

La cuantificación del daño por falta de información en el consentimiento informado

M^a Isabel Morell Jiménez
Abogada

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN

II.- DERECHO DE INFORMACION Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

2.1.- REGULACION LEGAL

2.2.- DEFINICION Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

III.- FORMAS DE INDEMNIZAR EL DAÑO POR OMISION O DEFICIENCIAS EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

3.1.- CUANTIFICACION POR LOS TOTALES PERJUICIOS CAUSADOS.

3.2.- CUANTIFICACION CON EL ALCANCE PROPIO DEL DAÑO MORAL

3.3.- CUANTIFICACION POR APLICACIÓN DE LA TEORIA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD

IV.- CONCLUSIONES

V.- BIBLIOGRAFIA

I.- INTRODUCCIÓN

En la actualidad el auge y protagonismo que los **Derechos fundamentales** han experimentado, en el ámbito sanitario, se traduce en una progresiva evolución del concepto enfermo hacia términos más independientes y materialistas, produciéndose el coherente cambio conceptual, como opina **Garrido Jiménez**¹ de enfermo-paciente a enfermo-usuario. Por ello, el carácter altruista, con grandes dosis de protección y beneficencia que dirige cualquier relación médico-enfermo, debe dividirse y ceder su protagonismo **con el principio de autonomía**², del que es titular el usuario de la medicina, demandante en cualquier actuación médica de la que resulte un incumplimiento contrafactual o que ocasione un daño derivado del proceso médico.

Es indiscutible que, en el sector sanitario, el representante máximo de la libre autodeterminación del paciente lo constituye **el consentimiento informado**³ que se conforma como un elemento imprescindible, producto de la voluntad libre del enfermo, para la legitimación inicial de cualquier acto médico.

Es fácil apreciar que, debido a la trascendencia que la información sanitaria presenta en el momento actual, se hace indispensable que los profesionales de la medicina se conviertan en verdaderos informadores, preocupados por la fidelidad de sus manifestaciones y por las significativas repercusiones que la inobservancia del deber de informar con precisión puede generar en su quehacer diario. Como dice, **Vicandi Martínez**⁴ debemos tener presente que tanto el derecho de información como el consentimiento

informado, no son sinónimos, pero sí son las dos caras de una misma moneda. El derecho de información envuelve al consentimiento informado, pero este último sólo es una parte del primero.⁵ Así que, **la correcta información** al paciente se convierte en premisa necesaria para que pueda emitirse un **consentimiento válido**, por lo que esta información imprescindible para el paciente ha de extenderse sobre el diagnóstico, el pronóstico y las opciones de tratamiento y, muy especialmente, sobre cómo va a efectuarse este último, su duración y los riesgos inherentes.

Por tanto, la importancia de estos conceptos que se han intercalado en las relaciones médico-paciente, es incuestionable, hasta el punto de formar parte de la esencia de la *lex artis*⁶, debiéndose entenderse de esta afirmación que su vulneración conformaría un atentado

1 Garrido Jiménez, José Manuel. (2010) Análisis causal del acto médico y su importancia en el consentimiento informado. Dykinson

2 Sangüesa Cabezudo, Ana María. (2012) Autonomía del paciente. Consentimiento informado. Lefebvre. Según esta autora en el ámbito de la salud el derecho a decidir libremente fue incorporado a la Ley 14/1896, 25 de abril General de Sanidad, otorgando un ámbito de libertad que abre al paciente un conjunto de derechos que obtienen su correspondiente protección, mediante la imposición de obligaciones a los centros sanitarios, que se insertan en el desarrollo de la correcta prestación.

3 Artículo 10.4 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999.

4 Vicandi Martínez, Arantzazu. (2012) El derecho a la información. Un campo de batalla entre la medicina y el derecho. DS: Derecho y salud.

5 Cantero Martínez. Josefa. (2005) Autonomía del Paciente: del Consentimiento Informado al Testamento Vital, Edisofer S.L. Esta autora califica esta situación o relación, como un derecho de carácter "bifásico" porque el consentimiento informado requiere la previa información. Concretamente señala". Esta definición tan explícita recalca la dependencia de este derecho respecto del derecho de información, lo que, a mi juicio, nos permitirá calificar el derecho al consentimiento informado como un derecho de carácter bifásico, en la medida en que sólo puede ser eficazmente ejercitado si previamente ha habido la correspondiente información. Solo a partir de una información y adecuada de su proceso el paciente está en condiciones de emitir válidamente su consentimiento".

6 Vázquez López, J. Enrique. (2010) La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). Cuadernos de Medicina Forense. El concepto de "Lex artis ad hoc" es una construcción jurisprudencial, siendo significativa la Sentencia Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 1991, que la define como "aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)

contra la misma⁷.

Todo lo anterior, como opina **Tapia Hermida**⁸ es necesario para que este, el paciente, pueda ejercer su derecho fundamental a la libertad, eligiendo entre otras alternativas terapéuticas, un centro médico diferente más adecuado, no someterse a tratamiento, no ser informado, etc. En estos términos, resulta significativa la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001**⁹ que destaca el origen

⁷ Vicandi Martínez, Arantzazu. (2018) Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Artículo cuarto. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disposición final segunda. Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Dykinson, S.L.

⁸ Tapia Hermida, Alberto J. (2019) La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. Acción Directa y Pérdida de oportunidad. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro

⁹ STS de la Sala 1ª de 11 de mayo de 2001, Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luís. En su Fundamento de Derecho Séptimo dice: "Sobre el deber/derecho de Información aludido, se subraya que consistirá en informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el 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 (S 25- 4-1994). Asimismo, se ha expuesto que «...la información del médico preceptiva 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 art. 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 -Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio (RTC 1989, 132) - en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Uni-

constitucional de este deber/derecho de información.

II.- DERECHO DE INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

2.1.- REGULACION LEGAL

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*¹⁰, que entró en vigor el 15 de mayo de 2003, regula de forma clara y específica todo lo relacionado con la información, la titularidad de dichos derechos, y el subsiguiente Consentimiento Informado. Resulta de interés para este trabajo, comenzar por la regulación que la referida ley realiza respecto

das, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. 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, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos» (Sentencia 12-1-2001 [RJ 2001, 3]). En la propia Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 3, se prescribe respecto a la integridad de la persona: «1.- Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2.-En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley...»

¹⁰ Seuba Torreblanca, Joan C. y Ramos González, Sonia. (2003) Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Indret: Revista para el Análisis del derecho. El legislador español sigue con esta ley el modelo adoptado por diversas Comunidades Autónomas, siendo la primera de ellas en Cataluña, Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente, y a la documentación clínica; le siguen Galicia, Extremadura, Madrid y Aragón.

a los citados deber de información y el consentimiento informado. De este modo observamos como, se dispone el mandato, con carácter previo, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad general. Así el ART 2 de la citada ley recoge como segundo principio básico de la misma que *“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.”* En igual sentido el principio básico sexto del mismo artículo establece que: *“Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.*

Con relación a, la definición del consentimiento informado se recoge en el ART. 3 de la citada Ley: *“Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.”*

Continuando con el derecho a la información sanitaria o asistencial, establece el ART. 4 de la LBAPIC: *“1.-Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, (información que debe concretarse en el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios -STS 24 de noviembre de 2016-) salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, (que la información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente -STS 12 de abril de 2016-) comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (la falta de información, condiciona la voluntad del paciente, siendo el consentimiento otorgado, un consentimiento viciado, al no conocer el paciente, las consecuencias de la intervención, los riesgos y las contraindicaciones. Es un consentimiento prestado sin conocimiento de causa, y, por ello, ineficaz. Se trataría de un consentimiento desinformado. -SAP Barcelona, Sección 4ª, de 13 de septiembre de 2016) 2.-La información*



clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades (en aras a que entienda la actuación médica que se le practicará y las consecuencias que de la misma se puedan derivar, pues, de lo contrario, se le privaría de los elementos de comprensión necesarios para elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos o incluso acudir a un especialista o centro distinto-STS de 24 de noviembre de 2016) y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. 3.-El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. (STS 23 de octubre de 2015) Los profesionales (cualquier otro facultativo, entendido en sentido generalista STS 26 de noviembre de 2016) que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.”

Y considerando clave en nuestro estudio, la regulación del Consentimiento Informado, en cuanto a que debemos entender por el mismo, forma de prestarse según circunstancias, frente a que actuaciones médicas y cuáles son sus límites, el ART 8 establece: “1.-Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita

el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2.-El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. (en los supuestos enumerados, la aceptación debe constar firmada por el propio interesado, so pena de resultar invalido el mismo-SAP Barcelona, Sección 1ª, de 23 de Octubre de 2017-) 3.-El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.4.-Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud. 5.-El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Con relación a las condiciones de la información y el consentimiento informado, el ART 10 dispone: “1.-El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención (no son necesarios aquellos que no tienen un carácter de típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado STS de 24 de noviembre de 2016) d) Las contraindicaciones 2.- El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”

2.2.- DEFINICIÓN Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Como indica Adan Domenech,¹¹ la juris-

¹¹ Adan Domenech, Federico. (2018) Todas las actu-



prudencia hace referencia al **consentimiento informado**, destacando dos extremos. En primer lugar, constituye presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*, y, por tanto, forma parte de toda actuación asistencial (STS 23 de octubre 2015) y, en segundo lugar, se erige como una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica. (STS 26 de noviembre de 2016). Como consecuencia de la importancia que requiere la necesidad de mantener informado al paciente, el cumplimiento de este deber ha sido considerado por la jurisprudencia, por un lado, como una obligación del personal sanitario (STS 24 de noviembre de 2017) y, por otro, como un derecho del paciente.

En estos términos, encontramos jurisprudencia reciente acerca de lo que se considera consentimiento informado y sobre el derecho de información, contenido, responsable, forma y tiempo, amplitud, carácter personalizado y titular de la misma, destacando entre otras la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016**¹², en la que se define el **consentimiento informado: ES** presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica (...) es un acto que **DEBE HACERSE** efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que **OBLIGA** tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y **HACERLO** de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto.” Y añade la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016 “aún en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias.”

El consentimiento informado, **INCLUYE** el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuti-

alizaciones jurisprudenciales reseñadas en la ley proceden de su artículo: Responsabilidad sanitaria y consentimiento informado. Wolters Kluwer

12 STS de la Sala 1ª de 24 de noviembre de 2016, Pte: Seijas Quintana, José Antonio

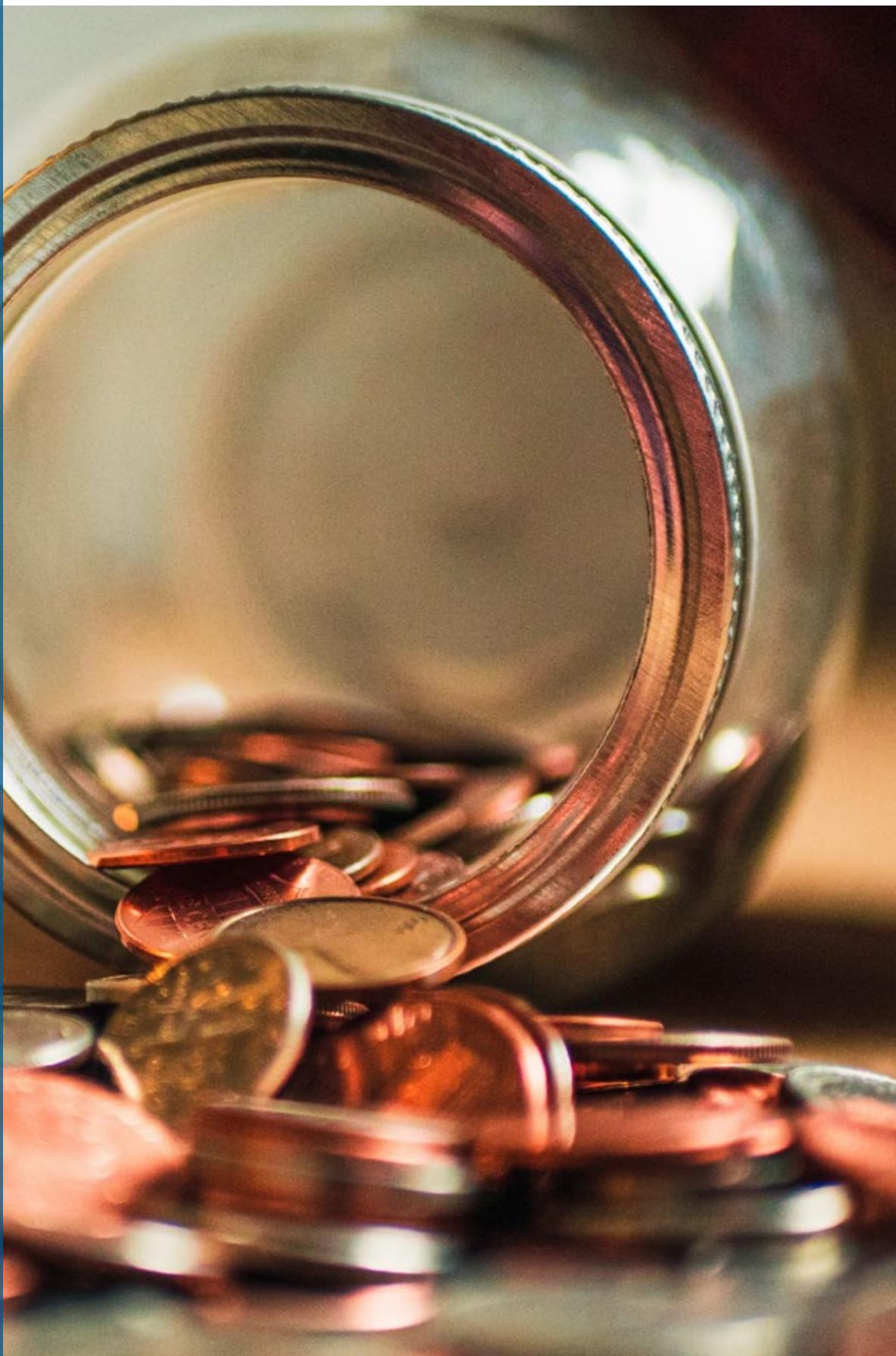
cas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria. El art. 10.1 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, incluye hoy como INFORMACION BASICA los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones.

Y respecto al derecho de información, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016**¹³ “- Con la misma reiteración ha declarado esta Sala que la información por su propia naturaleza INTEGRAL un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente. ES, además, acorde con el contenido del derecho fundamental afectado y con la exigencia de una interpretación de la legalidad en sentido más favorable a su efectividad, con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en si misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis*, pues una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico.”

Añade la **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018**¹⁴ “Esta Sala ha declarado reiteradamente que la información al paciente HA DE SER puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen. (...)

13 STS de la Sala 1ª de 12 de abril de 2016, Pte: Seijas Quintana, José Antonio

14 STS de la Sala 3ª de 15 de marzo de 2018, Pte: Tola Tribiño, Cesar



Igualmente hemos señalado que, el consentimiento prestado mediante documentos impresos constituye una exigencia impuesta por el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1.986, si bien se permite su práctica en forma verbal.

DECIMOCUARTO: También hemos destacado, en sentencia de 4 de abril de 2000 que “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”. No obstante, en sentencia de 21 de diciembre de 2006 hemos matizado que: “en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas.” (...) Por ello, entendemos que esta deficiente información supone un incumplimiento de la *lex artis* ad hoc que revela un funcionamiento anormal del servicio sanita-

rio que acarrea la responsabilidad patrimonial de la Administración, por haberse producido a consecuencia de la intervención quirúrgica un daño antijurídico al reclamante”. (...) Por fin y en cuanto a los riesgos, se debe informar de aquellos relacionados con las circunstancias personales o profesionales, lo que se individualiza en el caso concreto con relación a la edad, salud y dedicación del paciente; también los riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia médica o directamente relacionados con el tipo de intervención (riesgos típicos). En caso de que el riesgo sea atípico, es decir imprevisible o anómalo, de los que no se producen habitualmente en el tipo de intervención, no cabría incluirlo entre los riesgos que deben ser informados al paciente.”

Y respecto a la prueba de la información, no siempre rige el principio general, así la **Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de mayo de 2014**¹⁵ “Incumbe por lo demás al facultativo la justificación de haber proporcionado al paciente una adecuada información no sólo por tratarse de un hecho que integra una de las obligaciones fundamentales del médico, sino también en aplicación del principio de facilidad probatoria que consagra el artículo 217 LEC. “

Nos encontramos por tanto con una extensa jurisprudencia, sobre ambos conceptos,

¹⁵ SAP Barcelona, Sección 16ª, de 22 de mayo de 2014, Rec. 667/2012



que nos servirán de referencia para apreciar la existencia de una responsabilidad, ante el incumplimiento por parte del personal sanitario del deber de información, así como ante el incumplimiento por parte del paciente de un consentimiento expreso; siendo el aspecto prioritario entender, como mantiene **López y García de la Serrana**¹⁶ que para estimar dicha responsabilidad, realmente debemos de partir de que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento del médico ante su deber de información al paciente y el daño experimentado por este.

Sin embargo, como opina **García Garnica**¹⁷ no basta con la existencia del daño y su relación causal, siendo imprescindible probar la concurrencia de culpa en el actuar dañoso. Es por ello, que para apreciar si el profesional actuó de forma negligente o no, se utiliza el parámetro de la adecuación a la *lex artis ad hoc*, la cual integra el deber de información del médico al paciente.

III.- FORMAS DE INDEMNIZAR EL DAÑO POR OMISION O DEFICIENCIAS EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Son palabras de **Sardinero García**¹⁸, el

¹⁶ López y García de la Serrana, Javier. (2011) La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica. *Economist& Jurist*.

¹⁷ García Garnica, M^a Carmen. (2006) La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial. En A. Orti Vallejo (coord.). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Thomson Reuters Aranzadi.

¹⁸ Sardinero García, Carlos. (2016) *Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal por Falta de Información en el Ámbito Clínico. Criterios Indemnizatorios*. Tirant lo Blanch. Establece hasta ocho formas de abordar la reparación del daño ante la falta de información: 1.-Imprudencia de responsabilidad por infracción del deber de informar, si no concurre con daños físicos o materiales derivados del tratamiento 2.-Procedencia de la responsabilidad por infracción del deber de informar, por daños morales, aunque no concurre con daños físicos 3.-Procedencia de la responsabilidad por inadecuada información únicamente si hay resultado lesivo y, además, es derivado de mala praxis 4.-Imprudencia de responsabilidad civil por infracción del deber de informar, como daño moral autónomo, aunque se aprecie mala praxis en el tratamiento médico 5.- Procedencia de responsabilidad por inadecuada información, por generar un daño moral autónomo que no depende de que el acto médi-

“caos” y quizás el desconcierto desde mi punto de vista, que nos encontramos a la hora de abordar la cuantificación del daño por falta de consentimiento informado. Desde su perspectiva, existen hasta ocho formas de solucionar la reparación del daño ante la falta de información en el tratamiento médico, sin que su planteamiento constituya un *numerus clausus*.

En opinión de, **López y García de la Serrana**¹⁹, existen en la actualidad dos posturas claras en relación a que daños deben ser indemnizados ante la falta de consentimiento informado, una **resarcitoria** por la que la cuantía de la indemnización debe comprender la totalidad del daño y otra **reparadora**, por la que el quantum indemnizatorio solo sería el daño moral ocasionado por la pérdida de oportunidad, al no ser viable determinar si el paciente sabiendo esa información omitida hubiera consentido el acto médico. Desde este punto de vista, no existiendo una postura sosegada sobre esta materia, las sentencias dictadas en la jurisdicción civil se dirigen hacia la postura resarcitoria que indemniza el total daño valorado, mientras que las resoluciones de la jurisdicción contenciosa-administrativa se decantan por reparar el daño moral por pérdida de oportunidad, indemnizando un porcentaje que oscila entre el 15% y el 50% sobre la valoración de las lesiones. Tras un análisis de diferentes sentencias, concluye afirmando que la cuantificación del daño queda a discreción de los jueces, mientras no existan parámetros con los que guiarse, causando situaciones discriminatorias y una gran incertidumbre, opinión que no es contrapuesta con la defendida por el anterior autor y con la que estoy totalmente de acuerdo.

Tomando en consideración estas posturas, me encuentro con numerosos pronunciamien-

co en si mismo considerado, se acomodo o no a la praxis médica 6.-Procedencia de la responsabilidad por inadecuada información por aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad 7.- Moderación de la indemnización por falta de información en el supuesto que no exista mala praxis en el desarrollo del tratamiento 8.-Si no hay consentimiento, el profesional de la medicina debe responder de todas las consecuencias derivadas de la intervención, con independencia de que el tratamiento se aplique con corrección.

¹⁹ López y García de la Serrana, Javier. (2018) *Responsabilidad Profesional en el ámbito sanitario: La valoración y cuantificación del daño. Síntesis y análisis de casos prácticos*. Master Propio en Responsabilidad Civil 6^a Ed de la Escuela de Estudios y Prácticas Jurídicas de Granada.

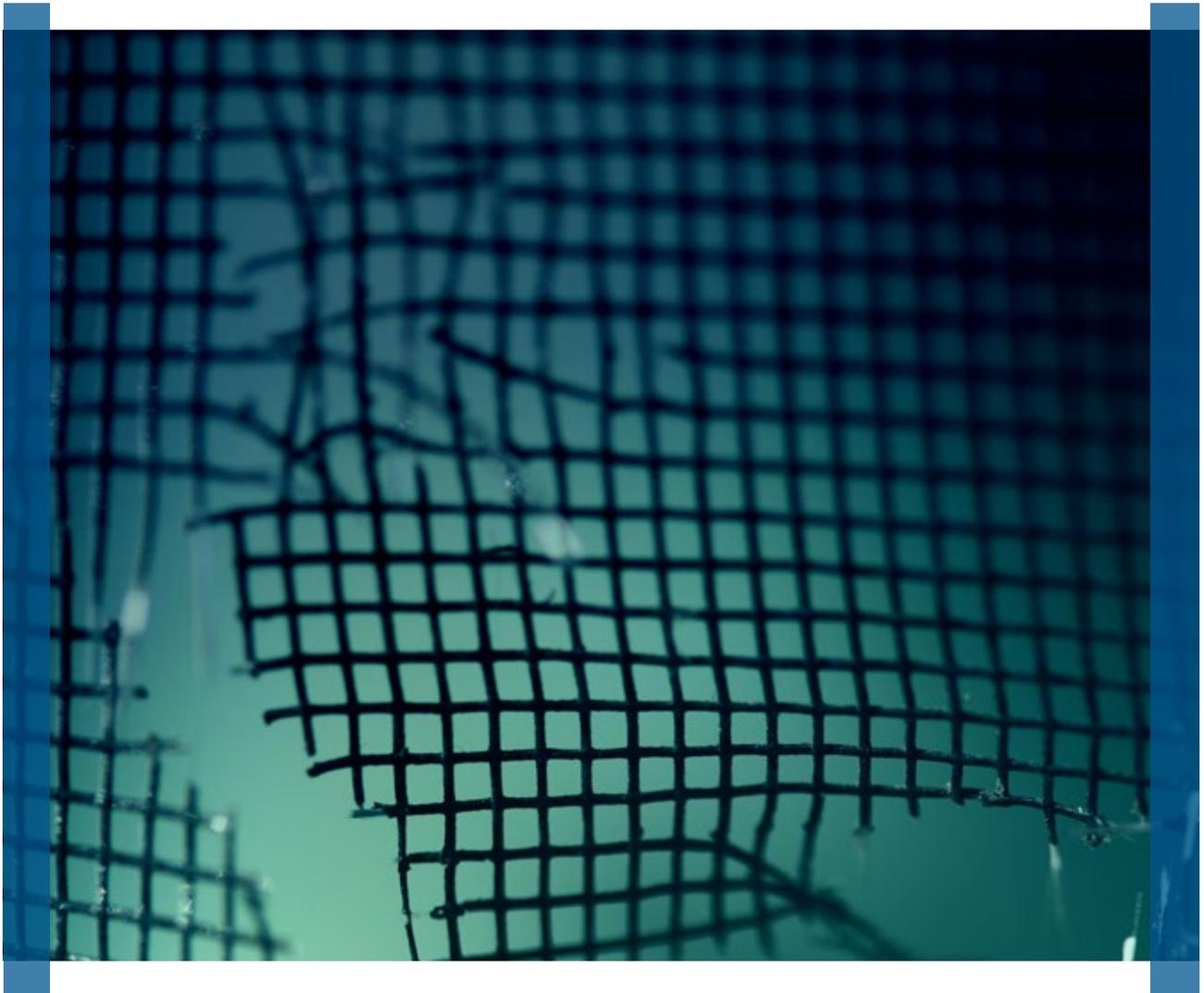
tos judiciales de lo civil y contencioso administrativo, en materia de responsabilidad civil y patrimonial por falta de consentimiento informado que, plantean tres formas para dar solución a la cuantificación de la suma indemnizatoria: por los totales perjuicios causados, por el alcance propio del daño moral y por la pérdida de oportunidad o expectativas. Con todo lo anterior, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 2016**²⁰, entre muchas otras, consideró que tanto la Sala de la jurisdicción civil como la de la contencioso-administrativo del TS se ha ocupado de la **omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo**, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la

intervención médica cuyos riesgos se han materializado.

Así, se ha venido distinguiendo entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, **no habría lugar a indemnización** (STS 29 de junio de 2007), sin perjuicio de que en ciertas circunstancias, se pudiese determinar **la existencia de un daño moral**, de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede la **indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado** (SSTS 23 de abril de 1992 ; 26 de septiembre de 2000 ; 2 de julio de 2002 ; 21 de octubre de 2005).

²⁰ STS de la Sala 1ª de 8 de abril de 2016, Pte: Baena Ruiz, Eduardo

Cuando no existe incertidumbre causal en los términos antes expuestos, surge la **teoría de la pérdida de oportunidad** en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de



haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (SSTS de 10 de mayo de 2006 ; 30 de junio de 2009 y la citada en el recurso de 16 de enero de 2012).

Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011 y reitera la de 16 de enero 2012 están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007 , 23 de mayo , 29 de junio y 28 de noviembre de 2007 ; 23 de octubre de 2008).

Tienen además que ver con distintos **factores**: riesgos preVISIBLES, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre de 2005 - cicatriz queloides-; 10 de mayo de 2006 -ostecondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero de 2004 -corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos preVISIBLES y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre de 2006 - artrodesis-; 15 de noviembre de 2006 - litotricia extracorpórea-; 27 de septiembre de 2010 - abdominoplastia-; 30 de junio de 2009 - implantación de prótesis de la cadera izquierda-); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio de 2008 -extirpación de tumor vesical-); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre de 2009 -vitrectomía-); necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero de 2009 - cifoescoliosis-; 7 de marzo de 2000 -extracción de médula ósea-), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre de 2005 y 23 de noviembre de 2007 -síndrome de Down).

Todas estas circunstancias plantean un **doble problema**: en primer lugar, de **identificación del daño**: corporal, moral y patrimonial; en segundo, de **cuantificación de la**

suma indemnizatoria, que puede hacerse de la forma siguiente:

Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención.

Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad.

Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso)”.»

En todo caso, y ello será esencial para el tema que nos ocupa, el Tribunal Supremo ha declarado que, aunque se incumpla el deber de información, **si no se ha producido daño** o las resultas de la intervención médica eran inevitables, **no se genera un derecho a indemnización**. Por el solo incumplimiento del deber de información no nace un derecho de resarcimiento, siendo exigible la constatación objetiva de un daño (STS, Civil sección 1 del 11 de Abril del 2013 (ROJ: STS 2069/2013) y la falta de información no es per se una causa de resarcimiento pecuniario, salvo que haya originado un daño derivado de la operación quirúrgica, evitable de haberse producido (STS, Civil sección 1 del 04 de Marzo del 2011 (ROJ: STS 1804/2011) y las que cita). La prueba del nexo causal resulta imprescindible y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (STS, Civil sección 1 del 13 de Julio del 2010 (ROJ: STS 3910/2010) y las que cita). (la Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de junio de 2013)

3.1.- CUANTIFICACION POR LOS TOTALES PERJUICIOS CAUSADOS:

Avalando esta postura jurisprudencial descubrimos numerosas resoluciones que, de una manera, más o menos evidente, determinan que debe ser el transgresor o incumplidor de la falta de información quien responda de todas las consecuencias que tienen su origen en el acto médico precedido de una inadecuada información.

En esos términos, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril 2016**²¹, estimó el recurso de casación interpuesto por la actora y declaró la responsabilidad del médico, condenando a los demandados (médico y compañía aseguradora) a pagar a la paciente la suma de 220.175 €, prácticamente el 100% de lo solicitado en la demanda, más los intereses legales y respecto a la aseguradora los del Art. 20 LCS, que **fundó en la falta de consentimiento informado**, al no haber probado el médico que proporcionará previamente a la paciente información bastante sobre los riesgos de los actos médicos practicados consistentes en, una artroscopia de rodilla y, días después, una infiltración en la rodilla operada; uno de cuyos riesgos previsibles (infección del líquido sinovial por una bacteria «Pseudomonas aeruginosa» resistente a los antibióticos) vino a realizarse, con severas consecuencias dañosas para la paciente: entre ellas, una incapacidad permanente total para su trabajo.

Y sobre estos documentos, en el seno actuaciones penales previas, el médico forense en respuesta a una de las preguntas que se le formuló a propósito del informe que emitió sobre el caso: «Si los tres documentos que aparecen en el historial como de consentimiento informado hacen referencia a las lesiones, evolución y pronóstico de la paciente en cada momento» declaró:

«El documento de consentimiento informado puede considerarse como el reflejo de que se ha facilitado la información al paciente de forma correcta, correspondiéndose con el acuerdo entre dos voluntades (médico-paciente). Hay documentación que así lo acredita».

Sin embargo, en este caso, sostiene el Tribunal supremo que tal declaración resulta ambigua y se enfrenta de manera tajante con el pronunciamiento que la sentencia recurrida realiza sobre los documentos de «consentimiento informado» que la paciente firmó, y que la Sala vuelve a transcribir:

«[S]e trata de un simple y escueto impreso, más próximo a un mero acto administrativo que médico, que no satisface aquellos mínimos éticos de una información adecuada, pues en los tres se le **ofrece a partir de un modelo predeterminado** para cualquier procedimiento terapéutico, en el que no aparece concretado ningún riesgo, y sin acreditación alguna por parte del médico de haber proporcionado alguna previa información, como así se establece también en la sentencia que ahora se combate».

Y con semejante criterio se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo, cuando establece “(...) Precisamente porque no puede relegarse a la categoría de simple trámite administrativo, tiene declarado el Tribunal Supremo **la invalidez del consentimiento prestado mediante documentos impresos tipo o “modelo”**”.

Esto constituye un ejemplo claro, de lo que **Pasquau Liaño**²² define como, la regla del “siempre y todo”: “si se acredita que el paciente no recibió información (o no logra probarse que la recibiera) sobre el concreto daño o complicación que ha sufrido, ese solo hecho determina, en primer lugar, que el facultativo es responsable (sea cual fuere la magnitud, probabilidad y frecuencia del riesgo), y en segundo lugar, que lo es en la totalidad del mismo, exactamente igual que si lo hubiese causado por negligencia.”

En otro caso analizado por **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2016**²³, en el que el médico y la compañía recurrieron en casación por considerar, en este caso, el médico que se había cometido infracción del artículo 10 de la LBAPIC, en relación con los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, en cuanto a la cuantificación del daño causado por el defecto de información y por oponerse la sentencia a la doctrina de esta Sala, pretendiendo una reducción del 50% en la indemnización al considerar que ha existido buena praxis médica y la cirugía era curativa y necesaria, sin alternativa y

22 Pasquau Liaño, Miguel. (2012) Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio. Ponencias sobre Responsabilidad Civil y Derecho de la Circulación. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Sepin.

21 STS de la Sala 1ª de 5 de abril de 2016, Pte: Pantaleón Prieto, Ángel Fernando

23 STS de la Sala 1ª de 30 de marzo de 2016, Pte: Seijas Quintana, José Antonio

la complicación, además, infrecuente; el recurso es desestimado.

Sin embargo, como razona la sentencia recurrida, por mucho que **sea infrecuente** en una cirugía artroscópica -se cifra su incidencia en un 0'7%-, el grave riesgo que aquí se materializó -estadísticamente constatable- **no puede calificarse de atípico**. Nótese que el propio perito, considerando el riesgo de infección “especialmente grave” al poder desembocar en sepsis generalizada y provocar la muerte, afirmó que, tratándose de una complicación “propia de cualquier cirugía”, resulta en particular “muy conocida dada la gran cantidad de procedimientos artroscópicos que se ejecutan”. En lo referente a, la cuantificación de la indemnización por falta de información relativa al riesgo, quedó determinada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de mayo de 2014, en la cantidad de 118.447,52 euros, acudiendo para la valoración del daño al baremo previsto para la responsabilidad de accidentes de circulación del año 2010 y por los siguientes conceptos: el periodo de estabilización de las lesiones, secuelas (prótesis de hombro, hombro doloroso y perjuicio estético), incluidos los factores correctores por perjuicios económicos y por la incapacidad permanente total.

El recurso es desestimado por el Tribunal Supremo, por entender: 1.- No es suficiente para acreditar el interés casacional la cita de sentencias, es necesario justificar de qué forma ha sido vulnerada su doctrina por la sentencia recurrida, lo que no cumple el recurso. 2.- El recurso se limita a citar dos sentencias, que resuelven sobre los criterios a tener en cuenta para identificar y cuantificar el daño en supuesto de falta de información, acogiendo la sentencia el primero de ellos por **el total perjuicio causado**, en razón a la posibilidad de que, de haber conocido el paciente las consecuencias resultantes, no se hubiera sometido al tratamiento o intervención. Se argumenta de una doble forma: a) Siendo indiscutible tanto el daño como su relación de causalidad con la controvertida intervención quirúrgica y la infección que lo provocó, es evidente que, al omitirse precisamente sobre tal riesgo la obligada información previa al consentimiento, se privó a la paciente del derecho de actuar en consecuencia, con pleno conocimiento, antes de dar su autorización, y b) Por mucho que la intervención estuviera bien indicada, no existía necesidad vital ni hay prueba bastante en autos para pensar que la demandante se hubiera decidido en todo caso por la cirugía aun conociendo el grave riesgo que asumía y sus posibles consecuencias.

En otro supuesto analizado, se reparó íntegramente el daño reclamado concediendo una indemnización de 70.000 euros que quedó fijada por la sentencia de primera instancia y aunque fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona, finalmente es confirmada en su integridad por el Tribunal Supremo, desglosado en: intervención por laparoscopia para reducción de estómago mediante colocación de una banda gástrica (6.000 euros); una segunda operación en la que se tuvo que extraer la banda (14.000 euros), además (5.000 euros) de *pretium doloris*, como dolor físico, y (45.000 euros) de daño moral. Así en **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2015**²⁴, se juzgó este caso, en el que fue necesaria que la actora se sometiera a una nueva intervención para conseguir la reducción de estómago y que hubo una vuelta a la situación de obesidad a pesar de ello; extremo este del que no fue informada. Es hecho probado de la sentencia, lo siguiente: “ El perito (f. 216 y ss.) coincide con su colega en que un alto porcentaje (para él del 40% o de 23 sobre 82, es decir, del 28%) de pacientes recupera peso”: y que “ **El documento de “consentimiento para intervención quirúrgica”** (f.281), cumplimentado poco antes de la operación, **no se presenta en su forma como un documento informativo sino de autorización o encargo** y aunque refiere que la intervención propuesta es de “reducción gástrica”, no especifica qué alcance tenía la intervención (banda, no seccionado gástrico, ni by-pass), ni la técnica que se iba a aplicar (laparoscopia) y, por ello, al decir que la paciente “ha sido informada de los riesgos y características de la intervención, así como del índice de reconversión”, no parece que ello sea suficiente para considerar cumplido el deber de informar. La cuestión clave no sería, por tanto, si pudo escoger una u otra técnica, sino si tuvo oportunidad de rechazar el tratamiento, tras conocer el elevado porcentaje de fracasos y si ello produjo daño o lesión.

En definitiva, el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal es la in-

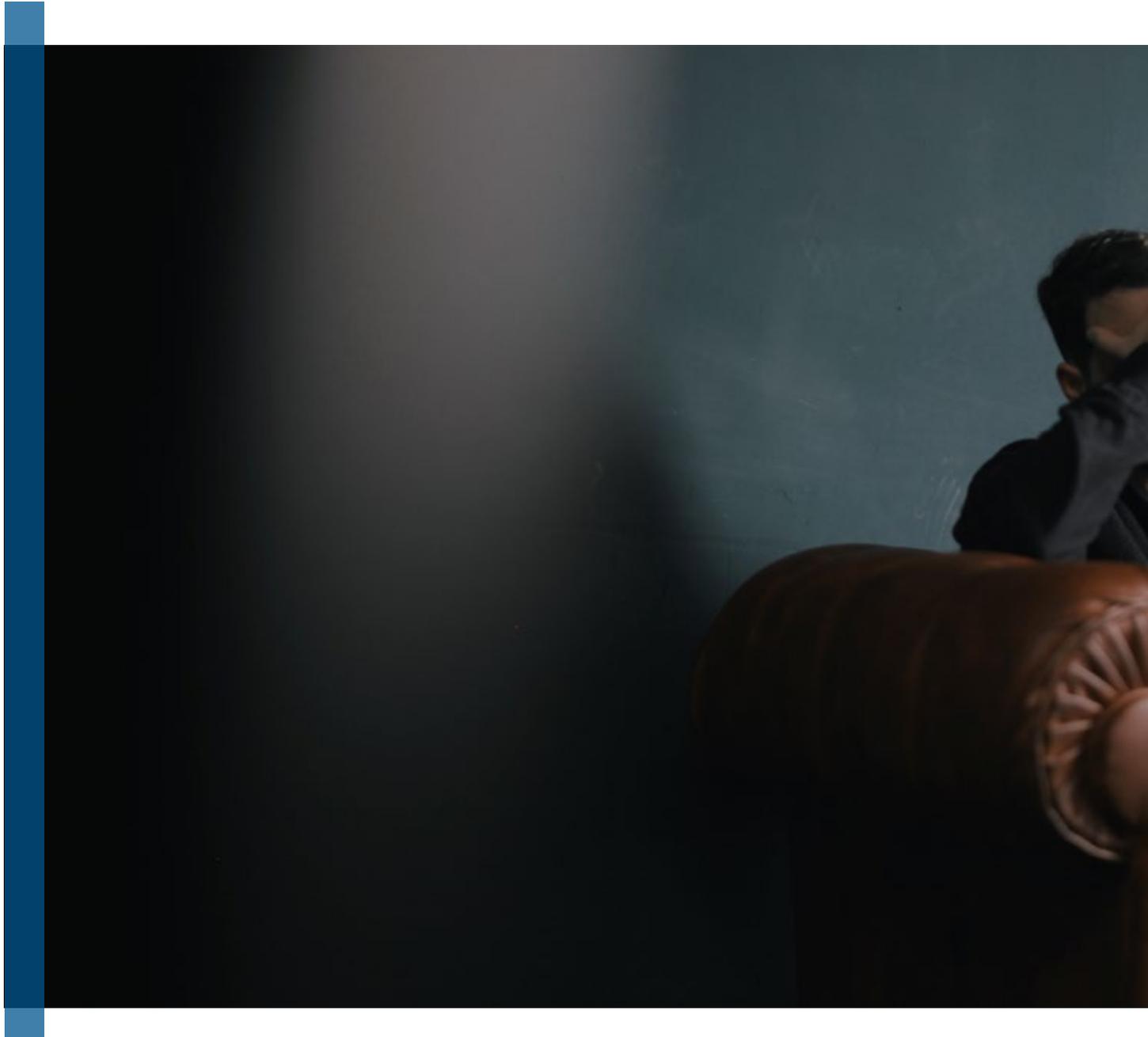
²⁴ STS de la Sala 1ª de 8 de septiembre de 2015, Pte: Sejas Quintana, Jose Antonio

formación que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses.

Se admite, el único motivo de casación formulado por la paciente, vulneración del artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad²⁵, vigente en el momento en que se produjeron los hechos, y de la doctrina reiterada de esta Sala sobre las consecuencias de la inexistencia de consentimiento informado. Era

²⁵ Apartado 5 del artículo 10 derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica («B.O.E.» 15 noviembre).

obligatorio cumplir con el deber de informar por parte del médico, para permitir que la paciente **pudiera ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses** y así decidir sobre aspectos que afectan a su salud, pues a través de la información podía decidir no someterse a la intervención, contrastar con otros facultativos, cambiar de centro o especialistas. La doctrina jurisprudencial más próxima al caso analizado, de falta de información, no discutida, y de una correcta praxis médica, refiere que el daño, como hemos comentado, resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento. Es cierto también que, la falta de información no es “per



se” una causa de resarcimiento pecuniario, es decir, no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido, pero también lo es que, en este caso, se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente.

Resulta significativa y una excepción esta sentencia, única de la jurisdicción contenciosa-administrativa que incluyo en esta categoría en la que reconocida por la Administración la falta de consentimiento informado y no existiendo mala praxis, se tuvo en cuenta las secuelas que padece el paciente a la hora de valorar el daño y su reparación, como si se hubiese causado directamente por una deficiente intervención,

descartando aquellas que no han quedado acreditadas o constatadas, siendo sin embargo indemnizado como daño moral. Así el **Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo 2015**²⁶, establece que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva, pues pese a reconocer la relación causal entre la actuación médica y el resultado producido, no resolvió sobre la cuestión relativa a la infracción de la *lex artis* por ausencia de consentimiento informado y por ello incrementó la cuantía indemnizatoria en función de la ausencia de dicho consentimiento, condenando a la administración demandada a abonar 300.000 euros, de la que habrá que descontarse 18.000 euros ya reconocidos en vía administrativa.

La parte actora tanto en el escrito de demanda, como en el de conclusiones, asoció la infracción de la *lex artis* no solo a la deficiente práctica sanitaria sino también, a la **ausencia de consentimiento informado escrito**, al operarse con anestesia epidural lo que le provocó paraplejia. Si embargo, en la sentencia recurrida se rechaza una eventual negligencia del acto médico, **prescindiendo** de todo pronunciamiento sobre el alcance, **a efectos indemnizatorios, de la ausencia de consentimiento informado**.

El Tribunal Supremo, acoge este primer motivo de impugnación, y resuelve, ya como jueces de instancia, sobre el alcance indemnizatorio por la ausencia de consentimiento informado, sin examinar la posible negligencia en el acto médico.

Por la propia Administración, en la resolución recurrida en la instancia, se reconoce una indemnización de 18.000 euros “*por la limitación de la autonomía del paciente*” por la omisión de consentimiento informado. Este reconocimiento, conduce a rechazar los argumentos de la compañía aseguradora, consistentes en que, tratándose la aracnoiditis de un riesgo atípico, absolutamente infrecuente, y extremadamente raro, “no existía la obligación de información, debiendo soportar el paciente el perjuicio causado”.

Por tanto, partiendo del hecho no controvertido, de que no existió el preceptivo consentimiento informado del paciente, queda por examinar si entre la operación quirúrgica con anestesia epidural efectuada al actor y el resultado dañoso producido existe una relación de causa a efecto. Y la respuesta es afirmativa, se

²⁶ STS de la Sala 3ª de 26 de mayo de 2015, Pte: Cudero Blas, Jesús



desprende de lo actuado en autos, la Administración ni siquiera discute que la lesión derivó de la intervención quirúrgica y de la previa administración de anestesia epidural, reconociendo expresamente su relación causal con aquella operación, aunque descartando la responsabilidad por entender no producida la infracción de la *lex artis*.

Y en lo referente a la **cuantía de la indemnización** que reclama la actora, por la infracción de la *lex artis* derivada de la falta de consentimiento, dentro del inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado “*pretium doloris*”²⁷, la Sala considera adecuado fijar la suma correspondiente en la cantidad de 300.000 euros. Se razona que dicho importe, **se atempera adecuadamente a las secuelas que el interesado padece**. Si embargo la indemnización procedente no se fijará en la cuantía solicitada por el recurrente en su demanda, al no acreditarse algunos de los conceptos que se incluían como secuelas indemnizables o no han sido ni siquiera mínimamente constatados, como el daño moral por la disfunción eréctil severa que dice padecer el recurrente y que perjudicaría moralmente a su esposa, o afectan a perjuicios padecidos por personas distintas del recurrente (sus padres, la propia esposa y su hijo), o, en fin, resultan una pura duplicación del daño moral derivado de la patología que padece el actor, como aquellos que se asocian a la imposibilidad de desarrollar actividades deportivas o su participación como miembro activo de una asociación de ayuda en carretera.

Los próximos dos casos estudiados sobre cirugía estética en los que, como opina **Arbesú González**²⁸, no cabe duda de que, de conformidad con el principio de reparación integral del daño, *restitutio in integrum*, el perjudicado ha de ser indemnizado de forma total y por tanto,

27 Castillo Martínez, Carolina del Carmen. (2018) El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación. Actualidad Civil. La concreción del *pretium doloris* constituye una tarea dificultosa y, a menudo, imprecisa, pues éstas y no otras son las condiciones que habitualmente plantea la determinación de la propia noción de daño moral. En la actualidad parece encontrar arraigo la idea de que el daño moral se encuentra representado por el sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden ocasionar determinadas conductas o actividades que implican una agresión directa a bienes integrantes de su acervo tanto material como de índole extrapatrimonial

28 Arbesú González, Vanesa. (2016) La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética. Dykinson.

la indemnización ha de extenderse a todos los daños (Art. 1106 CC). Por lo anterior, la indemnización comprende: *daño emergente* y *lucro cesante*, este último, siempre que conste acreditado y no sobre la base de simples hipótesis o presunciones. Dentro del daño emergente, tendremos que separar, a su vez, los daños materiales y los daños morales, y dentro de los primeros, se encuadran los daños patrimoniales y los daños corporales. Los daños de mayor complejidad en cuanto a su prueba, y consiguiente valoración son los morales. Y en el ámbito de la responsabilidad médica, la doctrina y la jurisprudencia siempre han comprendido que, ante la presencia de daños corporales, existen daños morales, también definidos como el *pretium doloris*. En esta línea, define **Llamas Pombo**²⁹ el daño moral como “*el irrogado al ser humano en sus valores más íntimos y personales, en la profundidad de la psique (de ahí el llamado pretium doloris): daño que afecta directa y contundentemente al espíritu*”.

En estos próximos asuntos analizamos, sobre intervenciones de cirugía estética en la que se mantiene, por el Tribunal Supremo, que en la cirugía satisfactiva la obligación del médico no es de resultados, este no está garantizado salvo que de las circunstancias concurrentes se deduzca que existió un aseguramiento del mismo al paciente, comparto la opinión mantenida por **Tapia Hermida**³⁰, expresada en los términos de considerar si se ha asegurado previamente un resultado, en ese supuesto concreto, se habla de una obligación de medios acentuada. Así en el asunto enjuiciado en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015**³¹, se desestima el recurso de casación formulado por el médico que intervino a la actora, Doña Rosa, que acudió a la clínica Dorsia con el propósito claro de conseguir una mejora de su imagen, a través de la cirugía estética (implantación de prótesis mamarias), sin que obtuviera ni en la primera ni en la segunda de las operaciones practicadas por el doctor Nicanor el resultado deseado.

29 Llamas Pombo, Eugenio. (1988) Responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. Trivium.

30 Tapia Hermida, Alberto J. (2019) La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. Acción Directa y Pérdida de oportunidad. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro.

31 STS de la Sala 1ª de 3 de febrero de 2015, Pte: Seijas Quintana, José Antonio

Ahora bien, sea cual fuera la equivocada consideración que la sentencia recurrida tiene sobre la obligación del médico (de medios o de resultados); lo cierto es que también imputa al facultativo la falta de información. Sobre, el cumplimiento de tal deber, señala, no ha sido escrupulosamente acreditado por la parte demandada en esta litis, máxime cuando como hubo de admitir el doctor Nicanor en el acto del juicio, existían distintas opciones y alternativas a la problemática, con pros y contras, sin que por los demandados hayan practicado la declaración del doctor recomendante de la intervención, que al parecer fue quien habría expuesto a la demandante la naturaleza, características, posibilidades, riesgos y consecuencias de los tratamientos existentes en el mercado a efectos de que diera cumplida explicación de lo acontecido en aquella primera consulta. Tales circunstancias determinan que, al doctor Nicanor le incumbía probar que cumplió su obligación de información, lo que no hizo, por lo que responde de los daños reclamados.

Esta falta de información que refiere la sentencia se pretende dejar sin efecto en el segundo motivo del recurso de casación, que se enuncia de la forma siguiente: “ **sobre la inversión de la carga de la prueba en sede de responsabilidad médica**”³². Pues bien, no siendo el recurso de casación el instrumento adecuado para cuestiones de prueba, lo cierto es que existe una imputación expresa de falta de información adecuada, y ésta no ha sido combatida en debida forma, con lo que la sentencia se mantiene, incluso en lo que se refiere a **la indemnización por todos los perjuicios ocasionados** puesto que el daño no es más que la concreción de una intervención innecesaria en principio aceptada por la paciente sin la información precisa de la misma. Así pues, en cuanto a los conceptos reclamados se estima procedente la indemnización concedida por la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de fecha 18 de junio de 2012: por el coste de la primera operación de estética finan-

ciada (4.652,88 euros) más el de la intervención reparadora (4.541,81 euros), en cuanto ambas han sido necesarias para obtener el resultado deseado por la demandante. No así los días de incapacidad temporal reclamados, por cuanto no son consecuencia de una situación sobrevenida, sino voluntariamente decidida y aceptada por la misma para embellecer su cuerpo.

Asimismo, ha lugar la indemnización por daño moral³³ reclamada por importe de 6.000 euros, por cuanto para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable ha de existir un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual (SS 23 de julio de 1990, 22 mayo 1995 y 27 septiembre 1999) y una situación de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, temor o presagio de incertidumbre (SS. 6 julio 1990 y 22 mayo 1995) cuya existencia en el caso presente no ofrece dudas a juicio del Tribunal, pues no son precisas pruebas de tipo objetivo (SS. 23 julio 1990 y 21 junio 1996) acerca de su concurrencia, pues la actora ha estado sometida a tratamiento médico a raíz de la situación de angustia producida por el doloroso proceso vivido, siendo que en el caso presente ese proceso se incardina en una situación de tal notoriedad, que conforme a la doctrina jurisprudencial existente al respecto, no exige una concreta actividad probatoria. Como consecuencia, la suma total de la cuantía de la indemnización asciende a 15.194,69 euros (4.652,88 + 6.000 + 4.541,81).

En un caso similar de cirugía estética, el **Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de mayo**

³³ Maciá Gómez, Ramón. (2010) La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Señala el autor al respecto que el daño moral suele tener, a diferencia del patrimonial, los siguientes elementos integradores, en conjunción o aisladamente: el sentimiento de depresión de la autoestima, los sentimientos de vergüenza, los sentimientos de culpabilidad, los sentimientos de pena, el complejo de inferioridad, la sensación duradera de inseguridad, el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el sentimiento de la privacidad violada, el sentimiento de incapacidad, subjetivo u objetivo, conductas compulsivas originadas con la ofensa, síndromes de ansiedad y/o ansioso-depresivos, alteraciones del sueño, consumo compulsivo o adicción a fármacos o drogas, la inseguridad o la incapacidad para intervenir o debatir sobre determinados aspectos, el deshonor, público o particular o el público desprestigio, el aminoramiento de la pública credibilidad, la disminución de la confianza externa, la limitación de las expectativas sociales ya adquiridas y, en general, todo aminoramiento, normalmente subjetivo, de la garantía personal ante terceros, concepto lindante con el de la heteroestima dañada.

³² Luna Yerga, Alvaro. (2003) Regulación de la carga de la prueba en la LEC. Indret: Revista para el Análisis del Derecho. Opina este autor que técnicamente, no significa que opere una inversión de la carga de la prueba, aunque el resultado material pueda resultar idéntico, sino que, se atribuye las consecuencias desfavorables de la falta de acreditación del hecho a la parte que, de conformidad con los principios de disponibilidad y facilidad probatoria podría haber aportado dicha prueba a un menor coste, es decir, el médico que debiendo aportar el historial clínico, no lo aporta, sufrirá la consecuencia negativa contraria al mismo mediante la prueba de presunciones al constituir un indicio de la veracidad de los hechos alegados por el demandante.

de 2014³⁴, desestima el recurso de casación interpuesto por los codemandados, que denuncian infracción de la doctrina sobre la responsabilidad civil médica (de medios o de resultados), considerando que sea cual fuera la consideración que la sentencia recurrida tiene sobre esta cuestión, lo importante es que, la actora se sometió a dos intervenciones de micro liposucción siendo **el resultado insatisfactorio**³⁵, así como que no se informó adecuadamente de la posibilidad de dicho resultado, produciéndose incumplimiento de la *lex artis* por falta de consentimiento informado.

En la sentencia apelada se establece el quantum indemnizatorio en la cantidad de 27.209,34 euros, por los conceptos de gastos médicos y farmacéuticos, gastos de desplazamiento y honorarios médicos. La Juzgadora de Primera Instancia rechaza el resto de la pretensión indemnizatoria (309.834,78 euros), considerando que la actora no solicita una indemnización por daño moral o por secuelas, sino que lo que realmente está solicitando es un lucro cesante que no acredita.

La Audiencia Provincial considera que el criterio seguido por la Juzgadora *a quo* es excesivamente restrictivo y reduccionista, lo que provoca una consecuencia indeseada: la insatisfacción del derecho de la demandante a ser debidamente **indemnizada por todos los daños y perjuicios sufridos**. Sentado lo anterior, no es ajena a la dificultad que entraña la determinación del importe de la indemnización por los conceptos de los daños estéticos, psicológicos y morales, al basarse la reclamación en criterios de carácter patrimonial. La expresada dificultad ha de ser salvada mediante una racional y ponderada utilización del mecanismo del **arbitrio judicial**³⁶, atendiendo a los perjuicios estéticos

34 STS de la Sala 1ª de 7 de mayo de 2014. Pte: Seijas Quintana, José Antonio

35 Arbesú González, Vanesa. (2016) La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética. Dykinson. Respecto al "resultado insatisfactorio" en un caso similar comenta la autora que, "por la redacción" parece que declara la responsabilidad sobre la base de la no obtención de un resultado en sí, cuando dicha responsabilidad descansa sobre la ausencia del consentimiento informado. La argumentación más clara consistiría, en nuestra opinión, en calificar dichos resultados de la intervención como los daños imprescindibles para decretar la responsabilidad del médico que si bien no tuvieron porqué deberse a una deficiente técnica operatoria, si son indemnizables por la omisión de la *lex artis*, en relación con el consentimiento informado.

36 Magro Servet, Vicente.(2018) ¿Es compatible la

que han quedado como secuelas, el padecimiento o sufrimiento psíquico por las posteriores intervenciones quirúrgicas practicadas con la finalidad de reparar o mitigar tales secuelas, y el trastorno psicológico que éstas han generado. Todo lo que lleva a establecer el importe de la indemnización por los referidos conceptos de daños estéticos, psicológicos y morales, en la cantidad global de sesenta mil euros (60.000). Ascendiendo el total de la indemnización, teniendo en cuenta lo concedido por la sentencia de instancia a 87.204, 34 euros.

Por el Tribunal Supremo se confirmó la indemnización concedida, considerando que, lo cierto es que se declara probado que **los resultados obtenidos** en las dos intervenciones quirúrgico-estéticas no fueron los ofrecidos por el médico ni los deseados por la paciente, la que no fue informada expresamente de esta eventualidad, siendo así que esta afirmación no ha sido combatida en el recurso. Como con reiteración ha dicho esta Sala, mencionándose en este trabajo, **el consentimiento informado** es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial. La información, por lo demás, es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial.

3.2.- CUANTIFICACION CON EL ALCANCE PROPIO DEL DAÑO MORAL

Es cierto, como dice Sardinero García³⁷ que esta postura, lo que hace es vincular la responsabilidad civil a la falta de consentimiento informado, rechazando la relación de causalidad entre esa infracción y las consecuencias del acto médico.

Esta teoría, puede parecer incoherente, pues exige que se produzca un daño y, sin embargo, no le importa que se acomode o no a la

indemnización de daños por lesiones psíquicas o psicológicas con el daño moral? Actualidad Civil. En opinión de este autor, la cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, "no patrimonial" frente al que solo cabe una "compensación" económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho.

37 Sardinero García, Carlos. (2016) Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal por Falta de Información en el Ámbito Clínico. Criterios Indemnizatorios. Tirant lo Blanch.

praxis médica. Para proceder a la reparación de un daño, parece necesario contemplar una relación de causalidad y, en este caso, únicamente se repara el daño moral por la omisión de información, sin que interese nada más, pues en esta teoría la falta de información no desempeña una virtualidad causal.

En estos términos el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de abril de 2018³⁸, al conocer el recurso de casación interpuesto por el paciente con fundamento, entre otros motivos en la indefensión ocasionada por no estar justificada la indemnización tan reducida que se determinó, fijada de forma arbitraria y calificándola como absurda, irrisoria o cicatera, consideró que aunque las lesiones producidas al recurrente no pueden imputarse al tratamiento médico recibido, plenamente conforme a la *lex artis*, se reconoce indemnización por el **daño moral derivado de las irregularidades en el consentimiento informado**, al no estar acreditada la información al paciente de los riesgos concretos que implicaban la operación, vinculando la cuantía indemnizatoria a la ausencia de consentimiento y reconociendo al recurrente una indemnización por daño moral de 10.000 euros.

Por la Sala de Instancia, tras las pruebas aportadas respecto a que la ausencia del consentimiento informado constituye un caso de mala praxis médica, se declara:

“(…) En efecto, examinado el expte. Administrativo, no consta un documento escrito de consentimiento informado específico para la cirugía realizada el 1 de julio de 2007 y para las posteriores cirugías urgentes. (…)

(…) En el presente caso, aunque hay ciertos indicios de que se produjo alguna información verbal (manifestación del neurocirujano e informe pericial de la actora), lo cierto es que no queda del todo claro su alcance, sobre todo en relación con los riesgos concretos de las intervenciones; no olvidemos que la primera era programada (…). En consecuencia, procede una indemnización por este concepto. Ello se traduce en un daño moral reparable económicamente (sent. Del T.S. de 22 de octubre de 2009, 29 de junio de 2010 y 24 de julio de 2012, entre otras). En cuanto a su fijación concreta, el Tribunal Supremo viene entendiendo que dada su difícil valoración, se ha de atender a todas las circunstancias concurrentes (días de hospitalización, entidad del riesgo materializado…).

Pues bien, en el presente caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, se considera una cantidad correcta la de 10.000 euros. De manera que el recurso se estima parcialmente.”

Por tanto, partiendo de la existencia de un consentimiento en base a una información previa “*que no queda del todo claro su alcance, sobre todo en relación con los riesgos concretos de las intervenciones*” concluye que existió esa omisión y, en pura técnica, afirma que existió mala praxis ad hoc en relación con dicha información. Y respecto a la vinculación de la indemnización a la ausencia del mencionado consentimiento informado, la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que “*No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.*”. Ahora bien, a los efectos de indemnización, esa misma jurisprudencia ha señalado que en tales supuestos, no procede la indemnización por el resultado del tratamiento, si este fue, como se ha concluido en el caso de autos, conforme a la “*lex artis*”, porque lo procedente en tales supuestos es, como acertadamente concluye la Sala de instancia, **la fijación de una indemnización sobre la base del daño moral** que se haya ocasionado, para lo cual se ha de atender a las circunstancias del caso; circunstancia que en el supuesto ahora enjuiciado no puede desconocer ni la situación del paciente, la necesidad de las intervenciones y la correcta actuación médica.

Es necesario dejar constancia de que, **la determinación de la indemnización por daño moral** que se fija en la sentencia de instancia con tales condicionantes no es revisable en casación, como regla general. Pero es que, además, es indudable que no puede el Tribunal Supremo por la vía del recurso de casación alterar dicha cuantificación, dado que lo pretendido en el recurso es que la indemnización se fije por la situación de gran invalidez en la que ha resultado del tratamiento con olvido de que, como se ha dicho, es esa una circunstancia no imputable a la asistencia sanitaria que le fue prestada.

Otro ejemplo lo encontramos en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2018**³⁹,

38 STS de la Sala 3ª de 24 de abril de 2018, Pte: Olea Godoy, Wenceslao Francisco

39 STS de la Sala 3ª de 9 de abril de 2018, Pte: Hertero Pina, Octavio Juan

que consideró que la intervención quirúrgica de rodilla mediante artroscopia se llevó a cabo con infracción de la *lex artis* por inexistencia de consentimiento informado, pero no por haberse llevado a cabo una operación que no estaba indicada y sin estudio preoperatorio adecuado. Así, respecto a la ausencia de consentimiento, afirma que es cierto que se firmó el consentimiento informado para la anestesia y que en diversos apartados de la historia clínica se recoge la existencia de información verbal al paciente sobre la intervención, pero también lo es que ello no resulta suficiente para suplir la omisión de la falta de firma del correspondiente consentimiento informado pues, al desconocerse cuáles fueron los términos precisos de esa eventual información verbal, se ignora asimismo si el paciente conocía con suficiente detalle no solo el procedimiento sino también las alternativas al mismo y sus riesgos complicaciones, y en especial los relacionados con su situación previa, así como las secuelas que pudieran derivarse de la intervención, que **no se llevó a cabo en una situación de urgencia** sino mediante una cirugía programada, de manera que no existía ningún peligro para la salud del paciente que obligase a intervenir sin que se hubiese firmado previamente el consentimiento informado.

Entra la Sala de Instancia en la determinación del importe de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la falta de información adecuada al paciente, pronunciándose en los términos de que la omisión o defectos sustanciales del consentimiento informado constituye vulneración de la “*lex artis*” y funcionamiento anormal del servicio público sanitario que produce **un daño moral económicamente indemnizable** al paciente, siendo la cuantificación de la reparación difícil de valorar por los Tribunales dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral, por lo que debe **ponderarse la cuantía a fijar de un modo estimativo** atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias que se aplican para para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, ya que los mismos abarcan la indemnización conjunta de los resultados materiales y del daño moral derivado de ellos, pero no prevén módulos exclusivamente indemnizatorios del daño moral que sean independientes del resultado material producido. En consecuencia, señala que, **aunque el mismo es asimilable al daño moral**, resulta procedente ponderar las

circunstancias del caso, atendiendo a la edad, las circunstancias personales y profesionales del paciente, así como la materialización de un riesgo conocido del que no fue informado, estableciendo una indemnización de 18.000 euros.

No conforme, el recurrente interpone recurso de casación para la unificación de doctrina invocando de contraste dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (que no constituyen jurisprudencia), desestimando el TS el mismo por cuanto concluye que en este caso, falta la justificación de las referidas identidades de hechos, fundamentos y pretensiones, aspectos sobre cuya concurrencia se limita a formular genéricas alegaciones, sin tener en cuenta que, cuando se invoca la infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria, ya se trate de la técnica o medios empleados y su aplicación o del alcance y contenido del consentimiento informado, la valoración de la actuación médica guarda inexorable relación con el tipo de padecimiento que presenta el paciente, el momento y circunstancias en que se recaba y presta la atención, las exploraciones, pruebas y medios que resultan procedentes para efectuar el correspondiente diagnóstico, la valoración de las opciones de tratamiento y demás circunstancias particulares del caso que inciden en la prestación sanitaria, de manera que la falta de una relación suficientemente precisa de esas circunstancias del caso, impide apreciar la identidad exigida legalmente para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. Por lo tanto, como hemos mencionado, no ajustado el recurso a las previsiones legales y criterios jurisprudenciales, se acuerda su desestimación.

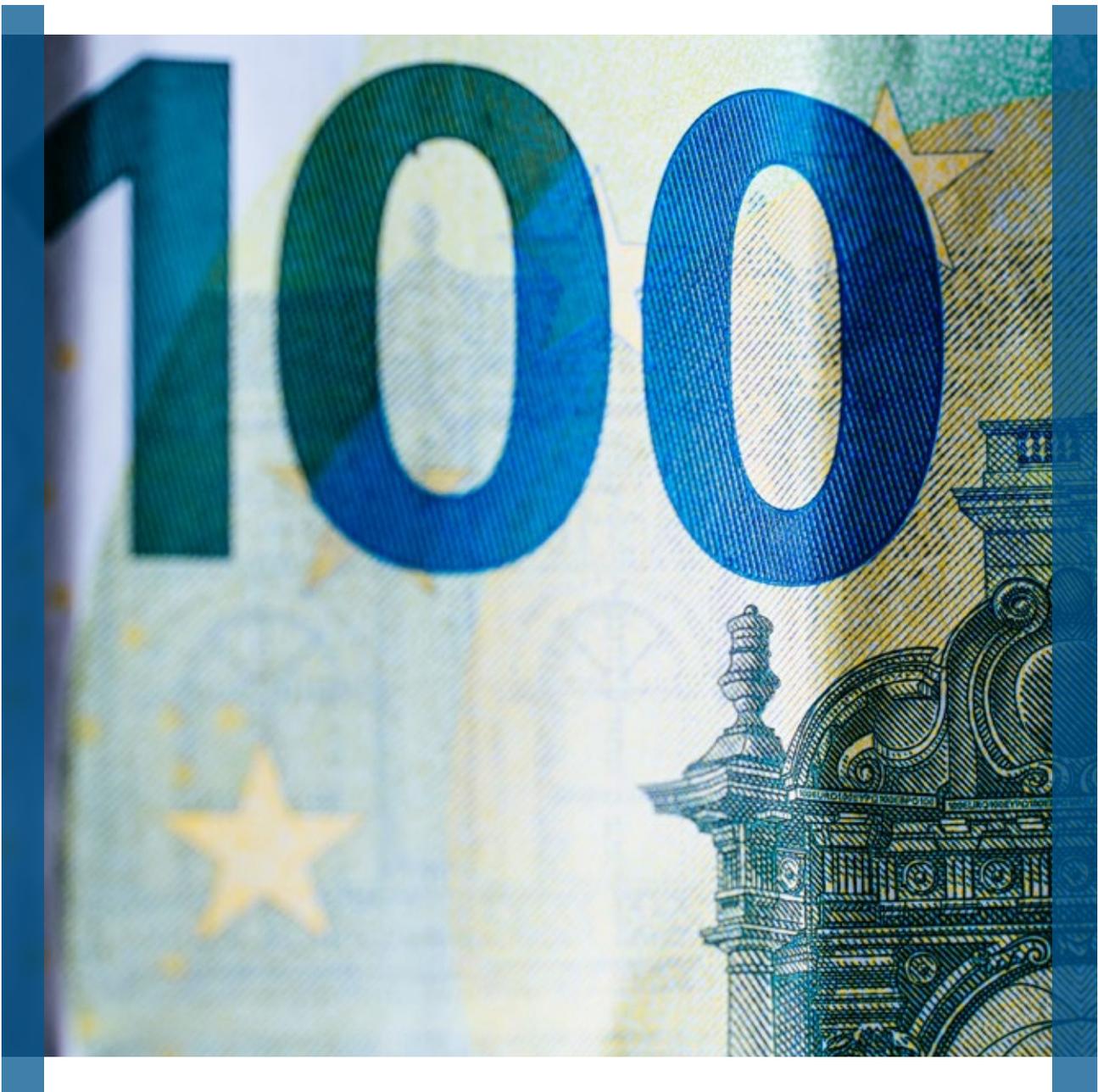
En este caso analizado, el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de marzo de 2016⁴⁰, desestima el recurso de casación interpuesto por D^a Angeles, confirmándose la cuantía de la indemnización fijada por la Sala de instancia, de 18.000 euros, en concepto de responsabilidad de la Administración sanitaria, pues aun cuando la lesión misma no es indemnizable debido a la no vulneración de la *lex artis*, sin embargo la **inexistencia del preceptivo consentimiento informado** para la infiltración epidural lumbar, que desembocó, tras varios ingresos hospitalarios, en una situación de incapacidad absoluta para cualquier tipo de actividad, llevó a la Sala de instancia a admitir parcialmente el recurso y conceder la cuantía indemnizatoria recurrida. Es criterio jurisprudencial constante del Tribunal Supremo, que la determinación del monto

40 STS de la Sala 3^a de 15 de marzo de 2016, Pte: Díez-Picazo Giménez, Luis María

de la indemnización en los supuestos de responsabilidad patrimonial no es susceptible de revisión en sede casacional.

La sentencia impugnada, llega a la conclusión de que la lesión sufrida es efectivamente consecuencia de la infiltración epidural lumbar, pero deduce también que, no cabe afirmar que la infiltración epidural lumbar se practicase separándose de las pautas científicas y técnicas válidas en esa materia, ni que la atención médica recibida en los distintos centros hospitalarios fuera incorrecta, en suma, asevera que, si bien existe nexo causal entre la atención sanitaria y la lesión, no hubo vulneración de la *lex artis*. Sin embargo, también concluye, que la infiltración epidural lumbar, se practicó sin el preceptivo

consentimiento informado y, por tanto, esta omisión es constitutiva por sí sola **de un daño moral, que debe ser indemnizado aun cuando la lesión misma no sea indemnizable**. También indica, que la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en estos supuestos no puede extenderse al reconocimiento de una indemnización económica de idéntica cuantía que la que se hubiera reconocido caso de haberse apreciado mala praxis médica y ello por cuanto que, en ambos supuestos, el contenido de la indemnización tiene un contenido resarcitorio distinto, pues en el primero de ellos la misma abarca a los daños físicos, lesiones y secuelas derivadas de la intervención médica en directa relación de causalidad con aquélla, mientras que, acreditada la mala praxis “ad hoc”, en



que consiste la falta de tal consentimiento informado, el contenido de la indemnización se extiende tan sólo a los daños morales, pues resulta contrario al principio de causalidad, que preside el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la indemnización de unos daños que no se han producido por aquella causa, por lo que la misma deberá constreñirse exclusivamente a la indemnización por daños morales.

Por ello, en el presente caso, tomando en consideración la entidad de la información omitida, así como la acreditada procedencia y conveniencia de las infiltraciones realizadas, se estima procedente conceder, **en concepto de daños morales, la cantidad prudencial**, ya actualizada a la fecha de la presente sentencia, de 18.000 euros.

Mediante el recurso de casación, la recurrente tenía por objeto combatir la cuantía de la indemnización otorgada, que considera injustificadamente inapropiada e insuficiente. Afirma no desconocer que “la cuantificación de la indemnización es una cuestión cuya determinación le corresponde al tribunal de instancia”, pero añade, que “es revisable en casación el quantum indemnizatorio fijado por el tribunal de instancia cuando el mismo ha sufrido un ostensible y manifiesto error en la determinación de la indemnización”. El error ostensible y manifiesto procedería, según la recurrente, de la desproporción entre las consecuencias de la infiltración epidural lumbar y la cuantía de la indemnización otorgada. Sin embargo, es criterio jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que la determinación del monto de la indemnización en estos supuestos no es susceptible de revisión en sede casacional, fundamentalmente por tratarse de una cuestión atinente a la valoración de los hechos. Siendo el único daño que se estima indemnizable por la sentencia impugnada, la falta del preceptivo consentimiento informado, hay que hacer abstracción de la gravedad de la lesión sufrida, que no pueden ser tomada en consideración a efectos indemnizatorios.

En este caso el **Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de junio de 2014**⁴¹ inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D^a Eloísa frente a la Sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana. Por la Sala a quo se considera la existencia de daños y perjuicios por la actuación

negligente por parte del hospital clínico universitario, pues quedó **acreditado que la paciente no fue informada de las consecuencias y complicaciones** que podía derivarse de la práctica de la embolización pulmonar y concede indemnización por esa falta de consentimiento informado, sin embargo no se aprecia mala praxis médica a la vista de la totalidad de los informes aportados y sin haber sido practicada prueba pericial judicial alguna, pues la complicación sufrida por la paciente es considerada como una de las posibles de la práctica de dicha prueba, aunque poco frecuente. Igualmente, **aprecia inexistencia de urgencia vital** que hubiera permitido exonerar a los facultativos de facilitar a la paciente dicha información puesto que, la paciente pasó a la UCI para ser controlada, antes de realizarle dicha prueba presentando un buen estado físico y no estando inconsciente, de modo que, aunque la prueba se realizó en horas, no consta que la paciente estuviera impedida o incapacitada para prestar su consentimiento a la realización de la prueba. Y concede, por ello, una indemnización por importe de 6.000 euros, siguiendo la doctrina sentada por esta misma Sala para indemnizar supuestos similares de **falta de consentimiento informado** y tomando en consideración las circunstancias del caso concreto.

El Supremo inadmite el Recurso de Casación para unificación de doctrina por distinta valoración de los hechos y falta de contradicción entre la sentencia recurrida y las citadas de contraste. Entiende que, la diferencia, que no contradicción, entre la sentencia recurrida y las de contraste, radica en el distinto importe de la indemnización que fijan para reparar el daño moral causado como consecuencia de la falta de consentimiento informado; y ello sin embargo, no es bastante para tener por existente aquel presupuesto procesal de fallos contradictorios ante supuestos o litigios sustancialmente iguales.

Y en fin, porque **la cuantificación de aquel daño moral** depende muy mucho, de la distinta valoración de los hechos realizada por los órganos judiciales, de las singulares circunstancias de cada caso concreto, implicando o constituyendo **una labor o reflexión intelectual en la que predomina un juicio subjetivo de ponderación**, difícilmente sujeto a reglas que permitan alcanzar aquella finalidad de reducir a la unidad, de unificar, que es propia de la modalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Respecto al próximo caso analizado, de

41 STS de la Sala 3^a de 30 de junio de 2014, Pte:

Menéndez Pérez, Segundo

de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre(...) Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurren los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. [...]».

Trasladando la doctrina expuesta al supuesto ahora analizado, es claro que no resulta propiamente indemnizable el embarazo mismo, pero sí la lesión de la facultad de autodeterminación que el inadecuado acto médico provocó, al igual que los gastos (por pruebas médicas) ligados a la determinación de la presencia del Implanon tras constatar el estado de gestación y, sin embargo no resultan indemnizables los gastos por alimentos del nuevo hijo que también se reclaman ya que, no han sido mínimamente acreditados. Ante estas circunstancias, en ausencia de todo criterio orientativo de carácter objetivo que permita cuantificarlo, procede fijar prudencialmente su resarcimiento económico, como ya comentamos, en la suma actualizada de 80.000 euros.

3.3.- CUANTIFICACION POR APLICACIÓN DE LA TEORIA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD

Entre los distintos problemas que se suscitan en materia de causalidad, quizás el más relevante sea en la actualidad, el relativo al resarcimiento de la pérdida de oportunidad. Es destacable, como comenta **Tapia Hermida**⁴⁴, que la jurisprudencia contencioso-administrativa aplique esta doctrina jurisprudencial de oficio aun cuando no se mencione explícitamente por el demandante como así lo expresa la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012**⁴⁵.

Esta doctrina se ha creado para que el paciente dañado se asegure la indemnización y por tanto evitar la impunidad del profesional médico en aquellos supuestos donde la incer-

tidumbre probatoria sobre la relación de causalidad no permite aplicar la teoría clásica de la imputación culpabilística de la responsabilidad sobre la base de la quiebra de la *lex artis* “ad hoc”, dando por supuesta una relación de causalidad; ni el recurso a la imputación objetiva; ni tampoco la compensación de culpas.

Como dice **Sardinero García**⁴⁶ “El concepto de pérdida de oportunidad atiende a una regla de responsabilidad proporcional e hipotética; se reconoce una indemnización a favor de la víctima o perjudicado de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre, que se determina en atención a la probabilidad de que el agente dañoso, no fuera, en realidad, el causante del resultado lesivo. En sentido contrario también se puede determinar en función de las posibilidades hipotéticas que tenía el paciente de haber adecuado el médico su conducta a la diligencia que exigía la naturaleza de su obligación.”

Siguiendo esta doctrina, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016**⁴⁷, desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandante al considerar que la praxis de la intervención quirúrgica fue adecuada y aunque **no se informó al paciente de forma suficiente sobre el riesgo inherente a la intervención**, para conseguir su oportuno consentimiento, no es equiparable a un supuesto de mala práctica médica. Al fijar la indemnización, determinada por el juzgado de primera instancia, que ascendió al importe de 60.101,21 euros, se evalúa la gravedad de la enfermedad, la evolución natural que hubiese tenido, la necesidad de la intervención y su novedad, sus riesgos, entidad de los que se han producido y estado previo, teniendo en cuenta que la lesión ya existía, con evolución desfavorable y que el daño consiste en que con la operación la evolución se acel-

de la verdadera patología que le afectaba y, consecuentemente a un tratamiento adecuado a la misma. (...) En el presente caso, la privación de expectativas no puede reputarse total sino que evidentemente existió un lapso temporal inicial en el que el diagnóstico renal era adecuado a la sintomatología de dolor lumbar que presentaba, pero que al no mejorar debió haberse contrastado y sometido a consideración, por lo que procede reconocer la cantidad global de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 EUROS) que se considera actualizada a fecha de la sentencia”.

44 Tapia Hermida, Alberto J. (2019) La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. Acción Directa y Pérdida de oportunidad. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro.

45 STS de la Sala 3ª de 2 de enero de 2012, Pte: Lecumberri Martí, Enrique: “No obsta a la aplicación de esta doctrina el hecho de que no se mencionara de forma expresa por la parte recurrente en su demanda inicial, puesto que se deduce claramente que el fundamento de su pretensión iba dirigida a un diagnóstico más temprano

46 Sardinero García, Carlos. (2016) Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal por Falta de Información en el Ámbito Clínico. Criterios Indemnizatorios. Tirant lo Blanch.

47 STS de la Sala 1ª de 8 de abril de 2016, Pte: Baena Ruiz, Eduardo.

eró de forma casi inmediata en lugar de ralentizarse, siendo por tanto, evidente que se ha causado un daño corporal por materializarse la agravación de la tetraplejía que sufría, un daño moral por falta de información y una pérdida de oportunidad.

Son hechos probados que, el actor sufrió un traumatismo cráneo-cervical por golpearse en la cabeza al lanzarse al mar y transcurridos más de 3 meses, el diagnóstico definitivo era de tetraplejía completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, por lo que el paciente sufriría de por vida una incapacidad. Ante esta situación, el facultativo, con el fin de garantizar la estabilización y ralentizar al máximo la degeneración, propuso la colocación de un rectángulo de Hartschill mediante una operación quirúrgica. Sin embargo, no informó al paciente de la gravedad de esta intervención, ni de sus riesgos ni de las posibilidades alternativas y, no se dieron por tanto los mínimos requisitos del consentimiento informado, y tras la intervención se agravó su situación.

Para la adecuada decisión el Tribunal Supremo tuvo en cuenta, al igual que la Audiencia Provincial de Barcelona, que no se pone en tela de juicio más que el quantum indemnizatorio derivado de la responsabilidad civil del facultativo, que reside únicamente en la falta adecuada de información sobre los riesgos de la intervención, que esta era paliativa y de conservación del estado del paciente, pero en todo caso no era de urgencia sino programada, y que sin embargo **se le privó de la oportunidad de valorarlos, de decidir con libertad y conocimiento de causa si consentía aquella**. Está claro que la ausencia de información, en conjunción con la clase de intervención, provoca que la incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente sea más débil que si la finalidad de la intervención hubiese sido curativa de la tetraplejía que ya padecía.

Se ha de tener en cuenta, además, que la sentencia recurrida sopesa que la intervención ha acelerado una agravación de la invalidez, pero sin olvidar que la indemnización postulada no puede extenderse a la totalidad del daño padecido de quien ya se encontraba inválido de ambas piernas. Por tanto, lo que se indemniza, dentro de la incertidumbre causal a que se ha hecho mención, en íntima relación con la autonomía de la voluntad, es la agravación de la invalidez del paciente, que ya padecía, ponderando que era previsible que se agravase más adelante en atención a la evolución de ese tipo

de lesiones.

La finalidad, según el factum de las instancias, era garantizar la estabilización y ralentizar al máximo la degeneración y minimizarla, con lo que el beneficio era indudable si el éxito acompañaba a la intervención. La técnica elegida, era novedosa, pero, según el médico forense, cualquiera que fuese la técnica por la que se optase era compleja y con riesgos a ponderar por el beneficio perseguido.

Si la evolución de la lesión secular que padecía culminaría con la invalidez que ahora tiene, y la intervención iba destinada a ralentizar esa evolución y a minimizarla, es razonable que, en principio, se asumiese el riesgo, pero también lo es que, al no informarse de ello al paciente, nos encontramos en **esa franja intermedia de incertidumbre causal que debe ser merecedora de indemnización por privarse al lesionado de autonomía de voluntad para decidir**. Ahora bien, sin perder de perspectiva, como ya se ha razonado, que la lesión ya existía, por imprudencia del recurrente, que la lesión era grave y con evolución desfavorable, el daño indemnizable, puesto en relación con la mencionada ausencia de autonomía de voluntad, consiste, pues, en que la evolución de la lesión, que se quiso ralentizar y minimizar a causa de la operación quirúrgica, se aceleró de forma casi inmediata. Se apoya la Sala, a la hora de identificar y cuantificar el daño, **en la teoría de la pérdida de oportunidad** al tipo cirugía practicada y a la patología que padecía el actor y resto de circunstancias concurrentes.

No cabe duda de que ha existido un daño corporal, la agravación de la invalidez que presumiblemente se alcanzaría más adelante y que la operación pretendía precisamente retrasar y aminorar. Tampoco existe duda del daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, ya que lo que parecía una intervención paliativa y conservativa rápida, desencadenó una notable agravación de su ya delicada situación causada por la tetraplejía que sufría, con el impacto psicológico fácilmente comprensible.

Pero en atención a lo ya razonado, está claro que también supuso una pérdida de oportunidad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes.

En este próximo caso el Tribunal Supremo

en Sentencia de 9 de junio de 2015,⁴⁸ desestimó los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, condenando a la aseguradora al abono de 79.521,67 euros (50% de lo reclamado) por las secuelas (alteración global de mama derecha, síndrome depresivo, perjuicio sexual, alteración neurológica sensitiva, perjuicio estético) causadas a la actora, que se encuentra en situación de invalidez permanente total, ante la inexistencia de consentimiento informado. Así la paciente se encontraba desde el año 2001 en lista de espera para una intervención quirúrgica de reducción mamaria y tras ser derivada por el sistema público fue intervenida en 2006 en una clínica privada donde el doctor que la intervino tenía concertada póliza de seguro de responsabilidad. La Sentencia de primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Zaragoza, estimó en parte el

Recurso de Apelación interpuesto condenando a la aseguradora a pagar 79.521,67 € e intereses del Art. 20 LCS.

Dentro de la motivación de la sentencia recurrida y a la vista de la documental, se concluye que no hubo consentimiento informado, porque: aunque en la historia clínica del cirujano consta que lo hubo, pero en esas circunstancias no se puede valorar su contenido, es decir, no se puede concluir que la actora fuera informada ni aceptara riesgos, inconvenientes o repercusiones negativas. Además, en el mismo informe médico de la demandada se desprende que el riesgo de la evolución posterior, separación de suturas en la aréola, debía ser informado por cuanto es una complicación, así como, en el informe del médico forense consta que “*en este tipo de intervención existe un riesgo estadístico ineludible de necrosis grasa y de infección*”.

48 STS de la Sala 1ª de 9 de junio de 2015, Pte: Baena Ruiz, Eduardo

Es doctrina reiterada de la Sala, que la exi-



gencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor “*ad probationem*”, garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos de la misma.

Tal doctrina es aplicada por la sentencia recurrida cuya “*ratio decidendi*” no se circunscribe a la ausencia de constancia escrita de la información, sino a no estimarse acreditado que la recibiese la paciente en condiciones de tener una cabal comprensión de los riesgos que conllevaba la intervención, debiendo soportar el médico la carga de que la proporcionó a aquella con las explicaciones precisas para que comprendiese su alcance y consentir con conocimiento de causa.

Ante la inexistencia de consentimiento informado se estima, por la Audiencia Provincial de Zaragoza parcialmente la demanda con reducción de la indemnización solicitada, en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidades. En general, en los supuestos de ausencia de consentimiento no se indemniza los perjuicios físicos causados, sino la pérdida de oportunidad porque el paciente no pudo valorar los riesgos y optar entre ser intervenido o desistir de ello, llevando a cabo la cuantificación mediante una fracción del daño producido en función de las circunstancias concurrentes.

En este caso, se trata de una cirugía con finalidad paliativa y estética. No se propuso el interrogatorio de la actora que pudiera haber clarificado sus intenciones y expectativas, y, ante la incertidumbre de lo que pudiera haber ocurrido si se hubiera informado, procede indemnizar en el 50% de lo que hubiera correspondido por una mala praxis médica acreditada.

IV.- CONCLUSIONES

-La finalidad de la información en el sector sanitario es la de proporcionar al paciente el derecho a decidir libremente sobre cualquier actuación que se produzca en su salud, con el objetivo prioritario de que tome la decisión más acorde a sus intereses. Por ello ha de ser objetiva, veraz y completa para la prestación de un consentimiento libre y voluntario.

El consentimiento informado es presupues-

to y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación sanitaria.

-El daño que fundamenta la responsabilidad civil es el resultante de haberse omitido la información previa y debida con anterioridad a la firma del consentimiento.

¿Es necesario con carácter prioritario la regulación de un Baremo de Daños Sanitarios? Los daños ocasionados de la actuación médica deberán ser cuantificados conforme al sistema de valoración regulado en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, el cual sirve como referencia con ocasión de los daños y perjuicios derivados de la actividad médica. El daño ocasionado es el mismo, con independencia de que se utilicen porcentajes al alza o baja, en cada situación concreta enjuiciada.

El quantum indemnizatorio queda en la prudencia, arbitrio y moderación del juez produciéndose una gran incertidumbre jurídica y en ciertos casos un gran desequilibrio para el paciente que reclama daños originados por la actuación médica.

-La medicina es una ciencia inexacta siendo la obligación del médico de medios no de resultados, es decir, que se obligan no a curar sino a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera y resultan necesarios en consonancia con el estado de la ciencia y la denomina “*Lex artis ad hoc*”.

El médico se encuentra sujeto a una responsabilidad subjetiva o por culpa o negligencia, regulado en el Artículo 1101 y 1902 del Código Civil y por tanto, no se le puede exigir una responsabilidad objetiva.

En tanto que obligación de medios, la prueba de que la actuación médica no se ajustó a la *lex artis ad hoc* incumbe a quién la alega, conforme a lo dispuesto en el Art. 217 de la LEC sin embargo esta carga ha de entenderse matizada con arreglo a los principios de facilidad o disponibilidad probatoria, dado que el paciente, en muchos casos, no está en condiciones de aportarla.

-La pérdida de oportunidad ha sido creada para indemnizar el error en el diagnóstico y la falta de información.

-La cuantificación del daño, por omisión o deficiencias en el consentimiento informado, puede ser abordada de muy diversas formas, sin que exista un *numerus clausus* que resuelva

la cuestión.

V.- BIBLIOGRAFIA

Adan Domenech, Federico. (2018) Responsabilidad sanitaria y consentimiento informado. Wolters Kluwer.

Arbesú González, Vanesa. (2016) La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética. Dykinson.

Cantero Martínez, Josefa. (2005) Autonomía del Paciente: del Consentimiento Informado al Testamento Vital. Edisofer S.L.

Castillo Martínez, Carolina del Carmen. (2018) El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación. Actualidad Civil.

García Garnica, M^a Carmen. (2006) La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial. En A. Orti Vallejo (coord.). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Thomson Reuters Aranzadi.

Garrido Jiménez, José Manuel. (2010) Análisis causal del acto médico y su importancia en el consentimiento informado. Dykinson

Llamas Pombo, Eugenio. (1988) Responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. Trivium.

López y García de la Serrana, Javier. (2011) La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica. *Economist& Jurist*.

López y García de la Serrana, Javier. (2018) Responsabilidad Profesional en el ámbito sanitario: La valoración y cuantificación del daño. Síntesis y análisis de casos prácticos. Master Propio en Responsabilidad Civil 6^a Ed de la Escuela de Estudios y Prácticas Jurídicas de Granada.

Luna Yerga, Alvaro. (2003) Regulación de la carga de la prueba en la LEC. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*.

Maciá Gómez, Ramón. (2010) La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*.

Magro Servet, Vicente. (2018) ¿Es compatible la indemnización de daños por lesiones psíquicas o psicológicas con el daño moral? *Actualidad Civil*.

Pasquau Liaño, Miguel. (2012) Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico-quirúrgica: cuándo se responde y cómo se determina el importe indemnizatorio. Ponencias sobre Responsabilidad Civil y Derecho de la Circulación. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. *Sepin*.

Sánchez González, Margarita. (2018) El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por wrongful birth. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*.

Sangüesa Cabezudo, Ana María. (2012) Autonomía del paciente. Consentimiento informado. *Lefebvre*.

Sardinero García, Carlos. (2016) Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal por Falta de Información en el Ámbito Clínico. Criterios Indemnizatorios. *Tirant lo Blanch*.

Seuba Torreblanca, Joan C. y Ramos González, Sonia. (2003) Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. *Indret: Revista para el Análisis del derecho*.

Tapia Hermida, Alberto J. (2019) La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. *Acción Directa y Pérdida de oportunidad. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*.

Vázquez López, J. Enrique. (2010) La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). *Cuadernos de Medicina Forense*.

Vicandi Martínez, Arantzazu. (2018) Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Artículo cuarto. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disposición final segunda. Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Dykinson, S.L.*

Vicandi Martínez, Arantzazu. (2012) El derecho a la información. Un campo de batalla entre la medicina y el derecho. *DS: Derecho y salud*.