternativas, a fin de

que libremente decidieran.

La sentencia realiza una “deducción”, consistente en que si el actor había prestado su conformidad a la intervención quirúrgica, único dato de hecho que se cita al respecto, era porque (“lo que comporta que”) previamente “hubo de ser advertido” de los posibles y normales riesgos que podían derivar de la operación. Esa “deducción” de la Sala, como tal, no parece muy concorde con lo que en otras sentencias se establece en punto al contenido de la información que debe suministrarse al paciente. En efecto, la sola circunstancia de que el actor hubiese dado su conformidad a la intervención quirúrgica no permite concluir de inmediato que se le había informado acerca de los riesgos del acto médico; ni, mucho menos, sobre posibles alternativas terapéuticas (o de simple atención a la enfermedad que el demandante padecía).

Es probable que, aunque la sentencia atribuye a este otro argumento un carácter secundario (es expresiva la locución “por otro lado”), en el sentir de la Sala pesara el hecho de que, de no realizarse la intervención quirúrgica, la “evolución natural de la enfermedad” (estado de la ciencia o *lex artis*) podía conducir al paciente a la tetraplejía y a la muerte.

Esta segunda circunstancia que acaba de mencionarse, inevitablemente llamada a relacionarse con la fragilidad del primer argumento de los utilizados por la Sala, mueve a plantearse la pregunta de si las exigencias que giran en torno al consentimiento informado son o no tan rigurosas cuando la enfermedad determinante del acto médico es de tal naturaleza que puede afirmarse, a la luz de los conocimientos científicos, que ninguna consecuencia del acto médico -por ingrata que fuese- habría de alcanzar la gravedad de lo que sucedería si el acto profesional en cuestión no llegara a realizarse.

Me parece que, con independencia de lo que la información al paciente pueda reclamar (en la línea de lo que disponen otras sentencias de la Sala Primera), no es desechable la tesis de que esa información no tiene que ser lo “completa” que de ordinario decimos, cuando el riesgo que el acto médico intenta atajar es inequívocamente más grave del derivado de cualquier vicisitud de la intervención profesional del caso.

Este modo de pensar podría entroncar, en primer lugar, con la idea de que al paciente no se le tiene por qué dar una información “sobrecogedora” acerca de los posibles riesgos del acto médico, cuando bastante sobrecogedora es en sí la previsión de lo que puede esperarse si el acto médico no se realiza.

Y en segundo término, es posible que en el criterio de la Sala influyera el siguiente ingrediente dialéctico (en definitiva, presupuesto de una presunción): si el paciente dio su consentimiento a la intervención quirúrgica, *tuvo que ser* porque ya había sido informado sobre lo que cabía esperar del curso de su dolencia. Por decirlo de otro modo, vendría a ser el razonamiento de que ninguno de los elementos propios de la información (sobre todo el de los peligros del acto médico) adquiere relevancia cuando lo que resulta del estado de cosas es que: de un lado, la dolencia no puede ser combatida más que con el acto médico que se propone; y de otra parte, que esa dolencia entraña riesgos siempre superiores a los más graves -dentro del curso previsible de los



acontecimientos- que el acto médico como tal pueda implicar.

**10.** Con todos estos elementos de reflexión, creo que se pueden completar las “tesis” que he propuesto al comienzo de este trabajo y que luego he desarrollado.

El punto de partida, regla general o, si se quiere, “principio”, es el de que al médico que incurre en culpa en el deber de información le es *objetivamente imputable* el daño experimentado por el paciente. No importa decir, en otra expresión, que el médico *asume todos los riesgos* de su actuación.

Sólo pensando así se puede explicar, a mi juicio, lo que vengo apuntando en varios lugares: lo “extraño” que es que un médico que no informa de *todos* los riesgos de una intervención quirúrgica responda *de la misma manera* que el que lleva a cabo esa operación de forma incorrecta.<sup>29</sup>

Ahora bien, y aunque no hubiera razones *dogmáticas* para hacerlo, la simple observación de las *soluciones* de la jurisprudencia (puesto que hay sentencias que condenan a *todo el daño*, otras que imponen indemnización *sólo por daño moral*, y otras que -en fin- absuelven al demandado) justificaría que dediquemos algunas consideraciones a lo que podríamos denominar “moderaciones del principio de imputación objetiva”.

**a)** En primer lugar, y por ir “de mayor a menor”, creo que no es descartable la tesis de que en algunos casos puede proceder la desestimación íntegra de la demanda.

Una hipótesis representativa sería aquella en que las circunstancias concurrentes llevasen al Tribunal a la convicción de que, aun habiendo sido perfectamente informado de riesgos y de alternativas, el paciente habría optado -de forma inequívoca- por la *acción curativa* que sobre él se practicó.

No se me oculta que la prueba al respecto, que ha de correr a cargo del médico, resultará realmente difícil. En efecto, llevar al Tribunal a la *seguridad* de que el paciente habría asentido a la intervención quirúrgica (por seguir con el ejemplo más conocido y más frecuente) entraña las dificultades propias de la demostración de una verosimilitud que, valoradas las cosas en términos “humanos”, se encuentre ya dentro de lo que podemos llamar *certeza moral*<sup>30</sup>.

Parece estar en esta línea la STS 28-12-99, que he citado poco más arriba en

---

<sup>29</sup> Esta cuestión es el punto de partida de los razonamientos del voto particular de la STSJ de Navarra de 6-9-2002, cuando su autor dice: “Estimo que no puede identificarse a efectos de responsabilidad la impericia médica con la falta de consentimiento del paciente a un acto médico”. No obstante, la objeción que suscita esta observación -a mi entender, nada desdeñable- es que el Magistrado disidente la colocó *sólo* en sede de relación de causalidad.

<sup>30</sup> Esta prueba, sin embargo, no es imposible. Basta tener en cuenta, por ejemplo, el razonamiento en que se basa la STS 7-6-2002, que cito como número 6 del apéndice de este trabajo. En ella, resolviendo sobre el tercer caso de *wrongful birth* que ha llegado a la Sala Primera, ésta invoca la “probabilidad cualificada” para descartar que la madre embarazada hubiera optado por el aborto si hubiese sabido que el feto era portador del síndrome de Down.

este trabajo. Como decía al comentarla, todo hace pensar que la auténtica *ratio decidendi* de su fallo radicó en la reflexión de que la intervención quirúrgica del caso “*era totalmente necesaria, ya que, de no realizarla, la evolución natural de la enfermedad podía conducir al paciente a la tetraplejía y a la muerte*”.

No obstante, también ha de advertirse que frente a la tesis de la total desestimación de la demanda está el argumento de que, de ser así, la falta de información por parte del médico quedaría impune. Es decir, se trataría de una *culpa* sin consecuencia ninguna para quien incurra en ella.

Por eso, quizá fuese un desenlace razonable en estos casos el de una condena *parcial* (e incluso simbólica, si se acepta la expresión), porque alguna consecuencia ha de deparar el no haber informado suficientemente.

Esta última solución, por otro lado, está en la línea de lo que puede resultar de una cabal aplicación de la teoría conocida como “pérdida de oportunidad”. En efecto, si acudimos -por ejemplo- al caso más típico de *perte de chance*, y uno de los primeros de la jurisprudencia francesa al respecto (enfermo a quien el médico no diagnostica un cáncer, luego otro facultativo sí lo descubre, pero el paciente fallece), no habrá de ser la misma la condena si la evolución de la enfermedad, cuando intervino el primer profesional, era tan avanzada que la previsión del fallecimiento estaba fuera de toda duda, que si su estado de desarrollo era tal que cabía alguna posibilidad -mayor o menor- de atajar o mitigar la dolencia.

Acudiendo, por analogía, a la jurisprudencia de la Sala Primera en materia de responsabilidad civil de abogados y procuradores en casos de prescripción de una acción o caducidad de un recurso, algunas sentencias (que aluden explícita o implícitamente a la “pérdida de oportunidad procesal”) especulan sobre la posibilidad o no de éxito de la acción o del recurso. En esta línea están, por ejemplo, las SSTs 28-1-98, 26-1-99 y 8-2-2000.

Y, en definitiva, lo mismo ocurre en aquellas otras resoluciones en las que el Tribunal lleva a cabo un “juicio de prosperabilidad”, esto es, de verosimilitud o inverosimilitud del éxito de la pretensión frustrada del cliente (el llamado “*suit within a suit*”). Solución ésta que es la que me parece más acertada, aunque se rechace por algunas sentencias, que dicen que en el juicio sobre la responsabilidad del abogado no asiste al Tribunal la facultad de hacer conjeturas sobre el posible resultado del juicio o del recurso que frustró la culpa del abogado. Ese “juicio de prosperabilidad” se encuentra por ejemplo en las SSTs de 4-2-92, 23-12-92, 20-5-96 y 16-12-96.

En el otro extremo, es decir, en un sentido absolutamente contrario, estaría el caso en el que las circunstancias concurrentes mueven a pensar, con toda verosimilitud, que el paciente -de haber sido informado- habría optado por no someterse a la intervención médica. Esto es especialmente aceptable cuando se trata de una actuación de la llamada “Medicina voluntaria o satisfactiva”, porque el contraste entre ventajas y riesgos es más fácil. Por eso, se explica por sí sola la decisión de la STS de 2-7-2002, puesto que lo razonable es pensar que el paciente no habría asumido el riesgo de lo que le aconteció (atrofia de un testículo) *por el resultado* de la operación a la que voluntariamente quiso someterse (una vasectomía).

**b)** Distinto del anterior (quiero decir, a efectos de una eventual desestimación

de la demanda) es el caso en que las circunstancias concurrentes permiten al Tribunal llegar a la conclusión de que la falta de información por parte del médico (aunque probada, porque es la premisa) no dio lugar -valga la paradoja- a ausencia de información en el paciente.

Aunque lo que digo parezca una tautología, no creo que pueda invocar *falta de información* quien ya *está informado*.

Me refiero a la hipótesis, nada difícil de imaginar, de un médico que no proporciona información al paciente porque sabe (sería igual el caso en el que tiene razones objetivas y demostrables para *suponer* ) que el paciente ya estaba informado en torno a riesgos de la intervención propuesta y alternativas a la misma.

También aquí, como es obvio, nos encontramos ante un problema de prueba, ciertamente no fácil. Pero tampoco imposible, porque bien pudiera ocurrir que la trayectoria del enfermo (consultas a otros médicos anteriores, datos por éstos proporcionados, e incluso la propia formación cultural del paciente) hicieran posible la demostración de que *lo que no dijo* el profesional demandado no constituyó ninguna falta de información del enfermo.

Volviendo de nuevo a la “lectura” de la STS 28-12-99, que acabo de citar en dos ocasiones, parece como si se atisbase este criterio en el pasaje en el que la Sala dice que si el demandante prestó su conformidad a la intervención quirúrgica, eso “comporta que previamente hubo de ser advertido de los posibles y normales riesgos que podían derivarse de la misma”.

Si, como antes he dicho al detenerme en esta resolución, se interpreta que la Sala acudió a la *presunción* de que el concreto médico demandado ya había informado al paciente, el razonamiento suscita algún reparo, puesto que no parece aceptable -en principio- que la “prueba” de la información se deduzca por presunciones<sup>31</sup> .

Ahora bien, no cabe excluir que lo que la sentencia quisiera manifestar es lo que en este apartado vengo diciendo, esto es, que *un concreto paciente* no puede invocar la falta de información por parte del médico si se acredita que aquél *ya estaba informado*, siquiera fuese por otro medio.

Se me ocurre que acaso fuera ésta la verdadera motivación del voto particular recaído en la STJ de Navarra de 6-9-2002. Pero enseguida volveré sobre este punto.

c) Pero, con todo, la solución que parece más razonable es la de que el Tribunal lleve a cabo un -repito la expresión- “*juicio de verosimilitud*” , a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, para de esa forma amortiguar lo que como regla general sería la condena a un *quantum* por *todo* el daño sufrido por el actor.

---

<sup>31</sup> Máxime cuando, como ya ha sido reconocido acertadamente por la vigente Ley de Enjuiciamiento civil, artículos 385 y siguientes, se tiene en cuenta que las presunciones no son en rigor un *medio de prueba*.

Me parece que esto es lo que en realidad ocurrió en el caso de la STS, Sala Tercera, de 4-4-2000.

Cuando la Sala argumenta en torno a la indemnización, circunscribiéndola al “daño moral” experimentado por el demandante (que, recuérdese, sufrió una paraplejía como consecuencia de una intervención quirúrgica), creo que no está haciendo sino *ponderar*<sup>32</sup> el *grado de verosimilitud* de que el paciente, encontrándose en el estado en que se hallaba, se habría sometido a la intervención quirúrgica aun conociendo sus riesgos. Y conociendo, por ello, la posibilidad de *no hacer nada*, tanto si existiera, como si no, otra alternativa terapéutica.

Y esto es probablemente lo que inspiró también el voto particular de la STJ de Navarra de 6-9-2002. Voto particular que, por cierto, visto el “cuadro de hechos” que describe la propia resolución, me parece acertado.

Es posible que en el Magistrado autor de ese voto pesara una de estas dos cosas:

O bien la convicción de que la madre de la niña demandante no carecía de los datos necesarios para tomar una decisión realmente “informada”.

O bien la certeza moral de que, aun habiendo conocido los riesgos de la intervención quirúrgica, la madre habría optado por ella.

Lo que nos revela la sentencia es que los padres de la niña del caso habían acudido a varios médicos desde hacía largo tiempo, habiendo obtenido cumplida información de la gravedad de la enfermedad que sufría su hija. Del mismo modo que sabían que la misma dolencia afectaba a otras dos hijas. Y, desde luego, también puede considerarse acreditado que si los padres decidieron acudir en definitiva a una determinada clínica (en la que ocurrió el desenlace determinante del pleito) fue porque otros médicos anteriores -repárese, médicos- les habían dado a entender<sup>33</sup> que precisamente aquella clínica era la que más esperanzas ofrecía para la intervención que la niña requería. Y si digo esto último (“requería”) es porque de la sentencia se desprende que, al menos en aquel entonces, no cabía pensar en otra solución que la quirúrgica.

De ahí que la sentencia propiamente dicha, que condenó (recuérdese) a más de 110 millones de pesetas, me parezca insuficientemente fundamentada en lo que a ese *quantum* se refiere. Aunque la resolución no razona en términos de relación de causalidad, en realidad lo que hace es una *imputación objetiva absoluta*, valga el modo de hablar.

No me extraña tanto que la Sala no atendiese a los argumentos (en favor del

---

<sup>32</sup> “Ponderar”, dice nuestro Diccionario, es “examinar con cuidado algún asunto”, pero también “contrapesar, equilibrar”.

<sup>33</sup> Cosa distinta, e indiferente a estos efectos, es que esos médicos anteriores se equivocaran en su apreciación.

demandado) basados en *cursos causales hipotéticos* (traducibles por lo que *los padres podían haber decidido*, de haber sido informados, o en *lo que a la niña le podía haber ocurrido si no hubiera sido operada*). Me parece claro que los Tribunales son poco proclives a razonar en base a reflexiones de este tipo, que además requieren un notable aparato de “argumentación dogmática”.<sup>34</sup>

Lo que me extraña de la sentencia es que no atribuya ningún significado jurídico a los datos de hecho que el voto particular, en cambio, sí tuvo muy presentes. Datos sobre los que ese voto llegó a una *solución* más convincente -a mi juicio- que la de la mayoría de los Magistrados.

#### IV. APÉNDICE

En este capítulo recojo algunas sentencias que tienen relación con el objeto del presente trabajo, pero que, por no ser *centrales* en él, parecía oportuno separar del conjunto.

1. Particular mención merece la STSJ de Navarra de 27-10-2001, por cuanto, a mi juicio, contiene una muy completa, profunda y sistemática formulación de los criterios jurisprudenciales dominantes en materia de consentimiento informado.

Se dictó en un recurso de casación foral en el que era recurrente el actor del pleito.

Este había formulado demanda contra un médico dentista y su compañía aseguradora, en reclamación de una indemnización de 3.000.000 de pesetas por los daños y perjuicios que el demandante decía haber sufrido al perder la sensibilidad de una parte del labio y de la mejilla del lado derecho como consecuencia de la lesión parcial de la tercera rama del nervio trigémino derecho. El actor fundaba la responsabilidad civil atribuida al médico en un doble título de imputación: la deficiente prestación de la asistencia médica requerida -en concreto, por la omisión de un examen radiológico previo a la extracción- y el incumplimiento de las exigencias propias del consentimiento informado, singularmente la falta de información previa de los riesgos inherentes al acto médico realizado.

La Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, había desestimado la demanda, rechazando esa doble imputación de responsabilidad.

Según la sentencia del TSJ, la sentencia recurrida había concluido, tras un exhaustivo análisis de la prueba practicada: “a) que la actuación médica del demandado, al proceder a la extracción simple de un cordal totalmente erupcionado sin radiografía previa, no es contraria a la práctica odontológica habitual, ni es por consiguiente negligente; b) que el riesgo de lesiones nerviosas como la expuesta en la demanda está

---

<sup>34</sup> Lo que no quita para que, según creo, a veces tengan que hacerlo (o, hablando “en pasado”, *tendrían que haberlo hecho*).

asociado a las extracciones quirúrgicas de cordales incluídos, pero no a las simples de cordales erupcionados, en las que no es habitual informar de tal atípico o excepcional riesgo; y c) que las lesiones que afirma el demandante padecer no han quedado suficientemente objetivadas con las pruebas que le han sido realizadas, ni en cualquier caso ha llegado a demostrarse el nexo causal entre aquéllas y la extracción realizada por el demandado”.

Reproduzco largos pasajes de esta interesante resolución:

*“La información del paciente y el consentimiento informado.*

*La información, al tiempo que constituye un derecho autónomo del paciente, exigible del médico con total independencia de las actuaciones a que pueda conducir, representa una premisa necesaria para el libre y consciente consentimiento de las actuaciones que definitivamente hayan de practicársele en el curso de su asistencia sanitaria.*

*A) La información del paciente.*

*El paciente tiene en cualquier momento o fase del proceso asistencial derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud (art. 10.2 del Convenio). Esta información ha de ser, con arreglo al artículo 5.5 de la Ley Foral 10/1990, comprensible, completa y continuada. Ello significa que ha de ser clara y adecuada a la personalidad y requerimientos del paciente; comprensiva del diagnóstico, pronóstico y tratamiento propuesto, así como de los beneficios, consecuencias y riesgos asociados al mismo y de sus alternativas, y ha de mantenerse a lo largo del proceso, cuando éste se prolonga en el tiempo. El precepto agrega que la información ha de ser verbal y escrita, sin indicar en qué casos será suficiente la primera o exigible la segunda.*

*De los requisitos expuestos interesan especialmente al enjuiciamiento del caso, y han de ser por ello objeto de una más detenida consideración, los relativos al contenido y la forma de la información.*

*a) El contenido.*

*La Ley Foral señala que la información será ‘completa’. Una interpretación rígida de esta exigencia, sobre dificultar el desempeño de la función médica con la imposición a los facultativos de exhaustivas indicaciones de todas y cada una de las eventualidades imaginables, por remotas y excepcionales que pudieran resultar, pugnaría con la claridad que la comprensión de la información suministrada requiere y en no pocas ocasiones propiciaría un injustificado alarmismo de incidencia negativa en el paciente. La exigencia de información ha de entenderse pues dentro de lo razonable, en los términos requeridos por la necesaria ilustración del paciente sobre su estado de salud y la consciente adopción por él de las decisiones que le conciernen, con ponderación de los riesgos y beneficios que de las alternativas ofrecidas puedan previsiblemente derivarse. El contenido de la información, amén de leal, verídica y sin reservas, deberá pues ser suficiente y adecuada a aquella doble función.*

*Desde luego la información previa a cualquier intervención médico-sanitaria ha de comprender, en palabras del artículo 5 del Convenio de 1997, tanto la naturaleza y finalidad de la intervención como sus riesgos y consecuencias. También -habría de añadirse- los beneficios que se esperan de ella y, con sus alternativas, los eventuales riesgos y consecuencias de su rechazo (cfr. S. 16 diciembre 1997, del Tribunal Supremo).*

*En lo que concierne a los riesgos, la frecuencia o probabilidad de determinados daños acentúa la exigencia de su advertencia, pero -como señala la sentencia de 12 de enero de 2001 del Tribunal Supremo- no la limita a los riesgos en que estadísticamente concurren aquellas características.*

*Resulta a este respecto ilustrativo que la Ley 3/2001 del Parlamento de Galicia incluya en la obligada información, junto a los riesgos frecuentes, los poco frecuentes que sean graves y estén asociados al procedimiento y también los personalizados correspondientes a la situación clínica del paciente (art. 8.5). Y es que lo relevante a estos efectos no es tanto la intensidad estadística o porcentual del riesgo cuanto su tipicidad, inherencia o común asociación, según el estado de la ciencia, a la intervención médica de que se trate, sea por la naturaleza misma del procedimiento, sea por el lugar o las circunstancias en que ha de llevarse a cabo, sea en fin por las condiciones personales conocidas de su destinatario. La información ha de referirse en definitiva a los riesgos 'típicos', 'inherentes' o 'asociados', según la experiencia y el estado actual de la ciencia médica, a la intervención diagnóstica o terapéutica en cuestión, esto es, a los riesgos normalmente ligados al acto como posibles conforme a una razonable previsión; sin que, como ya declaró esta Sala en sentencia de 6 de marzo de 1996, sea exigible a los profesionales de la medicina la información de todos y cada uno de los eventuales o potenciales riesgos e infinitas complicaciones que del acto médico puedan derivarse.*

*A lo expuesto ha de agregarse todavía que la extensión y la precisión en la información son exigidas en la llamada medicina satisfactiva con mayor rigor que en la curativa o asistencial.*

*b) La forma.*

*La Ley Foral 10/1990 se refiere a una información 'verbal y escrita', sin especificar - como antes se ha dicho- en qué casos será suficiente la primera o exigible la segunda. No lo hace tampoco la Ley General de Sanidad de 1986. La legislación autonómica precedentemente citada viene resolviendo tal alternativa en el sentido de imponer la constancia documental para la información y el subsiguiente consentimiento ante procedimientos diagnósticos o terapéuticos que entrañen riesgos o inconvenientes considerables para el paciente. Siendo comúnmente oral la información a los pacientes en la praxis médica habitual, la forma escrita aparece evidentemente indicada ante cualquier intervención sujeta al consentimiento del paciente que exija la constancia documental de éste; y ello, porque, siendo la información premisa y antecedente necesario de su consentimiento -'consentimiento informado'-, parece lógico que al recabado por escrito preceda una información asimismo documentada de las consecuencias y los riesgos que por él asume el paciente.*

*De todos modos, la forma escrita, que la Ley Foral de la Salud, como la General de Sanidad, no el Convenio de 1997, anudan de principio al consentimiento informado, cumple una función simple o meramente probatoria, tanto del consentimiento como de la información que ha de precederle, de suerte que la falta de documentación no impide reconocer su existencia, de acreditarse ésta por otros medios probatorios (cfr. S. 10 noviembre 1998 del Tribunal Supremo). La constancia documental, que la Orden Foral 37/1999, de 12 de febrero, de la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra ordena incorporar a la historia clínica individual del paciente (art. 9.2), facilita la directa comprobación de la observación de estos requisitos -información y consentimiento-, pero no constituye requisito esencial de su cumplimiento. No ha de olvidarse al respecto que la prueba de este cumplimiento recae sobre el médico, no sólo por su más favorable situación para la consecución de la misma (SS. 28 diciembre 1998; 19 abril 1999 y 12 enero 2001 del Tribunal Supremo), sino también porque el incumplimiento es un hecho negativo cuya difícil demostración no puede imponerse con efectos decisorios a quien lo afirma y menos cuando la incertidumbre sobre el cumplimiento se deriva de la inobservancia por el facultativo de la forma escrita requerida al efecto.*

*B) El consentimiento informado.*

*Entre los derechos del ciudadano ante los servicios sanitarios que reconoce el artículo 5 de la Ley Foral de Salud se encuentra 'la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso', declarándose 'preciso el consentimiento previo y por escrito del paciente para la realización de cualquier intervención', aunque con las excepciones que en él se relacionan (ap. 6). En el mismo sentido, establece el artículo 5 del Convenio de 1997 que 'una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento'.*

*Integra este consentimiento la declaración por la que el paciente, previamente informado y consciente de su diagnóstico, pronóstico y tratamiento, así como de los beneficios, consecuencias y riesgos asociados al mismo y de sus alternativas, con el alcance a que antes se ha hecho mención, manifiesta libre e inequívocamente el ejercicio del derecho de elección y autodeterminación que le asiste en el ámbito de la propia salud, su específica conformidad con la intervención propuesta.*

*La consecuencia fundamental de su otorgamiento es la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la intervención de que haya sido previamente informado, siempre que no resulten imputables al negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en que se practica (cfr. SS 23 abril 1992 y 26 setiembre 2000 del Tribunal Supremo y 6 marzo 1996, de este Tribunal Superior de Justicia.*

*La vigente normativa legal requiere el consentimiento informado para 'cualquier intervención' en el ámbito médico-sanitario; pero la actuación diagnóstica o terapéutica de que se trate ha de merecer tal consideración o calificación para reputarlo necesario. La Ley Foral 10/1990 exige que el consentimiento, además de ser previo al acto, ha de prestarse por escrito, pero ya antes se ha examinado el sentido y alcance de esta exigencia formal y a lo antes indicado procede aquí remitirse a fin de evitar inútiles repeticiones sobre el particular".*

*Cuarto.- La responsabilidad civil por la omisión de un consentimiento previa y suficientemente informado.*

*Siendo la previsibilidad y evitabilidad del daño presupuestos de la culpa y, ésta, único fundamento posible de la responsabilidad civil en la actuación médica asistencial, en que la jurisprudencia descarta cualquier clase de objetivación (SS. 6 noviembre 1990, 12 marzo 1999 y 10 abril 2001, del Tribunal Supremo y 24 noviembre 1995 y 6 marzo 1996 de este Tribunal Superior de Justicia), no cabría exigir del facultativo interviniente responsabilidad alguna por las consecuencias imprevisibles del acto médico realizado, ni por las que siendo previsibles fueran inevitables pese a una correcta aplicación de la técnica indicada al caso (art. 1.105 del Código civil).*

*Y efectivamente no incurre el profesional de la medicina en responsabilidad por los daños que, a causa de su insólito, atípico o anormal acaecimiento en intervenciones de la naturaleza de la practicada y en las circunstancias concurrentes en ella, escapan a una común, prudente y razonable previsión de los riesgos asociados a ella. Su misma imprevisibilidad, excluyente de la culpa por su falta de prevención, hace disculpable la omisión de su advertencia en la información previa debida al paciente.*

*No reciben sin embargo el mismo tratamiento los daños consecuentes a una intervención que, pese a ser -con los medios de que se dispone y en las circunstancias del caso- inevitables y desde luego inimputables a una eventual negligencia médica en su realización, resultan previsibles por constituir su acaecimiento un riesgo típico, inherente o asociado, según la experiencia y el estado actual de la ciencia médica, a la actuación diagnóstica o terapéutica en cuestión. En tales supuestos, el riesgo inevitable, aunque típico y, en esa medida, previsible, ha de ser consciente y libremente asumido por el paciente para que el daño en que eventualmente pueda traducirse quede extramuros de la responsabilidad civil. El consentimiento informado no libera de responsabilidad al médico por los riesgos derivados de una actuación inadecuada, pero sí de los demás inherentes a ella e inevitables en una correcta prestación. De ahí la trascendencia de su advertencia al paciente para que pueda sopesarlos junto con otras alternativas u opciones al decidir sobre el tratamiento sometido a su consideración y consentimiento. La falta o la insuficiencia de la información ofrecida al paciente o, lo que es igual, la omisión de un consentimiento previa y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención, determina la asunción de estos riesgos por el facultativo (SS. 23 abril 1992 y 26 setiembre 2000, del Tribunal Supremo y 6 marzo 1996, de este Tribunal Superior de Justicia) y, con ella, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse.*

*Así pues, para que pueda declararse la responsabilidad civil médica por la omisión de un consentimiento previa y suficientemente informado es preciso que el paciente haya sufrido, como*



consecuencia de una intervención médica, correctamente realizada, un daño de cuya eventual producción no hubiera sido informado con carácter previo al consentimiento requerido para el acto, pese a constituir su acaecimiento un riesgo típico o inherente a ella en una razonable representación de sus previsibles consecuencias. En definitiva, la apreciación de la expresada responsabilidad exige el concurso de los siguientes requisitos.

a) *Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado. El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de responsabilidad civil. Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual.*

b) *Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a ella. Su exigencia no constituye sino manifestación de la necesaria relación de causalidad que es asimismo presupuesto de la responsabilidad civil. El daño no sólo ha de mostrarse vinculado o ligado causalmente a la intervención, sino que ha de ser traducción de un riesgo típico o asociado a ella del que el paciente debió ser informado previamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento. Si el daño sufrido no fuera inherente a la intervención ni por ende previsible en una estimación anticipada de sus eventuales riesgos, su acaecimiento quedaría plenamente integrado en el caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1.105 del Código civil); y ello, aunque sobre los riesgos típicos tampoco se hubiera producido la necesaria información al paciente.*

c) *Que el riesgo finalmente materializado en daño no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención. Como antes se ha dicho es la omisión del consentimiento previa y suficientemente informado de los riesgos típicos la que determina su asunción por el médico responsable. Tratándose de un riesgo asociado a la intervención, la omisión de su advertencia es en este respecto suficiente, aunque al consentimiento hubiera precedido la información de otros posibles riesgos.*

d) *Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio. En caso contrario, será apreciable la responsabilidad, pero por culpa o negligencia en la actuación o en la organización del servicio y no por el título de imputación a que este examen se contrae”.*

**2. STS 7-3-2000. Responsabilidad patrimonial del Estado por la falta de demostración de que se facilitó al paciente información sobre los riesgos de la intervención.**

Esta sentencia tiene interés por sus razonamientos en torno al significado y alcance del deber de información que incumbe a la Administración sanitaria.

*“Referido el tercero y último motivo a la infracción del artículo 1.902 CC, debe igualmente desestimarse, puesto que consta, con toda claridad, pese a los graves riesgos que entrañaba la extracción de médula ósea, que no se obtuvo el consentimiento informado de la actora, según establece en el artículo 10.5ª y 6ª de la Ley general de Sanidad 14/1986 de 25 de abril, que exige su plasmación por escrito, siguiendo con ello la Recomendación 51/1984 del Defensor del Pueblo. En el caso de autos, el riesgo de la intervención era evidente, como se acreditó por prueba pericial, lo que conlleva una mayor exigencia en cuanto al consentimiento. Pero para que el consentimiento prestado sea eficaz es preciso que sea consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se le hubiese comunicado cuáles eran las características de la intervención a la que sería sometida, riesgos que conllevaba, alternativas, número de punciones, complicaciones que podían ocurrir durante la extracción o a posteriori. En igual sentido se expresa la Ley de Extracción y Trasplantes de Organos y su reglamento, aplicable al caso, dado que se extrajo*

*médula ósea para trasplante y en este sentido se pronuncia el informe médico legal. Dichas normas establecen que el consentimiento ha de plasmarse de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo por escrito ante la autoridad pública reglamentariamente determinada. Añadiendo que en ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento, exigiendo que haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión (artículo 4 L 30/1979 de 27 de octubre). Sentada la ineludibilidad de la información y del consentimiento escrito y no constando que ello se verificase, debe establecerse a quién fuese imputable dicha negligencia y las consecuencias de la misma. Analizadas las alegaciones de las partes se concluye que el Servicio Andaluz de la Salud no consideró necesario que el consentimiento se plasmase por escrito, en contra de lo legalmente establecido, ni consta que para supuestos de extracción de médula ósea destinada a trasplante tuviese protocolos informativos normalizados destinados a cumplir con la preceptiva obligación de información. Igualmente tampoco se ha probado que se hubiesen emitido instrucciones a los facultativos para que en estos casos informasen debidamente y obtuviesen el consentimiento por escrito. En suma, se entiende que el Servicio Andaluz de la Salud no actuó diligentemente en el caso de autos al no establecer normas internas precisas para que se informase a los donantes de las características, riesgos y consecuencias de la extracción de médula, extremos sobre los que no consta que se desarrollase prevención alguna. Por tanto, no es de recibo la imputación que el Servicio Andaluz de la Salud efectúa, atribuyendo la responsabilidad de dicha omisión a los propios médicos, extremo que la Sala no acepta, ya que el Servicio Andaluz de Salud no organizó debidamente la información al donante, ni procede considerar suficiente lo que denomina el Servicio Andaluz de la Salud como consentimiento tácito. Ciertamente la actora autorizó la extracción, al considerarlo la única forma para que su hermana superase la grave enfermedad que le aquejaba, pero su voluntad se encontraba gravemente viciada dado que no había sido informada y, por tanto, no concurrió consentimiento válido expreso ni presunto (artículo 1.261 CC). En definitiva, los hechos descritos se subsumen con acierto en el precepto que se invoca indebidamente como infringido.”*

**3. STS 20-2-99. Falta de diligencia en la atención médica y omisión del deber de información. Causalidad, no relación de causalidad, entre esa falta de información y el daño sufrido por el paciente.**

La reproducción de una buena parte del fundamento jurídico primero de la sentencia permite conocer los antecedentes del caso y las causas de la imputación, al médico demandado, de negligencia o impericia en su actuación.

De los fundamentos de Derecho (la parte de la sentencia que conozco) parece desprenderse que el médico era el único demandado. Había sido absuelto por la Audiencia. Y el Tribunal Supremo estima el recurso de casación del demandante.

En el fundamento jurídico primero se dice:

*“De los hechos probados se desprende una falta de diligencia del médico D. José Luis M. del Y. En efecto, la lex artis de la profesión médica exige que la conducta del profesional sanitario, como experto, ponga a disposición del enfermo todos los medios materiales de que dispone y que prevea, de forma anticipada, las posibles complicaciones y evolución de la patología que trata de curar. Aquí es donde podemos cifrar la negligencia del médico. Si, como él mismo reconoció, un elevado porcentaje de heridas traumáticas pueden abocar a una gangrena gaseosa, no resulta justificada su conducta, recomendando al paciente que acudiese a su traumatólogo de zona el lunes siguiente (es decir, cinco días después al de la producción de la lesión). Ante una herida abierta, recientemente limpiada, un especialista habituado a conocer probables incidencias de agravación no debió limitarse a practicar una cura de urgencia y posponer durante cinco días la revisión que pudiera realizar un traumatólogo. Que su escasa previsión resultó insuficiente se reveló con brutal dramatismo tres días después al descubrirse una gangrena galopante que obligó a la amputación urgente de la pierna por encima de la rodilla. Si hubiesen esperado hasta el lunes recomendado, las consecuencias hubieran*

*podido ser fatales.*

*El hecho de que el paciente fuese alérgico a los antibióticos no excusaba de haberle administrado otros remedios farmacéuticos, como sulfamidas ..., cualquier medicación que pudiera abortar las previsibles infecciones.*

*Tampoco realizó un mínimo seguimiento del enfermo, teniendo en cuenta que, según la ciencia médica, la existencia de tejidos destruidos en una herida es un caldo de cultivo del germen de la gangrena gaseosa. Resulta evidente que no se efectuó un adecuado control posterior de la cura de urgencia, que, de haberse practicado, hubiera patentizado la no total desinfección de la herida, causa de que se incidiera en la patología degradante.*

*Podría sustentarse, a la vista de la prueba practicada, que de haberse puesto a disposición del herido todos los medios antiinfecciosos, se habría podido soslayar la traumática amputación.”*

A renglón seguido, al final del fundamento jurídico primero y en la totalidad del segundo, la sentencia resuelve la cuestión relativa a la culpa consistente en no informar al paciente y la (implícita) de determinar de qué daño se responde en ese caso. La sentencia razona así:

*“La causalidad dañosa hay que deducirla de dos factores decisivos: no haber prestado al enfermo todos los remedios que la ciencia aconseja y la falta de una correcta información al paciente; se produjo una evidente desproporción entre las insuficientes medidas adoptadas y el daño posteriormente producido, por cuanto, en casos como éste, la complicación de la gangrena era predecible al existir una herida de 5 cm. en el pie.*

*Por vía de exculpación, tanto por el recurrente como en el informe pericial unido a los autos, se insiste en que en las curas de urgencia ‘nunca puede saberse si la limpieza ha sido la correcta’. Pero este argumento hay que interpretarlo en sentido contrario a como lo hace la parte. Partiendo de esa evidencia, del desconocimiento de la posible ortodoxia de la cura y de las muchas posibilidades de incidir en una infección grave, es por lo que resultaba imprescindible haber ilustrado al herido de las probables complicaciones y es por lo que se hacía aconsejable practicar un seguimiento del tratamiento verificado hasta que el paciente fuera atendido por el traumatólogo.*

*Era de todo punto necesario haber informado al actor sobre el cuidado y la vigilancia que requería la herida hasta que, cinco días después, acudiese al traumatólogo. Esta falta de previsión podemos estimarla como causante de la minusvalía que actualmente padece el lesionado.”*

Esta sentencia sugiere que la causa *real* de la condena fue la de deficiente asistencia en el tratamiento por parte del médico. Verdad es que la resolución alude también a la falta de información, pero creo que en el fondo esa circunstancia sólo es -en el pensamiento de la Sala- una forma de insistir en esa defectuosidad del tratamiento. Pensando así es como se entiende por qué se atribuye al médico la responsabilidad por *toda* la minusvalía que acabó afectando al paciente.

**4. STS, Sala Tercera, 11-5-99. Ruptura del nexo causal entre la actividad sanitaria pública y el daño sufrido. Aceptación por la cliente de los riesgos que comportaba la intervención quirúrgica.**

La Sala Tercera declaró no haber lugar al recurso de casación promovido por la actora, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid. Los demás datos y hechos resultan del texto que a continuación reproducimos:

*“La sentencia de la Sección 9ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid, desestimatoria del recurso número 1130/1991 promovido contra la denegación presunta de la petición formulada ante la Administración, al objeto de que le fuera satisfecha a la demandante la indemnización correspondiente por la lesión medular y paraplejia que le había producido la intervención quirúrgica de la escoliosis que padecía, es impugnada a medio del recurso de casación tramitado en el presente rollo, al amparo del ordinal 4º artículo 95.1 LJCA, articulando tres motivos distintos, en los que, respectivamente, se consideran infringidos, en el primero, los artículos 106 CE y 40 LRJAE, en tanto que en el segundo los 10 L 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad y 25 y 28 L 26/1984 de 19 de junio, general para la defensa de los consumidores, para, en fin, en el tercero, los 24 CE y 1.214 CC, aduciendo sustancialmente para fundamentarlos: A) que la falta de información sobre los riesgos de la operación quirúrgica y la carencia del consentimiento expresado por la paciente, unido al hecho de que la paraplejia fue producida o por empleo de técnica incorrecta o, aun siendo la adecuada, tuvo lugar en el quirófano alguna circunstancia que originó la desgracia, son determinantes de la indemnización postulada; B) que las Leyes Generales de Sanidad y de los Consumidores resultan igualmente conculcadas en la sentencia impugnada, por cuanto de ellas se deriva igualmente la responsabilidad de la Administración sanitaria, y C) que probadas las distintas alegaciones vertidas en el escrito de demanda y exigiendo la Sala de instancia, sin embargo, como necesarias otras cargas probatorias de imposible cumplimiento, habían de entenderse quebrantados el principio constitucional de la tutela efectiva y el general de la carga de la prueba establecido en el invocado artículo 1.214.”*

.....

*“Cuarto: Así las cosas, y en congruencia con cuanto dejamos expuesto en los fundamentos anteriores, parece oportuno e incluso obligado recordar, por su trascendencia a efectos decisorios, el concreto relato fáctico que se incorpora en la motivación jurídica 6ª de la sentencia recurrida, en la que literalmente se expresa: ‘sin embargo, la actuación de los médicos viene forzada por la voluntad de la paciente y en contra de las recomendaciones médicas’, haciéndose notar a seguido que en el expediente del Hospital G.U. consta que ‘se le aconseja la no intervención por los riesgos que conlleva (especificándose cuáles son éstos)... la enferma insiste y solicita la intervención, firmando la aceptación a pesar de los riesgos -a operar-, aunque (en el folio X del expediente) no aparece la firma de la muchacha, que ha esperado a tener 18 años para poder asumir la responsabilidad; no cabe dudar de que el contenido de la asunción de riesgos haya sido obtenida fraudulentamente dada la presencia de sus padres acompañantes’.*

*Quinto: Relatados los presupuestos de hecho que el Tribunal de instancia estima concurrentes en el supuesto actual y que han de servirnos de base en la presente decisión, habida cuenta que ni tan siquiera han resultado combatidas en el recurso aquellas estimaciones por los cauces que, como excepciones, consignábamos en el fundamento de Derecho tercero, in fine, procede abordar el enjuiciamiento de los tres distintos motivos articulados y, comenzando por el primero, hemos de decir que no cabe reputar infringidos los precitados artículos 106 CE y 40 LRJAE, pues aunque sea cierta la obligación que pesa sobre la Administración de indemnizar los daños y perjuicios que cause a los particulares el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en los términos y con los condicionamientos que expresábamos en el fundamento segundo, no podemos, sin embargo, prescindir, según indicábamos con anterioridad, de las estimaciones efectuadas por la Sala de instancia, ya referidas, apreciando los elementos probatorios obrantes en las actuaciones, y más específicamente que la actuación de los médicos, esto es, la intervención quirúrgica, ‘vino forzada por la voluntad de la paciente, que afirmó la aceptación a pesar de los riesgos...’, cuya voluntad y aceptación no podemos por menos de considerarlas, al modo que expresa el Tribunal de instancia, como interruptora de la ‘cadena de responsabilidades facultativas’ o, en otros términos, como ciertamente enervante de la pretensión deducida para alcanzar la responsabilidad patrimonial de la Administración, al no poder estimar concurrente, en puridad, el inexcusable nexo causal entre actividad sanitaria desarrollada y el daño producido, en razón de la asunción, por la paciente, de los riesgos que comportaba la intervención*

quirúrgica y que le habían sido comunicados previamente, no pudiendo, pues, compartirse ni las afirmaciones que formula la parte recurrente en orden a la 'falta de información sobre los riesgos y la carencia de consentimiento de la paciente', como contrarias a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, o a que 'la paraplejia se produciría por empleo de técnica incorrecta, por consecuencia de alguna circunstancia ignorada que sucedió en el quirófano o bien por mor de la lesión de tipo isquémico no advertida oportunamente' (llamando la atención, en relación con estas aseveraciones, que no fuera propuesta prueba alguna en el proceso por aquel a quien incumbía, en orden, por ejemplo, a la corrección de la técnica quirúrgica empleada), ni las consecuencias que pretenden deducirse de tales alegaciones, ya que la previa advertencia médica de los gravísimos riesgos que conllevaba la operación y la voluntad de la paciente de que se llevara a cabo la misma asumiendo sus riesgos, impiden como decíamos la responsabilidad pretendida por la parte recurrente como derivada de la actuación de los servicios médicos del hospital, los cuales están llamados, como reiteradamente mantiene la Sala 1ª de este Tribunal (por todas S. 9-12-98), 'no a obtener un resultado (la salud del paciente), sino a prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado'.

*Sexto:* En idéntico sentido desestimatorio hemos de pronunciarnos con relación al segundo motivo esgrimido, en el que se acusa la infracción del artículo 10 Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 19-7-84, pues aunque margináramos la manifiesta certeza de que la responsabilidad patrimonial cuestionada en el proceso viene directa y específicamente regulada en los artículos 106.2 CE, 40 LRJAE, hoy sustituido por la LRJAP y 121 EF, es de tener en cuenta que tales preceptos ciertamente y desde luego son de preferente y necesaria aplicación sobre los invocados en el motivo que examinamos, en cuanto éstos sólo contienen criterios de orden general y ha de acudir a aquellos otros para determinar en concreto la procedencia o improcedencia de la responsabilidad patrimonial, todo ello sin perjuicio de hacer constar que devendría en cualquier caso y en último término aplicable la doctrina que proclamábamos en el fundamento anterior.

*Séptimo:* Los artículos 24 CE y 1.214 CC tampoco pueden ser considerados conculcados en la sentencia recurrida, por cuanto no cabe desconocer, respecto del primero, que en la misma, al decidir el proceso, se presta efectivamente la tutela judicial que proclama la norma constitucional, aunque resulte desfavorable para el demandante, en tanto que, con relación a la carga de la prueba invocada, hemos de recordar ahora que ciertamente se está combatiendo la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sala de instancia (habida cuenta que se disiente de la realidad del consentimiento prestado por la enferma para la práctica de la operación quirúrgica), cosa vedada en casación, según razonábamos en la motivación tercera, excepción hecha de los concretos supuestos relacionados, que no concurren en el caso examinado, y que en modo alguno puede afirmarse que resulta alterado el onus probandi cuando 'esta parte (recurrente) han probado todo', siendo así que según exponíamos con anterioridad deviene requisito necesario para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración el acreditamiento de la realidad del daño, así como que éste derive directamente de la actividad sanitaria y sea imputable a los servicios públicos en los términos que sostiene el recurrente, con mayor razón en supuestos como el presente en que los facultativos fueron en realidad forzados a la intervención, después de advertir el alto riesgo quirúrgico de 'morirse o quedarse paralítica', y cuando no parece pueda ser decidido el tema acudiendo meramente a las presunciones, ante la existencia de otros elementos probatorios en las actuaciones, valorados en la sentencia impugnada, ni deba ser atribuida miméticamente y como axioma a la Administración la responsabilidad cuestionada en aquellos casos en que se ignora absolutamente si se 'empleó técnica incorrecta', pareciendo más bien lo contrario, al igual que 'si sucedió alguna circunstancia extraña en el quirófano.'

**5. STS 25-9-99. Relación de causalidad: no es preciso que el requisito del nexo causal tenga que concurrir con matemática exactitud.**

La demanda fue promovida por la viuda y los dos hijos del paciente fallecido como consecuencia de problemas de amplio espectro, fundamentalmente renales y circulatorios. La reclamación se había entablado contra un médico de una Mutua patronal

y esta última, contra dos compañías aseguradoras, contra un médico del Instituto Catalán de la Salud y contra el propio Instituto.

Desestimada la demanda por el Juzgado, la Audiencia condenó solidariamente al médico del servicio del Instituto Catalán de la Salud, a dicho Instituto y a una aseguradora, absolviéndose a los demás demandados.

El Tribunal Supremo desestimó los recursos de casación del médico condenado y del Instituto.

En el recurso de casación del médico condenado se articularon motivos que giraban en torno a la ausencia de culpa, a la falta de relación de causalidad y a la indebida aplicación de la prueba de presunciones por parte de la sentencia recurrida.

Por el interés que tiene la argumentación del recurrente y la que revisten los razonamientos de la Sala, conviene reproducir en primer lugar los hechos en que se fundaba el primero de esos motivos. Tal y como los transcribe la sentencia del Supremo, tomados en resumen del recurso, eran éstos:

*“En la resolución recurrida no se consigue establecer una relación de causalidad entre la supuesta demora de traslado del enfermo sometido a la atención del Dr. V., a la UCI, y el posterior fallecimiento de éste y la falta de tal condición es la que impide la apreciación de la culpa extracontractual y por consiguiente la obligación de indemnización. En el fundamento de Derecho quinto se dice: ‘el único dato que la Sala puede valorar para imputar el resultado a la omisión culposa del agente...’, es el ‘porcentaje en los casos de fallo multiorgánico...’. Resulta que, según un perito, el porcentaje de muertes en caso de fallo multiorgánico es el 90%, por lo que las posibilidades de supervivencia sería el 10%. De los dos párrafos anteriores la Audiencia concluye que la supuesta dilación del recurrente privó al enfermo de un más rápido tratamiento y originó el fallo multiorgánico del enfermo, lo que mermó sus posibilidades de supervivencia y que, por lo tanto, existe relación de causalidad entre el acto negligente y el hecho dañoso. Este razonamiento es absolutamente inaceptable porque carece de toda certeza de posibilidad, pues puede o no puede haberse producido la circunstancia indicada, y la prevención de la seguridad anula el nexo de causalidad. De los hechos probados resulta que el fallo multiorgánico, elemento básico de la argumentación condenatoria, no se produjo cuando el Sr. P. estaba bajo la vigilancia del recurrente, sino cuando ya se encontraba en la UCI y se le había instaurado el tratamiento que se recoge, lo que todavía desacredita más el elemento fáctico del silogismo criticado. El fatal desenlace del Sr. P. se produce 30 días después del traslado del mismo a la UCI, durante los cuales tuvo altibajos y fases de mejoría. El reproche que se hace al Sr. V.O. es un retraso de 12 horas en el traslado a la UCI, tiempo que resulta mínimo en comparación con el que permaneció en tratamiento constante en la UCI. El nexo causal del fallecimiento del Sr. P. con la actuación del recurrente no está aclarado, ni probado, y cuando no es posible establecer una relación de causalidad culposa, no hay responsabilidad sanitaria, según enseñan las SS., entre otras, de 26-5-86; 12-7-87; 12-2-88 y 7-2-90”.*

En este punto, dice la sentencia en su fundamento jurídico tercero:

*“Respecto a la inexistencia de la relación de causalidad en que, sustancialmente, viene a basarse el motivo, no cabe duda de que la relación de hechos probados no permite admitir semejante tesis, toda vez que si el Dr. V. apreció sobre las 21 horas del 12 de setiembre de 1990 que el enfermo padecía shock séptico y no adoptó de inmediato su ingreso en la UCI y la aplicación de antibióticos, ello representó una actuación claramente omisiva, sobre todo por la importancia que, en tales casos, tiene la adopción de un rápido tratamiento, y ello, aun contando con las escasas posibilidades de supervivencia del enfermo, sin que, por otro lado, sea preciso que, en casos semejantes como el que nos*

*ocupa, el requisito del nexo causal tenga que concurrir con matemática exactitud, y sin que tenga suficiente relevancia al respecto la circunstancia de producirse el fallecimiento treinta días después; por consiguiente, las precedentes consideraciones impiden atribuir al Tribunal a quo, en los aspectos acabados de referir, haber infringido el artículo 1.902 CC, lo cual, origina la claudicación del motivo analizado”.*

A continuación, la sentencia aborda el examen del motivo segundo, extremo en el que también interesa reproducir lo argumentado por el recurrente y la respuesta de la Sala.

*“En el motivo segundo se alega la infracción del artículo 1.214 CC, que imputa la carga de la prueba a la parte que afirma, así como la jurisprudencia contenida en las SS 13-7-87, 12-7-88, 7-2 y 6-11-90, 20-2-92, las cuales descartan toda posibilidad de inversión de la carga de la prueba o de responsabilidad objetiva en la actuación profesional de los médicos, ya que los perjudicados o herederos deben probar la culpa del médico y la relación de causalidad entre la conducta ilícita y hecho dañoso.*

*En realidad, la desestimación del motivo anterior supone el fracaso del que ahora se examina, máxime, cuando es reiterada y bien conocida la doctrina de la Sala relativa a que no se altera el principio de distribución de la carga de la prueba si el Juzgador realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora luego en conjunto su resultado, siendo ello efectuado en la sentencia recurrida, y cuando la responsabilidad apreciada en el facultativo recurrente no lo fue en virtud de un principio de responsabilidad objetiva, sino por estimar en él una actuación de negligencia omisiva, como se desprende del relato de hechos probados, bastando estas reflexiones para reafirmarse en el fracaso del segundo motivo del recurso.”*

Por fin, al examinarse el motivo tercero de casación, la Sala vuelve sobre los argumentos que ya había expresado en punto a la concurrencia o no en este caso de una adecuada relación de causalidad. A tal efecto, en sus fundamentos jurídicos sexto y séptimo la sentencia dice:

*“En el motivo tercero, último formulado en el recurso del Sr. V.O., se aduce la infracción, por indebida aplicación, del artículo 1.253 CC, puesto que al fallo condenatorio se ha llegado por razonamientos preventivos y aplicando la condena por cálculo de probabilidades al presumir que una atención más indicada al enfermo habría evitado el fallo multiorgánico, basándose el fallo, en definitiva, en una sucesión de presunciones, y así, el único hecho que se puede derivar es que, en el supuesto de shock séptico con fracaso multiorgánico, exista un 90% de posibilidades de muerte contra un 10% de supervivencia. El hecho de que el enfermo hubiera tenido más posibilidades de sobrevivir en situación de no haberse producido el agravamiento, no quiere decir que no se habría muerto. Como mucho, podría decirse que la actuación del recurrente habría mermado las posibilidades de vida, pero esto no puede ser motivo de condena, ni siquiera civil. Y no se encuentra probado, ni establecido en sentencia, que el reiterado fracaso multiorgánico hubiera sido producido por la dilación en el traslado a la UCI, y ni siquiera que se haya producido durante el tiempo en que el paciente estuvo sometido a la atención médica del recurrente.*

*Una meditada lectura de la sentencia no permite entender que el fallo condenatorio fuese producto del juego de presunciones, ni que éstas hubieran llevado a establecer la negligencia omisiva apreciada en la sentencia, y, por supuesto, no es posible estimar la concurrencia de ninguna presunción en la afirmación de que un fallo multiorgánico ocasiona la muerte del paciente en un 90% de los casos, y es de reiterar aquí lo dicho en el fundamento de derecho tercero de la presente respecto ‘a no ser preciso que, en casos semejantes como el que nos ocupa, el requisito del nexo causal tenga que concurrir con matemática exactitud’; y esto así, procede concluir que el Tribunal a quo tampoco infringió, de modo alguno, el referido artículo 1.253. Y la improcedencia de los tres motivos del recurso interpuesto por D. José V. O. lleva consigo, en virtud de lo dispuesto en el ritualario artículo*

*1.715.3, la declaración de no haber lugar a dicho recurso.”*

**6. STS 7-6-2002.** Un caso de “deber de información”, no de “consentimiento informado”.

Los padres de un niño, actuando en su propio nombre y en representación del hijo, demandaron a un médico ginecólogo y a la sociedad propietaria de la clínica en la que éste desarrollaba su actividad profesional, reclamando 100.000.000 de pesetas para el hijo, 50.000.000 de pesetas para cada uno de los demandantes y 20.000.000 de pesetas para cada uno de los otros tres hijos que tenían los actores.

La demanda se basaba en los siguientes hechos: la esposa y madre demandante, señora R., acudió al doctor V. para que éste la atendiera durante el período de gestación. La señora R. tuvo dudas sobre el riesgo de que el feto tuviera alguna malformación, dudas que se encargó de disipar el doctor V. diciéndole que no se preocupara, que todo iba normal. Así se lo expresó el médico a la mujer y a su esposo. Transcurrido el período de gestación, la señora R., asistida por el doctor V., dio a luz un hijo varón con síndrome de Down. A las pocas semanas de vida se detectó al niño una cardiopatía y una hepatopatía.

Vista la referencia que la resolución del Supremo hace a la de la Audiencia, parece claro que los demandantes atribuían al médico demandado una conducta negligente o culposa, al no informar a la paciente de las pruebas disponibles para determinar la existencia de malformaciones en el feto, privándose a la madre de la facultad de optar por la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permitido.

Hay que hacer notar que la sentencia del Supremo, al referirse a las dudas de la madre embarazada, dice que las tuvo “por informaciones que halló en una enciclopedia casera”. Y la sentencia añade las siguientes palabras: “... seguramente ya las tenía (dudas) del riesgo de concebir un hijo con alguna malformación, pues es de dominio general que el embarazo a partir de los 35 años comporta riesgos de este tipo”.

El Juzgado de Primera Instancia de Figueras estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados a satisfacer conjunta y solidariamente las siguientes cantidades: al niño nacido, 20.000.000 de pesetas; a cada uno de los padres, 10.000.000 de pesetas; y a cada uno de los tres hijos anteriores, 5.000.000 de pesetas.

La Audiencia Provincial de Gerona, revocando parcialmente la sentencia del Juzgado, condenó a los demandados a abonar solidariamente la suma de 40.000.000 de pesetas a los padres demandantes (es decir, a los dos, no a cada uno de ellos). La Audiencia desestimó todas las demás pretensiones de los actores.

En la Audiencia, no obstante, hubo un voto particular por el que el Magistrado discrepante desestimaba íntegramente la demanda del caso.

Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo desestimó los motivos primero y segundo del recurso, que se refieren a extremos



irrelevantes a nuestros efectos.

No obstante, la Sala Primera estimó el motivo tercero, que invocaba violación, por aplicación indebida, del artículo 1.101 del Código civil, en relación con la violación, por no aplicación, de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que al efecto citaban los recurrentes.

En síntesis, este motivo venía a decir que, aun y cuando se considerara que la falta de información por parte del doctor V. pudiera integrar, en alguna forma, una figura de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, la inexistencia de daño real y la falta de relación causal entre el daño que pudiera estimarse producido y tal tipo de incumplimiento obligacional impediría la aplicación del deber de indemnizar daños y perjuicios.

La sentencia comienza su razonamiento en torno a este motivo con la siguiente doctrina general en materia de responsabilidad civil.

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

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

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