

INCERTIDUMBRE CAUSAL Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA POR INFRACCIÓN DEL DEBER
DE INFORMACIÓN: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE 8 DE ABRIL DE 2016

*CAUSAL UNCERTAINTY AND LOSS OF OPPORTUNITY IN CIVIL LIABILITY FOR
INFRINGING THE DUTY OF INFORMATION: COMMENT ON SENTENCE OF THE
SUPREME COURT, OF APRIL 8, 2016*

EVA MARÍA NAVARRO SIMÓN

Letrada de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia

navarro_evasim@gva.es

RESUMEN: En este artículo se analiza la responsabilidad civil médica en una intervención quirúrgica correctamente realizada, por falta de información al paciente de los riesgos que finalmente se materializan, aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad como un elemento delimitador del importe de la indemnización a conceder al perjudicado.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil médica; pérdida de oportunidad; falta de consentimiento informado; intervención quirúrgica conforme a lex artis.

ABSTRACT: This paper examines the medical civil liability in a correctly performed surgical procedure, for lack of information to the patient about the risks that finally materialized, applying the doctrine of loss of opportunity as a delimitary element of the amount of compensation to be granted to the injured party.

KEY WORDS: Medical liability; loss opportunity; lack of informed consent; surgical intervention according to lex artis.

FECHA DE ENTREGA: 10/10/2017/ FECHA DE ACEPTACIÓN: 12/12/2017.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. FALTA DE INFORMACIÓN Y AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.- III. INCERTIDUMBRE CAUSAL Y DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.- IV. CONCURRENCIA DE DAÑO MORAL Y DAÑO CORPORAL.- V. CÁLCULO DEL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN A CONCEDER AL PACIENTE PERJUDICADO.- VI. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

La razón de este trabajo es analizar la sentencia 227/2016 de 8 de abril de 2016 del Tribunal Supremo (ROJ STS 1427/2016) relativa a la responsabilidad civil médica como consecuencia de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*, pero sin la debida información previa de los riesgos que se podían derivar de la misma, consistiendo el daño en la lesión del derecho de autodeterminación del paciente, que no puede tomar una decisión libre e informada.

Actualmente el 70% de las reclamaciones por daños sanitarios se producen o bien por vicios y/o defectos en el denominado “consentimiento informado”, o bien por una ausencia total de información al paciente. El consentimiento informado, además de ser un derecho del paciente y una obligación del médico, ha supuesto un cambio en la manera de abordar las reclamaciones por negligencia médica ante los tribunales españoles.

Es este un supuesto de hecho muy familiar para la jurisprudencia española, ya que la responsabilidad civil sanitaria por ausencia o defecto de información por parte del médico es uno de los casos más habituales en las reclamaciones de indemnización en este ámbito.

La Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su artículo 2, párrafos segundo y tercero que “toda actuación en el ámbito sanitario requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”.

La historia de base de la STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016 puede resumirse de la siguiente manera: el demandante queda tetrapléjico al lanzarse al mar en 1990, sufriendo un grave traumatismo craneal. De dicha lesión era imposible mejorar, ni siquiera con rehabilitación, por lo que el actor sufriría de por vida

una incapacidad que le obligaría a vivir permanentemente en una silla de ruedas. Lo más probable es que paulatinamente y en unos plazos indeterminados fuera perdiendo capacidades motrices y sensitivas. El facultativo le realiza una intervención quirúrgica que hace que el paciente empeore en su tetraplejia, y no informó al paciente de la gravedad de esta intervención ni de sus riesgos, ni de las posibilidades alternativas. No dándose por tanto los requisitos mínimos del consentimiento informado.

La sentencia de primera instancia partiendo de la adecuada *praxis* de la intervención quirúrgica, hace descansar la responsabilidad civil del médico en la ausencia de información médica para conseguir del paciente el oportuno consentimiento. Y valora la agravación en función de la ausencia de información sobre los riesgos de la intervención, fijándola en 60.101,21 euros por aumentar el grado de invalidez y por el dolor sufrido.

Tal decisión fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dictó sentencia el 29 de mayo de 2014 (ROJ SAP B 5186/2014) desestimando el recurso y confirmando el importe de la indemnización concedida.

Dicha sentencia fue recurrida en casación por el demandante, dando lugar a la sentencia aquí estudiada, que desestima el recurso de casación y confirma la SAP, basándose en los argumentos que vamos a ir desgranando.

II. FALTA DE INFORMACIÓN Y AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Como nos recuerda XIOL RÍOS¹ “es preciso distinguir entre dos conceptos que están íntimamente relacionados pero son diferentes, por lo que un abordaje precipitado de la cuestión podría dar lugar a mezclarlos en una simplificación inadecuada. En primer lugar, encontramos la información, que se configura como un deber del médico a suministrarla y que tiene su contrapunto en el derecho del paciente a recibirla”.

“Y otro concepto distinto de la información es el del consentimiento, en virtud del cual el paciente acepta ser sometido a un concreto tratamiento o intervención. Se puede definir como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. El consentimiento, para ser libre, debe ser informado, o lo que es lo mismo, el sujeto que presta su consentimiento ha de saber con exactitud a qué está consintiendo”.

¹ XIOL RÍOS, J. A: “El consentimiento informado”, *REFC*, núm. 16, 2011, p. 131.

Se entiende pues por consentimiento informado la conformidad libre, voluntaria, consciente y expresa de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, previa obtención de la información adecuada con tiempo suficiente, claramente comprensible para él, ante una intervención quirúrgica, un procedimiento diagnóstico o terapéutico invasivo y en general siempre que se lleven a cabo procedimientos que conlleven riesgos relevantes para la salud. El consentimiento debe ser específico para cada intervención y deberá recabarse por el médico responsable de la misma. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

La información básica que debe proporcionarse gira en torno a cuatro puntos esenciales, según el artículo 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre: en primer lugar sobre las consecuencias relevantes que la intervención origina con seguridad; segundo, sobre los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, tercero hay que informar al paciente sobre los riesgos probables con condiciones normales conforme a la experiencia y estado de la ciencia directamente relacionados con la intervención, y por último, sobre las contraindicaciones.

El deber de información es un elemento integrante de la *lex artis* y está incluido en la obligación de medios asumida por el médico. La ausencia de consentimiento informado o los defectos en el mismo, implican por sí mismos una vulneración de la *lex artis* ya que con la defectuosa información se priva al paciente de la posibilidad de tomar libremente una decisión basada en su autonomía y su dignidad personal, permitiéndole optar por otras alternativas; y ello independientemente de que se trate de un centro sanitario público o privado, e independientemente de que los profesionales sanitarios, por tanto, desempeñen su actividad en el marco de una relación contractual con el paciente o al margen de ella.

El consentimiento informado es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencia, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y

en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto.

Respecto a la consideración del deber de informar como parte de la *lex artis*, señala GUERRERO ZAPLANA² que “hay que tomar en consideración al valorar esta cuestión que el concepto moderno del criterio de normalidad que representa la *lex artis* obliga a valorar dentro de dicho criterio de normalidad no solo lo relativo a la técnica médica sino también lo relativo a la exigencia de la información y del consentimiento previo del paciente; por lo tanto, información y *lex artis* son elementos que se encuentran cada vez más cercanos y que exigen una valoración conjunta”.

Así lo analiza la sentencia estudiada, en la que se afirma que “la responsabilidad del facultativo no nace del acto médico quirúrgico practicado, sino del hecho de no haber facilitado la adecuada información al paciente para que este pudiera valorar someterse o no a la intervención quirúrgica y hacerlo de forma consciente y libre. Es indudable que se le privó de la oportunidad de decidir, por la ausencia de información”.

Queremos matizar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige distintos grados o niveles de información según nos encontremos ante actos médicos de carácter curativo o ante actos de medicina satisfactiva (mejora estética), es decir, según se trate de medicina necesaria o voluntaria, exigiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria. La medicina satisfactiva exige extremar el deber de información.

Lo reafirma también en su obra GALÁN CORTÉS³ al señalar que “la observancia del deber de información es más rigurosa en la medicina optativa. Dado que se actúa sobre un cuerpo sano, la presunción sería que nadie consentiría empeorar su situación de salud a no ser que conste expresamente la asunción del riesgo por el paciente”.

III. INCERTIDUMBRE CAUSAL Y DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

En el ámbito de la responsabilidad civil médica la relación de causalidad entre la acción del tercero y el resultado dañoso es una cuestión de especial importancia, ya que en el transcurso de una actuación médica pueden coexistir varios motivos por los cuales se puede llegar a producir un perjuicio para el paciente y además son muchas las personas que intervienen en los procesos médicos o quirúrgicos.

² GUERRERO ZAPLANA, J: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 179.

³ GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, p. 267.

En efecto, la dificultad de prueba del nexo causal se produce en este ámbito médico, motivada por una multiplicidad de causas y de causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente. Y esa dificultad se acrecienta cuando nos encontramos ante lo que se denominan daños pasivos, esto es, los que suceden no por la acción directa del facultativo, sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos necesarios, o como en este caso, le privan del derecho a elegir libremente sobre si someterse o no a una determinada intervención quirúrgica, y a hacerlo de forma consciente y libre, conociendo las posibles consecuencias de la misma.

Frente a la clásica tendencia de que únicamente es indemnizable el daño si se puede probar sin ningún género de duda el nexo de causalidad entre la acción u omisión del profesional médico y el resultado dañoso (el llamado “todo o nada”) y que es la postura que aún goza de gran predicamento entre los tribunales que a veces desestiman reclamaciones de daños y perjuicios por la falta de prueba del nexo causal, se va imponiendo paulatinamente la doctrina de la pérdida de oportunidad como un remedio ante los casos de incertidumbre causal, y desde hace unos años, los juzgados y tribunales invocan la oportunidad perdida ⁴.

Como afirma MEDINA ALCOZ ⁵, la oportunidad perdida es una chance inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediamente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente.

La teoría de la pérdida de oportunidad se entiende por algún sector doctrinal como una teoría de causalidad probabilística (*Probabilistic Causation*), conforme a la cual, en los casos de incertidumbre causal, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente, pero se reduce el montante de la indemnización en

⁴ CORDEIRO DA COSTA, P.H: “O dano e perda de chance e sua perspectiva no Direito Português”. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, em Ciências Jurídico-Civilísticas, Direito Civil, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, orientação de Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, Coimbra, 2010, p. 21.

⁵ MEDINA ALCOZ, L: “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: la doctrina de la pérdida de oportunidades”, *RRCJ*, núm. 30, 2009, p. 42.

razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquel diligentemente⁶.

ASÚA GONZÁLEZ⁷ analiza cómo los tribunales han aplicado esta teoría a la culpa del profesional cuya actuación no puede asegurarse que haya sido causante del daño objeto de reclamación o, al menos la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. El cálculo de la indemnización se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente, pese a que en ningún caso puede afirmarse que el interesado se habría curado o que, aún puestos todos los medios correctos, la prestación sanitaria habría resultado útil, al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad.

Como destaca GONZÁLEZ MORÁN⁸ “la dificultad de establecer en muchos casos de responsabilidad médica, la relación de causalidad entre la actividad del médico y el daño padecido, ha llevado a la jurisprudencia y doctrina a la adopción de una fórmula de compromiso para poder acceder el perjudicado a la indemnización (aunque sólo sea parcial), del daño sufrido por el enfermo, aunque no se haya probado la existencia del vínculo de causalidad”.

En la sentencia aquí analizada el Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho segundo establece la relación de causalidad entre la omisión de la información al paciente y la posibilidad que tenía este de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos se han materializado (...) “si la evolución de la lesión secular que padecía culminaría con la invalidez que ahora tiene, y la intervención iba destinada a ralentizar esa evolución y a minimizarla, es razonable que, en principio, se asumiese el riesgo, pero también lo es que, al no informarse de ello al paciente, nos encontramos en esa franja intermedia de incertidumbre causal que debe ser merecedora de indemnización por privarse al lesionado de autonomía de voluntad para decidir”.

Y distingue “entre los supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, no habría lugar a indemnización, de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado. Cuando no existe incertidumbre causal en los términos

⁶ LUNA YERGA, A: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *InDret*, 2005, p. 3.

⁷ ASÚA GONZÁLEZ, C. I: “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria”, *Aranzadi Civil*, núm. 31, 2008, p. 67.

⁸ GONZÁLEZ MORÁN, L: *La teoría de la pérdida de posibilidades de curación o de superveniencia. La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 128.

extremos antes expuestos, surge la teoría de la pérdida de oportunidad en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud”.

Como señala GALÁN CORTÉS⁹ “al no informar al paciente de los riesgos de la intervención, nos encontramos en esa franja intermedia de incertidumbre causal que debe ser merecedora de indemnización por privar al lesionado de autonomía de voluntad para decidir, es decir, por privarle del denominado derecho a la autodeterminación”.

En este y en otros casos similares, en los que existe una incertidumbre causal y en los cuales por tanto, no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado el daño del perjudicado, pero existen motivos suficientes para creer que con la actuación correcta habría existido una posibilidad de que no se hubiese producido el daño, se pueden plantear dos soluciones: por un lado, la tradicional teoría del todo o nada, la cual implica que si no se puede probar el nexo causal entre la acción/omisión y el daño producido no se puede exigir responsabilidad alguna. Y frente a ella, como nos recuerda ASÚA GONZÁLEZ, y con una doble finalidad de no dejar en una absoluta indefensión a la víctima y de salvar la incertidumbre causal, surge la otra posibilidad, la doctrina de la pérdida de oportunidad la cual plantea la posibilidad de conceder indemnizaciones en aquellos supuestos en los que no se puede demostrar la existencia del nexo causal, cuando el nivel de probabilidad de que la acción/omisión sea la causante del daño no supere el 50%, aunque en estos casos el importe de la indemnización será inferior al importe del daño final sufrido¹⁰.

Cuando nos encontramos ante una omisión de información, sería imposible establecer la relación de causalidad si no se realizase un juicio hipotético para averiguar si el paciente se habría sometido o no a la intervención o al tratamiento de haber recibido la información completa, previa y adecuada de los riesgos. Ahora bien, hay que hacer un ejercicio de reconstrucción mental de qué hubiera ocurrido si el médico hubiera cumplido su deber de informar y de obtener el consentimiento del paciente. Se trata de decidir si, añadiendo mentalmente el comportamiento omitido el resultado lesivo se habría producido¹¹.

No cabría imputar responsabilidad al médico en el supuesto de que aun habiendo sido debidamente informado, el paciente hubiera decidido someterse

⁹ GALÁN CORTÉS, J. C: *Responsabilidad civil médica*, ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2011, pp. 470 y 471.

¹⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C. I: “Pérdida”, cit., p. 18.

¹¹ ASÚA GONZÁLEZ, C. I: “Pérdida”, cit., p. 26.

igualmente al tratamiento; aquí no habría lugar a la indemnización, aunque se pudiera determinar en algún caso la existencia de un daño moral¹². Por el contrario, si de haber existido una completa información previa, el paciente se hubiera negado a la intervención, al no existir incertidumbre causal, se concedería la totalidad de la indemnización del perjuicio que se ha causado.

En la sentencia analizada se afrontan las consecuencias de la falta de información de un riesgo que se materializa independientemente de la actuación médica, la cual se ha realizado correctamente. No se discute la actuación del médico, sino que el daño producido consiste precisamente en la omisión al paciente de la información suficiente sobre un riesgo previsible que luego se materializa, privándole de la oportunidad de tomar libremente y con conocimiento de causa, una decisión que afecta a su salud, como puede ser negarse a someterse a la intervención, a retrasarla, a consultar con otro especialista....Es decir, se lesiona el derecho a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación.

Estamos por lo tanto ante un supuesto de incertidumbre causal, ya que nunca sabremos qué hubiera decidido el paciente de haber sido correctamente informado, qué secuencia hubieran tomado los hechos. La pérdida de oportunidad de decidir constituye un daño abstracto basado en un cálculo de probabilidades. Dicha pérdida de oportunidad toma como referencia la capacidad de decisión de un paciente que decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin conocer las consecuencias para su salud.

IV. CONCURRENCIA DE DAÑO MORAL Y DAÑO CORPORAL.

Si bien es cierto que cuando hablamos de daños patrimoniales nos estamos refiriendo a los perjuicios que afectan directamente a un bien susceptible de valoración económica, también es cierto que un perjuicio a un bien no susceptible de valoración económica como puede ser la salud, la integridad o la libertad de elección, puede producir no sólo daños de carácter patrimonial sino también daños de índole extrapatrimonial.

Como consecuencia directa de la omisión del facultativo a la hora de informar al paciente de los riesgos del tratamiento o de la intervención quirúrgica, se pueden producir para éste ya sea un daño patrimonial (como por ejemplo la restitución del precio de la intervención de cirugía estética y del de pruebas como la ecografía...), ya sea un daño de carácter extrapatrimonial. Dentro de

¹² PANTALEÓN PRIETO, F: "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p.709.

esta segunda categoría de daños extrapatrimoniales, se encuentran los daños corporales y los daños morales.

El daño corporal se ha encuadrado como un daño extrapatrimonial y personal que se produce en la esfera del cuerpo humano o en la integridad física o psíquica de la persona. Este daño corporal, se puede definir como “la consecuencia de toda agresión, exógena o endógena, sobre cualquier parte de la geografía del cuerpo”¹³. Y genera junto a consecuencias extrapatrimoniales (como por ejemplo perjuicios sexuales, malestares, insomnio, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causados por la imposibilidad de realizar actividades de su agrado...) , dos consecuencias de orden patrimonial : por un lado los gastos médicos para la curación de la lesión, gastos de ambulancia, de taxi, de hospitalización y de farmacia, que sería los daños emergentes; y de otro lado, la pérdida de ingresos o de sueldo por la imposibilidad de trabajar derivada de las lesiones temporales o permanentes sufridas, que constituiría el llamado lucro cesante¹⁴.

A su vez, dentro de los daños morales, que no olvidemos, tienen también carácter extrapatrimonial, podemos encontrar varios subgéneros, entre los que destacan el denominado por la jurisprudencia patria como *petrium doloris* o precio del dolor, o el perjuicio de afecto, que es el daño moral que se produce entre los parientes del lesionado o fallecido, y que equivalen al dolor espiritual, angustia que pueda sufrir el paciente; y el perjuicio estético que se produce sobre todo en seno de la medicina satisfactiva o estética.

Y además de los daños anteriormente analizados, podemos hablar de la pérdida de oportunidad como daño reparable e indemnizable dentro de la responsabilidad civil médica, ya que a dicha oportunidad que se ha perdido inexorablemente, hay que atribuirle un valor económico.

Como afirma GALLARDO CASTILLO¹⁵, la pérdida de oportunidad es una modalidad de daño propia y particular, ya que en ella coexisten a la vez un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en el caso de no haber mediado el hecho dañino, el perjudicado habría conservado la esperanza de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio. Y la incertidumbre sobre si se hubiera mantenido la ganancia o se hubiera evitado el perjuicio si la situación fáctica hubiera permanecido inalterable y no se hubiera producido la acción u omisión del tercero, es este caso, del profesional sanitario.

¹³ GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, Comares, Granada, 2013, p. 1.

¹⁴ VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, en REGLERO CAMPOS, F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, 4ª ed., Madrid, 2008, pp. 279-297.

¹⁵ GALLARDO CASTILLO, M. J.: “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *RAAP*, núm. 45-46, 2015, p. 35.

El daño verdaderamente producido en la sentencia que nos ocupa es la pérdida de oportunidad que ha experimentado el paciente de decidir libremente si se somete o no a la intervención quirúrgica, y no el daño corporal o la lesión materialmente producida, ya que no resulta lógico que el facultativo sea condenado a indemnizar al paciente dañado en la misma cantidad económica que si su culpa hubiera consistido en una impericia técnica al practicar dicha intervención. En realidad su único error consistió en no haber advertido al paciente de los riesgos típicos posteriormente materializados en la intervención quirúrgica que fue correctamente realizada¹⁶.

Que la omisión del consentimiento informado es un daño autónomo susceptible de indemnización viene ya reconocido por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 2000¹⁷, la cual expone que “respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, se pone cada vez con más énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. En este caso se trata de una cirugía de médula ósea en la que se había actuado de conformidad con la *lex artis*, pero sin informar de los riesgos de la misma, que eran una paraplejía, los cuales se produjeron finalmente, tras lo que el Supremo concluye que “esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información supone en sí misma un daño moral grave distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”.

Para el alto Tribunal “procedía indemnizar, no el daño corporal, puesto que la cirugía estaba indicada y había sido llevada a efecto con corrección y diligencia, sino el daño moral consistente en el atentado a su dignidad que suponía no haber sido informado, ni haber consentido en la cirugía con pleno conocimiento de que la misma podría producir precisamente la situación de paraplejía que se quería evitar”.

La falta de información configura un daño grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto a los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad.

¹⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R: “[Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño](#)” (consultado el 3 de agosto de 2017).

¹⁷ STS de 4 de abril de 2000, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª (ROJ/2000/3258).

En efecto, en este caso era imposible que la lesión que sufría el demandante (una tetraplejía completa) mejorara, ni siquiera con rehabilitación; y lo más probable es que en un plazo indeterminado fuera perdiendo capacidades motrices y sensitivas hasta llegar a la situación a la que le llevó la intervención quirúrgica realizada por el demandado. La pérdida de la sensibilidad en el brazo derecho no se puede imputar a la intervención sino a la evolución natural de la lesión, y, por lo tanto, aunque no se hubiera operado, la lesión hubiera sido la misma.

V. CÁLCULO DEL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN A CONCEDER AL PACIENTE PERJUDICADO.

Como vamos a ver, el daño consistente en la pérdida de oportunidad cuando se ha materializado el riesgo de una intervención que no fue informado por el facultativo, sirve como elemento moderador del quantum de la indemnización concedida al perjudicado. Para averiguar el importe del daño por pérdida de oportunidad, en primer lugar, se deberá determinar el daño total del riesgo que se ha materializado y luego, a dicho importe habrá que aplicar el porcentaje de probabilidades de que se materializase el riesgo no informado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado a lo largo de los años una evolución a la hora de fijar el quantum indemnizatorio del perjudicado; desde conceder en un principio una indemnización a tanto alzado, es decir, fijada a su prudente arbitrio; pasando por aplicar analógicamente el baremo de accidentes a motor; para posteriormente, optar por identificar la pérdida de oportunidad con el daño moral.

La sentencia aquí analizada se inclina por aplicar el baremo de accidentes de vehículos a motor por analogía y aplicar un factor de corrección del 50% a la cuantía resultante, es decir, reducir a la mitad la indemnización que correspondería a la totalidad del daño valorado en los casos en los que la actuación médica ha sido correcta y la indemnización proviene de la pérdida de oportunidad del paciente.

También concede el 50% de la cantidad que hubiera correspondido según el baremo de accidentes de vehículos a motor, por una mala praxis médica acreditada la sentencia del alto Tribunal de 27 de noviembre de 2012¹⁸ en la que se defiende este criterio de cuantificación en base a que la aplicación flexible de un baremo no vinculante no puede constituir una infracción de la legalidad. Y la doctrina de la pérdida de oportunidad en este caso, permite atemperar el importe de la indemnización.

¹⁸ STS de 27 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso, Sección 4ª (ROJ/2013/435).

En efecto, el importe de la indemnización en el supuesto de omisión del deber de información, no tiene por qué coincidir con la cuantía que correspondería por el daño causado por una actuación negligente en una intervención o tratamiento médico. Normalmente será menor. La indemnización por pérdida de oportunidad, no puede coincidir con la que corresponda por los daños derivados de la intervención quirúrgica en sí misma. Para modular su importe, habrá que atender a los factores y a las circunstancias del caso concreto, como son: si la intervención era clínicamente aconsejable, la relación de confianza existente entre el paciente y el médico, la edad y el estado de salud previo del paciente, la incidencia estadística de las complicaciones de la intervención...

En el caso de la sentencia de 8 de abril de 2016 aquí analizada, el *quantum* indemnizatorio se fija en atención a tres parámetros:

- *Los perjuicios totales causados*: Debe tenerse en cuenta la falta de información y la probabilidad de que en caso de haber conocido el paciente las posibles consecuencias, no se hubiese sometido al tratamiento.

- *El daño moral*: En este apartado, debe tenerse en cuenta el perjuicio patrimonial sufrido por la lesión del derecho de autodeterminación, a la integridad física y psíquica y a la dignidad.

- *La pérdida de oportunidades o expectativas*: Para valorar este apartado se deben ponderar las circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica como son la gravedad de la intervención, la existencia de otras alternativas o las posibilidades de fracaso de la intervención.

Finalmente, el Supremo confirma el importe de la indemnización que había sido concedida por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona y confirmada por la Audiencia Provincial.

Para concluir la exposición, debemos recordar además la cuestión de que la cuantía de la indemnización concedida no es revisable en sede casacional. Así lo declara el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia. Entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, Recurso Casación 3056/2008¹⁹: “Planteado el debate en el tema relativo a la discrepancia en cuanto a la cuantía de la indemnización reconocida por la sentencia de instancia, debemos traer al presente asunto la reciente sentencia de esta Sección de veintiuno de junio de dos mil once, recurso de casación 2036/2007²⁰: (...) En la sentencia de esta Sala y Sección hacíamos mención a otra anterior de fecha 24 de enero de 2006²¹, recurso de casación 314/2002, Sección Sexta, para insistir en “que la cuantía

¹⁹ STS de 10 de octubre de 2011, Sala de lo Contencioso (ROJ/7053/2011).

²⁰ STS de 21 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso (ROJ/4177/2011).

²¹ STS de 24 de enero de 2006, Sala de lo Contencioso (ROJ/112/2006).

indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional, siempre que el Tribunal de instancia hubiere observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad y ponderación de su compensación en atención a los hechos declarados probados”.

La revisión sólo es posible cuando la cuantía es desproporcionada y arbitraria en razón de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, o si es manifiestamente baja por debajo del límite mínimo de lo razonable atendiendo al criterio indemnizatorio usualmente seguido por la Sala en supuestos similares.

VI. CONCLUSIONES.

Todo lo anteriormente visto, nos puede llevar a la conclusión de que la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad implica una modulación en la valoración de los daños que consiste en la reducción del quantum indemnizatorio.

Para evitar la inseguridad jurídica que despierta el hecho de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales no son homogéneas y para evitar en el justiciable la sensación de que está ante una lotería según a qué juzgado se haya turnado su demanda, sería conveniente elaborar un baremo sanitario que en la actualidad no existe; un baremo de periodicidad anual, que se aplicara a todos los daños corporales y no sólo a los producidos en el ámbito médico, dividido por tipos de lesiones y órganos lesionados y en cuya elaboración participaran conjuntamente médicos, jueces y peritos.

BIBLIOGRAFÍA

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria”, *Aranzadi Civil*, núm. 31, 2008.

CORDEIRO DA COSTA, P. H.: “O dano e perda de chance e sua perspectiva no Direito Português”. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, em Ciências Jurídico-Civilísticas, Direito Civil, apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, orientação de Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, Coimbra 2010.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “[Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño](#)” (Consultado el 3 de agosto de 2017)

GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2011.

GALLARDO CASTILLO, M. J.: “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y

responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *RAAP*, núm. 45-46, 2015.

GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y MARA GARCÍA-BLÁZQUEZ, C.: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*, Comares, Granada, 2013.

GONZÁLEZ MORÁN, L.: *La teoría de la pérdida de posibilidades de curación o de superveniencia. La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990.

GUERRERO ZAPLANA, J.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

LUNA YERGA, A.: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *InDret*, 2005.

MEDINA ALCOZ, L.: “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: la doctrina de la pérdida de oportunidades”, *RRCS*, núm. 30, 2009.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

VICENTE DOMINGO, E.: “El daño”, en REGLERO CAMPOS, F. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, 4ª ed., Madrid, 2008.

XIOL RÍOS, J. A.: “El consentimiento informado”, *REFC*, núm. 16, 2011.

ABREVIATURAS

RAAP: Revista andaluza de la Administración Pública.

REFC: Revista española de la función consultiva.

RRCS: Revista de responsabilidad civil y del seguro.