



COMITÉ DE EXPERTOS BAREMO DAÑOS SANITARIOS
CUESTIONARIO COLABORADORES EXTERNOS

ENTIDAD/ADMON CONSULTADA.-

ASOCIACIÓN EL DEFENSOR DEL PACIENTE

PERSONA RESPONSABLE.-

DOÑA CARMEN FLÓRES LÓPEZ (PRESIDENTA)

PERSONA DE CONTACTO.-

AMBITO PERICIAL

PROBLEMÁTICA DEL SECTOR.-

1º.- El actual baremo de tráfico no incluye muchas lesiones que surgen, exclusivamente, con ocasión de imprudencias médicas (metástasis, contagio de infecciones, intervenciones inútiles o equivocadas, como intervenir la pierna contraria o realizar una intervención diferente de la planeada y aceptada por el paciente, daños ocasionados por vacunas, seccionar el colédoco por confundirlo con el cístico y un largo etcétera que deberán determinar los expertos).

2º.- Ante un litigio las aseguradoras, con su enorme poder económico y los medios tan poderosos de los que goza a su disposición, siempre acuden con numerosos informes periciales. Esta situación provoca que habitualmente la víctima, con menores recursos económicos, se enfrente a los demandados con un solo informe, mientras que estos últimos acuden con cuatro o cinco, cuando no más. Y serán más si se plantea el litisconsorcio pasivo necesario que obliga a demandar a diferentes médicos, hospital o clínica y aseguradoras.

PROPUESTA DE SOLUCIÓN.-

1º.- Que los profesionales amplíen las lesiones y secuelas del actual baremo de tráfico para que contengan también las que únicamente pueden ser producidas con ocasión de asistencia sanitaria.

2º.- Limitar la cantidad de informes periciales a las partes para reducir el desequilibrio producido por la mejor condición económica de las aseguradoras. Incluso, ante la figura del



liticonsorcio pasivo, obligar a que los codemandados actúen de mutuo acuerdo con el mismo informe pericial.

AMBITO JURIDICO

¿CONSIDERA QUE EL BAREMO SANITARIO DEBE SER OBLIGATORIO U ORIENTATIVO? ¿POR QUÉ?

Debe ser orientativo:

Con objeto de que aquellas patologías no incluidas inicialmente -aunque se pretendan reflejar todas sería una labor imposible, entre otras razones porque la ciencia avanza constantemente- puedan recibir una respuesta por analogía o identidad de razón.

Y por los motivos que se desarrollan a continuación en los siguientes epígrafes.

¿CONSIDERA QUE SE DEBE INCLUIR LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL?¿CÓMO?

Se debe incluir de la misma manera que consta incluido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Y, en cualquier caso, se debe contemplar la posibilidad de resarcir daños morales no incluidos en el baremo.

La noción del daño moral es siempre dificultosa, pero en materia de una deficiente asistencia sanitaria se integra no sólo por el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquélla mala asistencia depara al enfermo, al percibir, por todo ello, tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia. Y en la doctrina científica LLAMAS POMBO entiende el daño moral como *“el irrogado al ser humano en sus valores más íntimos y personales, en la profundidad de la psique (de ahí el llamado pretium doloris): daño que afecta directa y contundentemente al espíritu”*.

Lo que se pretende sustantivizar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que, ante un hecho ilícito, se ven privadas de la vida de esos seres tan allegados y con lazos tan intensos o se ven en la obligación de afrontar una situación clínica catastrófica para sí o para sus seres queridos.



Además, debemos puntualizar que, si bien la doctrina se encuentra dividida, en su mayoría se inclina por estimar que se debe calificar de daño moral, por vulnerar el derecho a la autonomía del paciente, aquellas indemnizaciones que se conceden en los supuestos en los que al demandado sólo se le puede imputar, como vulneración de la *lex artis*, la falta, total o parcial, de consentimiento informado, pero no así el resto de consecuencias, daño corporal o material, de los actos médicos.

En definitiva, la falta de información puede configurar un daño moral grave, al margen de la corrección con que se lleve a cabo la intervención. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de 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.

¿CONSIDERA QUE SE DEBE INCLUIR LA CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD? ¿CÓMO?

Ocurre exactamente lo mismo que en el consentimiento informado y su resolución debe quedar fuera del baremo sanitario, entre otras cuestiones porque su solución jurídica pasa por un problema de valoración de la prueba, cuyas normas son más propias de la LEC que de un baremo. Si se quiere modificar debe valorarlo también el Ministerio de Justicia.

En cualquier caso, comprendemos que desde el ámbito asegurador se pretenda aprovechar este momento para reducir las indemnizaciones por debajo del baremo de tráfico con cargo a diferentes interpretaciones restrictivas de conceptos como el que nos ocupa, pero son cuestiones mercantiles poco compatibles con la dignidad de los pacientes y con la verdadera complejidad del debate.

DEFINICIÓN Y CONSECUENCIAS

El concepto de pérdida de oportunidad de vida o curación destaca aquellos supuestos en los que, por la **omisión de una prueba diagnóstica o tratamiento** -omisión de la asistencia, en definitiva- se ha privado al paciente de una posibilidad de curación, por lo que resulta difícil conocer si el desenlace habría variado en caso de haber actuado como era exigible.

Estos supuestos presentan, como característica común, la omisión de la acción que cabía esperar, lo que provoca un error o retraso de diagnóstico y/o tratamiento de un proceso médico que acaba con lesiones o el fallecimiento del paciente. La cuestión es la dificultad que entraña conocer y demostrar lo que habría ocurrido si el autor de dicha conducta hubiera actuado adecuadamente. Entonces, queda resolver si al añadir mentalmente la conducta omitida el resultado lesivo se habría producido.

Entre los distintos problemas que se debaten alrededor de la responsabilidad médica, quizá el más relevante sea, en la actualidad, el relativo al resarcimiento de la pérdida de



oportunidad, planteada en casos de incertidumbre causal, en los que no se puede afirmar ni negar con certeza que la conducta de un sujeto ha ocasionado el daño sufrido por la víctima. Por esta razón, la pérdida de oportunidad asistencial es un concepto jurídico que se ha abierto paso en los últimos años como un criterio determinante para la valoración del daño corporal derivado de la asistencia sanitaria.

Tan complicada cuestión debería situarnos, en primer lugar, ante el problema de la carga de la prueba del pronóstico en los supuestos de pérdida de oportunidad, cuestión que ha sido resuelta en varias ocasiones por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, con aplicación del **principio de facilidad probatoria del artículo 217.7 de la LEC**, señala que demostrada la *mala praxis* debe desplazarse la carga de la prueba a la Administración Pública para que sea ésta la que acredite qué daños y en qué porcentaje se habrían evitado u ocasionado, en su caso. Esta doctrina la recoge el **Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, en Sentencia de 26-3-2012, rec. 3531/2010, Pte: Pico Lorenzo, y sec. 6ª, Sentencia de 7-7-2008, rec. 4776/2004, Pte: Huelin Martínez de Velasco**, al advertir que:

“acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea, o que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado de la carga de un hecho de demostración imposible, pues, probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como era exigible”.

Este matiz, de suma importancia a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad patrimonial que procede ante una demostrada falta de diligencia, asociada a la falta de conocimiento del resultado que habría acontecido en caso de que se hubiera actuado de acuerdo a la *lex artis ad hoc*, también es asumido por el **Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, en la Sentencia de fecha 12-7-2007, rec. 92/2003, Pte: Robles Fernández, y la de fecha 20-3-2007, rec. 7915/2003**; misma ponente y sección, al señalar que:

“no es exigible al recurrente, por lo que carece de relevancia a los efectos de la responsabilidad patrimonial que nos ocupa, probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse realizado un diagnóstico acertado, hubiese concluido con éxito sin secuelas cardiológicas de género alguno o de menor entidad que aquellas con las que efectivamente resultó”. Es evidente, por tanto, sigue la sentencia, *“que hubo una mala praxis médica, al diagnosticar la enfermedad y ante tal mala praxis hubiera incumbido a la Administración probar que, en su caso, con independencia del tratamiento seguido se hubiesen producido las secuelas de afectación cardiológica finalmente ocasionadas por ser de todo punto inevitables, prueba que no se ha practicado en el caso de autos”.*

Lo anterior, sin olvidar que los supuestos de pérdida de oportunidad terapéutica nacen, precisamente, como consecuencia de una infracción de la *lex artis* del facultativo (también llamada mala praxis, negligencia médica, imprudencia profesional, infracción del deber



objetivo de cuidado, conducta antijurídica o falta de diligencia, entre otras). Es decir, la propia imprudencia por omisión es la causante de la posterior incertidumbre causal, por lo que resulta difícil aceptar una reducción de la indemnización en estos supuestos.

¡La propia conducta contraria a la diligencia debida es motivo de reducción de indemnización!

La propia conducta contraria a la diligencia debida (por ejemplo: No tener en cuenta los antecedentes y situación clínica; no realizar una exploración adecuada mediante las pruebas que merece la sintomatología del paciente), le sirve al médico para reducir significativamente la indemnización, porque esa falta de prueba y de tratamientos provocan que no se conozca si el paciente habría sobrevivido.

No consideramos justo que la víctima o los familiares de la víctima, tengan que soportar la carga de una prueba diabólica (demostrar lo que habría ocurrido si se hubiera actuado correctamente), fundamentalmente **porque a esta situación se llega por culpa del médico que infringe la *lex artis*.**

Acreditada por parte del paciente la mala praxis (carga de la prueba ya bastante dificultosa), debería corresponder al responsable de la conducta contraria al deber objetivo de cuidado, el médico, la carga de la prueba de demostrar que el resultado se habría producido de igual forma o su porcentaje.

Llegar a una conclusión contraria supondría realizar un baremo que, incluso, chocaría frontalmente con el mismísimo art. 11 del Código penal (Ley Orgánica), que refleja la comisión por omisión: Si el sujeto activo tiene el deber de garante (el médico lo tiene) y crea un riesgo o lo incrementa por encima del límite de lo permitido (con la infracción de la *lex artis*), la omisión equivale a la acción, es decir, como si lo hubiera cometido. Se trata, en definitiva, de distinguir la imputación de la mera relación de causalidad. Si en el ámbito penal no se hiciera esto las conductas omisivas quedarían sin respuesta. Se permitiría, por ejemplo, que un médico que abandonara el Servicio de Urgencias o que una clínica que no aportara personal cualificado ni desfibrilador en dicho Servicio para ahorrar gastos, no respondieran del daño ocasionado por la protección que brindaría la presunción de inocencia (no sabemos si el paciente infartado habría sobrevivido de estar el facultativo o de aplicarle el desfibrilador). En estos supuestos el profesional de la medicina habrá creado un riesgo o lo habrá incrementado por encima del límite de lo permitido cuyo resultado dañoso, en caso de actualizarse, le podrá ser imputado a pesar de estar en presencia de una relación de causalidad hipotética. Así funciona la imputación en la comisión por omisión.

PROPUESTA:

- A) No regularlo.



- B) Ante supuestos de pérdida de oportunidad terapéutica, los Jueces y Tribunales, una vez acreditada la infracción de la *Lex artis* por la víctima, el perjudicado o, en su caso, por sus herederos, corresponderá al responsable de la omisión demostrar que el desenlace se habría producido de la misma manera. En caso contrario, responderá de los daños y perjuicios causados salvo que acredite que el paciente habría sufrido las lesiones o el fallecimiento de la misma forma y en el mismo momento o, en su caso, el concreto porcentaje de posibilidades. No obstante, si el Juez o Tribunal considera que las posibilidades de supervivencia o superación de la enfermedad eran remotas, podrá reducir la indemnización hasta un ...% de la que correspondería con aplicación de la presente norma.
- C) En supuestos de pérdida de oportunidad asistencial los Jueces y Tribunales determinarán la cuantía de forma proporcional y conforme a las reglas de la carga de la prueba, sin que, en tales casos, tengan obligación de aplicar de manera vinculante las reglas contenidas en la presente norma.

**¿CONSIDERA QUE SE DEBE INCLUIR LA VALORACIÓN DEL ESTADO PREVIO DEL PACIENTE?
¿CÓMO?**

El Baremo es útil en muchos aspectos, entre otros el de permitir a las entidades aseguradoras formular previsiones fundadas en criterios de fiabilidad, de modo que puedan calcular las primas exigibles en atención al grado de probabilidad de producción de los diferentes siniestros y a la determinación precisa de la indemnización.

Sin embargo, esta circunstancia se debe compaginar con la intención permanente de reparación integral del daño, el respeto a la dignidad del paciente y los Derechos Fundamentales del individuo afectado por el acto médico, verdadero protagonista del nuevo sistema de valoración del daño corporal.

Decimos esto porque sería absolutamente inaceptable la idea de reducir las indemnizaciones en el futuro baremo de Derecho Sanitario en atención a que el de tráfico está pensado para personas sanas que sufren un accidente, mientras que el de Derecho Sanitario está dirigido a enfermos, personas que tienen con carácter previo una patología.

Es preciso llamar la atención sobre esta falsa premisa, sencillamente porque los vehículos no discriminan entre personas sanas o con patologías; también son atropelladas personas enfermas y acuden al médico personas sanas. De hecho, en la actualidad, el término enfermo -que viene del latín *infirmus*: débil, sin firmeza, tanto en lo físico como en lo espiritual- ha sido sustituido por el término PACIENTE. Imaginemos cuántas ocasiones hemos sido sometidos a pruebas diagnósticas que han demostrado, precisamente, nuestro buen estado de salud, por no hablar de los accidentes en el ámbito hospitalario, **la gestación, vacunación, campañas de diagnóstico precoz del cáncer, cirugía plástica o**



estética, contagio de infecciones, entre otras muchas, en las que no se trata a pacientes enfermos.

Precisamente por esta razón, 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, conocida como Ley de Autonomía del Paciente, ha recibido este nombre y no el de autonomía del enfermo, al igual que la totalidad de las normas autonómicas que han decidido regular este ámbito.

En el mismo sentido se pronuncia el [Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina \(Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina\), suscrito el día 4 de abril de 1997](#), que entró en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000.

Además, a nadie se le ocurriría reducir la indemnización por el fallecimiento de un paciente oncológico en un accidente de tráfico por el padecimiento de su enfermedad. Todos advertimos que sería DISCRIMINATORIO. Sabemos que ha fallecido antes de tiempo e indemnizamos a sus familiares por ese hecho. En realidad, ante los fallecimientos, lo que se indemniza es el hecho de sufrirlo antes de tiempo porque, bien pensado, terminaremos falleciendo todos por una u otra razón.

Y puestos a buscar diferencias, éstas hablarían a favor de elevar las indemnizaciones en los supuestos de responsabilidad por infracción de la *lex artis*. Efectivamente, los daños sanitarios están precedidos de una negligencia que no se tiene por qué presentar en los accidentes (suceso imprevisto que altera la marcha normal de las cosas).

Diferentes cuestiones se plantean en este debate:

1º. EL DAÑO SANITARIO QUE SE INDEMNIZA ES EL QUE SE PRODUCE POR INFRACCIÓN DE LA LEX ARTIS: también conocida como conducta antijurídica, infracción del deber objetivo de cuidado, falta de diligencia, imprudencia profesional, negligencia médica o mala praxis.

Es preciso recordar la **Sentencia del Tribunal Supremo, sección 4ª, de fecha 03-12-2012, rec. Núm. 815/2012; Pte.- Ricardo Enriquez Sancho**, que señala que, ante la pérdida de oportunidad, los baremos de tráfico no proceden pues reflejan indemnizaciones orientativas muy por debajo de lo que debe aplicarse en imprudencias médicas atendidas las circunstancias del caso: Aplica el baremo porque estamos ante una conducta negligente aunque exista pérdida de oportunidad, sin reducción.

2º. El planteamiento de reducir las indemnizaciones por patología previa presenta un grave problema de base: compara un daño derivado de un hecho accidental (responsabilidad objetiva) frente a otro causado por asistencia médica (que está presidido por la responsabilidad subjetiva, por culpa).



¿Pueden considerarse ambas situaciones equiparables? Evidentemente no. En el acto médico hay negligencia (que exige la infracción de la *lex artis*). Ni el mecanismo lesivo es el mismo ni tampoco lo es la situación que da lugar al daño, imprevista y causal en los accidentes y previsible y evitable en las imprudencias profesionales.

3º. También se ha dicho que en el supuesto de accidente todo el daño está causado por aquel, pero esto no sería correcto pues, al igual que ocurre con los accidentes, dependerá de la situación clínica previa de la víctima, no del hecho desencadenante, ya sea accidente o negligencia. Desde que nacemos enfermamos, por lo que muchísimos accidentados tienen patologías previas. De hecho, en no pocas ocasiones las víctimas de accidentes sufren un agravamiento de su patología (agravamiento de una cojera previa, protusión que pasa a ser hernia, retraso en tratamientos programados debido a las nuevas lesiones, etc.).

4º. Otro aspecto destacable es que muchas veces la actuación médica causa una nueva enfermedad que no sufría el paciente, igual que ocurre en los accidentes de tráfico. Pensemos en el contagio de VIH, hepatitis, infecciones (hongos, virus o bacterias), u otros supuestos como el corte del colédoco por confundirlo con el cístico provocando una posterior estenosis y consiguiente enfermedad hepática antes inexistente, la quemadura con un bisturí que provoca unas lesiones antes inexistentes, perforar un vaso arterial y provocar un shock hipovolémico durante un cateterismo diagnóstico en un paciente que realmente estaba sano, causar daños cerebrales por hipoxia a un feto que venía sin patologías, shock anafiláctico mediante la aplicación de un medicamento al que el paciente es alérgico, reacción adversa a una vacuna aplicada con ocasión de un viaje, daño irreversible en un nervio por la aplicación de una inyección, y así un largo etc. Todas ellas situaciones que determinan lesiones o fallecimientos en pacientes previamente sanos.

Por lo tanto, son muchas y muy justificadas las razones que imponen rechazar la propuesta de hablar de enfermos como regla general con la intención de tener en cuenta el estado previo para reducir la indemnización.

5º. Esto, que parte de premisas absolutamente incorrectas, supone la cosificación de la persona, del ser humano, para llegar a la conclusión de que a los pacientes, como están enfermos, se les tiene que conceder una indemnización menor que al accidentado por tráfico. Lógicamente, si pretendemos que el futuro baremo tenga acogida, lo razonable es concluir que se trata de una pretensión discriminatoria en comparación con el baremo de tráfico.

6º. Detraer de la valoración del estado final la situación clínica previa: DISCRIMINATORIO Y PELIGROSO PUES PUEDE RESULTAR QUE SUPONGA TODO LO CONTRARIO. Bien pensado, el que menos tiene es el que más tiene que perder: imaginemos un paciente con ojo único, riñón único, brazo único, pierna única, o testículo único. Rápidamente advertimos que quien pierde el ojo único sufre un daño mayor que el que pierde uno de los dos ojos. Son



muchos los supuestos; también estaremos de acuerdo que una persona con patología previa ocular y agudeza visual del 20%, ante la pérdida de dicho porcentaje quedaría ciega, mientras que un paciente que parte sin patología y perdiera un 20% todavía disfrutaría de un 80%, que quizá elevaría a un 100% con corrección, lo que no podría conseguir aquel que quedó ciego irreversiblemente.

7º. Detraer de la valoración final el daño que hubiese ocurrido de cualquier forma tampoco es aceptable porque hay más factores; por ejemplo, no sería lo mismo que el daño se hubiese producido cinco años después.

8º. Esto en la práctica sería imposible de ejecutar con justicia porque los peritos jamás habrán podido explorar al paciente con carácter previo al daño médico.

9º. Debemos tener en cuenta que los médicos nunca deben hablar de enfermedades sino de enfermos y más bien de pacientes. Los pacientes no son patologías, son personas que ante idéntica enfermedad responden de forma absolutamente diferente y ven reducidas sus facultades también de forma diferente.

10º. Si se pretende por el Ministerio reducir las indemnizaciones con cargo al estado previo del paciente tendríamos que aplicarlo hasta llegar a conclusiones absolutamente discriminatorias, como indemnizar por la pérdida de una pierna de forma más alta a un paciente que presentara un estado de forma excelente y corriera más que otro. Pero todos sabemos que sería insensato.

11º. Las secuelas agravatorias del estado previo se encuentran previstas en la Ley 35/15, Artículo 100: *“La secuela que agrava un estado previo y que ya está prevista en el baremo médico se mide con la puntuación asignada específicamente para ella. En defecto de tal previsión, la puntuación es la resultante de aplicar la fórmula: $((M - m) / [1 - (m/100)])$, donde “M” es la puntuación de la secuela en el estado actual y “m” es la puntuación de la secuela preexistente. Si el resultado ofrece fracciones decimales, se redondea a la unidad más alta”.*

¿Por qué queremos hacerlo distinto en el daño sanitario?.

12º. Para remate de lo anterior, imaginemos la injusticia que supondría para los familiares de una víctima que hubiera perdido la vida tras no ser atendido adecuadamente de un infarto agudo de miocardio (supuesto real: clínica cuyo Servicio de Urgencias no posee desfibrilador ni personal cualificado de presencia física). La aseguradora se vería beneficiada por una reducción en concepto de pérdida de oportunidad, -no sabemos si el paciente habría sobrevivido con una asistencia adecuada-, a la vez que podría alegar otra reducción por enfermedad previa de la víctima. Finalmente, a determinadas clínicas que no cumplieran con la obligación de prestar los medios técnicos y humanos necesarios en los Servicios de Urgencias posiblemente les podría compensar económicamente este



incumplimiento y sería su propia imprudencia, por omisión de medios, la que les permitiría reducir la indemnización por pérdida de oportunidad, más otra reducción por patología previa del paciente.

¿CONSIDERA QUE SE DEBE VALORAR LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO O LA FALTA DE INFORMACIÓN AL PACIENTE? ¿CÓMO?

Este es un tema que debe ser valorado, pero por tratarse de una cuestión jurídica sería obligatoria la intervención del Ministerio de Justicia.

Somos conscientes también de que las aseguradoras pretenderán regularlo con una cantidad ridícula, simbólica y que no supere un porcentaje o cantidad.

No obstante, debemos hacer las siguientes apreciaciones para que se valorara con justicia:

DEFINICIÓN DEL CI:

El consentimiento informado es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y, como tal, forma parte de toda actuación asistencial en el ámbito clínico. Constituye, de este modo, una exigencia ética y legal que recae sobre los miembros de la profesión médica y cuya omisión supone una infracción de la *lex artis ad hoc*, antes con la LGS, y ahora, con más precisión, con la LAP, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

El ordenamiento jurídico exige la participación de los individuos en la toma de decisiones que tengan que ver con su salud porque cualquier actuación sobre la misma va a incidir, directamente, en su integridad física y moral, motivo más que suficiente para comprender que el paciente debe ser informado de las ventajas e inconvenientes a los que se expone con objeto de que pueda consentir el acto médico con conocimiento de causa.

La LAP define el consentimiento informado en el artículo 3 como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*. Además, el artículo 4.1 del mismo texto legislativo añade que *“Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley...”*.

NATURALEZA JURÍDICA DEL CI Y CONSECUENCIAS DE SU INFRACCIÓN:

El contenido del concepto de consentimiento informado trasciende al meramente contractual pues encuentra su apoyo en la Constitución Española y en la dignidad, la excelencia del ser humano, pues la persona tiene derecho a decidir la acción que quiere realizar y lo que pretende de la misma, por lo que su omisión supone una agresión al



derecho fundamental a la integridad física y moral de la que se ocupa el artículo 15 CE.

El alto **Tribunal Constitucional**, en **Sentencia núm. 37/2011, de 28-03-2011, Fundamento Jurídico Quinto**, advirtió que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física y moral, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Por eso, señaló que se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas.

Y así sostuvo que: *“es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal ([STEDH de 29 de abril de 2002 \[TEDH 2002, 23\]](#), caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este Tribunal ([STC 154/2002, de 18 de julio \[RTC 2002, 154\]](#) , F. 9)”*.

Ahora bien, también se advierte que para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto, pueda ser ejercida con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el Constitucional expresaba que:

*“el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, **afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación**”*.

Resulta de suma importancia el razonamiento que hizo el Tribunal Constitucional al distinguir entre **los dos derechos en juego, el consentimiento**, por un lado y, **la información**, por otro. El primero supone la capacidad de tolerar, permitir o decidir la actuación médica y el segundo es el que sostiene, motiva y justifica tal consentimiento. Por eso, consentimiento e información son dos derechos estrechamente ligados; si la información no es adecuada entonces el consentimiento tampoco y, faltando éste último o estando viciado por ser resultado de una deliberación errónea basada en una información incorrecta, la actuación médica pasará a ser una agresión al derecho fundamental, a la integridad física y moral del paciente de las que se ocupa el artículo 15 de la Constitución



Española. De esta forma, tales derechos no pueden ser entendidos el uno sin el otro sino que poseen una relación funcional: el consentimiento no tiene entidad en sí mismo sino sobre la base de que debe ir precedido de la correspondiente información para que el paciente conozca el alcance y trascendencia del consentimiento que presta.

Vemos que el TC habla de dos derechos estrechamente imbricados. No dice que el consentimiento informado posea la naturaleza de derecho fundamental, pero sí manifiesta que su infracción supone una agresión al derecho a la integridad física y moral de la que se ocupa el artículo 15 de la Constitución Española, que sí es un derecho fundamental. De ahí que admitiera y resolviera el recurso de amparo.

Es preciso destacar que el Tribunal Supremo ha sostenido desde hace años parecida posición. Como ejemplo podemos citar la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de fecha 12-01-2001, nº 3/2001, Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, y la Sentencia 11-05-2001, nº 447/2001, Pte: Martínez-Calcerrada Gómez**, que, incluso, atribuyeron al consentimiento informado el carácter de derecho fundamental. Efectivamente, el consentimiento informado, si bien puede ser discutida su naturaleza de derecho fundamental, resulta incuestionable su relevancia constitucional pues es, precisamente, una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Se trata, en definitiva, de un tránsito a este ámbito del ordenamiento jurídico del derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, derivado de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

Que el derecho del paciente a la información se trata de una faceta integrante del propio derecho a la vida lo ha expresado más recientemente la **Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, de fecha 9-10-2012, rec. 6878/2010, Pte: Martínez-Vares García**, al declarar lo que sigue en el Fundamento jurídico Quinto:

“Pues bien este Tribunal viene insistiendo en que el derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento se configura en el actual orden normativo -constituido por 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- como una faceta integrante del derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición sobre el propio cuerpo, reconocido como tal incluso en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme a la cual el Derecho fundamental a la integridad de la persona comprende, en el marco de la medicina, el consentimiento libre e inmanente, de manera que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento suficiente y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan, y que su ausencia o insuficiencia como tal, causa un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara



de hacerlo a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre la ausencia de ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueje al paciente (así recientemente nuestra Sentencia de 2 de enero de 2012, recurso 6.710/2010; en igual sentido Sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011)".

Consideramos, por tanto, que en los supuestos de falta de información el consentimiento del paciente queda viciado convirtiéndose en una agresión no sólo al derecho fundamental a la integridad moral del paciente, también a su integridad física. Además, el médico debe responder íntegramente del daño producido porque carece de competencia para decidir que otro se exponga a un riesgo.

Tampoco existe problema de causalidad porque los daños son derivados del tratamiento inconsciente, daños a los que el paciente ha quedado expuesto como consecuencia de la infracción de la *lex artis* del facultativo que, faltado a la diligencia debida, no los advirtió a pesar de conocerlos.

De no aceptarse esta postura, como pretenden algunos sectores, se permitiría que para determinadas clínicas sin escrúpulos fuera rentable omitir la información para captar a sus clientes al responder, exclusivamente, de la parte moral del daño; sin olvidar la violación que supone a la dignidad del paciente y al derecho fundamental a la integridad física y moral del que se ocupa el art. 15 CE.

Sin olvidar que la LAP define el consentimiento informado en el artículo 3 como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud".

La postura del TC tiene su fundamento en la teoría general del Derecho. El artículo 1.261 del Código Civil recoge el error como un vicio del consentimiento que lo convierte en nulo. Por eso, todo acto médico sin CI lleva al paciente a una deliberación errónea basada en la falta de información, vicia su consentimiento hasta convertirlo en nulo y convierte el acto médico en una agresión a la integridad física y moral que debe tener como consecuencia que el médico responda de todas las consecuencias derivadas de dicho acto inconsciente. De hecho, si hablamos de alianza terapéutica médico-paciente es debido a que la autonomía no le sirve de nada al paciente si actúa sin la previa información de las consecuencias del acto médico pues, en tal caso, actuaría a ciegas.

En consecuencia, tal y como manifiesta el TC, información y consentimiento son **dos derechos estrechamente anudados**; si la información no es adecuada entonces el consentimiento tampoco y, si falta éste último o se encuentra viciado por ser resultado de



una deliberación errónea basada en una información incorrecta, la actuación médica pasará a ser una agresión al derecho fundamental, a la integridad corporal, física y moral del paciente de las que se ocupa el artículo 15 de la Constitución Española.

Se trata de un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas.



PROBLEMÁTICA: HASTA 8 CRITERIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA FALTA DE INFORMACIÓN TERAPÉUTICA

- Improcedencia de responsabilidad por infracción del deber de informar, si no concurre con daños físicos o materiales derivados del tratamiento.
- Procedencia de responsabilidad por infracción del deber de informar, por daños morales, aunque no concorra con daños físicos o materiales.
- Procedencia de responsabilidad por inadecuada información únicamente si hay resultado lesivo y, además, es derivado de mala praxis.
- Improcedencia de responsabilidad civil por infracción del deber de informar, como daño autónomo, aunque se aprecie mala praxis en el tratamiento médico.
- Procedencia de responsabilidad por inadecuada información, por generar un daño moral autónomo que no depende de que el acto médico en sí mismo considerado, se acomode o no a la praxis médica.
- Procedencia de la responsabilidad por inadecuada información con aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad.
- Moderación de la indemnización por falta de información en el supuesto que no exista mala praxis en el desarrollo del tratamiento.
- Procedencia de reparación integral de los daños físicos y morales cuando falta la



información.

Consideramos que el tratamiento de la cuestión relativa a la respuesta que merece la falta de información o la información inadecuada en el ámbito de la asistencia sanitaria, al igual que ocurre con su naturaleza, alcance y límites, resulta absolutamente dispar y llena de desorden en el ámbito jurisprudencial. Se trata de un tema tan sumamente complejo que resultaría imprudente tratar de regular las consecuencias en el baremo sanitario.

Es un tema tan sensible y complejo, y tantas las cuestiones que afectan al mismo (elementos formales, responsable de facilitar información, carga de la prueba, periodo de reflexión, valor probatorio del testimonio del médico implicado, contenido y alcance de la información en la medicina satisfactiva, consentimiento en caso de minoría de edad, etc.) que resultaría una temeridad abordar el baremo a modo de tratado de Derecho sanitario.

PROPUESTA: No regularlo por los motivos expuestos y porque la presencia de las aseguradoras en el Comité de Expertos es tan aplastante que no se hará con justicia.

En caso de regularlo debería ser en colaboración con el Ministerio de Justicia y reflejando que en supuestos de omisión o insuficiencia de información los Jueces y Tribunales determinarán la cuantía de forma proporcional en atención al riesgo afrontado sin la debida información y la entidad de las lesiones sufridas, sin que, en tales casos, tengan obligación de aplicar de manera vinculante las reglas contenidas en la presente norma con la intención de acomodar la reparación del daño moral y físico derivado de dicha omisión.

**¿CONSIDERA QUE SE DEBE INCLUIR LA VALORACIÓN DEL DAÑO DESPROPORCIONADO?
¿CÓMO?**

No se debe regular, entre otras cosas porque las aseguradoras, con enorme presencia en el Ministerio, pretenderán incluir factores externos a la doctrina jurisprudencial para eliminar esta figura.

Como tiene sentado reiteradamente la Jurisprudencia, cuando se produce un resultado desproporcionado con lo que es usual comparativamente, existe una presunción de defectuosa prestación del servicio que obliga a invertir la carga de la prueba.

Si sucede un resultado dañoso en la aplicación de la medicina es al paciente a quien corresponde la carga de probar la existencia del mismo daño y la demostración de la relación o nexo de causalidad entre la actividad o inactividad del médico y el resultado dañoso, la prueba de la culpa.

No obstante, este criterio culpabilístico presenta excepciones dados los inconvenientes prácticos que supone aplicar esta posición de forma rigurosa e inflexible. Entre otras



razones porque el afectado carece habitualmente de medios para lograr tal fin, al contrario de lo que sucede con el facultativo que sí posee conocimientos técnicos en la materia litigiosa. Por ello, se acuñó la tesis de la llamada Culpa Virtual que viene a decir que cuando el resultado de una intervención médica o un tratamiento es anómalo e incompatible con las consecuencias de una terapia normal obliga a presumir que algo ha fallado, lo que conduce, de hecho, a una presunción de culpa, que la doctrina francesa denomina *faute virtuelle*; cuestión directamente enlazada con la teoría del daño desproporcionado, que viene a resultar una excepción de la norma al invertir la carga de la prueba y obligar al médico a demostrar que actuó adecuadamente.

Es aplicable esta responsabilidad en supuestos tales como aquellos en los que el paciente, tras haber sido sometido a una actuación médica, sufre un perjuicio sobre cuya causa el facultativo interviniente no es capaz de ofrecer una explicación convincente, pero se sabe que el daño no es de los que normalmente se ocasionan si se realiza correctamente la actividad, por lo que, constatado el daño, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad.

Por esta razón nuestro TS ha ido introduciendo criterios más flexibles en orden a la distribución de la carga de la prueba y a la dulcificación del rigor de las exigencias probatorias en atención a las circunstancias del caso concreto en el que, ante una actuación aparentemente normal y correcta, se deriva un resultado dañoso que es lo que la moderna doctrina científica llama "circunstancias evidentes". A ellas alude el TS cuando dice que "*el clamoroso resultado en sí mismo constituye prueba de la culpa o negligencia*".

Las resoluciones judiciales que resuelven sobre el daño desproporcionado ponen el acento en el principio de facilidad probatoria, al que se refiere en la actualidad el artículo 217.7 de la LEC, al expresar que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre el facultativo demandado que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa, y por los medios poderosos a su disposición, goza de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, cuyos elementos están más al alcance de los propios médicos o centros hospitalarios. El facultativo debe demostrar que su actuación ha sido correcta, condición que únicamente puede cumplir si ofrece una explicación del motivo del daño, pues difícilmente podrá argumentar que adecuó su conducta a la *lex artis* si no es capaz de ofrecer una explicación del origen de los daños causados.

AMBITO ACTUARIO/ASEGURADORAS

PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL SECTOR.-

Las aseguradoras atienden a razones de naturaleza mercantil, exclusivamente. Les preocupa su bolsillo, enormemente.



Imaginamos que son capaces de realizar cualquier tipo de planteamiento que perjudique a los pacientes, hasta el punto de pretender la eliminación o modificación de normas sustantivas como el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Y es posible que pretendan la aplicación de los intereses del artículo 20 LCS a partir de la firmeza de la sentencia en contra de lo establecido para responsabilidad civil sanitaria por el Tribunal Supremo, que determina que viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa:

Sentencia Tribunal Supremo Sala 1ª, de 5-4-2016, nº 206/2016, rec. 1648/2014; Sentencia Tribunal Supremo Sala 1ª, de 9-6-2015, nº 336/2015, rec. 1370/2013; Sentencia Tribunal Supremo Sala 1ª, de 24-5-2016, nº 343/2016, rec. 2135/2014; Sentencia Tribunal Supremo Sala 1ª, Pleno, nº 64/2018, de 06-02-2018, Casación 1286/2015.

EXPERIENCIA EN EL ASEGURAMIENTO (volumen de primas anualizadas, número de siniestros e importe siniestralidad).-

Las aseguradoras ofrecerán datos estadísticos inciertos que partirán, con total seguridad, de cantidades reclamadas y no las concedidas para, de esta forma, ofrecer una situación económica que no se corresponde con sus enormes beneficios en el sector del aseguramiento sanitario.

REPERCUSIÓN DEL NUEVO BAREMO DE TRÁFICO SOBRE PÓLIZAS RC SANITARIA.-

Teniendo en cuenta que en el Comité de Expertos que se encargan de realizar el anteproyecto de Ley únicamente hay una persona que aporta la visión del paciente -el Letrado Dr. Carlos Sardinero García- no es difícil aventurar que la repercusión será muy favorable para los intereses mercantilistas de las aseguradoras y francamente dañina para los pacientes. De otra forma no se entiende que la intención del Ministerio sea regular figuras como el Consentimiento informado, la pérdida de oportunidad, la situación clínica previa del paciente o el daño desproporcionado a espaldas del Ministerio de Justicia y de los pacientes.



PROPUESTA DE SOLUCIÓN.-

En realidad, el mandato debería ser incorporar aquellas lesiones que se sufren únicamente con ocasión de asistencia sanitaria al baremo de accidentes de tráfico que ya existe. Es la única forma de evitar injusticias y la presencia de intereses oscuros guiados por la avaricia.

OTRAS SUGERENCIAS.-

Partir de cero y constituir un Comité de Expertos equilibrado en el que estén adecuadamente representados los pacientes. Actualmente parece ser que hay un Grupo de médicos, otro de aseguradoras y otro de juristas. Nos preguntamos dónde se encuentra el de Pacientes, verdadero protagonista de la Ley.

¿Se imaginan una Ley para las víctimas de..... en la que únicamente estuvieran representados los causantes del daño y los responsable civiles?. Esto es lo que están haciendo.

Además, se deberían regular las infecciones nosocomiales como responsabilidad objetiva, tal y como se hace en Francia.

Sugerimos que no se les ocurra limitar la responsabilidad por falta de información, reducirla por patología previa (motivo más bien pensado para incrementarla), seguir la reducción por el concepto de pérdida de oportunidad y, para remate de lo anterior, reducir o eliminar los supuestos de mora del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Imaginemos la injusticia que supondría para los familiares de una víctima que hubiera perdido la vida tras no ser atendido adecuadamente de un infarto agudo de miocardio (supuesto real: clínica cuyo Servicio de Urgencias no posee desfibrilador ni personal cualificado de presencia física). La aseguradora se vería beneficiada por una reducción en concepto de pérdida de oportunidad, -no sabemos si el paciente habría sobrevivido con una asistencia adecuada-, a la vez que podría alegar otra reducción por enfermedad previa de la víctima. Finalmente, a determinadas clínicas que no cumplieran con la obligación de prestar los medios técnicos y humanos necesarios en los Servicios de Urgencias posiblemente les podría compensar económicamente este incumplimiento y sería su propia imprudencia, por omisión de medios, la que les permitiría reducir la indemnización por pérdida de oportunidad, más otra reducción por patología previa del paciente.

Tampoco sería aceptable ampliar la horquilla de puntuación, reduciendo la menor (si la puntuación actual para una patología es de 10 a 20 puntos no se debe ampliar de 1 a 20 porque es una manera clara de reducir las indemnizaciones; no hay más que calcular el punto medio entre ambas horquillas para percibir que es una forma de provocar una reducción).

Vamos, que nuestra sugerencia principal es que dejen de perjudicar a las víctimas y de



*MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS
SOCIALES E IGUALDAD*

**SECRETARÍA GENERAL DE
SANIDAD Y CONSUMO**

DIRECCIÓN GENERAL

DE ORDENACIÓN PROFESIONAL

proteger a médicos y aseguradoras a espaldas del Ministerio de Justicia y de las propias víctimas.