



FACULTAD DE DEREHO - ICADE

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO POR MALA PRÁXIS. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

Estudio jurisprudencial sobre el tratamiento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual del personal sanitario bajo el criterio valorativo de la lex artis.

Autor: Elena Ybancos San Juan

Tutor: Prof. Dr. José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid
Abril 2014

ÍNDICE

0. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	Pág.3
1. INTRODUCCIÓN	
1.1. Tema.....	Pág.4
1.2. Importancia.....	Pág.4
1.3. Proceso de investigación.....	Pág.4
1.4. Ordenación del trabajo.....	Pág.5
2. RASGOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	
2.1. Distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual.....	Pág.6
2.2. Unidad de culpa civil.....	Pág.7
2.3. Distinción del tipo de obligación en la medicina satisfactiva y curativa.	Pág.7
2.4. Tipos de daños y coste de oportunidad.....	Pág.7
3. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD	
3.1. Carga probatoria.....	Pág.8
3.2. Obligación de medios y de resultados.....	Pág.9
3.3. Premisas específicas de la responsabilidad médica.....	Pág.13
3.4. Instrumentos procesales que invierten la carga de la prueba.....	Pág.16
4. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR FALTA DE INFORMACIÓN	
4.1. Contenido de la información.....	Pág.18
4.2. Información verbal y escrita.....	Pág.20
4.3. Derecho del paciente a no ser informado.....	Pág.21
4.4. Información en la medicina curativa y satisfactiva.....	Pág.21
4.5. Información de los riesgos.....	Pág.22
4.6. Responsabilidad por la concurrencia de un equipo médico.....	Pág.24

4.7. Información como derecho personalísimo y continuidad en el tiempo.....	Pág.26
5. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO	
5.1. El consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis.	Pág.27
5.1.1. Generalidades.....	Pág.28
5.1.2 Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011.....	Pág.28
5.2. La forma de consentimiento y referencia a los protocolos de consentimiento informado.....	Pág.30
5.2.1. Generalidades.....	Pág.32
5.2.2. Protocolos de consentimiento informado.....	Pág.33
5.3. La omisión del deber de informar.....	Pág.33
6. CONCLUSIÓN	Pág.37

LISTADO DE ABREVIATURAS

- Ley 41/2002: 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, núm. 274, BOE 15 de noviembre de 2002.
- TS: Tribunal Supremo.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TC: Tribunal Constitucional.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- CE: Constitución española.
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia.
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- AP: Audiencia Provincial.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- CC: Código Civil.
- LRJAP- PAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Proceso Administrativo Común.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Tema

Con el presente trabajo de investigación se pretende hacer un análisis pormenorizado de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en la que incurre el personal sanitario por mala praxis en su actuación profesional.

1.2. Importancia

El tema elegido presenta una gran importancia tanto desde el punto de vista civil, por el hecho de abordar la responsabilidad en el ámbito contractual y extracontractual, como por el hecho de relacionarse con un ámbito tan sensible como son los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española, al encontrarse en relación con el derecho a la integridad física regulada en el artículo 15.

Además, este tema presenta gran litigiosidad en las distintas instancias y existe abundante jurisprudencia sobre la responsabilidad del personal sanitario por los daños producidos en su actuación sobre el paciente.

Otra de las razones por las que podemos mantener su importancia es por la necesidad de regular equilibradamente los derechos y obligaciones en la relación entre el médico y el paciente.

Y por último, este tema tiene relevancia ya que en el campo de la medicina es constante la producción de daños o de resultados no deseados, donde será necesario conocer las garantías para la protección tanto del médico como del paciente.

1.3. Proceso de investigación

Para llevar a cabo la investigación en éste ámbito tan ajeno y a la vez tan cercano al Derecho, he procedido al análisis de algunas disposiciones 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.

Además he abordado el estudio de la jurisprudencia consolidada en las distintas instancias, pero haciendo especial hincapié en lo establecido sobre esta materia por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

También he consultado el Código Deontológico Médico para comprobar cuáles son los principios por los que se ha de regir este colectivo en su actuación profesional.

Y por último, he mencionado y estudiado ciertos artículos doctrinales como el que aparece en el número 67 de la Revista de las Cortes Generales del primer cuatrimestre del año 2006, respecto a la necesidad en el ámbito sanitario del consentimiento informado por parte del paciente para evitar dañar su inherente derecho a la integridad física.

1.4. Ordenación del trabajo

En cuanto a la estructura de este estudio, comenzaremos haciendo un análisis de la responsabilidad médica en sentido general, procediendo después a analizar con más detalle los requisitos específicos de la responsabilidad sanitaria y por último nos centraremos en el análisis de la responsabilidad atendiendo a dos variables, por un lado a la falta de información y por otro lado y en conexión con la anterior, a la falta de consentimiento informado por parte del paciente.

A lo largo del estudio se hará una distinción dentro de la medicina, entre la denominada curativa y la satisfactiva haciendo referencia a las distinciones que presentan respecto a determinados aspectos y a la vez a su gran similitud y tratamiento jurisprudencial cada vez de manera más igualitaria.

Antes de adentrarnos en el tema me parece oportuno traer a colación las palabras que sobre la responsabilidad del médico establece el profesor LLAMAS POMBO, que dice literalmente:

El sanitario es un profesional al que se exige, como a cualquier otro, un grado de diligencia y competencia acorde con el estándar que delimita el estado de la ciencia en unas determinadas coordenadas espacio- temporales, así como el grado de especialización. Si bien las consecuencias de un error son, aunque no siempre más graves, al menos sí más espectaculares

que en otras profesiones, ésto no puede fundamentar una diferenciación tan importante entre los médicos y el resto de la sociedad.¹

2. RASGOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

2.1. Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

Existen dos tipos de responsabilidades: por un lado se encuentra la responsabilidad contractual, regulada en los artículos 1101 y ss. del Código Civil, que es aquella que deriva de un contrato en el que concurren al menos dos partes y por otro lado, se encuentra la responsabilidad extracontractual, que es aquella que permite un resarcimiento por daños en los casos en que no existe contrato entre las partes y se produce un daño a cualquiera de ellas y su regulación se recoge en el artículo 1902 y ss.

Existe la convicción de que no es necesario que exista un contrato entre las partes para que concurra la responsabilidad contractual, sino que basta con la existencia de una relación análoga, es decir, “*que los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea éste expreso o tácito, o incluso presunto*”.²

Conviene remarcar que la jurisprudencia civil ha establecido que las relaciones entre la Seguridad Social y los afiliados son contractuales, contraviniendo la jurisprudencia consolidada del Juzgado de lo Social y del Tribunal Constitucional. Por lo tanto, las acciones por negligencias médicas contra hospitales públicos tendrán un plazo de prescripción de quince años.

En el ámbito de la medicina se utiliza lo que se conoce como “responsabilidad extracontractual derivada del contrato”, expresión que viene a definir que entre el paciente y el médico puede existir un contrato de servicios, pero cuando el incumplimiento del contrato conlleva la lesión de derechos de la personalidad

1 LLAMAS POMBO, E, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 44- 45.

2 IZQUIERO TOLSADA, M, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dikynson, Madrid, 2001, pp. 86.

pertenecientes al paciente-cliente, está justificada la utilización de reglas extracontractuales.³

2.2. Unidad de culpa civil

En el caso de que concurra responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo caso, el demandante tendría que elegir por cuál de las dos se decanta al ser dos pretensiones distintas; pero en el ámbito de la medicina se da lo que se conoce como “la unidad de culpa civil”, a la que se dedicará mayor atención en páginas posteriores.

2.3. Distinción del tipo de obligaciones en la medicina satisfactiva y curativa

En el ámbito jurisprudencial y doctrinal se produce de manera constante una distinción entre la medicina satisfactiva y la medicina curativa, estableciendo que la primera se trata de una obligación de resultado y en cambio, la segunda consiste en una obligación de medios cuyo cumplimiento quedaría constatado con el cumplimiento de la diligencia exigible en el caso concreto, atendiendo a las reglas de la *lex artis ad hoc*⁴

2.4. Tipos de daños y coste de oportunidad

En el ámbito que es objeto de estudio se suelen dar, además de daños presentes lo que se conoce como daños futuros que son aquellos daños que surgen como consecuencia de un acto médico, que son consecuencia de dicho acto, y que además

³ IZQUIERO TOLSADA, op.cit, pp. 95.

⁴ IZQUIERO TOLSADA, op. cit., pp. 127.

podemos prever con seguridad que exigirán en el futuro un tratamiento médico y unos gastos para su curación o paliación.⁵

Y también la jurisprudencia ha venido tomando en cuenta el coste de oportunidad, que supone una pérdida de esperanza. Podemos hablar de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998 en un caso que tiene lugar por la amputación de la mano a un trabajador donde el coste de oportunidad se da por el hecho de que la médico de la empresa ordenó conforme a criterios médicos que la mano fuera transportada en un recipiente con hielo natural y no con hielo sintético como se hizo. El Tribunal estima que a pesar de la negligencia al transportar la mano en hielo sintético, tampoco se podía garantizar el éxito si se hubiera realizado conforme a lo ordenado. Por lo tanto, ante este presupuesto de hecho, se le imputó simplemente la pérdida del coste de oportunidad.⁶

3. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD

3.1. Carga probatoria

En atención a la responsabilidad en el ámbito médico- sanitario, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, viene afirmando que es el demandante- paciente quien tiene la carga probatoria de que el médico incurrió en culpa al no actuar conforme a la *lex artis*. Además el demandante será quien pruebe el daño médico, pruebe la negligencia del profesional en su actuación y la existencia de una relación causal entre su actividad y el daño acontecido; salvo que existan indicios muy cualificados que pongan de manifiesto la desproporción del mal resultado con el que según las reglas de la experiencia es habitual⁷. A modo de ejemplo podemos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1998 que sintetiza lo que ya hemos expuesto anteriormente:

Asimismo, como consecuencia de la expresada doctrina, en la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general no es aplicable la jurisprudencia de la

⁵ IZQUIERO TOLSADA, op. cit., pp. 148.

⁶ IZQUIERO TOLSADA, op.cit., pp.154.

⁷ DOMINGUEZ LUELMO, op.cit., pp.50.

responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo, sin que proceda tampoco la presunción de culpabilidad que supone la inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales que pongan de manifiesto la desproporción del mal resultado con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, que inductivamente revela la penuria negligente de los medios empleados el descuido en su conveniente y temporánea utilización, o aquellos otros casos en los que las actuaciones lleven aparejada una obligación de resultado, como el ya mencionado de la cirugía estética.⁸

3.2. Obligación de medios y de resultados

La culpa o negligencia médica se relaciona con la idea de que al médico o personal sanitario le corresponde una obligación de medios en su actividad, es decir, en el ámbito de la medicina curativa o asistencial se busca que el médico atendiendo a las circunstancias emplee los medios y técnicas pertinentes existentes en el momento en que es necesaria la sanación del paciente. Por tanto, el médico aunque tenga como principal misión la búsqueda de la curación, su responsabilidad se agota en el momento de la utilización de todos los medios posibles. Esto lo vemos a modo de ejemplo en la STS de 10 de noviembre de 1999 cuyos hechos tienen lugar debido a que un médico no pudo constatar la presencia de un cuerpo extraño intraocular evitando así el tratamiento adecuado debido a que no utilizó todos los medios a su alcance para lograr un éxito en su diagnóstico y viene a decir el juez literalmente que

Quando el médico realiza un acto profesional, se obliga a emplear la diligencia adecuada – los medios- y no garantiza el acto terapéutico- la sanidad del enfermo-, es decir, que no se compromete a curar, sino a intentar curar, y en este caso, el referido facultativo quebrantó la obligación de medios en lo que atañe a la no utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un enfermo concreto , pues es que si el doctor U. hubiese advertido el cuerpo extraño intraocular podía haber ofrecido un tratamiento terapéutico a doña Laura C.P. y, sin embargo, esto no ocurrió.⁹

En la responsabilidad del médico o personal sanitario, por tanto, entraría en juego el cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, que consiste en la diligencia mínima que debe

⁸ SAP de Madrid (Sección 13ª) de 18 de marzo de 1998, núm. 867/1996, (AC 1998/7011) Ponente: Sr. D Modesto de Bustos Gómez- Rico.

⁹ STS (Sala de lo Civil) de 10 de noviembre de 1999, núm. 923/1999 (RJ 1999/8057). Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela.

cumplir dicho colectivo profesional en su actuación y donde habrá que tener en cuenta como establece la STS de 23 de mayo de 2006 que:

La *lex artis ad hoc*, sin embargo, como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, no sólo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias.¹⁰

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 1998 es más precisa y enumera con mayor rigor las pautas a seguir para el cumplimiento de la obligación de medios exigible en el ámbito de la medicina curativa:

- a) La utilización de todos los medios disponibles y conocidos por la ciencia médica atendiendo a las circunstancias crónicas o tópicas que presenta el paciente.
- b) Información al paciente del diagnóstico, pronóstico, tratamiento, y riesgos que conlleva la actuación médica, especialmente cuando sea necesaria una intervención quirúrgica.
- c) La garantía de la continuidad e información del tratamiento hasta que tenga lugar el alta médica.¹¹

Dicha obligación de medios, no se dará de la misma manera en el ámbito de la medicina satisfactiva (la consistente en intervenciones estético- plásticas, análisis clínicos, radiología y determinadas actuaciones de odontología), donde concurre con mayor frecuencia la consideración de una obligación de resultado, aunque siempre hay que atender al caso concreto. Así lo podemos apreciar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de marzo de 2013 que, literalmente viene a decir:

¹⁰ STS (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 2006, núm. 495/2006 (RJ 2006/3535). Ponente: Excmo. Sr. Juan Xiol Ríos.

¹¹ SAP de Madrid (Sección 13ª) de 18 de marzo de 1998 (AC 1998/7011) Ponente: Sr. Modesto de Bustos Gómez- Rico.

“Resumidamente esta obligación de medios comprende: a) La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto. b) La información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas. Este deber de información en las enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas, es extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad y c) La continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono”

Se afirma que en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa, la relación contractual médico -paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra - médico - por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente¹²

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 1998, viene a repetir lo mencionado en la anterior sentencia al establecer que cuando un paciente acude al médico no para la cura de una dolencia patológica, sino para mejorar un aspecto físico, el contrato que no deja de ser de servicios, se acerca de manera notoria a un arrendamiento de obra lo que garantiza el cumplimiento del resultado perseguido por el paciente. Mantiene esta postura afirmando, que en caso de que en la medicina satisfactiva no se garantizara dicho resultado los pacientes no se someterían a este tipo de operaciones.¹³

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007, viene a tratar igualmente el hecho de que la actuación médica tenga lugar para una mejora estética y no para una dolencia y viene a mantener de manera constante que debido a que se trata de un acto voluntario de mejora, se presume una obligación de resultados, pero matiza que ello no conlleva la consecuencia de que el personal sanitario deba responder en todo caso en el que el resultado no sea el esperado, ya que en el caso en que dicho resultado se deba a factores externos donde la actuación médica haya constituido un eslabón más

¹² SAP Madrid (Sección 1º) de 8 de marzo de 2013, núm. 139/2013. Ponente: Excmo. Sr. Félix Almazán Lafuente.

¹³ SAP de Madrid (Sección 13º) de 18 de marzo de 1998, núm. 867/1996 (AC 1998/7011) Ponente: Ilmo. Sr. Modesto de Bustos Gómez- Rico.

“Sin embargo en aquel otro supuesto en el que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en el que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención”.

de la cadena que ha llevado a producirlo, entraríamos en una responsabilidad de carácter radicalmente objetiva.¹⁴

Para concluir con una aclaración a este epígrafe, a pesar de que es constante la distinción entre medicina curativa y satisfactiva, así como el hecho de que ésta es puramente una obligación de medios y aquella se acerca a una obligación de resultados. A mi juicio, conviene aclarar que los dos tipos de medicina se basan en una obligación de medios, en ambas la diligencia debida se mide bajo el criterio de la *lex artis*, y habrá que estar al caso concreto para determinar si es necesario atender al resultado o a los medios empleados.

Sino podríamos caer en la paradoja de que cuando un paciente se somete voluntariamente a un acto médico con el objetivo de mejorar un aspecto físico en caso de no lograr el resultado esperado, tendría derecho a una indemnización por el mero hecho de alegar la falta del resultado anhelado. Y por otro lado, podríamos llegar a encontrarnos casos en medicina curativa de muerte por una intervención quirúrgica sin riesgos para la vida donde comprobándose el cumplimiento de la *lex artis* a los familiares del paciente muerto no se le deba indemnizar ya que se trata de una obligación estrictamente de medios.

¹⁴ STS (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 2007, núm. 544/2007 (RJ 2007/4667). Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Rios.

“La jurisprudencia ha matizado sustancialmente la responsabilidad del personal sanitario, que dentro de un esquema estrictamente privado realiza una intervención quirúrgica cuya causa no radica en una imperiosa necesidad para la salud, sino que se encuentra en un exclusivo deseo de mejora estética o en la voluntaria supresión de una función fisiológica, de forma que en tales casos actualmente se considera que la obligación de dicho personal sanitario no es sólo de medios y conocimientos sino también de resultado, de forma que frente a la primigenia concepción de la relación médico-paciente como un exclusivo arrendamiento de servicios, hoy parcialmente se superpone la concepción de dicha relación como de un arrendamiento de obra, sin embargo, también es cierto que ello no conlleva la ineluctable consecuencia de que dicho personal sanitario debe de responder en todo caso en el que el resultado no termine siendo el proyectado, pues siempre podrán incidir en dicho resultado factores ajenos al propio actuar médico, a cuyo hacer, en definitiva, tan sólo le es achacable la hipotética falta de la diligencia profesional que la concreta actuación requería, pues caso contrario y si se pretendiera extender dicha responsabilidad a sobrevenidos factores externos a dicha actuación, de forma que el basamento de la misma fuese sólo el haber sido la intervención médica un mero eslabón causal del resultado producido, mal casaría ello con el esquema (no ya de nuestro derecho punitivo de naturaleza pública) de nuestro derecho civil de predominante carácter privado; en el cual en materia contractual no existe una responsabilidad de carácter meramente objetivo y basada en una simple relación de hechos y resultando, pues así deriva claramente de lo dispuesto en el art. 1101 del CC, en relación a los arts. 1104 y 1105 del citado texto”.

3.3. Premisas específicas de la responsabilidad médica

Por tanto, respecto a la responsabilidad del personal sanitario pueden afirmarse cuatro premisas básicas:

Primero, la regla general es la no concurrencia de responsabilidad objetiva en la responsabilidad civil médica ya que conlleva un daño y una relación de causalidad entre el daño producido y la culpa. A pesar de ello, en el ámbito de la Seguridad Social y en aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 139 LRJAP- PAC, podemos deducir que atendiendo al caso la jurisprudencia tiende a considerar que concurre responsabilidad objetiva por parte del Estado en contra de la responsabilidad subjetiva que domina nuestra jurisprudencia, alegando que el paciente no tiene el deber jurídico de soportar el daño.¹⁵

Así lo vemos en STS de 7 de febrero de 1990:

A mera relación causal material no es suficiente si no se añade la realidad de una elemento intencional o culposo, sin el cual, en la materia de que se trata, referente a la responsabilidad

¹⁵ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social) de 20 de mayo de 1997, núm. 2237/1996 (AS 1997/1457). Ponente: Lope del Barrio Gutiérrez.

“Se denuncia en el correlativo y último de los motivos infracción de los artículos 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (RCL 1957\1058, 1178 y NDL 25852), artículo 7 de la Ley General de Sanidad (RCL 1986\1316), artículo 106.2 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y artículo 26 de la Ley General de Defensa de los Consumidores (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943) y, asimismo, de la jurisprudencia que se cita y comenta. A este respecto es de resaltar que una ya consolidada doctrina jurisprudencial, de la que son exponente entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 junio 1991 (RJ 1991\5131); 10 febrero 1992 (RJ 1992\958), 20 abril 1992 (RJ 1992\2662) y 21 abril 1993 (RJ 1993\3344), sienta que la responsabilidad patrimonial exigible a la Administración de la Seguridad Social por la deficiente prestación de los servicios sanitarios, es de carácter objetivo, lo que equivale -como se dice en la última sentencia referenciada- a sostener que, en virtud de la responsabilidad sin culpa, se produce una obligación legal de indemnizar y se objetiva la responsabilidad extracontractual con caracteres absolutos, en contra del principio de culpa, que domina en nuestro ordenamiento jurídico, lo que supone que se trata de una responsabilidad al margen de todo elemento de voluntariedad, por consiguiente, dándose los demás elementos de efectividad e individualización del daño, antijuridicidad del mismo -en el sentido de que el particular no tiene el deber jurídico de soportar al no existir una causa de justificación que legitime el daño como tal-, imputación a la Administración de la Seguridad Social y relación de causalidad entre el actuar y la lesión producida, surge el deber de reparación, con independencia de que el daño se hubiera causado voluntaria o involuntariamente, como consecuencia del riesgo creado por la existencia misma del servicio o derivada de su mal funcionamiento, incluyendo el caso fortuito, con la sola excepción de los producidos por fuerza mayor”.

médica, no existe responsabilidad, (...)en concreta relación con los profesionales sanitarios en cuanto, en general, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido subjetivo, como omisión a la diligencia exigible en cada caso, aunque se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera del campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos y operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado y curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso su curación, sino a poner en su actuación toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica.

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo que establece igualmente que:

En los supuestos de tratamientos médicos ha de seguirse el concepto clásico de la culpa recogido en el art. 1104 del Código Civil, consecuencia de una responsabilidad civil subjetiva, que no altera la carga de la prueba sino que la impone al que alega un derecho derivado de contrato.¹⁶

Segundo, se hace una distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado dependiendo de si se trata de medicina curativa o medicina satisfactiva, estableciéndose que en la primera de ellas concurre una obligación de medios que se satisface con la adecuada aplicación de la *lex artis*; y en la segunda, concurre una obligación de resultado por parte del médico facultativo, que resulta incumplida si no se logra el objetivo por el que el paciente se sometió a dicho tratamiento.¹⁷ No obstante hay que tener en cuenta, además de la jurisprudencia ya mencionada en el epígrafe anterior, el artículo 10 de la Ley 41/2002 establece que en determinados supuestos se encuentra en una posición intermedia entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado por lo que habrá que estar al caso concreto.

Tercero, la carga de la prueba corresponde al paciente sobre el que recae el daño, si bien existen una serie de instrumentos procesales que le facilitan dicha labor probatoria que se expondrán más adelante.

En cuarto lugar, dentro del ámbito médico se utiliza lo que se conoce como la “unidad de culpa civil”, que ya mencionaba en páginas anteriores, en aquellos supuestos en los que concurren acciones de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual. Los tribunales resolverán en atención a una u otra aunque no hayan

¹⁶ STS (Sala de lo Civil), de 7 de febrero de 1990, (RJ 1990/668). Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez.

¹⁷ DOMINGUEZ LUELMO, A, op.cit., pp. 61.

sido alegadas por el demandante sin llegar a incongruencia alguna, ya que del propio daño se puede definir qué Derecho será de aplicación al caso concreto.¹⁸

Así se pone de relieve en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 2000 que establece que el principio de unidad de culpa civil tiene lugar cuando concurren acciones contractuales y extracontractuales donde será el perjudicado quien opte por una u otra dejando al arbitrio del juez la decisión de estimar una u otra o incluso la concurrencia de las dos.¹⁹

Y de igual manera en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 23 de septiembre de 2005, que establece que el objetivo de la utilización del criterio de la unidad de culpa civil es la protección de perjudicado.

Atiende a la doctrina jurisprudencial de la unidad de culpa civil, que no acoge sino la tendencia hacia la máxima protección del perjudicado, (...) criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida «unidad conceptual» que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos o «yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo mas (*sic*) completo posible.²⁰

En mi opinión, y a modo de crítica en atención a mi conocimiento en materia procesal, la pretensión jurídica es la que da lugar al objeto del proceso y el hecho de que exista en la responsabilidad por mala praxis la posibilidad de invocar la unidad de culpa civil, supone un peligro para la seguridad jurídica.

¹⁸ DOMINGUEZ LUELMO, A, op.cit., pp. 67.

¹⁹ SAP Madrid (Sección 10ª) de 15 de enero de 2000, núm. 507/1997 (AC 2000/640). Ponente: Ilmo. Sr. Ángel Vicente Illescas Rus.

“Principio de la unidad de la culpa civil: en supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en acto ilícito extracontractual el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro; no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial; no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de extracontractual o viceversa”.

²⁰ SAP Ciudad Real (Sección 1ª) de 23 de septiembre de 2005, núm. 227/2005 (AC2005/2010). Ponente: Ilmo. Sr. D Luis Casero Linares.

La unidad de culpa civil es reconocida por el Tribunal Supremo que mantiene que no da lugar a incongruencia y por tanto no se pone en duda, pero en mi opinión puede hacer que en aquellos casos más dudosos se puede invocar un tipo de responsabilidad y que sea el Juez quien bajo su propio criterio decida llevar el proceso por la vía de otra responsabilidad no alegada.

3.4. Instrumentos procesales que invierten la carga de la prueba

Como ya he apuntado, la carga de la prueba recae sobre el paciente- demandante, pero debido a la dificultad que en ocasiones supone para el perjudicado llevar a cabo su actividad probatoria conforme al artículo 217 LEC en lo que se refiere a la existencia del daño, la culpa del personal sanitario y la relación causal, existen una serie de instrumentos procesales para facilitar esta tarea al atribuirle la carga de la prueba a la parte que pueda acceder a los medios probatorios de manera más fácil.²¹

En primer lugar, el principio *Res ipsa loquitur*, que suele aplicarse en aquellos casos en que tiene lugar un daño desproporcionado y su aplicación requiere los siguientes requisitos: que el daño causado no se encuentre entre los que no ocurren sin que se dé negligencia, que la negligencia debe presentarse como la única causa posible de tal daño, que el profesional imputado tenga el control completo del paciente y de los medios empleados y en fin, que el propio paciente o un tercero distinto del personal sanitario no aparezca como posible causante. A modo de ejemplo se menciona la STS de 15 de septiembre de 2003:

Ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor y, añaden: corresponde a la regla "*res ipsa loquitur*" (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la "*faute virtuelle*" (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto.²²

²¹ DOMINGUEZ LUELMO, op.cit., pp.67.

²² STS (Sala de lo Civi) de 15 de septiembre de 2003, núm. 830/2003 (RJ 2003/6418). Ponente: Excmo. Sr. D Xavier O'Callaghan Muñoz.

En segundo lugar, la prueba de presunciones, de tal forma que a través de la lógica puede deducirse que a partir de un hecho demostrado pueda deducirse otro y además tiene que concurrir entre el primero y el segundo una conexión precisa y directa. Pero cuando el resultado pueda ser debido a distintas causas no se aplicarán las presunciones. Así lo avala la STS de 4 de diciembre que establece en su fundamento jurídico que:

Según la jurisprudencia para la eficacia probatoria de las presunciones es preciso que el enlace que debe existir entre el hecho demostrado y el que se deduce tiene que ser de tal conexión y congruencia que la realidad del primero traiga como consecuencia racional e ineludible la del segundo por ser la relación de ambos coincidentes y sin poder aplicarse a otras circunstancias. Excepcionalmente, puede prosperar la casación cuando la deducción no se sujeta a las reglas determinadas del criterio humano, resulte absurda, ilógica e inverosímil.²³

En tercer lugar, la prueba *prima facie*, se trata no de una presunción sino de una prueba como tal, existe una máxima de la experiencia con la que se ha llegado a la constancia de la misma conforme a resultados típicos en los que se ha comprobado que hay una culpa o causa determinada que ha dado lugar a la misma. Se trata de una apreciación judicial de las pruebas de tal forma que lleven a un “grado suficiente de probabilidad”, es decir, que al menos haya un cincuenta por cien de probabilidad.

En cuarto lugar, la culpa virtual, es una forma de determinar la culpa por la existencia de una conexión causal entre la intervención médica y el resultado dañoso. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002, menciona la referida culpa virtual en un caso de un paciente al que se le extrae un tumor y cuatro meses después debido a que había quedado un trozo de grasa que conllevaba dolores de cabeza, fiebre y estado anormal se le produce otra intervención que conlleva unas secuelas irreversibles que dan lugar a una incapacidad permanente. La citada sentencia viene a decir que:

A la doctrina francesa de la «faute virtuelle» (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.²⁴

²³ STS (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre de 2007, núm. 1242/2007 (RJ 2008/251). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

²⁴ STS (Sala de lo Civil) de 29 de noviembre de 2002, núm. 1152/2002 (RJ 2002/10404). Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

En quinto lugar, la distribución dinámica de la prueba, que consiste en que en atención a la facilidad de acceso a la prueba que presente cada una de las partes en cada una de las fases probatorias, será sobre dicha parte sobre la que recaiga la actividad probatoria.²⁵

4. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR FALTA DE INFORMACIÓN

4.1. Contenido de la información

Tras haber analizado algunos de los rasgos típicos de la responsabilidad en el ámbito sanitario conviene hacer un análisis más profundo de la responsabilidad del médico debida a la insuficiencia en el suministro de información sanitaria previa a cualquier actuación médica.

El artículo 4 de la Ley 41/2002 reza que los pacientes tienen derecho a conocer la información disponible así como que se le respete su voluntad de no ser informada. La información deberá de contener como mínimo la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias. Y dicha información prestada deberá ser acorde con su capacidad de comprensión para que pueda éste tomar las decisiones de acuerdo con su propia voluntad.²⁶

²⁵ DOMINGUEZ LUELMO, op.cit., pp. 87.

²⁶ Artículo 4 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, núm.274 , BOE 15 de noviembre de 2002. El texto completo del artículo:

- 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, 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, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.
- 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 y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

A continuación se realiza un análisis sobre la aplicación de este artículo atendiendo a la jurisprudencia y para ello vamos a centrarnos en cuál debería de ser el contenido de la información y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2003 mantiene la imposibilidad de prefijar un modelo que albergue todo el contenido de la información, aunque como mínimo deberían expresarse las características de la intervención quirúrgica, sus ventajas e inconvenientes, los riesgos inherentes a la misma el proceso a seguir durante el post- operatorio y el contraste con la situación anterior al sometimiento a la operación que se prevé.²⁷

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1997 que establece que la información conferida tiene que ser puntual, veraz, correcta, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que pueda ser entendida por el paciente por contar con datos claros y precisos que le permitan decidir si se somete a la intervención.²⁸

3.El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

²⁷ STS (Sala de lo Civil) de 23 de julio de 2003, núm. 784/2003, (RJ 2003/5462). Ponente: Excmo. Sr Luis Martínez- Calcerrada y Gómez.

“En cuanto a la esencia a que debe referirse el derecho o deber de información, no es posible exponer un modelo prefijado, que albergue "a priori" todo el vasto contenido de dicha información, si bien abarcaría como mínimo y, en sustancia, por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del post-operatorio e, incluso en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen a esa intervención; al respecto se expone en Sentencia de 2-10-1997 (RJ 1997, 7405) de esta Sala: “Un elemento esencial de la 'lex artis ad hoc' o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos es el de la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo”.

²⁸ STS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 1997, núm. 511/1997 (RJ 2003/3916). Ponente: Excmo. Sr. D Alfonso Villagómez Rodil.

“La información al paciente, ha dicho esta Sala, 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 [...]Esta Sala de Casación Civil ha precisado los requisitos, contenido y alcance de la información médica (Sentencia de 13 de abril de 1999 [RJ 1999, 2611]) y así ha declarado que ha de referirse como mínimo a las características de la intervención quirúrgica a practicar, sus riesgos, ventajas e inconvenientes, en lo que cabe incluir el pronóstico sobre las probabilidades del resultado y si esta información no se lleva a cabo en la forma adecuada que se deja dicho, a fin de que el consentimiento del enfermo lo sea con conocimiento de causa bastante, se infringe la «lex artis ad hoc», al violentarse el hecho esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, no procediendo reducir este deber médico inevitable al rango de una mera costumbre o simple formulismo sin el contenido necesario, que por desgracia suele practicarse en el ámbito médico hospitalario”.

4.2. Información verbal y escrita

Como regla general, el artículo 4.1 de la Ley 41/ 2002 establece que la información deberá proporcionarse de manera verbal; no obstante, en la práctica se demuestra la conveniencia de otorgar la información al paciente de manera escrita como requisito *ad probationem*.

Así lo podemos comprobar en algunas de las sentencias como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005 que establece la admisión de la información oral, pero manifiesta como más recomendable aquella que se da de manera escrita a efectos de prueba”.²⁹

4.3. Derecho del paciente a no ser informado

Igual que existe el derecho a ser informado para la concurrencia con el posterior consentimiento informado, se da igualmente el derecho del paciente a no ser informado, como se establece en el propio artículo 4.1 de la Ley 41/2002 que establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”.

²⁹ STS (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 6ª) de 25 de abril de 2005, núm. 4285/2001(RJ 2005/4448). Ponente: Francisco González Navarro.

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

Como también lo prevé el artículo 10.2 del Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, que manifiesta que “Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada”³⁰ y lo mismo encontramos en el artículo 15.2 del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 2011 que establece que “[l]a información debe transmitirse directamente al paciente o a las personas por él designadas o a su representante legal. El médico respetará el derecho del paciente a no ser informado, dejando constancia de ello en la historia clínica”³¹

4.4. Información en la medicina curativa y satisfactiva

Además, volviendo a marcar una línea comparativa entre la medicina curativa y la satisfactiva; en ésta última será por norma general menos extensa y detallada que la proporcionada en la medicina curativa como lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009:

La información es una, 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, y por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente, por lo que si éste da adecuada satisfacción al mismo no cabe pretenderlo también del centro hospitalario, sin perjuicio de que si el informe radica en la actuación de la entidad sanitaria sea esta la que se haga responsable de las informaciones de cuantos estén llamados a intervenir con arreglo a criterios uniformes, generalmente aceptados y conformes con el dictado legal.³²

Del mismo modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007 viene a reiterar lo mencionado anteriormente al mantener que:

El deber de información en la medicina satisfactiva(...) debe ser una información objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas,

³⁰ DOMINGUEZ LUELMO, op.cit., pp.180.

³¹ Artículo 15.2 del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 2011.

³² STS (Sala de lo Civil) de 13 de octubre de 2009, núm. 674/2009 (RJ 2009/5564). Ponente Excmo. Sr. D José Antonio Seijas Quintana.

riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia.³³

4.5. Información de los riesgos

Otro ámbito propio de controversia es el que se refiere a la necesidad de información acerca tanto de los riesgos típicos como de los atípicos que podrían concurrir a causa de en un acto médico y para ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1998 aclara que:

La obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia.³⁴

Pero atendiendo a la jurisprudencia más reciente, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2010 que establece acerca de la información sobre los riesgos, que debe referirse a aquellos que sean más frecuentes según la experiencia y el estado de la ciencia médica respecto de la intervención en cuestión, sin que sea necesaria la información de aquellos riesgos eventuales que del acto médico puedan derivarse.³⁵

³³ STS (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 2007, núm. 544/ 2007(RJ 2007/ 4667). Ponente Excmo. Sr. D Juan Antonio Xiol Ríos.

³⁴ STS (Sala de lo Civil) de 28 de diciembre de 1998, núm. 1207/1998 (RJ 1998/10164). Ponente: Excmo. Sr D Pedro González Poveda.

³⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1º) de 30 de marzo de 2010, núm. 211/2010 (RJ 2010/4352). Ponente: Excmo. Sr D Juan Antonio Xiol Ríos.

“En lo que concierne a los riesgos, la frecuencia o probabilidad de determinados daños acentúa la exigencia de su advertencia, pero (...) no la limita a los riesgos en que estadísticamente concurren aquellas características. Y es que lo relevante a estos efectos no es tanto la intensidad estadística o porcentual del riesgo cuanto su tipicidad, inherencia o común asociación, según el estado de la ciencia, a la intervención médica de que se trate, sea por la naturaleza misma del procedimiento, sea por el lugar o las circunstancias en que ha de llevarse a cabo, sea en fin por las condiciones personales conocidas de su destinatario. La información ha de referirse en definitiva a los riesgos 'típicos', 'inherentes' o 'asociados', según la experiencia y el estado actual de la ciencia médica, a la intervención diagnóstica o terapéutica en cuestión, esto es, a los riesgos normalmente ligados al acto como posibles conforme a una razonable previsión; sin que, como ya declaró esta Sala en sentencia de 6 de marzo de 1996 , sea exigible a los profesionales de la medicina la información de todos y

En cuanto a la posibilidad de establecer un porcentaje de riesgo suficiente como para considerar necesaria la información sobre el mismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, que trata de un una implantación de prótesis de cadera que deriva en una elongación del nervio ciático y cuyo riesgo de aparición se valora por la ciencia en un 3.5%. El tribunal de instancia mantuvo que no era un grado suficiente de riesgo como para que surgiera la necesidad de informar sobre él, en cambio, el Tribunal Supremo hace una distinción entre previsibilidad y frecuencia al decir que:

El riesgo típico no puede desempeñar una doble función exculpatoria: del mal resultado de la intervención, por ser típico, y de la omisión o insuficiencia de la información al paciente por ser poco frecuente e imprevisible, pues tipicidad e imprevisibilidad son conceptos excluyentes en un juicio sobre la responsabilidad del profesional médico.³⁶

Por lo tanto, si la lesión del nervio ciático era una complicación conocida por la ciencia en la época de la intervención, el cirujano debería haber informado sobre éste riesgo antes de la intervención para que el paciente pudiera haber valorado sobre su sometimiento y asunción del riesgo o consultar otras posibles opciones alternativas.

Me parece necesario hacer una crítica a la información sobre los riesgos; donde pienso que debería de establecerse un porcentaje mínimo de riesgo a partir del cual se deba informar al paciente, ya que la jurisprudencia no es clara en este sentido y conlleva ciertos problemas a la hora de la cumplimentación de los formularios de consentimiento.

Mantengo dicha afirmación porque en el caso de que se someta alguien a una operación y se le haya informado de todos los riesgos que conforme a la práctica se han venido dando, ¿qué ocurriría si es esa persona la primera sobre la que concurre una enfermedad o daño que no había concurrido anteriormente sobre ningún otro paciente? Debemos tener en cuenta que cada persona tiene una genética y unas circunstancias propias y que no todo el mundo responde de igual manera ante un mismo tratamiento, por tanto se debería de informar sobre los riesgos más normales pero no sobre aquellos que ocurren en casos muy excepcionales o por causas ajenas a la actuación médica, ya

cada uno de los eventuales o potenciales riesgos e infinitas complicaciones que del acto médico puedan derivarse”.

³⁶ STS de 30 de junio de 2009 núm. 478/ 2009 (RJ 2009/4323). Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

que sino de esta manera ninguna persona aceptaría someterse a ninguna operación ya que todo siempre conlleva un riesgo.

4.6. Responsabilidad por la concurrencia de un equipo médico

Otra de las cuestiones que plantean cierta inseguridad son aquellos casos en los que no interviene un médico determinado, sino que es un equipo médico el que se encarga del asunto y por tanto no se puede individualizar la responsabilidad sobre un solo sujeto. Ante esta indeterminación del sujeto responsable, el Tribunal Supremo ha llegado a responsabilizar al Centro Hospitalario³⁷ por la concurrencia de culpa *in eligendo* o *in vigilando* y así se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998:

El conjunto de tales declaraciones jurisprudenciales en su proyección a la posible responsabilidad a imputar a los Centros hospitalarios por la vía indicada, tendría que ser indagada a través de las medidas de seguridad, control y vigilancia adoptadas, para cada caso concreto, en definitiva, por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, es decir, exigiéndoles, desde el punto de vista de organización de los servicios, una individualización en la adopción de las medidas o medios materiales y personales en orden al caso particular de que se trate.³⁸

Y la imputación de responsabilidad por culpa *in vigilando* al centro hospitalario también se puede apreciar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2006 que se refiere a un enfermo que ingresa en un Centro Hospitalario Público en Ávila debido a una peritonitis y en lugar de ingresar en el servicio de Cirugía o Digestivo, es ingresado en el Servicio de Traumatología por no quedar camas libres en el primer servicio y donde concurre una actuación negligente por parte del INSALUD ya que el médico titular no es informado del lugar en el que se encontraba el paciente acusado de dicha patología lo que

Supone un fracaso manifiesto de los servicios del Hospital, que responsabilizan, incluso directamente, y no sólo de manera subsidiaria, al «INSALUD» por la negligencia en el funcionamiento sanitario y, por ende, en la prestación de los servicios que precisaba el enfermo³⁹.

³⁷ DOMINGUEZ LUELMO, op.cit., pp. 163.

³⁸ STS (Sala de lo Civil) de 9 de marzo de 1998, núm. 237/1998 (RJ 1998/1270). Ponente: Excmo. Sr Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa.

³⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1º) de 19 de mayo de 2006, núm. 468/2006 (RJ 2006/3227). Ponente: Román García Varela.

Aparece un defectuoso funcionamiento del Centro hospitalario, al no haber adoptado los medios de que disponía para el tratamiento adecuado del enfermo, que propiciaron la carencia de las convenientes medidas de vigilancia y seguimiento durante su hospitalización, abstracción hecha del personal médico individualizado a quién correspondiera su adopción, y que ha de ser atribuida, por vía de omisión (...) al «INSALUD», lo que determina que debe responsabilizársele por culpa «in vigilando», pues en tal comportamiento han concurrido los requisitos relativos a la culpa extracontractual, determinada en el artículo 1902 del Código Civil.⁴⁰

El derecho a recibir información se trata de un derecho personalísimo así lo establece el artículo 5.1 de la Ley 41/2002: “El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”.

4.7. Información como derecho personalísimo y continuidad en el tiempo

Debido a que se trata de un derecho configurado como personalísimo se plantean algunas cuestiones respecto a la información que debe darse a pacientes incapaces, incapacitados judicialmente o a menores, en cuyo caso habrá que seguir la regla del artículo 5.2 de la Ley 41/2002 que establece que “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.”

Dicho precepto señala que la información deberá de adaptarse al incapacitado judicialmente, menor de edad o incapaz para posibilitar su entendimiento en atención a sus capacidades de comprensión. No obstante, también habrá que proveer de la información necesaria a su representante legal.

Hay que aclarar que una cosa es la información que se debe de dar a estos sujetos, y otra es la forma en que dichos sujetos deberán dar su consentimiento que estudiaremos en el epígrafe siguiente.

⁴⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1º) de 19 de mayo de 2006, núm. 468/2006 (RJ 2006/3277). Ponente: Excmo. Sr. D Román García Varela.

La información deberá ser continuada en el tiempo como así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009:

La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de Abril) establece en su artículo 10.5 que el paciente tiene derecho a que "se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento", y es evidente que esta falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).⁴¹

5. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Una vez estudiados los requisitos a cumplir en materia de información por el médico o personal sanitario con anterioridad a cualquier acto médico es necesario centrarse en la otra cara de la moneda, constituida por el consentimiento informado prestado por el paciente.

El consentimiento informado, en esencia, consiste en elegir y decidir, y elegir es conjugar adecuadamente conocimientos de nuestro estado, imaginación de cómo podrá ser éste después de la actuación médica propuesta y decisión en el campo de lo posible.⁴²

5.1. El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 acentúa la importancia que tiene el consentimiento informado por parte del paciente y que se configura como un elemento esencial de la *lex artis* para que el paciente sea quien tome las decisiones que tienen relación su salud:

⁴¹ STS de 30 de junio de 2009, núm. 478/ 2009 (RJ 2009/4323). Ponente: Excmo. Sr. D Francisco Marín Castán.

⁴² ROVIRA VIÑAS, A, *Revista de las Cortes Generales* n° 67, Artículo: Elementos del consentimiento informado, primer cuatrimestre de 2006, Madrid, pp. 43.

La Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico.⁴³

Es en la Constitución española donde se reconocen los derechos a la libertad, a la integridad y a la intimidad frente a todos. Por ello se reconoce de manera implícita la garantía del consentimiento informado como la medida para hacer efectivos dichos derechos en ámbito de la sanidad. El consentimiento informado es una garantía regulada legalmente ya que le corresponde al propio legislador decidir y desarrollar su contenido con el debido respeto a los derechos que garantiza.⁴⁴

Por lo tanto, el objeto del consentimiento informado es la voluntariedad y libertad de elección por parte del paciente una vez haya recibido la información necesaria adaptada a su capacidad para decidir.⁴⁵

5.1.1. Generalidades

El consentimiento es un aspecto estrechamente relacionado con la garantía al derecho a la integridad física recogido en la Constitución española, para ello haremos referencia en el epígrafe siguiente a su importancia.

5.1.2. Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011

Por ello es necesaria la mención de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011. Se presenta un recurso de amparo alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva art. 24.1 CE, en relación con los derechos a la

⁴³ STS de 10 de mayo de 2006, núm. 488/2006, (RJ 2006/2329). Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

⁴⁴ ROVIRA, VIÑAS, A, op.cit., pp. 35.

⁴⁵ ROVIRA, VILAS, A, op.cit., pp. 46.

integridad física y a la libertad arts. 15 y 17.1 CE, por habersele negado el derecho a ser indemnizado por la pérdida total de la mano derecha como consecuencia de la realización de un cateterismo cardiaco, sin que se le hubiese informado de los riesgos de la intervención ni recabado su consentimiento para la práctica de la misma.

Conforme al artículo 17.1CE, se considera que no procede responsabilidad alguna, pero respecto a la vulneración del artículo 15 CE viene a decir que no es necesario que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, por tanto sólo se tiene en cuenta aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma.

Nos encontramos ante a una intervención médica realizada sin que el paciente afectado haya recibido información previa sobre la misma y sin que haya prestado el consentimiento subsiguiente a esa información ante lo que el Tribunal Constitucional declara que toda actuación médica conllevan una probabilidad de afectación a la integridad personal del art. 15 CE, de manera que es necesario arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad del derecho dentro de ese ámbito, cohesionándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica.

La protección constitucional de la vida y de la integridad no sólo se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos, sino que, conlleva un mandato de protección suficiente de los bienes de la personalidad, que debe dirigir e informar toda su actuación⁴⁶

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011, núm. 37/2011 (RTC 2011/ 37) Ponente: Excmo. Doña Elisa Pérez Varela

“Evidentemente, las actuaciones médicas llevan implícita una posibilidad de afectación a la integridad personal protegida por el art. 15 CE, en la medida en que éste tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo, de manera que es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad del derecho dentro de ese ámbito, cohesionándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica. Y es que, como señalamos en la STC 181/2000, de 29 de junio (RTC 2000, 181) , F. 8, la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación. En lo que aquí interesa, esa garantía de la efectividad del derecho en el ámbito médico implica que cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuamos del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada. De ahí que el legislador deba establecer (como en efecto ha hecho, según veremos posteriormente) los mecanismos adecuados para la prestación del consentimiento del sujeto que se

Igualmente aparece su regulación en el artículo 8.1 de la Ley 41/2002 que mantiene que “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”.

5.2. La forma del consentimiento y referencia a los protocolos de consentimiento informado

En cuanto a la forma del consentimiento el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 establece como regla general que éste debe ser dado de manera oral salvo las excepciones recogidas en dicho artículo, así declara:

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.⁴⁷

A modo de ejemplo podemos citar varios casos para hacer un análisis sobre la responsabilidad en la que incurre el médico en caso de que la información y el consentimiento del paciente sea proporcionado bien de manera verbal, o escrita.

ha de ver sometido a una intervención médica, así como los supuestos que, desde una perspectiva constitucional permitirían prescindir del mismo, teniendo siempre presente, de una parte «que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981 [RTC 1981, 11] , fundamento jurídico 7º; 2/1982 [RTC 1982, 2] , fundamento jurídico 5º, 110/1984 [RTC 1984, 110] , fundamento jurídico 5º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho "más allá de lo razonable" (STC 53/1986 [RTC 1986, 53] , fundamento jurídico 3º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean "necesarias para conseguir el fin perseguido" (SSTC 62/1982 [RTC 1982, 62] , fundamento jurídico 5º; 13/1985 [RTC 1985, 13] , fundamento jurídico 2º) y ha de atender a la "proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone" (STC 37/1989 [RTC 1989, 37] , fundamento jurídico 7º) y, en todo caso, respetar su [contenido] esencial (SSTC 11/1981 [RTC 1981, 11] , fundamento jurídico 10; 196/1987 [RTC 1987, 196] , fundamentos jurídicos 4º, 5º y 6º, 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse»

⁴⁷ Artículo 8.2 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, núm. 274, BOE 15 de noviembre de 2002.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009 que establece que a pesar de que el paciente no mostró de manera escrita su consentimiento para la práctica de una vitrectomía, se estima perfectamente justificada ya que se le suministró información de forma suficiente basándose en los siguientes hechos: el paciente padecía la enfermedad desde 1994 y desde entonces estaba sometido a tratamiento, fue atendido con carácter urgente y se le dio traslado de un centro de asistencia primaria a un hospital previa información al paciente y a sus familiares sobre su situación.⁴⁸

Y la sentencia de 7 de marzo de 2000 en un caso de extracción de médula ósea para trasplante donde se estima que concurre responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud por falta de información y ausencia de consentimiento escrito como establece la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción y trasplantes de órganos y su reglamento⁴⁹.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009, núm. 674/2009 (RJ 2009/5564). Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

“Hecho probado de la sentencia es que el demandante no mostró por escrito su consentimiento para que se le practicara la Vitrectomía, pese a lo cual estima debidamente justificado que se le suministró información adecuada y suficiente y que no hubo ocultación de información alguna, haciéndole saber lo que de su estado y pruebas practicadas se deducía; todo ello con base en los siguientes argumentos: a) padecía la enfermedad indicada, degeneración macular bilateral desde antes de 1994, y ya había perdido, en gran medida, la visión del ojo derecho; b) desde tales fechas estaba sometido a tratamiento y controles; c) fue atendido con carácter urgente al sufrir la hemorragia y se acordó su traslado desde Villajoyosa a Valencia para someterle a la intervención de Vitrectomía, por lo que cabe presumir que si se le traslada de urgencias o un centro sanitario de otra ciudad lo fue previa información al paciente y a su familia sobre cual es la situación del enfermo y finalidad de dicha intervención; d) se trataba de la única solución existente para detener la evolución de la enfermedad e impedir que llegara a perder el ojo, lo que hubiera ocurrido de no someterle a dicha intervención; e) la médico que venía asistiéndole y que le intervino con posterioridad a los hechos enjuiciados de cataratas manifestó que antes de remitirle al hospital se le informó de todo, indicándole que había perdido la visión central y que lo remitieron a la Clínica Virgen del Consuelo con la indicación quirúrgica ya efectuada”.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2000, núm. 239/2000 (RJ 2000/1508). Ponente: José Almagro Nosete.

“El consentimiento ha de plasmarse de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo por escrito ante la autoridad pública reglamentariamente determinada. Añadiendo que en ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento, exigiendo que haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión [...]. Se entiende que el Servicio Andaluz de la Salud no actuó diligentemente en el caso de autos al no establecer normas internas precisas para que se informase a los donantes de las características, riesgos y consecuencias de la extracción de médula, extremos sobre los que no consta que se desarrollase prevención alguna. Por tanto, no es de recibo la imputación que el Servicio Andaluz de la Salud efectúa, atribuyendo la responsabilidad de dicha omisión a los propios médicos, extremo que la Sala no acepta ya que el Servicio Andaluz de Salud no organizó debidamente la información al donante, ni procede considerar suficiente lo que denomina el Servicio Andaluz de la Salud como consentimiento tácito. Ciertamente la actora autorizó la extracción, al considerarlo la única forma para que su hermana superase la grave enfermedad que le aquejaba, pero su voluntad se encontraba gravemente viciada

5.2.1. Generalidades

Como ya hemos mencionado lograr un consentimiento debidamente informado, forma parte de la diligencia exigida al personal sanitario en su actuación profesional y para que este consentimiento quede constatado se han regulado lo que se conocen como protocolos de consentimiento informado, que pasaré a explicar en el epígrafe siguiente.

5.2.2. Protocolos de consentimiento informado

Existen en todos los centros hospitalarios lo que se conoce como Protocolos de consentimiento informado, que se trata de unos documentos acreditativos de que se le ha proporcionado al paciente la información necesaria sobre la actuación médica que se va a llevar a cabo y que el paciente deberá leer y firmar acreditando así que ha leído y comprende lo que en ellos se recoge, así como que asume los posibles riesgos que en se explicitan.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005 se refiere a la parte sobre la que recae la carga de la prueba en caso de alegación de falta de información y consentimiento informado, así como la necesidad de un formulario específico, ya que solo a través de un protocolo desarrollado y fácilmente comprensible se podría garantizar el cumplimiento de su finalidad. Y por otro lado el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración, ya que de haber cumplido correctamente con el requisito de la información, tendría una gran facilidad probatoria y por tanto; no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.⁵⁰

dado que no había sido informada y por tanto no concurrió consentimiento válido expreso ni presunto (artículo 1261 del Código Civil)”.

⁵⁰ STS (Sala de lo Contencioso- administrativo) de 25 de abril de 2005, núm. 4285/2001 (RJ 2005/4448) Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro.

Como ya hemos destacado en esta última sentencia, una forma de enfrentarse a la problemática del consentimiento del paciente, ha sido la implantación y proliferación de protocolos de consentimiento informado en los Servicios de Atención Especializada en los centros hospitalarios que conforman el entramado público. Pero ello no significa que se haya cumplido de manera eficaz con el deber legal de información.

De manera continuada, a mi parecer, este tipo de mecanismo ha servido para evitar la responsabilidad de los profesionales de la medicina, así como la responsabilidad de los Centros Hospitalarios; y lo importante pasa a ser lograr la firma del paciente y atribuir la responsabilidad al propio firmante como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003 en un caso de ligadura de trompas de Falopio, en el que posteriormente la mujer queda embarazada y tiene un parto gemelar con el riesgo que conlleva para las hijas nacidas y reclama responsabilidad por falta de información suficiente sobre los riesgos:

El consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de todo rasgo informativo adecuado, como son los que quedan referidos, no conforman debida ni correcta información (...), siendo exigencia que impone el artículo 10-5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 y aunque se permita su práctica en forma verbal, al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación

“Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos”.

“Una interpretación jurisprudencial flexible del texto legal: cabe admitir la información oral, pero sin dejar de tener muy presente que la información escrita es más recomendable a efectos de una prueba ulterior de que el consentimiento fue dado; el problema de la carga de la prueba: «Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad. Al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia, debe concluirse en la existencia de la infracción del citado precepto legal”.

hospitalaria que le afecte, como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002, lo que aquí se ha omitido y acrecienta la presunción de que no se practicó información alguna, pues la conclusión que al efecto sienta la sentencia recurrida de que corrió a cargo de otros profesionales desconocidos, no se compagina y hasta resulta contradictorio con el hecho probado de que la ligadura de trompas fue practicada con ocasión de la cesárea del tercer parto en unidad de acto médico.⁵¹

Por todo ello es importante comprobar la postura mantenida por los Tribunales a cerca de las consecuencias por la falta de un consentimiento informado.

5.3. La omisión del deber de informar

El problema más importante y por tanto a destacar en este epígrafe, es decidir sobre si la falta de consentimiento informado supone en sí mismo un daño indemnizable o si por el contrario, para que la indemnización sea preceptiva el paciente tenga que sufrir necesariamente alguna lesión.⁵²

Podemos analizar varias sentencias para demostrar como la jurisprudencia mantiene por regla general, que la omisión del deber de informar no produce automáticamente el deber de indemnizar siempre y cuando el médico actúe conforme a la *lex artis ad hoc*. Pero esta regla general presenta excepciones en aquellos casos en los que el paciente pueda decidir si se somete a una intervención o bien cuando existen tratamientos alternativos con riesgos diferentes al propuesto.⁵³

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001, se refiere a un caso de una rotura del tendón de Aquiles, que el Tribunal considera que se han utilizado todos los medios al alcance y seguido la *lex artis ad hoc* y viene a establecer que:

La falta de información no es «per se» una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido) y en el caso no es de ver en que pudo influir una hipotética falta de información por escrito en el

⁵¹ STS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 2003, núm. 511/1997 (RJ 2003/3916). Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.

⁵² DOMINGUEZ LUELMO, op.cit., pp. 250.

⁵³ DOMINGUEZ LUELMO, op.cit., pp. 252.

resultado lesivo, además de que no se da la exigencia informativa en el ámbito para el que se invoca.⁵⁴

Igualmente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2007 se trata de un caso en el que se alega la falta de información por el demandado de que la intervención quirúrgica de colectomía rectal con resección anterior baja del recto, le podía ocasionar ausencia de eyaculación, habiéndose sometido el demandante como consecuencia de ello a distintos tratamientos a pesar de los cuales no consiguió la fecundación de su esposa y la Audiencia Provincial viene a decir “que la omisión del consentimiento informado no es por sí misma determinante de los daños cuya indemnización se reclaman”⁵⁵

Y en cambio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003 establece:

Esta Sala de Casación Civil ha precisado los requisitos, contenido y alcance de la información médica y así ha declarado que ha de referirse como mínimo a las características de la intervención quirúrgica a practicar, sus riesgos, ventajas e inconvenientes, en lo que cabe incluir el pronóstico sobre las probabilidades del resultado y si esta información no se lleva a cabo en la forma adecuada que se deja dicho, a fin de que el consentimiento del enfermo lo sea con conocimiento de causa bastante, se infringe la «lex artis ad hoc», al violentarse el hecho esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, no procediendo reducir este deber médico inevitable al rango de una mera costumbre o simple formulismo sin el contenido necesario, que por desgracia suele practicarse en el ámbito médico hospitalario.⁵⁶

En cuanto a la medicina satisfactiva, la jurisprudencia mayoritaria entiende que la información ha de ser aún más completa y precisa, explicando pormenorizadamente los posibles riesgos y consecuencias que puedan derivarse de la operación, pero no existe uniformidad en la jurisprudencia, ya que algunas sentencias consideran que la falta de esa información no llevan aparejada responsabilidad debido a que aun sabiendo lo posibles riesgos, se hubiera sometido de igual manera.

⁵⁴ STS (Sala de lo Civil) de 27 de septiembre de 2001, núm. 1859/1996. (RJ 2001/7130) Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

⁵⁵ SAP de Madrid (Sección 13) de 19 de junio de 2007 núm. 327/2007 AC (2007/1801). Ponente: Ilmo. José Luis Zarco Olivo.

⁵⁶ STS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 1997, núm. 511/1997(RJ 2003/3916). Ponente: Excmo. Sr. D Alfonso Villagómez Rodil.

Como vemos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de junio de 2012:

(...) afirma que en la medicina satisfactiva la diligencia del médico que debe prestarse sin regateos ni evasivas, resulta de exigencias más intensa en su faceta de información, ya que ha de desplegar activada consistente en que el cliente cuente con conocimientos suficientes y lo más exactos posibles respecto de la intervención. La Jurisprudencia por tanto, exige e impone que para estos supuestos se acrecienta la obligación del facultativo de prestar cumplida información.⁵⁷

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005 que ante un caso de una señora que padece secuelas consistentes en unas cicatrices queloides en el labio inferior y en el mentón y por tanto un trastorno psíquico calificado por los especialistas de «neurosis de angustia», como consecuencia de habersele practicado una intervención consistente en tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico CO2 para hacer desaparecer unas cicatrices. La mencionada sentencia viene a decir que en el ámbito de la medicina voluntaria el deber de información debe ser superior debido a la innecesidad de dicha operación.⁵⁸

En una posición contraria encontramos algunas sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de marzo de 2000 que se refiere a una señora que se somete a un proceso de esterilización tras el cual se queda embarazada y presenta una reclamación por falta de información acerca de la posibilidad de volver a concebir. Ante

⁵⁷ SAP de Valencia de 18 de junio de 2012, núm. 319/2012 (RJ 2012/1338). Ponente: Ilma. Sra. Carmen Brines Tarraso.

⁵⁸ STS (Sala de lo Civil) de 21 de octubre de 2005, núm. 758/2005 (RJ 2005/8547). Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

“Medicina satisfactiva o voluntaria (en cuyo ámbito se desarrolla la motivación de esta resolución), en el que se acrecienta, –para algún sector doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencial–, el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma (art. 10.5 y 6 Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y en la actualidad Ley BAPIC 41/2002, de 14 de noviembre [RCL 2002, 2650]), con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención”.

esta situación la Audiencia Provincial viene a decir, que debido a la situación de gravedad en la que se encontraba esta señora en caso de un posible nuevo embarazo, hubiera seguido adoptando la decisión de someterse a este tipo de operación al ser más fiable que cualquier otro método.⁵⁹

A mi juicio, se debería reflexionar sobre la necesidad del consentimiento informado, debido a que toda actuación médica supone una lesión a la integridad física y por tanto debe ser autorizada por el paciente, pero como he puesto de relieve a lo largo del trabajo, parece que el paciente alega ésta falta de consentimiento informado sólo en aquellos casos en los que la actuación médica llevada a cabo no produce el resultado esperado, pero deberíamos de pararnos a pensar en la necesidad de consentir todo acto médico independientemente del resultado, debido a que forma parte de nuestra esfera personal y se trata de un derecho fundamental regulado en la Constitución y que todos deberíamos hacer cumplir y no sólo cuando una operación acaba en un daño mayor o bien en el ámbito de la medicina satisfactiva cuando no logramos el resultado que esperábamos como modo de lograr así una indemnización.

6. CONCLUSIONES

De la investigación realizada, pueden formularse las siguientes conclusiones:

1º La responsabilidad en el ámbito médico se enmarca dentro de las premisas generales que se dan en la responsabilidad civil contractual y extracontractual, pero con algunas particularidades señaladamente la introducción de la *lex artis* como criterio valorativo del cumplimiento de la diligencia médica en la actuación profesional.

⁵⁹ SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 7 de marzo de 2000, núm. 346/1999. (AC 2000/902) ponente: Ilmo. Sr. José Luis Valdivieso Polaino.

“De haber conocido que la ligadura de trompas podía fracasar en un 4 por mil de casos, habría elegido, no obstante, el mismo método de esterilización. Es evidente que esa conclusión no es por completo segura, puesto que, si podemos indagar acerca de lo que cabe esperar de una persona media, los motivos de los actos humanos son muy subjetivos y personales. Hay, por tanto, una situación de incertidumbre respecto a lo que habría hecho la actora, de haber recibido toda la información. Pero de esa situación de duda no puede deducirse responsabilidad alguna para los demandados, precisamente porque lo razonable o normal, dadas las circunstancias, es que cualquier mujer media hubiese aceptado el método de que estamos tratando”.

2º La distinción entre la **medicina curativa**, aquella que es necesaria para el paciente porque en él concurre una patología que le imposibilita llevar una vida de calidad y la **medicina satisfactiva**, aquella que se caracteriza por el sometimiento voluntario del paciente para mejorar aspectos estéticos, se concreta en que la primera conlleva una obligación de medios y la segunda, en cambio, de resultados. Sin embargo, la jurisprudencia no acoge siempre esta distinción, ya que en muchos casos de medicina satisfactiva valora simplemente el cumplimiento de la diligencia médica sin entrar a comprobar los resultados.

3º Se aprecia una tendencia a la objetivación de la responsabilidad cuando los daños producidos al paciente tienen lugar en la esfera de la sanidad pública alegando la culpa in eligendo o in vigilando del propio hospital perteneciente y gestionado por el sistema público sanitario en atención al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado.

4º En principio, la carga de la prueba recae sobre el paciente, que deberá probar los daños provocados así como la relación de causalidad con la actuación del médico. No obstante, cuando estos daños sean desproporcionados o imprevisibles en relación a la actuación médica, la carga probatoria recaerá sobre el médico quién deberá probar que actuó con la diligencia debida. Por tanto, puedo decir que existe una gran flexibilidad a la hora de invertir la carga de la prueba y esto pone en pie de igualdad al médico y al paciente.

5º La unidad de culpa civil supone un peligro para la seguridad jurídica por cuanto puede provocar que en aquellos casos más dudosos se pueda invocar un tipo de responsabilidad y que sea el Juez quien bajo su propio criterio decida llevar el proceso por la vía de otra responsabilidad no alegada.

6º En la medicina satisfactiva el **derecho a la información** debe ser más preciso, específico y meticuloso que en la medicina curativa, debido al carácter optativo de aquella.

7º En la responsabilidad del médico por falta de información; debería establecerse un **porcentaje mínimo de riesgo** a partir del cual deba informarse al paciente, ya que, al no ser clara jurisprudencia, origina unos formularios de consentimiento tan exhaustivos que van en demérito de la propia información.

8º En la práctica, la responsabilidad por falta de consentimiento informado sale a relucir en aquellos casos en los que la actuación médica llevada a cabo no produce el resultado esperado, cuando en realidad la falta de consentimiento informado como expresión de la autonomía personal del paciente constituiría por si misma razón suficiente de responsabilidad por vulnerar el ámbito personal.

BIBLIOGRAFÍA

DOMINGUEZ LUELMO, A, *DERECHO SANITARIO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA*, LEX NOVA, VALLADOLID, 2003.

IZQUIERO TOLSADA, M, *SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL*, DIKYNSON, MADRID, 2001.

LLAMAS POMBO, E, *LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO. ASPECTOS TRADICIONALES Y MODERNOS*, TRÍVIUM, MADRID, 1988.

ROVIRA VIÑAS, A, *REVISTA DE LAS CORTES GENERALES Nº 67*, ARTÍCULO: ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO, PRIMER CUATRIMESTRE DE 2006, MADRID, PP. 43.

PÁGINAS WEB/ BASES DE DATOS

**[HTTP://ARANZADI.ARANZADIDIGITAL.ES/MAF/APP/SEARCH/TEMPLATE?STNEW=TRUE
&STID=JURISPRUDENCIA](http://ARANZADI.ARANZADIDIGITAL.ES/MAF/APP/SEARCH/TEMPLATE?STNEW=TRUE&STID=JURISPRUDENCIA)**

[HTTP://WWW.IUSTEL.COM/](http://WWW.IUSTEL.COM/)

**[HTTP://WWW.TIRANTONLINE.COM/LOGIN.DO?TICKET=XXzCToD+8HS8iySZHNJPX
Kid1IY=&USER=UPCOMILLAS&PASSWORD=UNIVERSIDAD](http://WWW.TIRANTONLINE.COM/LOGIN.DO?TICKET=XXzCToD+8HS8iySZHNJPXKid1IY=&USER=UPCOMILLAS&PASSWORD=UNIVERSIDAD)**

[HTTP://WWW.BOE.ES/BOE/DIAS/2002/11/15/PDFS/A40126-40132.PDF](http://WWW.BOE.ES/BOE/DIAS/2002/11/15/PDFS/A40126-40132.PDF)

ANEXOS

6.1. Jurisprudencia empleada:

- SAP de Madrid (Sección 13º) de 18 de marzo de 1998, núm. 867/1996, (AC 1998/7011) Ponente: Sr. D Modesto de Bustos Gómez- Rico.
- STS (Sala de lo Civil) de 10 de noviembre de 1999, núm. 923/1999 (RJ 1999/8057). Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela.
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 2006, núm. 495/2006 (RJ 2006/3535). Ponente: Excmo. Sr. Juan Xiol Ríos.
- SAP de Madrid (Sección 13º) de 18 de marzo de 1998 (AC 1998/7011) Ponente: Sr. Modesto de Bustos Gómez- Rico.
- SAP Madrid (Sección 1º) de 8 de marzo de 2013, núm. 139/2013. Ponente: Excmo. Sr. Félix Almazán Lafuente.
- SAP de Madrid (Sección 13º) de 18 de marzo de 1998, núm. 867/1996 (AC 1998/7011) Ponente: Ilmo. Sr. Modesto de Bustos Gómez- Rico.
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 2007, núm. 544/2007 (RJ 2007/4667). Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Rios.
- STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social) de 20 de mayo de 1997, núm. 2237/1996 (AS 1997/1457). Ponente: Lope del Barrio Gutiérrez.
- STS (Sala de lo Civil), de 7 de febrero de 1990, (RJ 1990/668). Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez.
- SAP Madrid (Sección 10º) de 15 de enero de 2000, núm. 507/1997 (AC 2000/640). Ponente: Ilmo. Sr. Ángel Vicente Illescas Rus.

- SAP Ciudad Real (Sección 1º) de 23 de septiembre de 2005, núm. 227/2005 (AC2005/2010). Ponente: Ilmo. Sr. D Luis Casero Linares.
- STS (Sala de lo Civil) de 9 de marzo de 1998, núm. 237/1998 (RJ 1998/1270). Ponente: Excmo. Sr Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa.
- STS (Sala de lo Civi) de 15 de septiembre de 2003, núm. 830/2003 (RJ 2003/6418). Ponente: Excmo. Sr. D Xavier O´Callaghan Muñoz.
- STS (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre de 2007, núm. 1242/2007 (RJ 2008/251). Ponente: Excmo.Sr D. Juan Antonio Xiol Ríos.
- STS (Sala de lo Civil) de 29 de noviembre de 2002, núm. 1152/2002 (RJ 2002/10404). Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de julio de 2003, núm. 784/2003, (RJ 2003/5462). Ponente: Excmo. Sr Luis Martínez- Calcerrada y Gómez.
- STS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 1997, núm. 511/1997 (RJ 2003/3916). Ponente: Excmo. Sr. D Alfonso Villagómez Rodil.
- STS (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 6º) de 25 de abril de 2005, núm. 4285/2001(RJ 2005/4448). Ponente: Francisco González Navarro.
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de octubre de 2009, núm. 674/2009 (RJ 2009/5564).Ponente Excmo. Sr. D José Antonio Seijas Quintana.
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 2007, núm. 544/ 2007(RJ 2007/ 4667). Ponente Excmo. Sr. D Juan Antonio Xiol Rios.
- STS (Sala de lo Civil) de 28 de diciembre de 1998, núm. 1207/1998 (RJ 1998/10164). Ponente: Excmo. Sr D Pedro González Poveda.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1º) de 30 de marzo de 2010, núm. 211/2010 (RJ 2010/4352). Ponente: Excmo. Sr D Juan Antonio Xiol Ríos.
- STS de 30 de junio de 2009 núm. 478/ 2009 (RJ 2009/4323). Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1º) de 19 de mayo de 2006, núm. 468/2006 (RJ 2006/3227). Ponente: Román García Varela.

- STS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 2003, núm. 511/1997 (RJ 2003/3916). Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.
- STS de 30 de junio de 2009, núm. 478/ 2009 (RJ 2009/4323). Ponente: Excmo. Sr. D Francisco Marín Castán.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011, núm. 37/2011 (RTC 2011/ 37) Ponente: Excma. Doña Elisa Pérez Varela
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009, núm. 674/2009 (RJ 2009/5564). Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2000, núm. 239/2000 (RJ 2000/1508). Ponente: José Almagro Nosete.
- STS (Sala de lo Contencioso- administrativo) de 25 de abril de 2005, núm. 4285/2001 (RJ 2005/4448) Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro.
- STS (Sala de lo Civil) de 27 de septiembre de 2001, núm. 1859/1996. (RJ 2001/7130) Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.
- SAP de Madrid (Sección 13) de 19 de junio de 2007 núm. 327/2007 AC (2007/1801). Ponente: Ilmo. José Luis Zarco Olivo.
- STS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 1997, núm. 511/1997(RJ 2003/3916). Ponente: Excmo. Sr D Alfonso Villagómez Rodil.
- SAP de Valencia de 18 de junio de 2012, núm. 319/2012 (RJ 2012/1338). Ponente: Ilma. Sra. Carmen Brines Tarraso.
- STS (Sala de lo Civil) de 21 de octubre de 2005, núm. 758/2005 (RJ 2005/8547). Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.
- SAP de Barcelona (Sección 16º) de 7 de marzo de 2000, núm. 346/1999. (AC 2000/902) ponente: Ilmo. Sr. José Luis Valdivieso Polaino.