

LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: MOMENTO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA *

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja
Magistrado Especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

I. PLANTEAMIENTO

El encargo que se me ha atribuido en este Congreso es el acercarles el momento actual de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativo en el tema de la responsabilidad sanitaria.

No se trata en esta exposición en consecuencia de hacer un estudio exhaustivo y completo de la responsabilidad sanitaria en el ámbito civil y contencioso, tarea por otra parte de imposible cumplimiento material dada la extensión de esta exposición.

Procederé en consecuencia a tratar aquellos aspectos que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria tienen mayor relevancia en ambos ordenes jurisdiccionales de manera conjunta (con especial incidencia en al ámbito contencioso por su mayor importancia cuantitativa y cualitativa en la actualidad).

Pretende ser, en suma, esta exposición, una breve guía de la jurisprudencia recaída en el ámbito de la responsabilidad sanitaria en sus aspectos más relevantes.

II.-CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PATRIMONIAL-ADMINISTRATIVA.

La responsabilidad sanitaria en sus vertientes civil y administrativa tiene distinta configuración.

1 .-Así los requisitos de la responsabilidad sanitaria civil extracontractual son fundamentalmente:

- a) Una acción (u omisión) culposa.
- b) Un daño (patrimonial o moral).
- c) Una relación de causalidad entre la acción y el daño.

La responsabilidad sanitaria civil contractual exige en apretada síntesis:

- a) Incumplimiento de las obligaciones (por dolo, negligencia o morosidad -retraso culpable-) o contravención de las mismas.
- b) Daño.
- c) Relación de causalidad

Como vemos la responsabilidad sanitaria civil es, en general, una responsabilidad por culpa.

* Ponencia presentada en el XVII Congreso "Derecho y Salud", celebrado en Pamplona en noviembre de 2008

2.- La responsabilidad sanitaria de la Administración tiene otros requisitos. Así para apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración se exige por la Jurisprudencia Contenciosa:

A) Una lesión antijurídica sufrida por un particular en cualquiera de sus bienes o derechos, lo que comporta a su vez:

- Que el daño sea antijurídico o lo que es lo mismo, que la persona que lo sufre no debe estar obligada jurídicamente a soportarlo; esto es que el daño sea antijurídico implica y significa que el riesgo inherente a la utilización del servicio público haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.
- Que el daño sea efectivo, excluyéndose los daños eventuales o simplemente posibles, esto es la realidad objetiva del daño sufrido
- Que el daño sea evaluable económicamente y
- Que el daño sea individualizado en relación con una persona o grupo de personas, esto es que ha de tratarse de un daños concreto residencialmente directamente en el patrimonio del reclamante y que exceda a demás de lo que puedan considerarse cargas comunes de la vida social.

B) Que la lesión sea imputable a la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

C) Que exista una relación de causalidad entre la lesión sufrida por el particular y el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y no se trate de un caso de fuerza mayor ni concurren otras

causas de exoneración de la responsabilidad de la Administración (culpa exclusiva de la víctima, intervención exclusiva y excluyente de tercero...).

Como vemos la responsabilidad de la Administración es una responsabilidad objetiva o por el resultado.

Siempre será competente la Jurisdicción contenciosa administrativa también cuando se ejercite acción contra aseguradora.

Por lo tanto debe tenerse en cuenta tal circunstancia a lo largo de esta exposición, si bien no obstante como veremos a continuación, en la práctica jurisprudencial a través de distintas técnicas y conceptos, el régimen de responsabilidad en el ámbito sanitario se ha aproximado en los dos ámbitos.

Nos acercaremos a la responsabilidad sanitaria en los ordenes civil y contencioso a través de los distintos títulos de imputación haciendo referencia en ellos a distintos aspectos problemáticos y su respuesta jurisprudencial.

III.- LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL AMBITO ADMINISTRATIVO

Haremos referencia sucinta a algunas cuestiones que resultan polémicas en los tribunales:

1.-Criterios correctores de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. El criterio de la Lex artis. El Criterio de la Lex scientiae.

La consecuencia básica de la configuración de la responsabilidad patrimonial como objetiva (a diferencia de la tradicional responsabilidad por culpa propia del ámbito civil del derecho) es que no es necesario demostrar que se ha actuado con dolo o culpa, ni que el servicio ha funcionado de manera anormal, bastando con acreditar la existencia del daño y la oportuna relación de causalidad.

No obstante si bien la responsabilidad patrimonial es una responsabilidad objetiva o por el resultado, en materia sanitaria se hace necesario establecer algunos límites a la consideración puramente objetivista del nexo de causalidad pues dicha consideración

¹ La Jurisprudencia del TS en STS de 5 de junio de 1.997 y 28-1-1999 entre otras afirma que "puede, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable .STS 22-11-1991, STS 12-1-2005 etc....

puramente objetivista aplicada a la materia sanitaria ocasionaría un resultado desproporcionado e incompatible con los modernos criterios de responsabilidad patrimonial.

La evidente inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria llevado a sus últimas consecuencias, ha determinado que, vía interpretativa y legal, se hayan introducido factores correctores que nos llevan a un sistema próximo en sus resultados (que no en su fundamento y naturaleza) al de responsabilidad por funcionamiento anormal (por culpa) al menos en el ámbito de la medicina curativa.

Tal inidoneidad se ha fundado en que la asistencia sanitaria parte de una situación de riesgo-patología no creada por la Administración, sino derivada de la propia naturaleza humana y cuyo curso evolutivo está condicionado por esa misma naturaleza.

Ello determina la aparición de criterios correctores:

1".- El criterio de la *lex artis ad hoc*.

- a) Se entiende la "lex artis ad hoc" como aquel criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida. (STS núm. 167/2006 (Sala delo Civil, Sección 15, de 15 febrero).
- b) Se basa este criterio en el principio sustentado por la jurisprudencia de que la obligación (en la medicina curativa) es de medios y no de resultados, es decir, obligación de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.
- c) Se extiende a todo el iter médico: diagnóstico, información, tratamiento, intervención, vigilancia, control de la evolución post acto

- d) En resumen la infracción de las reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación profesional sanitario medio en condiciones semejantes a aquellas en que debió desenvolverse a aquel a quien se refiere la reclamación. Es pues un criterio de normalidad en la prestación sanitaria.
- e) En el ámbito contencioso-administrativo se sitúa este criterio no en el ámbito de la culpabilidad (pues recordemos que la responsabilidad sigue siendo objetiva) sino en la antijuridicidad del daño.
 - La antijuridicidad del daño debe entenderse como aquel daño que el interesado no tiene el deber de soportar, un daño que en este campo circunscribimos a aquellos daños en los que se ha prestado una asistencia sanitaria defectuosa por no ajustarse a la *lex artis* ad hoc.
 - Así la antijuridicidad del daño desplaza el título de imputación hacia el mismo funcionamiento de la Administración. (STS 24-9-2004, 19-10-2004, 3-3-2008; STJ Madrid 8-4-2008...)
- f) No obstante lo anterior debe matizarse que en primer lugar puede haber infracción de la *lex artis*, pero ello no excluye el acreditar también la relación de causalidad, es decir si esa infracción ha tenido relevancia en el resultado lesivo causa-efecto, o si existen causas de exoneración de la responsabilidad.
- g) En este campo de apreciación de la *lex artis* cobran especial importancia los protocolos médicos ("lex artis codificada") estimados como adecuados desde el punto de vista de la *lex artis*.
 - Así estos protocolos se erigen en elemento de referencia importante en el ámbito del enjuiciamiento de la correcta praxis médica.
 - Ahora bien estos protocolos son orientativos para el Juez y no le vinculan en la

apreciación de la prueba conjunta practicada en el proceso (aun reconociendo su enorme valor orientativo y ser una prueba de primer orden) que puede llevarle a la conclusión de una actuación distinta a la establecida en el protocolo (STSS Civil 23-3-2001, 31-3-2004... STJ Navarra 6-9-2002, STJ País Vasco 5-3-2004, STJ Cataluña 14-4-2004, SAN 19-5-2004

2º. *El criterio de la Lex scientiae.*

Este criterio se aproxima en su concepto contencioso-administrativo al “estado de la ciencia o del saber técnico” que prevé el artículo 141.1 LRJyPAC., los denominados “riesgos del progreso de la ciencia y técnica”.

a) En virtud de este criterio la actuación médica debe ajustarse a los conocimientos científicos conocidos en el momento en que la misma se desarrolla. La actuación conforme a ese criterio exonera a la Administración de responsabilidad.

b) La jurisprudencia ha precisado más de una vez que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo y 30 de octubre de 1999).

c) La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquél, según dispone el art. 141.1 de la Ley 30/1992, reformada por Ley 4/1999. El ordenamiento jurídico viene así a considerar como una causa de justificación los riesgos del progreso. (Sentencias de la Sala Tercera de 25 de noviembre de 2000, 10 de febrero, 19 de abril, 11 de mayo, 19, 21 de junio y 1 de diciembre de 2001 -recurso de casación 6553/97-), criterio no aplicable a los medicamentos defectuosos.

d) En este punto debemos señalar algunas precisiones:

a) La carga de la prueba del estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica.

En la sentencia de la Sala Tercera TS 3 1-5-1999 se afirma que corresponde en todo caso a la Administración acreditar que, según el estado del saber, no era posible prever o evitar el daño.

El perjudicado ha de soportar la carga de probar el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la actuación de la Administración, pero no obstante la jurisprudencia de la Sala Tercera no ha fijado un criterio definitivo (aunque sigue la tendencia antes señalada) en relación con el deber de probar el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, aunque en todo caso, serían de aplicación los criterios que ahora se recogen en el artículo 217 LEC.

No se trata de la prueba de un hecho negativo, cual sería la inexistencia de conocimientos en la ciencia y la técnica, pues resulta imposible probar un hecho de tal naturaleza, sino meramente de expresar y demostrar el estado de los conocimientos disponibles, y desde esta perspectiva parece que el *onus probandi* recae sobre la Administración.

b) El estado de los conocimientos científicos se refiere al nivel más avanzado de las investigaciones y comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

c) Pero el estado de la ciencia no debe identificarse con el estado de la legislación (es pues irrelevante el momento del reconocimiento vía legal de aquel estado de la ciencia materialmente previo). Hay que citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19-10-2000, y otras más, que citando a su vez otras sentencias como la de fecha 31-5-1999 señalan que “estado de los conocimientos o de la técnica existentes no es estado de la legislación pues es sabido que ésta va siempre detrás de los hechos hasta el punto de que no es infrecuente que se modifi que un texto legal para adaptarlo al progreso científico”.

2.- El nexo causal

Es este el elemento o factor clave para declarar o no una responsabilidad extracontractual por el resultado.

a) En el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria, el juzgador no tiene que inquirir si hubo negligencia del personal a su servicio pero en todo caso que habrá de llegar a la convicción de si hay relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el resultado por más que para esa conclusión pueda tener relevancia si se incurrió o no en algún error y si la práctica se ajustó a la *lex artis*.

b) Tal régimen jurídico ha propiciado la errónea opinión de que cualquier daño o perjuicio derivado de la asistencia sanitaria pública está cubierto por un seguro, que garantiza, en cualquier caso, su adecuada reparación, con olvido de que la jurisprudencia ha repetido incansablemente que el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencias de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002).

c) Requiere, pues, la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria un cuidadoso análisis de los hechos a fin de poder establecer la relación de causalidad entre la actuación del personal a su servicio y el resultado producido, lo que no resulta fácil tratándose de la salud, en cuya estabilidad, restablecimiento o pérdida confluyen tantos y tan variados factores.

- En este punto se muestra relevante la prueba singularmente pericial (lo que exige a las partes extremar la precisión a la hora de proponer la prueba y los extremos a acreditar en la pericia)
- Pero a pesar de que en los litigios sobre responsabilidad patrimonial con ocasión de la asistencia sanitaria es fundamental la prueba pericial (pruebas periciales, informes médicos, conclusiones de congresos u opiniones de expertos), y aunque difícilmente es posible llegar a una certera conclusión acerca de la relación de causalidad sin contar con esos

pareceres, subsiste la tarea, estrictamente jurisdiccional, de definir si concurre o no el imprescindible nexo causal bajo cualquier de esas formas, valorando las opiniones de los expertos.

d) Está completamente superada la tesis de que la relación de causalidad debe ser directa, inmediata y exclusiva, habiendo declarado la jurisprudencia que la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que, de existir, moderan proporcionalmente la responsabilidad a cargo de la Administración (Sentencias de 25 de enero, 26 de abril y 16 de diciembre de 1997, 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 13 de marzo de 1999, 26 de febrero y 15 de abril de 2000 y 21 de julio de 2001).

3.-Plazo para ejercitar la acción frente a la Administración.

El precepto, contenido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, acerca del plazo de prescripción de un año para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas no deja de suscitar problemas cuando se trata de daños o perjuicio derivados de la asistencia sanitaria, tanto respecto del día inicial del cómputo cuanto de su interrupción.

- a) La doctrina jurisprudencial es unánime al entender que el cómputo del año no se inicia sino cuando se han establecido o consolidado los daños y cuando se conocen definitivamente los efectos del quebranto, pero nunca en el momento del diagnóstico (Sentencias de 7 de febrero y 11 de noviembre de 1997, 5 y 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 19 de junio de 2001, 17 de octubre de 2001 y

25 de enero de 2002), lo que tiene una gran trascendencia en el caso de secuelas de carácter permanente, pues dicha doctrina declara que el cómputo del año debe hacerse a partir de la determinación del alcance de las secuelas, lo que, clínicamente, resulta extremadamente difícil de fijar.

- b) La doctrina jurisprudencial, incluso en la vigencia del anterior redacción, art. 146.2 de la Ley 30/1992, es la tradicional de la interrupción del plazo de prescripción hasta tanto finaliza el proceso penal sobre los mismos hechos, dado el carácter prejudicial de la Jurisdicción del orden penal.

4.- El perjuicio moral y su plena indemnidad

El *pretium doloris* es un componente permanente de las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Y en este punto señalamos:

a) La Sala Tercera del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina que ya se recogiera en la Sentencia de 24-1-1997, declaró en su Sentencia de 20-1-1998 que “ para acreditar el daño moral basta con la prueba de los hechos básicos en que se concreta la pérdida de salud o el daño fisiológico”, al mismo tiempo que expresó que el perjuicio moral “por su carácter afectivo y de *pretium doloris* carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo”.

b) No es infrecuente que se deniegue actualizar la cantidad reparatoria de los perjuicios con el argumento de que la cantidad resulta líquida solamente a partir de su fijación en la sentencia.

Esta tesis ha sido rotundamente desautorizada por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha declarado insistentemente la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado, lo que puede lograrse por diversos modos, cual son el abono del interés legal de la suma adeudada desde que se formuló la reclamación en vía previa, la actualización con cualquier índice o cláusula estabilizadores, como los de precios o depreciación de la moneda, o la fijación de una cantidad indemnizatoria en atención al momento en que se resuelve el pleito (Sentencias de 24 de enero, 19 de abril y 31 de mayo de 1997, 14 de febrero, 14 de marzo, 30 de junio, 10 y 28 de noviembre de 1998, 13 y 20 de febrero, 13 y 29 de marzo, 29 de mayo, 12 y 26 junio, 17 y 24 de julio, 30 de octubre y 27 de diciembre de

1999, 5 de febrero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 2000, 27 de octubre y 31 de diciembre de 2001 y 9 de febrero de 2002).

5.-La doctrina del daño desproporcionado y la teoría de la pérdida de oportunidades.

Estas doctrinas pueden afectar al nexo causal pero por claridad expositiva y por ser de aplicación tanto al ámbito civil como contencioso, se hace referencia aparte.

Sirven para delimitar la responsabilidad sanitarias a sus justos términos.

1.- La doctrina del daño desproporcionado reside en la idea de que si en un tratamiento médico se produce un daño en la persona del paciente, que no guarda proporción con las enfermedades o lesión que le llevó a acudir al médico, y éste no acredita/explica la causa de tal daño, este resultado desproporcionado prueba el nexo causal entre el acto médico y el daño (o lo que es lo mismo que ese daño desproporcionado se causó por el acto médico disconforme a la *lex artis*).

- a) La desproporción no alude a la cantidad o al concepto de daño catastrófico sino que alude a la anómala relación con el acto, es decir desproporcionado a lo que comparativamente es usual en ese acto médico en cuyo caso existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, que ha de desvirtuar el médico y no el paciente”² Se trata en definitiva no de un método de valoración de la negligencia sino una regla de utilización de presunciones. (STS Civil 21-12-1999, 14-5-2001, 19-7-2001, 30-1-2003, 7-10-2004
- b) Por lo tanto no debe equipararse riesgo típico con riesgo desproporcionado ni tampoco debe equipararse a resultado indeseado o insatisfactorio (pues todo daño desproporcio-

² STS Sala Civil 19-7-200 1 que señala que cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, que ha de desvirtuar el médico y no el paciente”

nado es indeseado pero no todo resultado indeseado es desproporcionado) (STS Civil 4-6-2001, 27-3-2004, 7-10-2004).

- c) También en sede contenciosa ha tenido acogida tal doctrina (SAN 3-12-2003, 25-2-2004, STJ Valencia 21-10-2004...)

2.- La teoría de la pérdida de oportunidades

En el campo sanitario la figura está siendo acogida progresivamente tanto en el ámbito civil como contencioso-administrativo, si bien todavía no está delimitada en sus contornos reduciéndose al ámbito de la determinación del quantum indemnizatorio. (STS Civil 10-10-1998, 6-2-2007, 17-4-2007...; Sala Contencioso STS 18-10-2005, 21-3-2007, 4-7-2007, 7-7-2008⁴. STJ Madrid 11-7-2006⁵, STJ Cataluña 3-10-2003, SAN 11-10-2005

³ Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que se realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. La ATS, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito. Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Ahora bien, dice el Alto Tribunal, lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma... a la demandada... no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas. La reparación concedida, sin referencia a ningún parámetro, ascendió a 1.500.000 ptas.

⁴ Esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la «pérdida de oportunidad» [sentencias de 7 de septiembre de 2005 y 26 de junio de 2008], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los

La doctrina de la pérdida de oportunidad se plantea como consecuencia de un tipo de incertidumbre en torno a uno de los presupuestos de una reclamación indemnizatoria, la relación de causalidad. Su virtualidad se produce pues a propósito de dificultades probatorias, de ahí su especial relevancia en el ámbito sanitario (lo que se ha denominado “cursos causales **no verificables de manera cierta**”).

- a) Los casos en que es de aplicación se centran en aquellos casos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad razonable de que el resultado lesivo no se hubiera producido (posibilidad u oportunidad, por tanto, de haber obtenido una ventaja o evitado una pérdida).⁶

instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio». Por lo tanto, poco importa que, como acentúan los peritos, la recomposición en una cámara hiperbárica no garantice al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, porque, en cualquier caso, se le hurtó al Sr. Valentín la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente.

⁵ Un paciente ingresa en un servicio de urgencias con un cuadro de infarto que no se diagnostica y tras ser dado de alta vuelve a ingresar con un infarto agudo. Se solicita indemnización por las secuelas físicas y síquicas originadas por el error de diagnóstico y la demora en el inicio del tratamiento. La sala considera que en el alta hubo alguna precipitación y que de ahí pudo derivarse alguna demora en el tratamiento, en tiempo no determinado, que frustró la posibilidad de que la evolución clínica y secuelas hubieran sido más favorables y cifra el perjuicio en 80.000 euros (se solicitaban 50.000.000 de ptas.), incidiendo en la penuria de elementos probatorios, en que se tiene en cuenta las cantidades que vienen siendo reconocidas y nuevamente en la frustración de expectativas de mejora.

⁶ Asúa Gonzalez señala: “Ante la incertidumbre del desenlace caso de haberse producido el comportamiento debido caben diversos planteamientos. El más tradicional sería el de considerar que si no se puede dar por establecida la relación de causalidad no habría lugar a ninguna responsabilidad. El nexo causal existe o no existe pero no cabe enjuiciar una cuestión con base en causalidades parciales o hipotéticas (principio de indivisibilidad de la causa). Conviene ya, sin embargo, incidir en que incluso en este caso no puede decirse, sin más, que la probabilidad no tenga ninguna relevancia indemnizatoria y es que ello dependerá del nivel de seguridad que se exija para considerar establecida o no una relación de causalidad. Si en un sistema se considera que resulta suficiente una certeza causal superior al 50% (ser más

Estos casos son particularmente los errores y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, la falta de información y/o de consentimiento informado y los erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales.

b) En esta teoría el daño indemnizable lo constituye, esa oportunidad de curación/ supervivencia perdida por la actuación del médico, conforme a las máximas de experiencia y no el total perjuicio que le afecte al paciente.

6.- La carga de la prueba

Gran relevancia adquiere este aspecto en el ámbito de la responsabilidad sanitaria.

Con carácter general podemos afirmar que las reglas de distribución de la carga deben aplicarse, genéricamente, exigiendo al demandante la acreditación del mismo acto médico, la existencia del daño y la relación de causalidad, en tanto que la Administración debe probar los hechos impeditivos de la obligación de indemnizar (fuerza mayor, dolo o culpa de la víctima, estado de la ciencia, e incluido el funcionamiento conforme a la *lex artis*, y ello derivado de la

probable que no), resulta evidente que ello puede permitir gestionar un amplio margen de probabilidad como seguridad y, por ejemplo, conceder una indemnización por el daño sufrido en un caso de erróneo diagnóstico y consiguiente tardanza en realizar la intervención o tratamiento adecuados aunque existieran, pongamos, un 45% de posibilidades de que el comportamiento imputado al responsable no fuera causante del daño (y, por tanto sólo un 55% de que lo fuera). Se trata de una especie de relevancia implícita (por contraposición a expresa) en el sistema. Por el contrario, si se requiere un nivel elevado de certeza o seguridad queda mucho menos margen para el tipo de relevancia indemnizatoria de la probabilidad a la que venimos refiriéndonos. Tipo de relevancia que, conviene insistir, se caracteriza por no ser expresa y tratar la probabilidad, que alcance determinadas cotas, como seguridad y posibilitar la indemnización de todo el daño sufrido.

Frente a la idea de excluir toda responsabilidad si no se alcanzan las cotas de seguridad requeridas, cabe considerar que, cuando se esté por debajo de tales cotas o umbral, puede tenerse en cuenta expresamente la probabilidad a efectos de establecer una indemnización inferior al daño final sufrido (entendiendo por tal el que se ha tomado como referencia a efectos de la relación de causalidad que se ha considerado incierta: en un caso de error de diagnóstico y graves secuelas físicas, el daño final sería todo el referido a tales secuelas). Perspectiva, aceptada en algunos países (entre ellos el nuestro) y abiertamente rechazada en otros, que resulta aludida con la expresión responsabilidad o indemnización por pérdida de oportunidad o de chance.

naturaleza objetiva de la responsabilidad y en base al criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria).

No obstante ello existen modulaciones en el ámbito sanitario derivados de la aplicación de las reglas hoy recogidas en el artículo 217 LEC relativas al criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria, y la aplicación de otras teorías como el daño desproporcionado, doctrina de la oportunidad perdida, etc, como se expone a lo largo de la exposición.

7.- Últimas precisiones a la responsabilidad sanitaria en el ámbito administrativo.

1.- El sistema de responsabilidad patrimonial administrativa contempla exclusivamente la responsabilidad directa de la Administración sanitaria, siendo también excluyente de la responsabilidad directa del personal médico. Por lo tanto no exige ni permite la imputación directa previa del personal médico. Art 145 LRJyPAC.

2.- En los casos que la Administración hubiera indemnizado a los lesionados, podrá ejercitar la acción de repetición contra el personal a su servicio que hubiere incurrido en dolo, culpa o negligencia graves. Se tendrán en cuenta entre otros los siguientes criterios; el resultado dañoso, la existencia de intencionalidad o no, la responsabilidad profesional del personal y su relación con la producción del daño.

IV.- LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL AMBITO CIVIL

Nos referiremos ahora brevemente a la responsabilidad sanitaria haciendo solo referencia a algunos problemas que se plantean al respecto, por cuanto que algunas de las doctrinas antes expuestas en sede contenciosa también son de aplicación aquí como ha quedado expuesto.

1.- La unidad de la culpa civil

La responsabilidad sanitaria civil, como hemos señalado antes, puede ser extracontractual (art 1902 y ss Código Civil) o contractual (1101 y ss Código Civil)..

La distinción entre una y otra debiera tener una considerable trascendencia práctica ya que el tratamiento jurídico de una y otra clase de responsabilidad difiere en cuestiones tan significativas como la delimitación del criterio determinante de la apreciación de la culpa, el plazo de prescripción de una otra (extracontractual 1 año; contractual 15 años), la responsabilidad de los dependientes, la presunción del carácter solidario o no en la obligación indemnizatoria en caso de pluralidad de responsables (extracontractual se presume la solidaridad; en la contractual no aunque la jurisprudencia tiende a apreciar también la solidaridad en aquellos supuesto en que hay sujetos que responden contractualmente y otros extracontractualmente) o el mayor o menor alcance de los daños resarcibles (extracontractual: íntegra reparación; contractual limitaciones del art 1107 Código Civil).

Pero la jurisprudencia prescinde de esta distinción, especialmente en sede de responsabilidad sanitaria a través de varias vía:

- a) La aproximación de efectos de una y otra responsabilidad, a salvo el plazo de prescripción.
- b) Relativizando su propia distinción bien al prescindir de la calificación del supuesto de hecho de uno u otro modo, bien al aplicar indistintamente las normas de ambas clases de responsabilidad a un mismo supuesto (es la doctrina de la “yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual” o “de unidad de culpa civil”) sin incurrir por ello en incongruencia (STS 6-5-1998...).

2.- La responsabilidad civil del médico

Distinguimos:

a) La responsabilidad por negligencia en la actividad médica.

Rige el criterio de la *lex artis ad hoc*, siendo de aplicación lo ya señalado *ut supra*, en el caso de la medicina curativa. La exigencia médica es de medios y no de resultado.

b) La responsabilidad por no obtener el resultado previsible.

En la medicina satisfactiva estamos ante una obligación de resultado y no de medios (cirugía estética, odontología...).

Pero evidentemente el resultado exigible es aquel que permita la técnica que es va a aplicar al paciente y que es normal y previsible dentro de lo que es la aplicación concreta de la técnica y las circunstancias del sujeto en cuestión por lo que no desaparece del todo, para la apreciación de ese parámetro de “resultado exigible” el criterio de la *lex artis ad hoc*.

3.- Breve referencia a la responsabilidad del centro médico en el ámbito civil

La responsabilidad civil por hecho de tercero tiene las siguientes características:

1.- Es de carácter directo.

Así lo viene a recoger el Código Civil en los supuestos de dependencia llamados de culpa in eligendo o invigilando. (art 1903 párrafo Civil)

2.-Es de carácter subjetivo.

Gira en tomo a la culpa o negligencia tanto en el ámbito contractual como extracontractual, correspondiendo al paciente, en principio la prueba de que el centro o equipo médico ha incurrido en negligencia. Esto evidentemente conlleva una dificultad práctica evidente que la jurisprudencia ha tratado de superar construyendo la responsabilidad solidaria del centro médico por los daños que se causen en el ámbito del mismo.

La técnica seguida ha sido la de establecer una presunción en contra del empresario o titular del centro apoyada en una inversión de la carga de la prueba y fundada en títulos de imputación que aproximan la responsabilidad del centro a una responsabilidad cuasi-objetiva.

Estos títulos son los siguientes:

- a) La culpa o negligencia, matizada por su carácter in eligendo o in vigilando (STS 15-7-1999, 24-3-2001, 18-12-2003,...).
- b) El incumplimiento de la obligación de prestación del servicio contraída bajo la figura

contractual de la hospitalización (STS 12-3-2004...).

- c) El incumplimiento del deber general de prestar el servicio con arreglo a los niveles exigidos por su propia naturaleza o por la reglamentación aplicable (al amparo de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios: STS 29-6-1999...).
- d) La deficiencia del servicio prestado por la propia institución o centro médico en cuanto no es suficiente para evitar las consecuencias dañosas que tienen su origen en la negligencia de los profesionales médicos que actúan en su seno- la tesis del conjunto de deficiencias asistenciales o de defectuoso funcionamiento estructural (STS 210-7-2002,7-3-2004).

3.- No exige la imputación previa del personal médico.

Así puede declararse la responsabilidad del centro sin necesidad de previa condena del médico.

4.- Comporta la facultad de repetir contra el mismo (art 1904 Ccivil).

Debe resaltarse aquí que la responsabilidad civil se basa y se ha basado en la culpa o negligencia, ello es evidente, pero debe de apuntarse que desde las STS de la Sala de lo Civil 26-5-2005, 25-11-2005 y otras posteriores se aprecia “una vuelta a la culpa” en la responsabilidad sanitaria, apreciándose restricciones a la hora de aplicar doctrinas que diluyen tal carácter (teoría del daño desproporcionado y otros criterios de imputación objetiva entre otras...).

V.- REFERENCIA GENERAL AL CONSENTIMIENTO INFORMADO. SUS ASPECTOS MAS PROBLEMATICOS.

El consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la lex artis, y su incumpli-

miento puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad sanitaria.⁷

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 contempla de manera diferenciada dos conceptos que efectivamente conviene considerar de forma independiente aunque, sin duda, se encuentran al mismo tiempo estrechamente relacionados entre sí: la información clínica o asistencial y el consentimiento informado. A ellos nos referiremos conjuntamente por brevedad expositiva.

A-El incumplimiento de los deberes de informar al paciente y de obtener su consentimiento previo

Es criterio generalmente compartido por la doctrina y la jurisprudencia que el cumplimiento de los derechos de los pacientes a ser informados, y a consentir previamente una intervención o un tratamiento, constituye una manifestación más de la lex artis o diligencia profesional exigible.

La jurisprudencia lo califica como un acto clínico más que constituye “un elemento esencial de esa “lex artis ad hoc” (la STS (Sala de lo Civil) de 2-10-1997 , 29-5-2003,10-5-2006⁸, las STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4-4-2000, 3-10-2003, 14-10-2002, 30-3-2004,20-9-2005⁹, 9-11-2005... ..)

⁷ STS (civil) 12-1-2001, 26-1 1-2004....STS (Contencioso-administrativa)

⁸ 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 (...). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”.

⁹ En el ámbito de la actividad sanitaria pública la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 septiembre 2005 explica que “esta Sala tiene declarado así en Sentencia de catorce de octubre

En consecuencia, el incumplimiento total o parcial de tales deberes constituye una infracción de la *lex artis* y, por tanto, y a excepción de los casos en que por sus circunstancias esté aquél justificado, indica una incorrección en la prestación del servicio sanitario.

a) Contenido de la información/ consentimiento

Entre la jurisprudencia civil, cabe señalar la STS (Sala Civil) de 29-5-2003, que, tras indicar que la información debe 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”, añade que “si así no se hace, 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”.

b) Carencia de información o inexistencia de consentimiento informado

No es frecuente encontrar supuestos de carencia total de información, predominando los casos en que se da al paciente una información incompleta.

Por esta misma razón es habitual que el consentimiento informado sólo resulte parcialmente eficaz, obviamente para aquellas circunstancias que el paciente tuvo ocasión de valorar de manera libre y consciente.

Los supuestos de inexistencia acreditada de consentimiento informado son cada vez menos comunes, debido a la concienciación tanto de los profesionales como de los titulares de los centros sanitarios, y a las

de dos mil dos, en la que se hace referencia a las de 2 de octubre de 1997 (recurso de casación 1109/93, fundamento jurídico primero) y 3 de octubre de 2000 que señala que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la “lex artis ad hoc” y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario que da lugar a la indemnización correspondiente cuando de la actuación del servicio público sanitario derivan secuelas de cuya posibilidad no fue informada”

consecuencias que para estos sujetos genera tal omisión.

1.- Documentos de consentimiento informado genéricos.

Es relevante la equiparación jurisprudencial de la inexistencia de información adecuada y por ende de consentimiento informado en el supuesto de “documentos de consentimiento informado genéricos”. Y ello porque lo que pretende se pretende con este instituto es que para que haya consentimiento, y, se respete, por tanto, la autonomía del paciente legalmente reconocida, es que, como condición previa inexcusable, se produzca la información precisa y necesaria que permita al enfermo libre y voluntariamente adoptar la decisión que tenga por conveniente.

Y es claro que en los supuestos de documentos de consentimiento genéricos no se dan las condiciones necesarias para ello. (STS. Sala Contencioso-Administrativo, 18-6-2004, 20-9-2005, 9-11-2005....; Sala Civil 7-3-2000, 2-7-2002, 29-5-2003, 15-11-2006... ..)

Los documentos deben ser específicos y personalizados (STS 27-4-2001, 29-5-2003 SAP Zaragoza 12-5-2003, SAP Asturias 4-11-2002... ..).

2.- La falta de información por parte de los profesionales implicados carece de consecuencias si el paciente ha adquirido por otras vías los datos necesarios¹⁰.

¹⁰ *En el caso de la STS (Sala de lo Civil) de 18-5-2006, la condena se basa en la falta de información a la madre gestante sobre los resultados de una prueba de diagnóstico prenatal. El TS relata entre los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial que aunque el médico demandado no proporcionó a la paciente información al respecto, ella tuvo conocimiento suficientemente completo sobre la prueba a la que se sometió, por lo que el consentimiento prestado a la misma fue un consentimiento informado. Por la misma razón, la falta de información no debe conducir a una condena cuando el paciente, por su actividad profesional, tiene ya conocimiento de la información correspondiente. En la STS (Sala de lo Civil) de 10-2-2004 se indica que la Audiencia Provincial consideró probada la información fundamentalmente porque no se trataba de una persona profana en medicina, sino de una enfermera en activo. En el mismo sentido la SAN Sala contencioso de 25-5-2005 en la que la paciente (que se sometió a una estimulación ovárica) era ATS y el marido médico.*

3.- Por último, debe hacerse referencia al argumento esgrimido en ocasiones por los profesionales - o la Administración sanitaria- demandados basado en la necesidad de la intervención realizada sin información suficiente o sin el previo consentimiento informado; necesidad relacionada no con el hecho de resultar aquélla urgente, sino con el de no existir alternativa alguna de tratamiento.

La STS (Sala de lo Civil) de 8-9-2003 (en el mismo sentido STS Sala Contencioso 9-11-2005) rechaza la tesis de no atribuir consecuencias a la falta de información porque la enfermedad de la paciente no tenía otra alternativa, explica que con ella “se incurre en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan “consentimiento informado”.

En todo caso, siempre existe una alternativa para éste, que es la negativa al tratamiento o a la intervención propuestos o incluso y, también, la de posponer su realización ante la esperanza de que en el futuro pueda realizarse aquélla mediante sistemas quirúrgicos o no que puedan eliminar o reducir los riesgos existentes (como apunta la STJ Navarra Sala civil 6-9-2002)y, salvo casos excepcionales, la decisión entre ambas debe ser sólo suya, sobre la base de la necesaria información.

4.-Por otra parte, en algunas resoluciones el TS se encarga de recordar la diferencia entre la conveniencia y la urgencia de la intervención para considerar que, si se está en el primer caso, no se justifica la ausencia de información (STS Sala Civil 26-9-2000) y mucho menos, si cabe, puede justificarse la ausencia de consentimiento informado en criterios de carácter económico relacionados con el mejor aprovechamiento de los recursos (SAN Contencioso 5-6-2002)¹¹.

c) Información incompleta

Esta causa engloba la mayor parte de las reclamaciones basadas en la vulneración de los derechos de los pacientes, que entienden que la información recibida a lo largo del proceso asistencial, incluido el consentimiento informado, no cubría todos los aspectos relacionados con el tratamiento que debían haber sido informados.

1). Información incompleta sobre riesgos vinculados a un tratamiento o una intervención

Un primer supuesto de información incompleta, posiblemente el más característico, es el de la falta de información sobre algunos de los riesgos o posibles consecuencias de la aplicación de una técnica o un tratamiento, que coinciden con los que finalmente se han materializado en el caso del paciente que reclama.

En tales supuestos, una cuestión a dilucidar es la de si el deber de informar se extendía hasta el límite alegado por el reclamante, o si dicho deber se había cumplido adecuadamente a pesar de omitir algunos datos.

1”.- La STS (Sala de lo Civil) de 2-7-2002 recuerda que “es cierto que el deber de informar no tiene carácter absoluto y omnicompreensivo pero obviamente se extiende a complicaciones “previsibles y frecuentes”.

2”.-La jurisprudencia más uniforme ha señalado que habrá de informarse de los riesgos típicos e inherentes al acto médico en cuestión así como de aquellos particularmente graves, aun cuando estadísticamente no sean frecuentes, así como de los riesgos subjetivos ligados a circunstancias personales y/o profesionales del concreto paciente.

- Y es que lo relevante no es la frecuencia o porcentaje estadístico, sino la inherencia de

¹¹ *La paciente había prestado su consentimiento para ser operada de hernia inguinal derecha, pero lo fue también de hernia inguinal izquierda, sin que se demuestre que hubiera consentido a ello. Ante la alegación de la Inspección Médica acerca de la eficiencia del servicio público de salud (“Su ejecución favoreció los intereses de la Seguridad Social, al minimizar el coste que hubiese supuesto su realización en dos tiempos [coste en perjuicios de pacientes en lista de espera y costes fijos de uso de qui-*

rófano concertado]”) la AN responde que “las razones de economía y eficacia que la Administración invoca, perfectamente lógicas, e incluso plausibles en otras circunstancias, no pueden superponerse a la libre decisión de la paciente a ser intervenida o no de una determinada patología, máxime cuando no había ninguna urgencia ni la no intervención suponía riesgo alguno para la salud pública. Tales criterios pugnan con los postulados previstos en el artículo 10 de la IGS

los riesgos a la intervención, su tipicidad inherencia o común asociación, sea por la naturaleza de la intervención, sea por la naturaleza del procedimiento sea por las condiciones personales o profesionales del paciente.

- Sin embargo no habrá responsabilidad, por una actuación conforme a la *lex artis* por la materialización de riesgos excepcionales o improbables de los que no se informó al paciente (STS-Civil 12-1-200 1).
- Así debe de calificarse (como riesgo típico) la recanalización del conducto deferente en una vasectomía (STS 25-4-1994, 7-4-2004) o recanalización en ligadura de trompas (STS 27-4-2001, 29-5-2003), aunque tal eventualidad no supere el 1% de los casos, o la lesión del nervio facial en la cirugía del oído (23-7-2003, aunque el porcentaje de presencia sea escaso. Son riesgos típicos y deben ser objeto de información.

2)- Información incompleta sobre diagnósticos o resultados de pruebas

Por su parte, la STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27-11-2000 explica que “un diagnóstico es, en definitiva, un dictamen y como tal avanza un parecer, una opinión, partiendo de unos datos que obtiene por diversos medios y que eleva a categoría a través de lo que el estado de la ciencia y la técnica así como el saber experimental que posea el médico actuante permiten en el momento de emitirlo. Nunca un dictamen -sea jurídico, sea médico- puede garantizar un resultado. Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un re-

sultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano.

Así ocurre en el asunto resuelto por la STS (Sala de lo Civil) de 21-12-2005 que, contradiciendo el criterio mantenido por los Tribunales de instancia, condena a los codemandados al pago a los padres demandantes de una indemnización de cincuenta y cuatro millones de pesetas más el recargo del 20% en el caso de la aseguradora, en un caso de nacimiento de hijo con síndrome de Down, a la que es le privó de datos relevantes para decidir existentes en el dictamen porque eran porcentualmente irrelevantes.

B.-La prueba del consentimiento informado

Debemos señalar al respecto las siguientes precisiones:

1.- Cuestión de hecho.

La existencia o no del preceptivo consentimiento informado del paciente, así como de la información a

¹³ *La madre se había sometido a una prueba de diagnóstico prenatal para detectar posibles anomalías genéticas al objeto de interrumpir la gestación, en su caso. Dicha prueba fue precedida de la información pertinente acerca de su finalidad (el tipo de anomalías que podían detectarse con ella), los riesgos inherentes a la misma, y la existencia de una mínima probabilidad de fracaso. La gestante firmó asimismo el oportuno consentimiento informado, y la prueba se realizó correctamente.*

La información recibida desde el centro hospitalario indicaba que el resultado era normal. La sentencia -desestimatoria- de la Audiencia Provincial de Vizcaya pone de manifiesto la existencia de un “dato perturbador” (una célula con un cromosoma de más) que “fue desechado técnicamente por carecer de importancia”.

*En suma, la Audiencia valora el problema sobre la base de un error de diagnóstico, que dadas las circunstancias considera estadísticamente explicable y compatible con una actuación plenamente adecuada a la *lex artis*, lo que conduce a su juicio a la absolución de los demandados por falta de negligencia en su actuación profesional.*

El TS, sin embargo, argumenta desde la perspectiva del derecho a la información de la madre gestante: y así el TS considera infringido el derecho de la paciente a recibir toda la información de que se disponía a consecuencia de la realización de la prueba de diagnóstico prenatal. Se está considerando con ello que los profesionales debían en cualquier caso transmitir a la interesada el resultado obtenido, sin realizar por su parte criba alguna basada en criterios probabilísticos. Entiende el Alto Tribunal que debía ser la gestante quien valorara esos resultados de cara a un eventual aborto, y que el hecho de haberse visto privada de esa facultad de decidir justifica la indemnización establecida.

¹² *STS-Civil 12-1-2001. En esta Sentencia se subraya que lo relevante no es la frecuencia o porcentaje, sino la inherencia de los riesgos a la intervención en cuestión. Y es que como señala la STJ Navarra Sala Civil de 27-10-200 1 lo relevante no es la intensidad porcentual o estadística del riesgo sino su tipicidad, inherencia o común asociación, sea por la naturaleza de la intervención, sea por la naturaleza del procedimiento sea por las condiciones personales o profesionales del paciente.*

que éste tiene derecho en relación con los datos atinentes a su salud, se considera una cuestión de hecho que en consecuencia corresponde establecer a los tribunales de instancia, y sólo accede a casación en los supuestos tasados por la jurisprudencia (STS Sala Contencioso 26-11-2004, 26-1-2006¹⁴ y multitud de ellas en la Sala de lo Civil 10-2-2004... ..).

2.-La carga de la prueba.

¹⁴ *“Es sabido que en sede casacional esta Sala tiene que partir de los hechos tenidos por probados por la Sala de instancia, pues en el ámbito casacional en que nos hallamos la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia sólo puede ser combatida en supuestos muy limitados declarados taxativamente por la jurisprudencia, a saber: “a) la infracción del artículo 1214 del Código Civil (en la actualidad derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), que puede traducirse en una vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, contenidas hoy en el artículo 217 de la misma, invocable a través del artículo 88.1.d) de la vigente LJCA, siempre que en el proceso no se hubiera desarrollado actividad probatoria ya que tal precepto no es invocable en casación, según reiterada doctrina de la Sala, cuando habiéndose practicado prueba, ésta hubiera sido valorada por el Tribunal de instancia; b) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso; c) infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones, d) infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo; e) infracción cometida cuando, al ‘socaire’ de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables; O errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y, por último, g) cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada, posibilidad actualmente reconocida por el art. 88.3 de la antecitada Ley Jurisdiccional””.*

La jurisprudencia civil ha experimentado una acertada evolución desde un planteamiento inicial favorable a atribuir al demandante la carga de la prueba sobre la ausencia de información o de consentimiento informado. Actualmente, con un origen que la propia Sala primera establece en su STS 16-10-1998, el criterio es el contrario, justificándose tal inversión de la carga de la prueba con argumentos como la situación más favorable de los profesionales para aportar medios de prueba (doctrina de la mayor facilidad o disponibilidad probatoria (artículo 217 de la NLEC), o la imposibilidad de probar hechos negativos, probatio diabólica que coloca a la parte a la que se impone tal carga en una situación de indefensión contraria al principio de tutela judicial efectiva^{15 16}

¹⁵ Un exponente reciente de esta línea jurisprudencial consolidada lo constituye la 5T518-5-2006 (que reitera otras Sentencias en el mismo sentido: STS Civil 7-3-2000,2-7-2002 8-9-2003, 29-10-2004..)que culmina un proceso iniciado a instancias de unos padres tras el nacimiento de un hijo con síndrome de Down. La madre se había sometido a una amniocentesis , prueba que “dio un resultado negativo, entendiéndose como tal la no obtención de un cultivo suficiente para poder efectuar un estudio citogénico, lo que exigía la obtención de una nueva muestra de la gestante y la repetición del análisis”, pero la comunicación del resultado se produjo cuando ya no había tiempo de repetir la prueba antes de que transcurriera el plazo legal para acogerse a un eventual aborto. El médico recurrente alega infracción de la carga de la prueba en relación con el deber de informar ese resultado negativo y la posibilidad de realizar una nueva prueba, con cita de algunas sentencias.

El TS desestima el motivo ya que mantiene que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario. Asimismo hace recaer la carga sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. todo ello al margen de que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de poner a su cargo una prueba que pudiera calificarse de perversa, y como tal contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, y de que la propia jurisprudencia ha ido suavizando los criterios sobre la carga de la prueba en función de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, en la forma que hoy recoge el artículo 217 de la NLEC

¹⁶ *En el mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia Contenciosa en su STS 9-5-2005 al afirmar que de dicha falta de prueba debe concluirse que no se informó de los riesgos de la intervención quirúrgica y de los posibles fallos de la ligadura de trompas; ya que lo cierto es que al no haber probado la Administración que informase a la paciente observando los requisitos jurisprudencialmente exigidos, el consentimiento, aun de existir, no es bastante para entender cumplido el requisito legalmente establecido y por tanto carece de valor a efectos jurídicos.*

3.- La forma escrita como requisito ad probationem

Por lo que respecta a la existencia de consentimiento previo del paciente, existe una reiterada doctrina jurisprudencial, expresada por la Jurisprudencia Contenciosa y Civil (Sala Contenciosa 4-4-2000, 26-11-2004, 9-3-2005, 21-12-2005, 7-9-2006, etc.; Sala Civil 2-7-2002, 10-2-2004, 17-11-2005) que señala:

a) La regulación legal debe interpretarse en el sentido de que se no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Es decir la forma escrita del consentimiento no resulta imprescindible si consta que efectivamente se ha prestado (STS Contencioso 14-10-2002)”, y asimismo se reconoce la plena validez del consentimiento informado verbal (debidamente acreditado) previo a una intervención médica (STS Contencioso 2 1-12-2005).

b) 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 legal tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (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”.

4.- Los medios de prueba

Con independencia del deber que tanto la LGS como con la LBAP imponen con mayor o menor extensión, respecto de la necesidad de que la infor-

mación o el consentimiento informado consten por escrito, lo cierto es que en algunos casos los tribunales dan por acreditado el cumplimiento de ambos deberes a pesar de la inexistencia de constancia escrita, y con base en circunstancias que a juicio de los órganos judiciales permiten alcanzar aquella conclusión.

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo-14-10-2002 , tras establecer que la forma escrita del consentimiento informado es prescindible si se demuestra que efectivamente se hubiera prestado, añade que para ello no es necesaria la prueba documental, sino que la información y el consentimiento pueden demostrarse por cualquier otro medio de prueba.

a) Tácita.

La STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3-10-2003 presume la existencia de información y consentimiento informado -cuando en el expediente no existía constancia escrita de haberse cumplido con ninguno de los dos requisitos- a la vista del sometimiento del actor a espermiogramas posteriores a la realización de la vasectomía.

En una línea similar, y a propósito del mismo tipo de intervención, se ha considerado que la alegación del demandado de haber recibido información errónea sobre el resultado del espermiograma no concuerda con la propia conducta del actor -por ejemplo, el sometimiento a un nuevo análisis meses después-, lo que a su vez permite tener por probada la existencia de una correcta información por parte de la médica demandada - STS Sala de lo Civil 11-5-2001.

b) Prueba de presunciones.

La STS 14-10-2002 Sala contencioso acepta la prueba de presunciones.

En el caso, la información se tuvo por demostrada con base en las declaraciones del propio médico no discutidas en la instancia. Por su parte, el consentimiento informado “se deduce de una lógica presunción, ahora regulada en la LEC, ya que, acreditada la información sobre los riesgos de la intervención quirúrgica el día antes de ser practicada, el sometimiento efectivo del menor a ella demuestra que los padres lo consintieron aunque en el expediente administrativo

no aparezca un escrito firmado por ellos, razón por la que no podemos considerar, según la citada jurisprudencia, que haya habido un incumplimiento de la “lex artis ad hoc”.

Y En el mismo sentido la STS Sala Civil de 10-2-2004 que da gran relevancia a los datos obrantes en la historia clínica.

c) Rigor en su apreciación.

Los medios indirectos de prueba de la información o del consentimiento no deben suponer, de hecho, una relajación de la prueba de su existencia. Así se expresa la STS (Sala de lo Civil) de 26-9-2000, al exigir unos datos acreditados de suficiente relevancia probatoria.

Y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20-4-2005 o 22-6-2005 rechaza que ante la falta prueba de la existencia de información previa, baste una referencia a lo que manifiesta el propio médico que practicó la prueba, no corroborado por otras pruebas que permitan alcanzar un “convencimiento psicologico” de que existió consentimiento informado.

C.-El daño indemnizable y la relación de causalidad.

El éxito de una demanda de responsabilidad sanitaria pasa por establecer una relación de causalidad entre la conducta del demandado/sujeto activo de la misma y el daño sufrido por el demandante.

El problema se sitúa en determinar si la falta de información o su insuficiencia son indemnizables aunque no se produzcan daños físicos.

La jurisprudencia ha seguido diversos criterios:

1.- La Jurisprudencia contenciosa administrativa ha señalado que la inexistencia de daño antijurídico como consecuencia del acto médico en que concurra la falta de información o de consentimiento informado no genera responsabilidad¹⁷. Se rechaza que la falta

¹⁷ Han existido algunas resoluciones judiciales que sostenían la postura contraria pero que han sido superadas por la corriente jurisprudencial actual. STS Sala Contencioso- 4-4-2000 (que consideraba la ausencia de información como un daño moral per se). Sala Civil 23-7-2003. SAP Barcelona 30-7-1990, 29-9-2004.

de información sea un daño moral per se indemnizable con independencia de la existencia o no de de daño antijurídico.

Así se pronuncia el TS Sala contencioso-Administrativo en STS 26-3-2002 que señala que para que haya derecho a indemnización es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico, de tal manera que si no se produce este la falta de consentimiento informado (aun constituyendo mala praxis ad hoc) no genera responsabilidad; también STS 26-2-2004, 20-4-2005, 14-12-2005, y 4-4-2006¹⁸ entre otras.

Otra corriente entiende que la falta de información o consentimiento es un daño moral per se pues se trata de “un daño moral, grave, distinto y ajeno al daños derivado de la intervención médica (STS Sala Contencioso 4-4-2000, 25-4-2005, STJ Aragón 23-5-2005, STJ Cataluña, 24-7-2003, STJ País Vasco 14-10-2005) con base en la lesión de la autonomía personal del paciente (restricción del derecho a decidir; pérdida del derecho a autodeterminarse)¹⁹ .

¹⁸ El recurrente padece una paraplejia que se considera no imputable a los demandados sino ocasionada por un proceso infeccioso previo que aqueja al paciente. Explica la Sala que “ la Administración no había probado, en suma, haber respetado los derechos del paciente en lo que respecta a la información y al consentimiento previo a la intervención. Ante esta situación, el TS recuerda cierta doctrina en virtud de la cual “aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad”.

¹⁹ La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26-2-2004 admite este planteamiento de forma expresa: “Existe por tanto un hecho imputable a la Administración, desde el momento que las secuelas se produjeron, al realizar una operación médica conforme a la lex artis, pero de la que derivaban unos riesgos de los que no fue informado el paciente, por lo que no pudo ejercitar el derecho de decidir someterse a la operación, que no revestía el carácter ni de vital ni urgente, siendo por tanto dicha lesión antijurídica ya que la inexistencia de consentimiento, no obligaba al paciente a asumir los riesgos derivados de una prestación asistencial adecuada, de lo que deriva que deba declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Quienes defienden esta tesis señalan que la anti-juridicidad debe situarse no en el acto médico asistencial en que se inserta el consentimiento, sino en la infracción legal (lex artis) del ámbito de la información-consentimiento.

También se modera esta tesis con la introducción en nuestra jurisprudencia contenciosa de la doctrina de la pérdida de oportunidades que luego se verá (SAN 10-10-2007).

2.- La jurisprudencia civil ha señalado que STS 27-9-2001 (18-12-2003, 10-5-2006) que señala que la falta de información per se no es causa de indemnización si no hay un daño derivado.

Y en esta línea profundiza la Sala de lo Civil del TSJ Navarra de fecha 27-10-2001 señala que para que se declare la responsabilidad médica por omisión del consentimiento informado es necesario que el paciente haya sufrido, como consecuencia de una intervención conforme a la lex artis (en caso contrario estaríamos ante una responsabilidad por culpa en la actuación médica y no por falta de consentimiento), un daño derivado de un riesgo típico del cual no hubiera sido informado.

Así cabe afirmar que la falta de información permite imputar objetivamente los daños causados por un acto médico al facultativo, aunque su actuación haya sido correcta técnicamente, toda vez que el actuar sin obtener la voluntad debidamente informada del paciente, es el médico quien asume los riesgos de su actuación , o dicho de otro modo, el paciente no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el acto médico.

Estas tesis se basan en la apreciación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el criterio de la asunción de riesgos (STS Civil 2-7-2002, 8-9-2003; STS Sala contencioso 26-4-2006...) que entiende que la relación de causalidad debe situarse entre la omisión de información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado.

3.- La doctrina de la pérdida de oportunidad.²⁰

La doctrina de la pérdida de oportunidad (pérdida de oportunidad de evitar o minimizar el daño) entiende que la relación de causalidad debe situarse entre la omisión de información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado (y no entre la omisión de información y los daños materializados en la práctica médica). Esta teoría sirve también modular, en los casos condenatorios, la cuantía indemnizatoria por cuanto que lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad del paciente de haberse sustraído a la actuación médica si hubiere conocido sus riesgos antes de llevarse a efectos, y no los daños efectivamente padecidos.

Así se ha acogido en STS 10-5-2006 ,SAP Barcelona 13-3-2007,SAN 10-10-2007, STJ Castilla La Mancha 14-5-2007.

Esta doctrina ha sido modulada, en su aplicación a los casos concretos:

1”. Se ha aplicado el criterio de la de la asunción de riesgos (STS Civil 26-9-2000, 2-7-2002, 22-6-2005-criterio de incremento del riesgo); STS Sala contencioso 9-II-2005,26-4-2006; STJ Navarra 6-9-2002, ST Galicia 30-9-2005) como criterio de imputación.

En base a este criterio se justifica que la materialización de los riesgos cuya información se omite indebidamente debe imputarse al profesional, ante la ausencia del consentimiento informado que justa-

como solución para la apreciación del nexo causal en los casos de cursos causales no verificables, en los que no es posible concluir con seguridad cuál hubiera sido el desarrollo de los acontecimientos de haberse actuado de la manera correcta. Aproximando el fenómeno que se identifica como “daño”, a la conducta establecida como “causa” pueden obviarse ciertos inconvenientes, pero a costa de crear otros.

En el ámbito sanitario, suelen relacionarse con la pérdida de oportunidad los casos de malformaciones del feto no informadas a la madre gestante dentro del plazo para acogerse al aborto eugenésico, y el retraso en el diagnóstico y tratamiento de una dolencia que merma las posibilidades de curación del paciente, aunque el primero de ellos no es realmente un supuesto de pérdida de oportunidades, sino de “opciones” y por tanto de libertad de decisión como en el resto de supuestos analizados. En cuanto al segundo, la pérdida de oportunidad parece coincidir con el criterio de imputación que valora el incremento del riesgo de un daño provocado por la conducta del demandado.

²⁰ El expediente de la pérdida de oportunidad pretende servir

mente hubiera significado la libre y consciente asunción de los mismos por el paciente.

Aplicando este criterio, la conclusión debiera ser la de condenar por todos los daños sufridos, personales y patrimoniales, vinculados a la intervención realizada. (Igualmente cabe pensar que quienes defieren este argumento rechazan la consideración de la falta de información como un daño autónomo indemnizable per se).

Ahora bien el criterio de la asunción del riesgo no debe aplicarse sobre cualesquiera consecuencias desfavorables surgidas tras una intervención o tratamiento técnicamente correctos. Si así se hiciera, equivaldría a imponer en la práctica la necesidad de una información exhaustiva (reiteradamente desaconsejada en cuanto puede resultar contraproducente) como único medio de evitar la imputación de responsabilidad a los profesionales que, de otro modo, podrían verse obligados a responder por cualesquiera riesgos no previamente informados. Contrariamente, el profesional sólo debería asumir los riesgos negligentemente omitidos entre aquellos que forman parte de la información realmente debida (riesgos típicos).

2". Criterio de la conducta alternativa conforme a Derecho (STS Civil 21-12-2005).

Al margen del criterio de la asunción de riesgos, algunos autores proponen aplicar el criterio de la conducta alternativa conforme a derecho, en virtud del cual no cabe imputar un daño a quien incumple una norma si, considerando la conducta conforme a derecho, el resultado hubiera sido el mismo (propia-mente no habría pérdida de oportunidad).

Ello implica valorar lo que hubiera decidido el paciente en el caso de haber contado con la información omitida, o de haberle sido pedido el consentimiento previo.

Para beneficiarse de este criterio, será el demandado quien debiera probar que sin lugar a dudas el desarrollo de los acontecimientos no se habría visto alterado (STS Sala Contencioso 2-3-2005, SAN

Contencioso 6-2-2002, STJ Cataluña Contencioso 10-01-2006²¹ ...)

3". La mera frustración de posibilidades no debe ser indemnizada cuando finalmente el interesado alcanza la ventaja esperada pues en este caso sencillamente no hay daño antijurídico o bien sencillamente no hay pérdida de oportunidad alguna en sentido propio.

4.- Cuantificación.

a) Es posible, en atención a su distinta naturaleza, determinar una indemnización específica por la falta de información! consentimiento además de la correspondiente al daño antijurídico a la salud del paciente por la intervención médica, cuando concurren ambos y ambos sean indemnizables.

En los casos de diligencia en la praxis médica pero falta de información algunas decisiones jurisprudenciales ha situado la indemnización en el incumplimiento de la obligación de informar estableciendo la indemnización en base a la doctrina de la pérdida de oportunidad en una cantidad distinta del daño final sufrido (STS 10-65-2006, SAP Barcelona 1 3-5-2007, SAP Cantabria 19-11-2004,SAN 10-10-2007, STJ Castilla-La Mancha 4-5-2007..). Otras en base al criterio de la asunción del riesgo estiman indemnizables tanto el daño corporal materializado como el derivado de la pérdida de oportunidad (STS Contencioso 9-9-2005, Sala civil 26-9-2000, 2-7-2002..).

Quizá conjugando ambas tesis cabría restringir los casos en que se indemnizan ambos conceptos a

²¹ *A propósito de un caso de falta de información a la madre gestante sobre las pruebas que podían haber conducido al diagnóstico de síndrome de Down en el hijo, establece que "un seguimiento ecográfico adecuado hubiera llevado a la posibilidad de un diagnóstico del síndrome, en la medida en que no es presumible un rechazo de la paciente a someterse a la amniocentesis cuando el riesgo era del 1% o inferior, y que en tal circunstancia se hubiera podido ofrecer la información completa a fin de que la recurrente estuviera en condiciones de tomar una decisión sobre la interrupción del embarazo, hay que concluir que efectivamente fue aquella defectuosa praxis la desencadenante de una ausencia de información en los términos exigidos por el artículo 10 de la LGS que situara a la paciente en las exigibles condiciones para decidir sobre la interrupción, o no, de su embarazo". La indemnización incluye daños morales y patrimoniales que se valoran en trescientos sesenta mil seiscientos ocho euros.*

aquellos casos en los que la intervención no era radicalmente ineludible y necesaria, o se privó groseramente del poder de decisión al paciente (o al menos considerar esta extrema relevancia en la indemnización del distinto daño moral por falta de información).

b) En el cálculo (pérdida de oportunidad) deberán tenerse en cuenta el estado previo del paciente, el pronóstico o gravedad de su proceso patológico, las alternativas terapéuticas existentes, la necesidad de la actuación médica, la entidad del riesgo típico acaecido y la probabilidad de que el paciente-razonable hubiera consentido el acto médico de haber mediado la información omitida-juicio de verosimilitud- entre otras (STS 2-7-2002, 8-9-2003, 21-12-2005, 17-11-2005, SAP Asturias 7-12-2000...).

c) Criterios de cuantificación.

La existencia de un baremo de valoración de daños en el ámbito de la circulación de vehículos a motor ha llevado a los Tribunales a su aplicación con carácter orientativo.

- No obstante el TS (en sentencias de 20-6-2003, 12-2-2004) ya ha señalado la doctrina uniforme de la inaplicabilidad de tal baremo a otros ámbitos de la responsabilidad por la específica naturaleza de los daños a que se refiere el citado baremo.

- En cualquier caso conjugando tal doctrina del TS con la existencia del citado baremo los Tribunales vienen aplicando el citado baremo con carácter meramente orientativo y ajustando los conceptos e indemnizaciones a la naturaleza de la responsabilidad que nos ocupa y a las circunstancias del caso concreto (SAP Baleares 4-4-2000, STSJ Galicia 21-5-2003, STJ Cataluña 3-10-2003, STS Civil 8-3-2004, STS Contencioso 21-10-2005)

D.-El consentimiento informado en la medicina satisfactiva.

Es doctrina reiterada que el deber de información se agrava en los actos médicos que no vienen motivados por necesidades de salud, sino por el deseo de “mejorar un aspecto físico o estético” o para la “transformación de una actividad biológica” como la sexual (medicina voluntaria o satisfactiva) lo que se justifica en parte por la mayor libertad de opción que

tienen los pacientes en estos casos y en parte también por el recelo que la contratación privada de este tipo de servicios provoca en relación con los procedimientos que los prestadores de los mismos puedan utilizar para captar clientes y, con ellos, beneficios económicos. (STS Civil 11-5-2001, 7-4-2004, 21-10-2005, 4-10-2006...; TS Sala contencioso 3-10-2000), señalándose por algunos autores que el grado de rigidez en la apreciación de la responsabilidad debe ser máximo hasta el punto de exigirse la responsabilidad no solo por los daños típicos previsibles sino también en los atípicos.²²

²² Señala el Magistrado del TS SR. Peces Morate: “Esta diferenciación, proveniente de la jurisprudencia civil, entre medicina satisfactiva y asistencial penetró en la doctrina sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria para explicar el distinto contenido que en una y en otra habría de tener la información y su falta (Sentencia de la Sala Tercera de 3 de octubre de 2000-recurso 3905/96).

A la medicina curativa o asistencial se la define como una medicina de medios que persigue la curación y a la segunda como una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactiva del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo. En la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, lo que acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos o pormenores de la intervención.

Esta distinción llevó a la jurisdicción civil a identificar la cirugía asistencial con la “*locatio operarum*”, y a la cirugía satisfactiva con la “*locatio operis*” con el consiguiente reconocimiento en este caso de la responsabilidad que comporta la obtención de un buen resultado, o, en palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo! 1-2-1997, de un cumplimiento exacto del contrato en vez de un cumplimiento defectuoso.

El resultado, en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la

intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone una concatenación de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud y conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias.

Las consecuencias que la citada Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 (recurso 3905/96) derivó de esa diferencia fueron que el carácter satisfactivo del acto médico quirúrgico, consistente en una vasectomía, requería una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención como de las posibilidades de que la misma comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten

precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención, de modo que en estos casos la ausencia de información, que vicia el consentimiento, no es sólo la del riesgo de fracaso, sino también la de posibles consecuencias negativas que el abandono del tratamiento postoperatorio del paciente, hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, puede tener, así como la necesidad o conveniencia de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para advertir a tiempo, en la medida de lo posible, el fracaso tardío que pueda existir y conducir a la necesidad de una nueva intervención o de atenerse en la conducta personal a las consecuencias de haber recuperado la capacidad reproductora.