

LA OMISIÓN O DEFECTO EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

LA OMISIÓN O DEFECTO EN EL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO.

Actualmente, el 70% de las reclamaciones por daños sanitarios son por vicios en el consentimiento informado, falta de información o defectos en este documento. Las sentencias indican que el consentimiento informado se está convirtiendo en un documento de carácter general y sin embargo éste debe ser un documento personalizado tal y como exige la Ley. El consentimiento informado, además de ser un derecho del paciente y una obligación del médico, así como responsabilidad garantizada de la Administración Sanitaria, ha supuesto un cambio en la forma de abordar las reclamaciones por negligencia ante los tribunales.

Uno de los principios fundamentales de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; es que toda actuación en el ámbito sanitario requiere el consentimiento del paciente, después de haber recibido una información adecuada, que le permita decidir entre las opciones disponibles.

Se entiende por consentimiento informado la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa la obtención de la información adecuada con tiempo suficiente, claramente comprensible para él, ante una intervención quirúrgica, 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 diagnóstica o terapéutica que conlleve riesgo relevante para la salud del paciente y deberá recabarse por el médico responsable de las mismas. En cualquier momento, la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

La información básica que debe proporcionarse gira en torno a cuatro puntos sustanciales:

- 1) las consecuencias relevantes que la intervención origina con seguridad;
- 2) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente;
- 3) los riesgos probables con condiciones normales conforme a la experiencia y estado de la ciencia directamente relacionados con la intervención;
- 4) las contraindicaciones.

Las consecuencias de la falta o ausencia de consentimiento informado, implica por sí una vulneración de la *lex artis* y revela una manifestación de un funcionamiento anormal del servicio sanitario.

El defecto o ausencia de consentimiento informado al paciente, en principio, no genera responsabilidad en todo caso, pues requiere de un resultado lesivo como consecuencia de la actuación o intervención médica practicada. No obstante, existe jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que el mismo considera el mero defecto u omisión de consentimiento informado constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención, y por tanto, indemnizable aunque no concurra resultado físico lesivo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, sec. 4ª, Sentencia de enero 2012, rec. 7014/2010).

La mayoría de reclamaciones judiciales fundamentadas en la omisión o defecto en el consentimiento médico informado, se asientan en la doctrina de la "pérdida de oportunidad", la cual no requiere de una mala praxis médica.

Esta figura da cobertura a aquellos supuestos de infracción de la *lex artis* en caso de falta de advertencia de los riesgos derivados de la intervención, en la medida en la que con esa defectuosa información se priva al paciente de tomar la decisión en uso de su autonomía y dignidad personal, permitiéndole optar por otras alternativas (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, sec. 4ª, Sentencia de 30 septiembre 2009, rec. 263/2008).

Lo relevante es ofrecer al paciente la posibilidad de optar por rechazar la intervención ante los posibles

riesgos de la misma, por muy remotos que estos sean, e incluso ofrecer alternativas terapéuticas. Así pues, se priva al paciente de efectuar un juicio de valor en el que, una vez debidamente informado, pondere los riesgos de la intervención o tratamiento y en función de ello, decidir si se somete al mismo o no, aunque ello sea clínicamente aconsejable.

Respecto al quantum indemnizatorio, no existe unanimidad jurisprudencial a los efectos de determinar la indemnización correspondiente. No obstante, resulta interesante destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 948/2011 de 16 de enero, en la cual se apunta que debe distinguirse a la hora de fijar la indemnización entre si estamos ante un supuesto de mala praxis médica probada o si simplemente nos hallamos con que no se ha informado debidamente al paciente de los riesgos o consecuencias inherentes y posibles, derivados de la intervención o tratamiento. Esta sentencia adopta la solución de aplicar el baremo de accidentes de circulación por analogía y aplicar un factor de corrección del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del daño valorado, en aquellos casos en que la actuación médica ha sido correcta y la indemnización proviene de la pérdida o privación de oportunidad al paciente.

URIS RIERA Advocats
Andrea Agulló Soler
