

INFRACCIÓN DE DEBERES DE INFORMACIÓN Y OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR EN EL ÁMBITO SANITARIO¹

Clara I. Asua González
Catedrática de Derecho Civil
Universidad del País Vasco

Resumen: Cuando se infringen obligaciones de información en el ámbito sanitario, desde el punto de vista de la responsabilidad civil los aspectos problemáticos tienen que ver, fundamentalmente, con el daño que se indemniza y la *relación de causalidad*. En este estudio se analizan las distintas perspectivas desde las que la jurisprudencia aborda estas cuestiones.

Palabras clave: deberes de información, derecho a ser informado, consentimiento informado, *lex artis*, responsabilidad médica, daño resarcible, relación de causalidad, imputación objetiva del daño, pérdida de oportunidad, derecho a la libre determinación.

Title: Breach of duty to provide information and medical liability

Abstract: In case of the breach of duty to provide medical information, from the point of view of tort law the most problematic issues are the recoverable damage and *causation*. This article discusses the different perspectives from which the case law tackles these issues.

Key words: Duty to provide information, right to information, informed consent, *lex artis*, medical liability, recoverable damage, causation, scope of liability, loss of chance, patient's self-determination right.

SUMARIO: 1. Las cuestiones relevantes desde el punto de vista indemnizatorio: la no observancia de la *lex artis* (culpa), el daño y la relación de causalidad. 2. La infracción de la obligación de información ¿De qué riesgos se debe informar? 3. La exclusión de responsabilidad por razones de *causalidad*. 4. Los diferentes expedientes y perspectivas para imputar responsabilidad. Valoración de qué daño se indemniza. 4.1. Atribución "sin más" del daño final. 4.2. Atribución de responsabilidad por el daño final con base en el criterio de asunción o traslado del riesgo. de la responsabilidad civil. 4.3. Atribución de responsabilidad por el daño

¹ Este trabajo se enmarca en en las actividades del Grupo de Investigación Consolidado de Sistema Universitario Vasco GIC12 A IT 727-13 - Persona, Familia y Propiedad-.

final con consideraciones sobre la posibilidad de no sometimiento a la intervención. 4.4. Atribución de responsabilidad por pérdida de oportunidad. 4.5. Indemnización por lesión de la autonomía decisoria del paciente. La pérdida de oportunidad impropia. 5. A modo de resumen.

1. Las cuestiones relevantes desde el punto de vista indemnizatorio: la no observancia de la *lex artis* (la culpa), el daño y la relación de *causalidad*

Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma. Pueden asimismo elegir, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, y, con carácter general, para toda actuación sanitaria deberá recabarse su previo consentimiento (como ese consentimiento tiene por presupuesto la recepción información, se habla de *consentimiento informado*). Todo ello, con sus correspondientes matizaciones e incluso excepciones, se recoge hoy en los arts. 2, 3, 4, 5, 8, 9 y 10 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* y tiene también su reflejo en diversas leyes autonómicas. De ahí que en la configuración como culpa (infracción de la *lex artis*) de la falta de información y/o de la consecución del consentimiento informado, sea ya insoslayable la referencia al cumplimiento o no de esas prescripciones legales.

Los casos de falta de información y/o actuación médica sin recabar consentimiento informado que se analizan en los tribunales son reclamaciones indemnizatorias tras haber sobrevenido un resultado lesivo para la salud, la integridad física o la vida. Y los supuestos en los que cobra relevancia la cuestión son aquellos en los que ningún reproche cabe hacer a la actuación técnica de los facultativos o de la organización sanitaria²: el único comportamiento negligente radicaría precisamente en esa falta de información o de consentimiento informado.

En el escenario que se acaba de señalar, y desde el punto de vista de la responsabilidad civil, los aspectos problemáticos tienen que ver con el daño que se indemniza y la relación de *causalidad*. Si el daño a indemnizar fuera el daño final (los daños patrimoniales y morales conectados a la afección a la salud o a la pérdida de la vida): ¿debe requerirse que con la información adecuada el paciente hubiera rechazado la actuación médica?; ¿cómo deberían abordarse los casos de duda? ¿Cabe, sin embargo, identificar otro daño a indemnizar (distinto del daño final), de suerte que se obvien los problemas de *causalidad*? La cuestión se ha abordado en el Tribunal Supremo con diferentes enfoques y criterios: no se indemniza porque se entiende que el daño final habría acaecido igualmente; se indemniza el daño final sin más explicación; se indemniza el daño final por considerarse que la infracción del deber de información traslada

² Aunque puede ocurrir que se incumpla el deber de informar y al mismo tiempo exista mala praxis desde un punto de vista técnico. Así ocurrió en el supuesto resuelto por la STS (3ª, Sección 6ª) de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7503), que fijó una cantidad a indemnizar por la lesión a la autonomía decisoria del paciente y otra por las secuelas producidas por la intervención.

el riesgo al profesional de la medicina; se indemniza el daño final considerando la probabilidad de que el paciente no se hubiera sometido al tratamiento o intervención pero sin calibrar la mayor o menor probabilidad a efectos de cuantificación; se indemniza por pérdida de oportunidad de evitar el daño final; se indemniza la lesión de un derecho a la libre determinación.

En las páginas que siguen se analizarán los mencionados enfoques y las decisiones en las que se reflejan. Antes, sin embargo, parece procedente hacer un repaso por algunos aspectos relativos a la cuestión, previa, de la efectiva vulneración de la *lex artis*, esto es de la infracción de la obligación de información.

2. La infracción de la obligación de información ¿de qué riesgos se debe informar?

Sentar la no observancia de la obligación de información requiere determinar el ámbito de la misma. Las líneas de razonamiento al respecto transitan por una desigual consideración de la incidencia estadística y por la genérica consideración de que en la medicina satisfactiva las exigencias informativas son superiores a las de la medicina curativa.

Veamos algunas decisiones de la Sala Primera por orden cronológico. En la STS de 28 de diciembre 1998 (RJ 1998\10164) se señala: *Como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, 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. En el presente caso la impotencia "coeundi" y la incontinencia urinaria no pueden ser considerados como riesgos típicos que debieran extenderse al deber de información del cirujano de acuerdo con los informes periciales obrantes en autos y así el señor B. M. manifiesta respecto a la impotencia "que todo puede ser posible si bien en los anuarios no existe ningún caso", en tanto que el informe de la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad Autónoma de Barcelona se pronuncia en el sentido de que "constituyen clínicamente incidencias inevitables que estadísticamente está comprobado, se presentan entre 1-3% de las prostatectomías". En la STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\1) -afectación permanente de un nervio tras una intervención en el cuello- se considera que: *poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma*. En la STS de 22 junio de 2004 (RJ 2004\3958) -se trataba de una operación de reducción de senos, en la que además concurrían otras circunstancias determinantes de negligencia- se da por bueno que se debía haber informado del riesgo de 0,44% de necrosis como típico de la intervención. En la STS de 21 octubre de 2005 (RJ 2005\8547) -aparición de un queloide como consecuencia de una operación de cirugía estética- se señala que: *la información de riesgos**

*previsibles es independiente de su probabilidad o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidas los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención. En esta decisión se incide, además, en que lo que hoy, y como se avanzaba líneas arriba, ya se ha convertido una cláusula de estilo y es que en el ámbito de la llamada *medicina satisfactiva* o voluntaria se acrecienta 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... 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*³. Esta última consideración está presente en la STS de 17 de abril de 2007 (RJ 2007\3541); en la misma -disartria como consecuencia de un tratamiento rehabilitador- se mantiene que, tratándose de actos médicos realizados con carácter curativo, no es necesario informar detalladamente de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado; en esta decisión se realiza especial incidencia en la arriba referenciada STS 28 diciembre 1998. En la STS de junio de 2009 (RJ 2009\4323) -intervención para implantar una prótesis de cadera en la que se produce una lesión del nervio ciático- se consideró infringido el, en el momento vigente, art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, *al considerar "imprevisible" una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia del 3,5%, confundiendo por tanto el tribunal sentenciador frecuencia con previsibilidad..., ya que la circunstancia de que el riesgo de una intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo*. En la STS de 16 enero 2012 (RJ 2012\1784) -intervención para efectuar una disectomía cervical- al tiempo que se incluye la ya habitual referencia a la diferencia entre medicina curativa y voluntaria, se incide en que: *la complicación surgida es de escasa incidencia estadística (entre el 0,2 y el 0,4) pero el riesgo de resultados como el enjuiciado en una operación vertebral es lo suficientemente importante como para no haber sido omitido*".*

En lo que hace a la prueba de la existencia de información, aparece ya como criterio asentado el de que la misma corresponde al profesional sanitario *por ser quien se halla en una situación más favorable para conseguir su prueba*⁴.

³ En el mismo sentido, por ejemplo, SSTS 4-10-2006 (RJ 2006\ 6428), 23-5-2007 (RJ 2007\ 4667), 29-6-2007 (RJ 2007\ 3871), 22-11-2007 (RJ 2007\ 8651), 23-10-2008 (RJ 2008\ 5789), 4-3-2011 (RJ 2011\2633).

⁴ SSTS 28-12-1998 (RJ 1998\10164), 19-4- 1999 (RJ 1999\ 2588), 7-3-2000 (RJ 2000\1508), 12-1-2001 (RJ 2001\ 3), 27-4-2001 (RJ 2001\6891), 29-5-2003 (RJ 2003\3916), 7-3-2004 (RJ 2004\ 2608), 29-10-2004 (RJ 2004\7218). Resulta así superado el distinto criterio que subyace en la STS de 16 noviembre de 1997 (RJ 1997 \8690); en ella se casa la sentencia de la Audiencia manteniendo lo que sigue: *... sin que por lo demás, tampoco sea atendible, el argumento que la Sala emite en su F. 6º, de*

3. La exclusión de responsabilidad por razones de causalidad

Como ya se ha dicho, una posibilidad a la hora de abordar las consecuencias indemnizatorias de la vulneración de obligaciones de información y consiguiente consecución de un consentimiento informado, es hacer depender la misma del juicio sobre si con la conducta diligente se habría evitado el daño. Estamos, por tanto, hablando de la eventual indemnización del daño final y examinando cuestiones de *causalidad*. Causalidad entendida aquí solo como la capacidad del comportamiento debido y omitido para evitar el daño causado⁵.

Una *reacción* en los tribunales al aducirse la vulneración del deber de informar sobre los riesgos de intervenciones y tratamientos en casos de correcta (desde un punto de vista técnico) praxis, fue la de excluir la responsabilidad con el argumento de que en cualquier caso habría acaecido ese resultado. Ese era el razonamiento en la instancia en supuestos en los que finalmente se condenó en casación, y seguramente lo que subyacía en la STS de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7868) – se trataba de un caso de invalidez irreversible por la lesión total del nervio músculo-cutáneo y atrapamiento del mediano izquierdo en la muñeca- cuando casa la sentencia condenatoria de la Audiencia considerando que no estaba probada la falta de diligencia *técnica* y señalando lo que sigue en relación a la falta de información: *La sentencia de apelación adiciona otro razonamiento para reforzar el valor probatorio del informe, cual es la ausencia de advertencia por don José María B. R. al paciente o a sus familiares sobre los riesgos de la intervención, lo cual deriva en la afirmación de que por esa omisión el cirujano no actuó con la diligencia debida; en efecto, la información, en cuanto sea posible, al paciente, o en su caso, a sus parientes, respecto al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, está comprendida en la llamada «obligación de medios», y su omisión supone negligencia, pero no puede darse*

que no hay prueba alguna que permita deducir que tal información se hubiese efectivamente facilitado, pues, con esta suerte de conjetura, se viene a marginar el problema de la inversión de la carga de la prueba en el sentido de que en materia de responsabilidad médica, es obvio, el "onus probandi" así alterado, habrá de repercutir en todos los aspectos determinantes de la responsabilidad profesional controvertida, al operarse con el principio de la previa diligencia del facultativo, salvo que, el paciente perjudicado demuestre su falta de diligencia, falta de diligencia, que tanto se referirá a la operación en sí, como a la inobservancia de las demás disciplinas delimitadoras del "facere" o cometido del facultativo... una de las cuales comprenderá todo lo referente a la comentada información.

⁵ Desde una perspectiva material o física, solo cabría referirse con propiedad a causalidad en las comisiones y no en las omisiones (*ex nihilo nihil fit*). En éstas, se dice, el tema es exclusivamente de imputación objetiva del daño y, por tanto, de determinación y aplicación de criterios de cara a decidir cuándo el que ha omitido una conducta debe ser responsable de un resultado que materialmente no ha causado: PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art. 1902 CC", en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1984 y "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva", en *Centenario del Código Civil*, II, Ceura, Madrid, 1991, pág. 1588; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 241 ss.; ARCOS VIEIRA, M^a L., *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 125 ss. y *Responsabilidad Sanitaria por Incumplimiento del Deber de Información al Paciente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 59 ss.; DIAZ REGAÑON, C., *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, págs. 2008 ss.

a la misma el alcance efectuado por la Sala «a quo», habida cuenta de que entre la deficiencia de no informar y el resultado dañoso no habría ninguna relación de causalidad.

4. Los diferentes expedientes y perspectivas para imputar responsabilidad. Valoración de qué daño se indemniza

4.1. Atribución "sin más" de responsabilidad por el daño final

La expresión "sin más" quiere decir aquí que se procede a la indemnización de los daños patrimoniales o morales conectados a la afección a la salud sin ninguna consideración a la imputación o conexión entre tal daño y la vulneración de la obligación de información/consecución del consentimiento informado.

Así ocurre en la STS (1ª) de 26 de junio de 2006 (RJ 2006\5554). Una persona tratada e intervenida de una lesión de rodilla sufrió importantes secuelas tanto físicas –de las que no había sido informada- como psicológicas, que determinaron su jubilación como policía por incapacidad permanente. Planteado recurso de casación contra la sentencia desestimatoria de la Audiencia, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo invocando la doctrina del daño desproporcionado (ello a pesar de sentar la *corrección del diagnóstico del padecimiento del demandante realizado por el médico demandado y de ser adecuada la intervención quirúrgica practicada*) y el incumplimiento de la obligación de información: *Ante esta falta de una información exhaustiva y suficiente de los riesgos que entrañaba la intervención quirúrgica a que fue sometido el demandante, es evidente la conculcación por el médico demandado de ese deber, por lo que el motivo ha de ser estimado.*

Podría entenderse también que lo mismo ocurre en la STS (1ª) de 23 de julio de 2003 (RJ 2003\5462). Se trataba de una intervención de miringotomía con colocación de tubos de ventilación como consecuencia de la cual se produjo la perforación de los dos tímpanos, no habiéndose informado sobre semejante riesgo. En primera instancia había recaído sentencia condenatoria contra el facultativo, que resultó luego revocada por la Audiencia. Planteado recurso de casación, el mismo fue estimado, incidiéndose en la negligencia que comporta la falta de información (no lo había entendido así para el caso la Audiencia) y confirmando la sentencia del Juzgado sin más explicación que *el riesgo de la intervención se produjo .. por lo que deviene indispensable ese deber de informar previamente de unos riesgos, como los que luego determinaron la patología del actor, derivada de su padecimiento a resultas de la perforación timpánica sufrida, siendo por tanto previsible su posterior acaecimiento y de ahí derivar asimismo la responsabilidad del profesional.* Es cierto, sin embargo, que la referencia al riesgo de la intervención podría quizás ubicar esta decisión en el epígrafe siguiente.

4.2. *Atribución de responsabilidad por el daño final con base en el criterio de asunción o traslado del riesgo*

Se trata de casos en los que también se establece responsabilidad por todo el daño derivado de la lesión a la salud, pero ello se hace partiendo de que la falta de información determina que el riesgo de acaecimiento del resultado adverso recae sobre quien, debiendo hacerlo, no informó o recabó el consentimiento informado. De ello sirven de muestra las SSTS (1ª) de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8126) y de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547). En la primera decisión se estima el recurso de casación contra una sentencia absolutoria -también lo había sido la del Juzgado- de un médico y su aseguradora por las secuelas de pérdida total de audición de un oído como consecuencia de una operación de estapedectomía; la condena se basa en la falta de información y consiguiente consentimiento desinformado y se señala que con *ese actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de su intervención, en lugar del paciente*. En la segunda sentencia también se estima un recurso de casación contra un cirujano plástico igualmente absuelto en la primera instancia; se trataba de un caso de surgimiento de queloides tras una operación de cirugía plástica en la cara y nuevamente se le imputa al facultativo una falta de información pues *debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso.., para la misma, dentro de su autonomía, asumir el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa*.

4.3. *Atribución de responsabilidad por el daño final con consideraciones sobre la posibilidad de no sometimiento a la intervención*

Si en las dos anteriores perspectivas indemnizatorias se prescinde de razonar sobre la posibilidad de haber evitado el resultado lesivo caso de haberse informado correctamente, en otras decisiones sí se introducen consideraciones al respecto.

Si esa es la perspectiva y línea de razonamiento, ya hemos dicho que no procedería indemnizar si se considerara que de todos modos se habría producido el daño. Por otro lado, para que procediera la indemnización de todo el daño final, se debería incidir en que con la debida información, tal daño se habría evitado (siendo estrictos con ese convencimiento o gestionando como seguridad el grado de probabilidad que proceda). Sin embargo, a la vista de la experiencia, semejante afirmación resulta francamente comprometida. De ahí que, en las decisiones en las que se indemniza todo el daño final incidiéndose en la *causalidad*, las consideraciones al respecto no sean directas y resulten de contundencia diversa. Así ocurrió en las SSTS (1ª) de 2 de julio de 2002 (RJ 2002\5514) y 22 de junio de 2004 (RJ 2004\3958).

En el caso resuelto por la STS (1ª) de 2 de julio de 2002 un paciente, al que se le había practicado una vasectomía, sufrió un gran hematoma que determinó la pérdida por atrofia de uno de los testículos; riesgo del que no

había sido informado. Habiendo sido desestimada su pretensión indemnizatoria en las dos instancias, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación incidiendo en que la efectiva falta de información- negada en la instancia- suponía una infracción de la *lex artis* y en que *no cabe compartir el juicio de valor que sobre el antecedente fáctico se hace por el juzgador de la primera instancia (asumido por el de la segunda) porque no se plantea un problema de si se da o no una «relación de causalidad» (expresión que hay que entender en un sentido figurado y no en los técnicos de causalidad material, o de causalidad jurídica) entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención, sin que quepa duda que el riesgo de complicación **tiene entidad suficiente para considerar seriamente la decisión de no someterse a la operación**⁶.*

En el supuesto de la STS (1ª) de 22 de junio de 2004 parece darse por bueno que no se habría procedido a la intervención, pero ello no se dice directamente. A una paciente de 36 años sometida a una operación de reducción mamaria no se le había informado del riesgo de necrosis masiva, riesgo que efectivamente se concretó en la pérdida de la zona aureola-pepón. La demanda indemnizatoria no prosperó en ninguna de las dos instancias, pero el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. Aunque de sus consideraciones se deriva que también existía culpa por lo que hace a la praxis médica, en cuanto a la perspectiva que nos ocupa se dice: *..no es aceptable sin más que la finalidad primordialmente correctora de la reducción mamaria..disminuyera, hasta casi eliminar su significación jurídica, la importancia que para la actora-recurrente tenía el resultado final de la intervención en el aspecto estético o plástico. A cualquiera se le alcanza que a una mujer de treinta y seis años de edad, casada, no le puede ser indiferente cómo queden sus pechos tras una intervención conveniente para aliviar sus dolores de espalda pero en modo alguno necesaria para salvar su vida o evitar un mal mayor en la propia zona intervenida. Es más, si de todos es sabido que las intervenciones quirúrgicas más destructivas, en los casos de tumores malignos, provocan por lo general secuelas psicológicas en las pacientes pese a que el fin es salvar su vida, difícil será cuestionar que para la actora-recurrente el aspecto final de sus pechos tras la intervención hubiera de tener una importancia casi equivalente, cuando no prácticamente equiparable, al alivio de sus dolores de espalda. En otras palabras, **nada permite afirmar que si la actora-recurrente hubiera conocido el riesgo de necrosis a resultas de la intervención, con destrucción de areola y pepón, se hubiera sometido a ella siguiendo el consejo del demandado-recurrido.***

⁶ Repárese en que en la propia sentencia se había dicho que no se trataba de un problema de causalidad material o de causalidad jurídica (imputación objetiva de daño). Sin embargo, la condena se basa sobre una difusa idea de que existía gran probabilidad de que el paciente no se habría sometido a la intervención.

4.4. Atribución de responsabilidad por pérdida de oportunidad

La causalidad se puede gestionar desde la perspectiva del todo o nada: o hay seguridad (o probabilidad suficiente) y se indemniza todo el daño probado o (si no hay seguridad o probabilidad suficiente) no se indemniza nada. Pero cabe también una suerte de camino intermedio y, en los casos de duda, dar relevancia indemnizatoria a la probabilidad (que no se gestione como seguridad). **Este es el ámbito de la pérdida de oportunidad**⁷. Nótese que estamos hablando de la **pérdida de oportunidad de que el daño final no hubiera acaecido**.

La *teoría* de la pérdida de oportunidad es, por tanto, una forma de gestionar la inseguridad causal a efectos indemnizatorios y de dar relevancia a la probabilidad de cara a establecer una indemnización inferior a la cuantificación del daño final sufrido. Pero ello puede hacerse de dos perspectivas distintas, que configuran **dos distintos daños a indemnizar**⁸. Una de ellas es entender que se trata de una cuestión de causalidad probabilística y que se indemnizará daño final en proporción a la probabilidad de que con la conducta diligente se hubiera evitado el mismo. La otra es convertir la oportunidad en el interés protegido e indemnizar la lesión de ese interés; interés que finalmente también sería cuantificado de la manera que se acaba de señalar.

Como ya se ha dicho, en caso de omisión de deberes de información, hablamos de causalidad entendida únicamente como la capacidad del comportamiento debido y omitido para evitar el daño causado. Pues bien, en estos casos, también se ha comenzado a transitar por la pérdida de oportunidad. Así parece que se hizo en la STS (1ª) de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4323). En el caso enjuiciado se había producido una lesión permanente en el nervio ciático como consecuencia de una intervención para implantar una prótesis de cadera y el Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que absolvía al cirujano razonando que efectivamente se había producido una infracción del deber de informar y que *la conclusión no puede ser otra que la de la responsabilidad del referido cirujano por no haber dado a su paciente **la oportunidad** de evitar esa lesión no consintiendo la intervención, de consultar otras opiniones o de, sopesando el riesgo, confiar la intervención a un determinado especialista o decidir que se hiciera en un determinado centro hospitalario*. En la STS (1ª) de 16 de enero de 2012 (RJ 2012\1784) se trataba de ausencia de información sobre los riesgos, que se materializan, de una intervención de disectomía cervical. Mientras que la Audiencia había sentado la obligación de indemnizar todo el daño final (como si se hubiera tratado de mala praxis clínica), el Tribunal Supremo reduce la cantidad un 50% señalando: que el daño que fundamenta la

⁷ MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

⁸ MEDINA ALCOZ, L., ob. cit., págs. 232 ss.; ASUA GONZÁLEZ, C. I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 77 ss.

responsabilidad es *el que resulta de haber haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado; que la negligencia médica ha comportado una **pérdida de oportunidad** para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación; y que ante la evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica.*

¿Se indemniza una parte del daño final u otro daño distinto –la lesión de la propia oportunidad⁹-? La primera de las sentencias es francamente parca al respecto. La segunda parece ser más explícita pero no deja de ser confusa, pues, de un lado, en sus consideraciones podría entreverse la causalidad probabilística, pero, de otro, establece la relación *entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica* y parece identificar el daño con la pérdida de oportunidad.

En cualquiera de los casos no es fácil proceder a un cálculo de la indemnización¹⁰. La dificultad deriva del cálculo de la probabilidad, y esa

⁹ Esta es la *variante* de pérdida de oportunidad que se adopta en la jurisdicción contencioso-administrativa en los casos en los que no queda claro que con el diagnóstico y tratamiento procedentes se habría evitado el daño; por ejemplo: SSTS -Sección 6ª- 26-6-2008 (RJ 2008\6525) y 7-6-2008 (RJ 2008\6872). Sin embargo, y como luego veremos, en caso de infracción de obligaciones de información, en esta jurisdicción no se transita por la pérdida de oportunidad.

¹⁰ La perspectiva de la pérdida de oportunidad en casos de infracción de deberes de información ha sido criticada en un plano más estructural con el argumento de que todas las alternativas pasan por una decisión de la propia víctima que no cabe ubicar en el ámbito de lo aleatorio o del azar (MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., "Comentario a la STS de 7 de junio de 2002", CCJC, 60, 2002, pág. 114; RIBOT IGUALADA, J., "La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado", RDP, 2007, pág. 40). Parece partirse así de limitar la figura a supuestos de aleatoriedad y en los que, por tanto, intrínsecamente es imposible conocer el resultado (aunque se ha propuesto igualmente incluir los casos en los que la incertidumbre proviene de la conducta de un tercero). Desde luego, el expediente es válido también en los supuestos en los que, por las limitaciones del conocimiento humano, se revela un margen de incertidumbre; de hecho, en los casos de errores y retrasos en diagnósticos y tratamientos, la falta de certidumbre no se deriva del azar sino de tales limitaciones. En la negativa a considerar como de pérdida de oportunidad los supuestos de incertidumbre sobre la decisión de la víctima, hay un claro prejuicio respecto de que esta juegue con las *cartas marcadas*, pues para ella podría no ser incierto el sentido de su decisión. Sin embargo, el juicio de certeza o de probabilidad es externo: es el juez quien, con base en las circunstancias del caso, debe decidir (acierte o no) con base en la probabilidad.

dificultad existe se entienda la pérdida de oportunidad como un problema de causalidad probabilística (e indemnización de daño final con base en la probabilidad de que no hubiera acaecido) o como de lesión de la propia oportunidad (entendida como bien jurídico autónomo). Y es que, como ya se ha adelantado, también en este último caso la oportunidad se debería valorar en atención a la probabilidad de evitación del daño final. Parece entonces que habrían de manejarse estimaciones sobre cuántos pacientes se someten a un determinado tratamiento cuando han sido correctamente informados de reacciones adversas o secuelas, etc., o, al menos, de cuán probable se considera en el concreto paciente. Pero nada de ello se apunta en las dos sentencias mencionadas. En la STS (1ª) de 30 de junio de 2009 se sienta la cantidad de 20 millones de pesetas (duplicando la cifra establecida en primera instancia) *a la vista de los muchos padecimientos de la demandante subsiguientes a la intervención quirúrgica*. Y en la STS (1ª) de 16 de enero de 2012, pese a todas las consideraciones sobre *imputación probabilística*, no queda claro por qué se cuantifica la indemnización en un *50% de lo que hubiera correspondido por una mala praxis médica*. Se alude a *una previa ponderación de aquellas circunstancias más relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, que en el caso se concretan en una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente entre paciente- médico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron de la misma*. ¿Se está diciendo que había una probabilidad del 50% de que se hubiera rechazado la intervención?

4.5. *Indemnización por lesión de la autonomía decisoria del paciente. La pérdida de oportunidad impropia*

En buena parte de los planteamientos anteriores se *discutía* sobre la indemnización del daño final (no lo sería en el de la pérdida de oportunidad si lo lesionado es la propia oportunidad). Cabe, sin embargo, conectar la infracción del deber de informar con un daño específico, la lesión de *la autonomía decisoria del paciente*. Es claro que semejante perspectiva (como el de la lesión de la oportunidad) permite obviar las cuestiones de causalidad/imputación del daño que se han ido planteando hasta ahora. Habitual objeto de referencia en este sentido suele ser la STS (3ª, Sección 6ª) de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258). Un paciente sometido a una intervención quirúrgica para corregir una coartación aórtica resultó con secuelas permanentes de hemiplejia en extremidades inferiores. Desestimada su pretensión indemnizatoria en el Tribunal Superior de Justicia -que consideró que cualquier persona en tal situación se habría arriesgado a la intervención ante un porcentaje tan mínimo de riesgo- y planteado recurso de casación, el Tribunal Supremo estima el recurso con base en la ausencia de información y consentimiento informado. Sentando que la falta de información *no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido* y que *los daños corporales derivados de la operación ...no son indemnizables*, se señala que *sin embargo..al omitir el consentimiento informado, se privó..de la posibilidad de ponderar la*

*conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener del debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención....Esta situación no puede ser irrelevante desde **el punto de vista del principio de autonomía personal**..que exige que la persona tenga conciencia..de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud .Esta situación de inconsciencia...supone por sí misma **un daño moral** grave, distinto y ajeno al daño corporal.*

La Sala de lo Civil vino a recoger semejante planteamiento en la Sentencia de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6065). Una paciente operada para erradicar bocio nodular sufrió como secuela parálisis recurrente derecha, dolencia de la que mejoró aunque no totalmente tras otra operación realizada en el extranjero. Planteada demanda contra el cirujano, la sociedad titular de la clínica y la aseguradora, y habiendo revocado la Audiencia la sentencia condenatoria del juzgado considerando, entre otras cosas, que no había alternativa a la operación y que la información no habría incidido en el *nexo causal de los acontecimientos*, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación. La estimación se realiza considerando que, al infringirse la obligación de información, se produce **la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora previa al consentimiento y derivados (derecho a nuevas consultas, derecho a elegir, derecho a demorarse en la práctica de la intervención, etc.)**.

Después, en la STS (1ª) de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\2399) se continúa en una línea similar¹¹. Diagnosticado a un menor una tumoración en una pierna, y ante la alta probabilidad de que se malignizara, se aconsejó su extirpación. Meses después de la intervención se presentaron alteraciones severas en nervio ciático y, tras practicarse una segunda operación, quedaron importantes secuelas. Planteada reclamación, en primera y segunda instancia la pretensión resultó desestimada por falta de causalidad pues se consideró que, de haberse prestado consentimiento informado, el daño se hubiera producido igualmente ya que la intervención era obligada y fue correctamente realizada. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación considerando que se ha incumplido la obligación de informar y vulnerado el derecho a prestar un consentimiento informado (se habla de un **derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona.**), y fija una indemnización de cinco millones de pesetas. Tal indemnización se dice *derivada de la pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño en función de las secuelas que le quedaron al paciente*.

¹¹ Es recomendable la lectura del comentario a esta decisión de RIBOT IGUALADA, J., en CCJC, 74, 2007, págs. 773 ss.

Repárese que en la anterior sentencia se habla de *pérdida de oportunidad*. No se trata, sin embargo, de la pérdida de oportunidad en sentido propio, esto es, como medio de gestionar la incertidumbre causal (pérdida de oportunidad de evitar un resultado dañoso de incierta producción en caso de que se hubiera actuado según lo debido). Se trata de la *pérdida de oportunidad de decidir*.

Por lo demás, el enfoque de la cuestión como lesión a la autonomía del paciente, se ha asentado en la jurisdicción contencioso-administrativa; entre otras: SSTS 9 de noviembre de 2005 –Sección 6ª– (RJ 2005\7531), 30 de septiembre de 2009 –Sección 4ª– (RJ 2009\5481), 2 de abril de 2012 –Sección 4ª–, RJ 2012\5672, 4 de diciembre de 2012 –Sección 4ª– (RJ 2013\1508), 4 de junio de 2013 –Sección 4ª– (RJ 2013\4305). Enfoque que plantea interrogantes respecto a la valoración del daño, su propia *autonomía* indemnizatoria y la posibilidad de indemnizar a terceros:

1.- ¿Cómo ha de valorarse la autonomía decisoria? ¿Debe realizarse una valoración distinta según los casos? En estos supuestos podría pensarse que no debe ser relevante el daño final¹². Pero el mismo a menudo termina apareciendo de alguna manera. La pionera STS (3ª, Sección 6ª) 4 abril 2000 (RJ 2000\3258) reconocía inspirarse en los baremos de la LRCSVM; como también lo hace, por ejemplo, la STS (3ª, Sección 6ª) de 9 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7531). En la STS (3ª, Sección 4ª) de 30 de octubre de 2009 (RJ 2009\5481) se confirma el criterio de la instancia *establecido a la vista de edad del paciente..., praxis judicial habitual, entidad del daño y situación de padecimiento anterior de la víctima y demás circunstancias concurrentes*. En otros casos se alude a que se indemniza como en supuestos similares (SSTS, 3ª, Sección 4ª, de 3 de abril de 2012 –RJ 2012\5672– y 4 de diciembre de 2012 –RJ 2013\1508) o a la equidad y ponderación (STS, 3ª, Sección 4ª, de 4 de junio de 2013 –RJ 2013\4305).

2.- ¿Debe indemnizarse el daño por lesión del derecho a la autonomía del paciente en los casos en los que no se produzca un resultado lesivo causado por la actuación médica? La respuesta negativa se consigna ya casi como una cláusula de estilo en muchas decisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹³ y ello se reflejaba también en la STS (1ª) 10 mayo 2006 (RJ 2006, 2399). Sin embargo, no se puede obviar que, aunque el resultado sea positivo y el paciente no tenga que confrontarse con la

¹² Sin embargo RIBOT IGUALADA, J., "Comentario a la STS de 10 de mayo de 2006", cit., pág. 796 y "La responsabilidad", cit., pág. 80, considera que el importe de la indemnización deberá establecerse en función de la gravedad de las consecuencias que el paciente tenga que sobrellevar y de las que no fue consciente al aceptar someterse a la intervención o tratamiento.

¹³ Por ejemplo, SSTS (Sección 6ª) 26 febrero 2004 (RJ 2004\ 3889), 14 diciembre 2005 (RJ 2006\ 4182) y 10-10-2007 (RJ 2007\7321), y (Sección 4ª) 30-9-2009 (RJ 2009\5481). En la STS (3ª, Sección 6ª) 4-12-2009 (RJ 2009\8152) se califica la cuestión como dudosa, pero la apreciación es *obiter dictum*.

angustia de un desenlace negativo para el que no había podido prepararse, se ha producido una efectiva la lesión de su autonomía¹⁴.

3.- ¿Cómo se ha de abordar la pretensión resarcitoria del cónyuge y/o hijos en los supuestos de fallecimiento de un paciente no informado o no informado correctamente? Dado que el daño se refiere a la lesión del derecho a la autonomía, tales personas no podrían pretender verse indemnizados por la muerte del titular del derecho –recuérdese siempre que hablamos de casos de correcta praxis médica-. Resulta difícil configurar un daño propio de los reclamantes (de extravagante y *traído por los pelos* habría de calificarse un pretendido daño moral por la lesión del derecho a la autonomía del paciente). Y por lo que hace a la adquisición sucesoria por parte de los herederos de un derecho de crédito a la indemnización, ello sólo sería posible si el crédito hubiera nacido ya *en cabeza del fallecido*. Y no puede dejar de verse un serio inconveniente para ello el que se requiera para que surja la obligación indemnizatoria que junto con la falta de información se produzca un resultado lesivo final. Si el resultado final es la muerte, en la intervención consentida pero no *informadamente* no se produce en vida el supuesto de hecho del nacimiento el derecho de crédito y nada se podría heredar. Nada de esto resulta, sin embargo, óbice para que en el caso resuelto por la STS (3ª, Sección 4ª) 4 de junio de 2013 (RJ 2013\4305) se indemnice a la esposa e hijos del fallecido.

5. A modo de resumen

Parece que en nuestra jurisprudencia se han descartado ya varias de las aproximaciones examinadas: rechazar la indemnización con el argumento de que en todo caso habría acaecido el daño final; atribuir responsabilidad por el daño final sea con base en el criterio (de imputación objetiva de daño) de la asunción de riesgo, o sea por considerar que, de haberse informado, el daño no se habría producido.

En la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha asentado la consideración de que se indemniza un daño específico (la lesión al derecho de libre determinación del paciente). En la Sala Primera, sin embargo, aunque en algunas decisiones se haya acogido semejante perspectiva, parece haberse optado por la perspectiva de la pérdida de oportunidad, seguramente considerando la oportunidad como el interés lesionado.

¹⁴ Contrario a la reparación en tales casos es RIBOT IGUALADA, J., "La responsabilidad", cit, pg. 57 con el argumento de que no se da el caso de que el paciente, sin la preparación necesaria para asumirlas, padezca secuelas que deba sobrellevar, y de que quien acepta someterse a un procedimiento terapéutico se está representando un resultado que es el que se logra: *No se puede afirmar que la conducta negligente del demandado haya colocado al actor en una situación distinta y peor a aquella a aquella a que aspiraba cuando accedió a seguir el tratamiento o someterse a la intervención*. Igualmente rechaza la reparación GARCÍA RUBIO, Mª P., "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", *Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. I, La Ley, Madrid, 2006, pg. 826.

La indemnización de la lesión al derecho a la libre determinación del paciente obvia el obstáculo de la relación entre la infracción del deber de información y el daño final, pero plantea singulares problemas, especialmente la cuantificación del daño y la indemnización a otros sujetos distintos del paciente en caso de muerte de este.

La pérdida de oportunidad, por su parte, debería llevar, de cara al cálculo de la indemnización, a una explicitación probabilística cuya justificación parece especialmente compleja en este grupo de casos.