

# **Derecho sanitario en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo**

**Juan Antonio Xiol Ríos**  
**Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo**

Madrid. Octubre de 2012

# Contenido

<b>1. Los criterios de imputación .....</b>	<b>1</b>
1.1 <i>La doctrina sobre el daño desproporcionado .....</i>	<i>1</i>
1.2 <i>La recuperación del principio de responsabilidad subjetiva .....</i>	<i>4</i>
1.3 <i>La distinción entre medicina necesaria y medicina voluntaria o satisfactiva .....</i>	<i>6</i>
1.4 <i>La lex artis ad hoc y el deber de diligencia .....</i>	<i>8</i>
1.5 <i>La doctrina de la imputación objetiva .....</i>	<i>8</i>
1.6 <i>La doctrina de la probabilidad cualificada como determinante de la existencia de nexo de causalidad .....</i>	<i>9</i>
1.7 <i>Los riesgos del progreso como criterio de exclusión de la imputación objetiva .....</i>	<i>9</i>
1.8 <i>La aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios y la responsabilidad del establecimiento .....</i>	<i>10</i>
<b>2. La responsabilidad de las aseguradoras de asistencia médica .....</b>	<b>11</b>
<b>3. La responsabilidad del establecimiento sanitario por razón de dependencia .....</b>	<b>13</b>
<b>4. La valoración de la prueba pericial médica .....</b>	<b>13</b>
<b>5. Problemas competenciales .....</b>	<b>14</b>
<b>6. La valoración del daño .....</b>	<b>14</b>
<b>7. El deber de obtener el consentimiento informado .....</b>	<b>16</b>
7.1 <i>El deber de obtener consentimiento informado .....</i>	<i>16</i>
7.2 <i>Responsabilidad por la falta de consentimiento informado .....</i>	<i>19</i>





# Derecho sanitario en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

## 1. Los criterios de imputación

### 1.1 La doctrina sobre el daño desproporcionado

En la década de 1990 se inicia en la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo una línea favorable a la objetivación de la responsabilidad en materia sanitaria. La doctrina más característica en ese sentido considera que la producción de un daño proporcionado demuestra por sí misma la existencia de culpabilidad del médico o profesional sanitario, salvo que por este se pruebe lo contrario.

La STS núm. de 31 ene. 2003, rec. 1897/1997, ante una lesión en los esfínteres sin que se probase la culpabilidad del médico, declara lo siguiente:

**«La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816), 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9427), 29 de junio de 1999 (RJ 1999\4895), 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8173) y 30 de enero de 2003 (RJ 2003\931), que dice esta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla "res ipsa liquitur" (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla "Anscheinsbeweis" (aparición de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la "faute virtuelle" (culpa virtual), que significa**

**que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.»**

Esta doctrina suele aplicarse al caso de intervenciones quirúrgicas o diagnósticas. Sin embargo, la STS de 23 de junio de 2005 aplicó esta doctrina a un supuesto de infección hospitalaria.

A partir del año 2005 se advierte una moderación en la doctrina del daño desproporcionado, que se inicia en la STS de 26 de mayo de 2005, rec. número 3971/1998. En éste se fija el requisito, para la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, de que éste debe producirse en la órbita de actuación del profesional sanitario responsable. La STS de 24 de noviembre de 2005 insiste en la misma línea jurisprudencial.

Según la línea jurisprudencial que fijó esta doctrina, la doctrina del daño desproporcionado comporta una inversión de la carga de la prueba. La jurisprudencia más reciente, sin embargo, declara la necesidad de que el demandante pruebe la negligencia imputable al facultativo, prescindiendo de la objetivación de la culpa a que puede conducir la inversión de la carga de la prueba cuando se aprecia un daño desproporcionado.

Así, la STS de 29 marzo de 2005, rec. 4112/1998 aprecia culpa del pediatra que, ante la extrema gravedad del niño por insuficiencia respiratoria, ordena su ingreso en planta y no en la unidad de cuidados intensivos, pero absuelve al especialista en reanimación que se limitó a tratar al enfermo cuando fue requerido, sin que conste que hubiera aplicado técnicas inapropiadas a la situación.

Con ello la doctrina del daño desproporcionado no desaparece, sino que adquiere una nueva perspectiva cuando se la considera en relación con el principio de facilidad probatoria. La jurisprudencia, en efecto, continúa admitiendo que, en virtud del principio de facilidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño.

Según la STS 19 de julio de 2007, rec. 2853/2000:

«[...] La sentencia recurrida ha determinado que estamos ante uno de los supuestos de responsabilidad médica en que **procede aplicar la excepción**

de que la carga de la prueba corresponde al paciente, en consecuencia de la radical equivocación entre el diagnóstico radical informado y el resultado final, y con seguimiento de la doctrina jurisprudencial referente a que, en las coyunturas donde por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente o es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, posición recogida, entre otras, en las SSTS de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996. 21 de julio de 1997 y 22 de mayo de 1998».

La STS de 23 de mayo de 2007, rec. uno de 40/2000, declara lo siguiente:

«[...] se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación».

La STS de 27 de diciembre de 2011, RC n.º 2069/2008, declara lo siguiente:

«El daño desproporcionado no es un criterio de imputación. Es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia.».

## 1.2 La recuperación del principio de responsabilidad subjetiva

### A) Errores de diagnóstico

Ya entrado el siglo XXI, en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo se observa una tendencia a la recuperación del principio de responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia, tal como parece formulado el artículo 1902 CC, cifrando la negligencia apreciable en el acto médico en el incumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

Esta doctrina es especialmente relevante en materia de errores de diagnóstico.

La STS de 24 de marzo de 2005, rec. 4088/1998, rechaza la existencia de un error de diagnóstico en el examen de un paciente respecto del cual se omitieron pruebas porque no presentaba un cuadro que aconseja la práctica de otras comprobaciones:

**«[...] cuando doña F. fue examinada en el servicio de urgencias del Hospital Universitario de Valladolid no presentaba un cuadro alarmante de cefaleas que aconsejara la realización de otras comprobaciones distintas a las que le fueron practicadas [...] aun en el caso de que la omisión de la realización de una Tomografía Axial Computerizada constituyera un actuar negligente, no es posible afirmar categóricamente que su práctica hubiera evitado la muerte de la paciente, pues no se hubiera podido realizar la intervención quirúrgica referida por la parte demandante».**

La STS de 24 de noviembre 2005 rechaza la existencia de un error de diagnóstico de acuerdo con los siguientes razonamientos:

**«[...] ha de partirse de sí el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitirlo; razón por la cual, realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles».**

La STS de 30 de marzo de 2012, RC n.º 1050/2009, aplica esta doctrina:



«Los hechos que se describen ponen en evidencia la existencia de un error de diagnóstico inicial que no queda enervado por la ausencia de síntomas claros del daño. **Si los síntomas peritonitis resultaban enmascarados con otros característicos de distinta dolencia, como las derivadas de un proceso ginecológico complicado, ello no impide calificar este error de diagnóstico de disculpable o de apreciación cuando las comprobaciones realizadas nunca descartaron la presencia de una apendicitis y, aun cuando sugerían otras dolencias de naturaleza distinta, tampoco se determinaron sin género de duda razonable».**

## **B) Actos terapéuticos**

En relación con la actividad terapéutica se aplica el mismo principio, destacando la carga de la prueba que recae sobre el demandante acerca de la prueba de la infracción de la *lex artis ad hoc*.

La STS de 19 de julio de 2005 absuelve al profesional médico de toda responsabilidad por las secuelas derivadas de lesiones del feto fundándose en la falta de prueba de su imputación a la asistencia médica recibida por la madre durante el embarazo.

El principio de responsabilidad subjetiva por negligencia aparece especialmente destacado en la STS 24 de noviembre de 2005:

«Con reiteración, este Tribunal, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios. De esa forma, a partir del daño que fundamenta la responsabilidad, el criterio de imputación en virtud del artículo 1.902 CC, se basa, como no podía ser de otra forma, en el reproche culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo - *lex artis ad hoc*- [...]»

### **C) Omisión de precauciones en la administración de medicamentos**

La STS de 8 de febrero de 2006 declara que:

«[...] **contraria a la diligencia propia del acto médico es conocer los efectos negativos para la salud de la paciente vinculados al tratamiento aplicado y no adoptar las medidas oportunas** (control analítico que hubiera podido corregir la excesiva pérdida de sodio e ingreso hospitalario en su caso), siendo así que, **como profesional de la medicina, conoce a la enferma y la enfermedad, y sabe las indicaciones contenidas en la ficha técnica del medicamento, y los males que podía generar en el curso de su evolución, derivados de un posible desequilibrio del balance electrolítico en sangre**».

### **D) Productos defectuosos**

Esta responsabilidad es independiente de la que puede corresponder por razón de la fabricación de un producto defectuoso al laboratorio fabricante del medicamento por un defecto de información en el prospecto, indicando, entre otros extremos, los efectos adversos (STS de 6 de junio de 2012, RC n.º 1111/2009).

La responsabilidad objetiva por productos defectuosos puede referirse también a las prótesis. La STS de 9 de diciembre de 2010, RC n.º 1433/2006, en relación con la implantación de prótesis mamarias, declara que son defectuosos los productos que no responden a la seguridad que cabe legítimamente esperar de su uso por falta de comprobación en el momento de la puesta en circulación de la falta de toxicidad o peligrosidad, cuando esta aparece como razonablemente posible.

### **1.3 La distinción entre medicina necesaria y medicina voluntaria o satisfactiva**

La jurisprudencia reciente mantiene la distinción entre medicina satisfactiva y medicina necesaria, especialmente, como veremos, al objeto de exigir en la primera un mayor rigor en el deber de información a paciente. Se rechaza, sin embargo, como característica general de la

medicina satisfactiva, frente a la medicina necesaria, la garantía de la obtención del resultado:

La STS de 21 de octubre de 2005 declara lo siguiente:

«En cuanto a tal aspecto del "thema decidendi" **hay que descartar, en primer lugar, que haya existido un "aseguramiento del resultado" por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética.»**

Esta jurisprudencia es confirmada por la STS de 22 de noviembre 2007, rec. 4358/2000, la cual declara lo siguiente:

«**Los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida** (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 y 23 de mayo de 2007)».

La STS de 20 de noviembre de 2009, RC n.º 1945/2005, el supuesto de fracaso de un tratamiento de infertilidad, aborda la cuestión relativa al aseguramiento del resultado en la medicina satisfactiva:

«Lo que pretende la recurrente es incardinar el tratamiento de infertilidad llevado a cabo en un supuesto de medicina satisfactiva, con obligación de resultados, y a partir de ello obtener las conclusiones favorables a su interés, incluso alterando las conclusiones probatorias de la sentencia, lo que no es posible. **Es cierto que, en principio y sin perjuicio de las características de cada caso, la persona que se somete a una determinada intervención o manipulación médica, sea de la naturaleza que sea, lo hace impulsada por un estado patológico que pretende corregir en cuyo tratamiento puede verse afectada la salud, pero sin que el resultado sea una consecuencia necesaria del mismo. La realidad social y médica de la ginecología y de la medicina, en general, imponen soluciones distintas de tal forma que con independencia de que pueda existir una clara actividad médica tendente a subsanar unas patologías concretas, de evidente carácter curativo -azoospermia y déficit de maduración ovular-, ambas generadoras de incapacidad de reproducción, la distinción entre obligación de medios y de resultados ("discutida obligación de medios y resultados", dice la STS 29 de junio 2007), no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a**

la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico, en la que se incluye el desarrollo de capacidades como la de tener un hijo, previniendo y solucionando problemas de salud reproductiva. La Organización Mundial de la Salud definió la esterilidad involuntaria como una enfermedad crónica, que configura el derecho fundamental de hombres y mujeres de estar informados y tener acceso a métodos de regulación de la fertilidad con arreglo a los medios disponibles actualmente en Medicina Reproductiva, que permitan a la mujer llevar a término su embarazo y dar a luz de forma segura».

#### **1.4 La *lex artis ad hoc* y el deber de diligencia**

La STS de 23 de mayo de 2006, rec. 2761/1999, en un caso de injerto en la vértebra de un tamaño inferior al debido, considera que la *lex artis ad hoc* comporta no sólo el cumplimiento formal de las técnicas sino la aplicación de las mismas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención.

#### **1.5 La doctrina de la imputación objetiva**

La STS de 14 de febrero de 2006 aplica el principio de imputación objetiva a la responsabilidad del profesional médico en un caso de salpingectomía por error de diagnóstico declarando que :

«[...] la imputación objetiva al recurrente [...] de las consecuencias de la extirpación total de la trompa izquierda practicada por otro médico que realizó una valoración laparoscópica inexacta apoyándose en la ecografía que constaba en el historial clínico de la paciente [...] significa, sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos que condujo al resultado, un regreso a conductas anteriores de otros sujetos, en este caso el médico recurrente que practicó el legrado, en el momento de cuya realización, sin intervención en el curso posterior de la paciente, no podía preverse racionalmente el resultado final producido, relacionado directamente con un error en el diagnóstico posterior y, por ello, anudado causalmente y de manera más inmediata a la negligencia posterior de otro facultativo.»

»Este retroceso no es admisible en la labor de integración del nexo causal desde el punto de vista jurídico, que debe realizarse manteniendo un grado de proximidad razonable, aceptable en términos de Derecho, y adecuado a las reglas de experiencia sobre la posibilidad de previsión de las consecuencias[...]»"

Se refieren también a la eliminación (en la aplicación del principio de imputación objetiva) de conductas lejanas al nexo causal, apreciadas fundando el reproche exclusivamente en la evolución posterior, las SSTS de 15 de febrero de 2006 y 7 de mayo de 2007, rec. 1871/2000.

### **1.6 La doctrina de la probabilidad cualificada como determinante de la existencia de nexo de causalidad**

La STS de 12 de septiembre de 2007, rec. 3360/2000, confirma un supuesto en que la sentencia de apelación «no establece esta relación causal a través de simples conjeturas, sino a partir de un juicio de probabilidad basado en un hecho objetivo como es la omisión por parte del centro hospitalario de los medios que debieron ponerse al alcance del enfermo».

La STS de 4 de diciembre de 2007, rec. 4051/2000, en un caso de contagio posttransfusional de hepatitis C, declara que «[...] el tribunal de apelación aporta argumentos aptos para considerar que existe un grado de probabilidad cualificada suficiente para establecer el nexo de causalidad con arreglo al canon que en casos similares ha sido adoptado por la jurisprudencia de esta Sala».

En el mismo sentido, STS de 13 de julio de 2010, RC n.º 1523/2006.

### **1.7 Los riesgos del progreso como criterio de exclusión de la imputación objetiva**

La STS de 5 de diciembre de 2007, rec. 3823/2000, declara que el criterio de imputación objetiva, exigido hoy, en el ámbito de responsabilidad de la Administración, por la LRJyPAC, «no concurre en aquellos casos en que el paciente debe soportar los llamados riesgos del progreso, cuando los daños se deriven de "hechos o circunstancias que

no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos"» y esto se traduce en que la exención de responsabilidad «comprende los casos en los que el contagio por transfusión se produjo con anterioridad a la disponibilidad de los reactivos para la práctica de las pruebas del SIDA».

## **1.8 La aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios y la responsabilidad del establecimiento**

### **A) Actos médicos**

La jurisprudencia inicia en la década de 1990 una tendencia a aplicar en materia de responsabilidad sanitaria la responsabilidad objetiva configurada en la LCU en relación con la prestación de servicios a los consumidores. La STS núm. de 31 ene. 2003, rec. 1897/1997, aplica esta Ley, en relación con la intervención quirúrgica que genera una lesión del esfínter determinante de incontinencia anal.

Sin embargo, a partir de la STS de 22 de mayo de 2007, rec. 2372/2000, el TS advierte que, según la jurisprudencia más reciente, la aplicación de los preceptos de la LCU en relación con el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios sólo puede proyectarse sobre aspectos funcionales del servicio y no alcanzar a los daños imputables directamente los actos. En idéntico sentido, las SSTs de 7 de mayo de 2007, rec. 1871/2000, 19 de octubre de 2007, rec. 3107/2000, 5 de diciembre 2007, rec. 4252/2000, 15 de septiembre de 2010, RC n.º 2224/2006, 18 de mayo de 2012, RC n.º 2002/2009.

### **B) Defecto en el servicio**

En aquellos casos en los que se aprecia un defecto en el servicio, la Sala Primera del TS considera procedente la exigencia de responsabilidad.

Así, la STS de 29 marzo de 2005, rec. 4112/1998, ante el fallecimiento de un niño que no pudo ser reanimado, aprecia culpa del pediatra junto con la responsabilidad del centro hospitalario que carecía de una UCI operativa, pues no lo exonera el hecho de que la regulación

administrativa no exigiese dicha unidad, ya que no es lo mismo aparecer ante los usuarios como carente de ella, que figurar como dotado de la misma y de hecho no tenerla operativa.

La STS de 24 de mayo de 2012, RC n.º 2128/2009 aprecia la responsabilidad del establecimiento sanitario por defecto de organización en un caso de daños al recién nacido por sufrimiento fetal, como consecuencia de la implantación de un sistema de guardia que interfirió en el acto médico con otro que interrumpió aquel y posibilitó el resultado.

En el caso del contagio por transfusión sanguínea o de infecciones nosocomiales esta doctrina se aplica con especial rigor. La STS de 4 de diciembre de 2007, rec. 4051/2000, declara que es indiferente, en un contagio por transfusión, que la práctica de los controles omitidos corresponda o no al centro médico, dado el carácter objetivo de la responsabilidad.

### **C) Responsabilidad por incumplimiento de los deberes de organización**

La STS de 22 de mayo de 2007, rec. 2306/2000, precia supuesto de responsabilidad por incumplimiento de los deberes de organización en un caso de utilización de un encendedor por un paciente que se le fue facilitado por otro paciente y género en efecto dañoso ante la falta de vigilancia y de atención.

## **2. La responsabilidad de las aseguradoras de asistencia médica**

La STS de 4 de diciembre de 2007, rec. 4051/2000, contiene un largo fundamento jurídico en donde se desarrolla el fundamento de la responsabilidad de la entidad aseguradora por asistencia médica. Como criterios que deben tenerse en cuenta para la determinación de si existe o responsabilidad fija los siguientes:

(a) La responsabilidad por hecho de otro, fundado en una relación de dependencia siempre que pueda hablarse de una elección directa del

médico por la aseguradora o se trate de un centro concertado por la aseguradora.

(b) La asunción de responsabilidad contractual por la entidad aseguradora de la asistencia médica cuando garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica. Esta no puede inferirse de la mera existencia del aseguramiento, sino de la interpretación de la póliza del seguro, teniendo en cuenta que el empleo de un auxiliar en el cumplimiento no altera el ámbito de la responsabilidad contractual.

(c) Por el principio de apariencia, derivado de la forma de actuación de los facultativos o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores.

(d) La simple inclusión de un médico en el cuadro sanitario de una compañía no es suficiente, sino que es necesario el examen de las circunstancias de cada caso concreto es ineludible para concretar si la inclusión en el cuadro médico comporta el establecimiento de una relación de dependencia o auxilio contractual con la aseguradora.

(e) La responsabilidad impuesta por la LCU a quienes suministran o facilitan servicios a los consumidores o usuarios cuando no se acredite que han cumplido las exigencias reglamentarias y los cuidados exigidos por la naturaleza del servicio, dada su específica naturaleza, no afecta a los actos médicos propiamente dichos.

Estos casos, la STS de 17 de julio de 2012, RC n.º 479/2010, distingue los plazos de prescripción, según que la acción se dirija contra el médico a auxiliar o contra la entidad aseguradora:

**«[...] se produjo un concurso de acciones: por responsabilidad en el cumplimiento del contrato concluido con la aseguradora y extracontractual respecto a los profesionales con quienes la recurrente no contrató. La primera prescribe a los 5 años, conforme al artículo 23 de la LCS, en cuanto resulta del contrato de seguro, norma especial de aplicación, según el artículo 1969 CC, a cuyo tenor "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse". La segunda, prescribe al año, como todas las obligaciones que se fundamenta en la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 de Código Civil.»**



### **3. La responsabilidad del establecimiento sanitario por razón de dependencia**

En relación con los establecimientos sanitarios, la jurisprudencia, valorando según las circunstancias la existencia de una relación de dependencia, aplica el criterio de responsabilidad por hecho de otro establecido en el artículo 1903 CC, si bien lo matiza afirmando que se trata de una responsabilidad directa por culpa *in vigilando* o *in eligendo* (STS de 6 de octubre de 2005 y 20 de diciembre 2006, rec. 162/2000).

El establecimiento sanitario, sin embargo, como hemos visto con anterioridad, responde objetivamente de la adecuada prestación de los servicios sanitarios ajenos al acto médico en sentido estricto, en virtud de la responsabilidad objetiva consagrada en la LCU y en la Ley sobre productos defectuosos.

### **4. La valoración de la prueba pericial médica**

La STS de 23 de mayo de 2006, rec. 2761 1999, declara que:

«[...] si el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios, como ocurre con los de carácter médico, para fijar los hechos y para extraer las debidas consecuencias jurídicas en relación con la posible existencia de responsabilidad, la prueba pericial debe cumplir la función de proporcionárselos, puesto que la función del perito es la de auxiliar al juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial [...].

La sentencia funda esta apreciación, entre otras circunstancias, en

»[...] las posibles discrepancias hermenéuticas provenientes no sólo del nivel relativo alcanzado por la ciencia, sino también del diverso grado de conocimiento que sobre ella tienen los distintos peritos y la posibilidad de que el dictamen se ajuste con mayor o menor rigor al método científico y formule conclusiones asequibles de ser apreciadas desde el punto de vista de su posible refutación o aceptación general y frecuencia estadística, junto con la necesidad de que el juez considere las aportaciones de los expertos en su conexión global con la realidad social [...].»

## **5. Problemas competenciales**

La STS de 30 de mayo de 2007, rec. 2049/2000, declara lo siguiente sobre la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción directa contra la aseguradora de la Administración, cuando no se demanda conjuntamente a esta:

«[...] La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 19/2003, también posterior a los hechos enjuiciados, reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo "cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva" [...] pero este precepto ha sido interpretado por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y 28 de junio de 2004 [...] en el sentido de que [...] se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella "junto a la Administración respectiva", lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros».

La STS mantiene la competencia del orden jurisdiccional civil para el enjuiciamiento de la responsabilidad sanitaria de la Administración, incluso cuando se reclame conjuntamente contra un particular, siempre que se trate de demandas interpuestas antes de la modificación legislativa llevada a cabo en 1998.

## **6. La valoración del daño**

### **A) Criterios generales**

La sentencia de 21 de diciembre de 2005, en un caso en que se deriva los padres de optar por la interrupción voluntaria del embarazo por omisión de información sobre diagnóstico prenatal, distingue entre los daños morales y patrimoniales y mantiene el principio de valoración discrecional por el juzgador respecto de los daños no patrimoniales.

### **B) Deber de motivación**

Según la STS de 16 de mayo de 2007, rec. 1818/1997, casa una sentencia, devolviendo los autos a la Audiencia Provincial, por estimar

que «no se ha declarado probado, en ninguna de las sentencias de instancia, cuál es el daño, si hay secuelas y cuáles sean, como se manifiestan tras el parto y en qué sentido pueden evolucionar».

### **C) La aplicación orientativa el sistema de valoración de daños corporales derivados de accidentes de circulación**

La reciente jurisprudencia civil afecta la procedencia de la aplicación orientativa del sistema de valoración de los daños corporales derivados de accidentes de circulación para la determinación de la indemnización fijada para hacer efectiva la responsabilidad civil por daños corporales causada por hechos ajenos a la circulación, incluidos los supuestos de responsabilidad sanitaria. Se sigue, además, el criterio llamado de la autovinculación, en virtud del cual la incorrecta aplicación del sistema por un tribunal que dice sujetarse a él abre el paso al recurso de casación.

La STS de 17 de julio de 2007, rec. 877/2007, en un supuesto de fallecimiento que da lugar responsabilidad sanitaria, acepta el criterio de la Audiencia Provincial que «tiene en cuenta, como uno más de los posibles criterios, la valoración que fija el baremo de la Ley 30/1995 (11.000.000 de pesetas), si bien actualizada a la de la conciliación judicial, toda vez que se trata de una deuda de valor.»

La STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 3653/2000, aplica esta misma doctrina en un caso de responsabilidad civil como consecuencia de secuelas derivadas de una operación de cirugía estética. El mismo sentido, STS de 30 de noviembre de 2011, RC n.º 2155/2008.

## **7. El deber de obtener el consentimiento informado**

### **7.1 El deber de obtener consentimiento informado**

#### **A) En general**

La sentencia de 19 de junio de 2007, rec. 2047/2000, declara (i) «que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario; (ii) la «especial intensidad de ese deber en los casos de medicina no estrictamente necesaria», y (iii) «que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega».

La STS de 21 de diciembre 2006, rec. 19/2000, declara que «[...] en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información.»

#### **B) Medicina satisfactiva**

La jurisprudencia más reciente acentúa el deber de información cuando se trata de medicina satisfactiva:

La STS de 21 de octubre de 2005 declara lo siguiente:

**»El deber de información en la medicina satisfactiva -en el caso, cirugía estética-, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención [...] como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible -no debe**

**confundirse previsible con frecuente (S. 12 enero 2001)- no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queloide.»**

Esta doctrina es confirmada, entre otras, por la STS de 23 de mayo de 2007, rec. 1984/2000.

### **C) Omisión de información en el diagnóstico prenatal**

La STS de 21 de diciembre de 2005, en relación con la omisión de información a la madre sobre un dato perturbador que resultaba de las pruebas del examen prenatal, declara lo siguiente:

**«[...] al omitir esta información a los actores, se les privó de la posibilidad de ponderar la conveniencia de interrumpir el embarazo dentro de unos parámetros normales [...] (STS 6-VI-97). Esta circunstancia no puede ser irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, a quien se le ha privado de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada ante situación tan delicada y comprometida, como la acontecida.**

La STS de 6 de julio de 2007, rec. 3036/2000, contiene un pronunciamiento similar para un caso de omisión de la prueba del *triple screening* para la detección del síndrome de Down, argumenta que la falta de información sobre la realización de determinadas pruebas, en el que el daño viene representado por esta omisión informativa que constituye en sí misma un daño moral grave.

La STS de 31 de mayo de 2011, RC n.º 128/2008, aprecia responsabilidad respecto de una niña que nació sin el brazo derecho, sin que los padres fueran advertidos por errónea interpretación de las pruebas ecográficas.

### **D) No comprende en la medicina necesaria los riesgos atípicos**

Según la STS de 17 de abril de 2007, rec. 1773/2000, cuando se trata de actos médicos curativos, de acuerdo con la Ley 41/2002, «no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser

específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revisten una gravedad extraordinaria. El art. 10.1 de la Ley 41/2002 incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones».

La STS de 30 de abril de 2007, rec. 1018/2000, ratifica esta doctrina.

### **E) Forma escrita**

La STS de 22 de septiembre de 2010, RC n.º 1004/2006, declara que:

**«También es doctrina reiterada de esta Sala que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor "ad probationem" (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002; 29 de julio de 2008), garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que debe al menos "quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte", como exige en la actualidad la Ley de 24 de noviembre de 2002; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios».**

## 7.2 Responsabilidad por la falta de consentimiento informado

### A) Teoría de la falta de nexo de causalidad

La jurisprudencia acerca de la responsabilidad por falta de consentimiento informado ha evolucionado de forma notable en los últimos años.

Según una primera teoría, la obligación de indemnizar el daño a la salud producto de una intervención médica depende de la existencia de un nexo de causalidad exclusivamente entre la infracción de la *lex artis* en que haya incurrido el profesional médico y el resultado dañoso producido.

La STS núm. 985/1997 (Sala de lo Civil), de 10 noviembre (Ar. 1997\7868), recurso de casación núm. 2985/1993, declara haber lugar al recurso de casación y desestima la pretensión de responsabilidad extracontractual fundándose en estos razonamientos.

### B) Teoría del desplazamiento del riesgo

Según esta teoría, el incumplimiento de la *lex artis ad hoc* por parte del médico le obliga a arrostrar las consecuencias dañosas de la intervención realizada. El grado de probabilidad de conexión del obrar negligente del médico con el resultado dañoso producido debe tenerse en cuenta únicamente a los efectos de dar por probada o no la relación de causalidad. Una vez determinada ésta, el *quantum* indemnizatorio debe abarcar el ciento por ciento del daño producido, valorado con arreglo a las reglas generales, con independencia de otras circunstancias.

Esta teoría concluye que dicha omisión comporta el desplazamiento de los riesgos al médico responsable de la infracción de la *lex artis*.

La STS 26 de septiembre de 2000 (Sala Primera), número 849/2000, recurso de casación número 4448/1997, FJ 1, construye sus razonamientos partiendo de esta posición.

La STS núm. 865/2001 (Sala de lo Civil), de 27 septiembre (Ar. 2001\7130), recurso de casación núm. 1859/1996, declara, en similares términos, que la falta de nexo de causalidad en relación con la falta de consentimiento informado se cifra en el hecho de que no puede presumirse que la información hubiera evitado el daño a la salud ocurrido:

Esta podría parecer la teoría a la que se adscribe recientemente el TC. La STC 37/2011, de 28 de marzo, declara que la falta de información no supone vulneración del derecho a la libertad del artículo 17 CE, pues este precepto se refiere a la libertad física. Sin embargo, el TC entiende que la falta de información sobre riesgos y posibles consecuencias para la salud personal puede suponer una vulneración del derecho la integridad física y moral del artículo 15.1 CE, siempre que dicho riesgo origine un peligro grave y cierto para la salud. La mera falta de consentimiento informado, según el TC, no supone violación del derecho fundamental a la integridad física, sino que es preciso atender a las circunstancias.

Pues bien, en el caso examinado el TC considera que, al no prestar el paciente el consentimiento informado, se vulneró el derecho fundamental a la integridad física. La doctrina ha puesto de relieve que el TC no toma en consideración la ausencia de alternativas y el juicio de probabilidad de la decisión del paciente en caso de haber sido correctamente informado. En apariencia el TC estaría anudando a la mera falta de consentimiento informado las consecuencias relacionadas con la merma de la integridad física sufrida como consecuencia de la intervención, aunque esta haya sido practicada con arreglo a la *lex artis*.

Sin embargo, no creo que esta sea la calificación correcta en orden a la calificación del daño derivado de la falta de información o de consentimiento, pues el TC se mueve necesariamente en el plano de los derechos fundamentales, mientras que la calificación que deben hacer los tribunales ordinarios en materia de responsabilidad civil o patrimonial derivada de la falta de consentimiento informado, en orden a la fijación de la indemnización, debe atender a todos los aspectos relacionados con la calificación del daño en el ámbito de la legalidad ordinaria. El TC, en efecto declara que se ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad física del recurrente, pero ordena que se retrotraiga el procedimiento al momento inmediatamente anterior a



dictar la sentencia con el implícito encargo de que se fije la indemnización por el tribunal ordinario.

### **C) Teoría del daño moral**

La STS 4 de abril de 2000 (Sala Tercera), rec. núm. 8065/1995, FJ 5, considera la ausencia de consentimiento informado en los casos de intervenciones que supongan un riesgo grave para la salud como un daño moral grave por sí mismo, independientemente de que dicho riesgo se concrete o no, en cuanto dicha falta de consentimiento: coloca al paciente en una situación de inconsciencia frente a una situación de grave riesgo; le impide adoptar decisiones en relación con el tratamiento; y le impide adoptar medidas de prevención en el orden humano.

Tras esta sentencia, la Sala Primera dictó algunas resoluciones que continuaban abroqueladas en la doctrina del desplazamiento del riesgo. Sin embargo, la importante STS núm. 828/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 8 septiembre, dio un giro fundamental a la jurisprudencia civil al admitir, como había hecho la Sala Tercera, que puede existir un daño resarcible con significación autónoma en la privación del derecho del paciente a obtener la información que le impida adoptar decisiones en relación con el tratamiento (nuevas consultas, elección de facultativo, demorar la práctica de la intervención, etc.).

GALÁN CORTÉS advierte que la única sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que ha mantenido esta posición es la ya citada de 4 de abril de 2000, por lo que, a su juicio, no constituye jurisprudencia, entendida como criterio constante y reiterado en la decisión de casos semejantes. Y efectivamente, se comprueba que cuando la Sala Primera inauguró la doctrina que había iniciado la Sala Tercera, esta, a partir de la sentencia de 26 de marzo de 2002 había vuelto sobre sus propios pasos hacia la doctrina anterior.

La STS de 4 de diciembre de 2009, RC n.º 3629/2005, parece admitir de nuevo la posibilidad de que la ausencia de consentimiento informado sea, según las circunstancias, por sí determinante de un daño moral por lesión de la autodeterminación del paciente:

«[...] Con independencia de que el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, es claro que en el caso de autos hay algo más que una mera trasgresión formal de ese derecho de autodeterminación, en cuanto que un debido cumplimiento del consentimiento informado permitiría al recurrente decidir libremente, valorando los pros y los contras de dos tratamientos posibles, cual era aquel que más le convenía.»

#### D) Teoría de la pérdida de oportunidades

Según esta teoría (*perte de chance*, es decir, pérdida de oportunidades o probabilidades), la falta de consentimiento informado simplemente disminuye las probabilidades de curación o supervivencia, esto es, comporta una pérdida de oportunidades para el paciente, que el tribunal debe ponderar en función de las circunstancias concurrentes, disminuyendo proporcionalmente el daño a la salud padecido.

#### E) Crítica

A la vista de este panorama doctrinal y jurisprudencial, debe llegarse a la conclusión de que plantear los efectos de la falta de consentimiento informado como una alternativa entre el daño moral abstracto y el daño a la salud, o preguntarse si, de manera absoluta, la falta de consentimiento informado genera daño moral, es probablemente una opción excesivamente simplificadora.

A mi juicio, la falta de consentimiento informado, como demuestran las sentencias a las que acabo de hacer referencia, puede comportar una responsabilidad cifrada en el resarcimiento del daño a la salud originado por la materialización del riesgo, bien sea con carácter total, bien sea moderado en función de las circunstancias, en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidades.

A su vez, no puede excluirse que en casos de intervenciones graves por su naturaleza, por sus secuelas o por sus riesgos, la omisión del consentimiento informado genere exclusivamente un daño de carácter moral resarcible con independencia del daño a la salud que pueda originarse, pues parece evidente que someter a un paciente a una intervención que comporta una afectación grave en su organismo o un

riesgo grave para su salud sin la debida información sobre la naturaleza y consecuencias de la intervención y sobre los riesgos personales, probables y típicos inherentes a la misma puede comportar una lesión del derecho de autodeterminación de aquel en cuanto se le priva, cuando menos:

- (a) de la posibilidad de ejercitar su derecho a rechazar el tratamiento;
- (b) de la posibilidad de adoptar decisiones de prevención en el orden humano para afrontar la nueva situación derivada de las secuelas necesarias de la intervención (por ejemplo, pérdida de capacidad sexual o de reproducción, limitaciones orgánicas o estéticas) o de la eventual pérdida de salud o fallecimiento inherente a los riesgos asumidos;
- (c) de la posibilidad, por necesaria que sea la intervención, de adoptar decisiones que no impliquen necesariamente sustraerse a ella u optar por un tratamiento alternativo, tales como efectuar nuevas consultas, optar por facultativos distintos, retrasar la intervención o someterse a ella en circunstancias distintas de las inicialmente previstas.

La STS de 16 de enero de 2012, RC n.º 2243/2008, intenta recientemente una sistematización de los criterios de identificación y cuantificación del daño corporal, moral y patrimonial que pueden resultar de la falta de consentimiento informado, admitiendo que la indemnización puede fijarse:

- (a) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado.
- (b) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad.
- (c) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada; posibilidades de fracaso).

