

1.6. Responsabilidad Civil

LA FALTA DE INFORMACIÓN AL PACIENTE TIENE COMO CONSECUENCIA LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO RESPONSABLE DE FACILITARLA.

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

En el año 2002 fue aprobada 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 una ley que, según los expertos en la materia, surge como respuesta a la importancia creciente que tienen en nuestra sociedad los derechos de los pacientes en cuanto eje principal de las relaciones clínico-asistenciales. Es una ley novedosa, distinta de la legislación anteriormente vigente y en ella se aprecian una serie de principios presentes en nuestra sociedad y de vital importancia para el mejor desarrollo de la Sanidad.

El capítulo II de la Ley básica lleva como título «El derecho de información sanitaria», por lo que, al igual que en otros ámbitos relacionados con el derecho de consumo se dedican, en este caso, tres artículos para detallar el derecho a la información. La infracción del derecho a la información o la ausencia crea en la persona encargada de proporcionarla una negligencia de la que se deriva una responsabilidad, que atendiendo a las circunstancias concretas del caso, puede ser objetiva o subjetiva. Así lo ha manifestado en múltiples ocasiones. Para hacer un planteamiento correcto, no debemos ignorar que el derecho a la información en el ámbito sanitario ya estaba recogido con anterioridad a la Ley 41/2002 en:

- La Carta de Derechos y Deberes del Paciente del Instituto Nacional de la Salud (art. 4).
- La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986) (art. 10.5 y 6).
- El Convenio Europeo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina. Convenio de Oviedo de 1997. (Pasó a ser de obligado cumplimiento en España el 20 de octubre de 1999.)

Además de otra serie de normas concretas sobre ensayos clínicos, reproducción asistida, donación y utilización de embriones, etc., en donde se requiere el consentimiento del paciente tras una correcta información.

Es preciso hacer un breve análisis del contenido y forma del derecho a la información para comprender el alcance y las consecuencias que origina la ausencia de conocimiento en determinados aspectos.

II. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL PACIENTE O USUARIO EN LA LEY 41/2002

La Ley básica 41/2002 dedica el Capítulo II al derecho a la información sanitaria. Contiene tres artículos que se plasman en: el contenido, los titulares implicados y el supuesto concreto de información cuando hay peligro para la salud pública.

1. EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

El contenido del derecho a la información viene plasmado con carácter general en el artículo 4 de la Ley 41/2002, y de forma particular en el artículo 10. Para hacer un breve análisis del mismo distinguiremos entre:

a) Lo que se podría denominar el contenido general, y que aparece contemplado en el artículo 4.1 de la ley, que señala:

«Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley».

Se establece de forma general que hay que dar toda la información que se tenga sobre la cuestión de salud que atañe al paciente, es decir, si el médico está tratando una hernia discal, tendrá que dar a conocer al paciente toda la información relacionada sobre las hernias discales. Aquí surge una pequeña cuestión: ¿Cuál es el marco de esa información? La información que tenga ese médico concreto, ese hospital o en general. La ley dice simplemente: «la disponible». El TS ha señalado que «el deber de informar no tiene carácter omnícomprendido pero, obviamente, se extiende a complicaciones “previsibles y frecuentes” que, como las del caso, pueden acarrear un daño grave», parece ser que se trata de «la información conocida en la ciencia médica».

Haciendo una interpretación literal del precepto, se observa que no es el médico quien debe decidir sobre qué va a informar y hasta dónde va a informar al paciente, como ocurría anteriormente, en donde primaba una concepción paternalista en la actuación del médico; era el médico quien consideraba qué información se debía ofrecer al paciente. Actualmente es el paciente el que tiene el derecho a conocer y a ser informado, y por lo tanto, es él quien puede exigir toda la información disponible sobre el tema.

b) El contenido mínimo, que se desprende de lo previsto al final del artículo 4.1 cuando señala:

«La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias»:

1. Finalidad. Para qué se hace la actuación médica en concreto.
2. Naturaleza. Es decir, en qué consiste y qué es lo que se va a hacer concretamente al paciente.
3. Riesgos. En ellos habría que incluir las molestias y efectos secundarios posibles. Habría que incluir los riesgos inherentes al tipo de intervención en general y los referentes a cada tipo de paciente, bien sea por

cuestiones de edad o por existir en el paciente otras patologías que puedan generar un efecto diferente o añadido al general.

4. Consecuencias. Serían los beneficios que el paciente va a experimentar tras la actuación médica.

En opinión de algunos autores, se debería haber completado ese contenido mínimo con algo que no prevén expresamente ni la ley ni el Convenio de Oviedo, me estoy refiriendo a la información sobre las «alternativas posibles a la información propuesta». Esto es, si existen varias alternativas informar al paciente de todas ellas, para que tras una información completa pueda decidir por cuál se inclina. Además, se considera por el Informe del Grupo de Expertos, que como lógicamente el médico va a recomendar al paciente una de entre las varias opciones, cuando existan; sería correcto que hubiese una explicación de por qué esa y no otra.

Esta línea ha sido la mantenida por la jurisprudencia en numerosas sentencias, de las que destacamos la de 29 de mayo de 2003 que señala: «Esta Sala de Casación Civil ha precisado los requisitos, contenido y alcance de la información médica, y así ha declarado que ha de referirse como mínimo a las características de la intervención quirúrgica a practicar, sus riesgos, ventajas e inconvenientes, en lo que cabe incluir el pronóstico sobre las probabilidades del resultado y si esta información no se lleva a cabo en la forma adecuada que se deja dicho, a fin de que el consentimiento del enfermo lo sea con conocimiento de causa bastante, se infringe la *lex artis ad hoc*, al violentarse el hecho esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, no procediendo reducir este deber médico inevitable al rango de una mera costumbre o simple formulismo sin el contenido necesario, que por desgracia suele practicarse en el ámbito médico hospitalario».

Este contenido mínimo es la referencia sobre la que debe fijarse el médico al informar al paciente, en primer lugar porque así lo establece la ley, y en segundo lugar, porque esa información va a ser la base sobre la que el paciente va a consentir o no la realización de cualquier prueba o intervención en su persona.

c) Y, en tercer lugar, el contenido básico previsto en el artículo 10. Este artículo se encuentra ubicado fuera del capítulo II, referente al derecho a la información, y dentro del Capítulo IV, que regula la autonomía del paciente, y por ende, el consentimiento informado. La razón puede estribar en que la información que se detalla es la que hay que dar cuando el consentimiento ha de requerirse de forma escrita. En estos supuestos la información que hay que transmitir es: a) sobre las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, y d) Las contraindicaciones.

Incluso como ha manifestado el TS, este derecho a la información se ve acrecentado cuando estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria. Destacamos la sentencia de 25 de octubre de 2005, que versa sobre un caso de cirugía estética, en la que la Sala en su Fundamento cuarto determina: «En primer lugar debe señalarse que nos hallamos, como ya se ha dicho, ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria (en cuyo ámbito se desarrolla la motivación de esta resolución), en el que se acrecienta —para algún sector

doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencial—, el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma (art. 10.5 y 6 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y en la actualidad, con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención, habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención».

Para concluir en palabras de Abel LLUCH, hemos de decir que no se puede confundir el contenido básico del derecho a la información con el que se ha denominado en la ley contenido mínimo o el general que se manifiesta con carácter usual. Pues el contenido básico se exige cuando posteriormente se va a recabar el consentimiento por escrito en los supuestos que cita el artículo 8.2. Sin embargo el contenido mínimo ha de darse en cualquier actuación, sin que sea necesario en la misma el consentimiento por escrito. Y el contenido al que hemos denominado general es la expresión del derecho a la información.

2. FORMA

La ley básica refleja tanto la forma verbal como la escrita, como medios para transmitir la información al paciente, esta última sólo en determinados supuestos.

A) Respecto de la forma oral, viene expresamente recogida en el artículo 4.1: «La información, que como regla general se proporcionará verbalmente».

Es preciso manifestar que esta forma verbal no venía recogida ni en la Proposición de Ley ni en el Convenio de Oviedo de 1997. Esta forma verbal u oral supone una desprotección del médico, y una complicación en cuanto a la prueba de su realización, pues no hay constancia de haberse llevado a cabo. La norma lo amortigua de alguna manera al exigir que se deje constancia en la historia clínica. Así lo ha manifestado el TS en su sentencia de 29 de septiembre de 2005, al afirmar que: «El motivo se desestima, puesto que de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala, la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *ad probationem* y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS de 2 de noviembre de 2000), habiendo afirmado que “al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte”, como exige la reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los números

5 y 6 del artículo 10 la Ley General de Sanidad vigente en el momento de los hechos, pero que exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención, mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención (...), y que hoy se resuelve a tenor de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge estos criterios jurisprudenciales».

En cualquier caso, la relación médico-paciente no ha de sustentarse sobre la base de una medicina defensiva por el objeto mismo de la relación. La información verbal será siempre más amplia que la que se puede ofrecer en un folleto informativo, en la mayoría de los casos.

B) Forma escrita. La ley no dice nada al respecto, se deduce de la interpretación del propio artículo 3, si la regla general es la forma verbal, la regla especial será la forma escrita. No habría costado trabajo incluirlo, como así han hecho algunas legislaciones autonómicas, en las que se ha señalado que la información debe ser por escrito en aquellos diagnósticos que entrañen un riesgo para el paciente. Quizá hubiese bastado con decir que la información se proporcionará de forma escrita en aquellos supuestos en los que se exige que el consentimiento sea por escrito.

La ventaja que goza la forma escrita respecto de la oral es considerable ante un posible procedimiento judicial, como medio de prueba, sobre todo, ante posibles efectos en intervenciones quirúrgicas de las que pueden surgir imprevistos o consecuencias no habituales, pues no olvidemos que de la actuación de los profesionales sanitarios pueden surgir supuestos de responsabilidad atendiendo a otros factores, como puede ser la negligencia.

Existen ya modelos estándar de información principalmente de dos tipos:

- Impresos abiertos. En estos impresos el médico puede individualizar la información y apuntar las cuestiones específicas de un paciente.
- Impresos cerrados. Como su nombre indica, el contenido del mismo está redactado con anterioridad, de forma tipo, con lo cual el médico responsable o el especialista no aportan nada, incluso los ATS ante la realización de una prueba de cierta entidad. Hay una presunción de que la información que allí se está ofreciendo es razonable y disponible para intervenciones o pruebas concretas.

Sin embargo, la jurisprudencia considera que estos impresos no sirven en todas las ocasiones para dar una información completa al paciente, así lo ha puesto de manifiesto, entre otras, en la sentencia de 29 de mayo de 2003, en la que al paciente se le dio un impreso tipo para que firmase horas antes de una intervención, de lo que el Tribunal Supremo opina lo siguiente; «que no se proporcionó al paciente la información adecuada al tratarse de documentos tipo en los que no aparece particularizado su historial, y tal afirmación supone la concreción de un resultado probatorio que no ha sido cuestionado en debida forma. También es correcta la valoración jurídica que se ha dado a estos hechos en cuanto suponen una clara y evidente infracción del deber de información médico en el tratamiento a que fue sometido (...), ya que dice la

sentencia, la aparente sencillez de la misma no podía hacer prever complicaciones tan importantes como las que sucedieron, ni el dato de si los facultativos habían tenido en cuenta el historial médico del mismo. Se trata de simples y escuetos formularios, más próximos a un mero acto administrativo, que médico, que fueron firmados el mismo día de la intervención».

III. CONCLUSIONES

Al igual que en otros ámbitos del derecho de consumo, en el sanitario, el derecho a la información ocupa un lugar importante y va *in crescendo*, el cual garantiza una mayor protección a los usuarios que utilizan dichos servicios.

Es cierto que el objeto de la relación servicio sanitario-paciente es especial, la salud humana. Ello lleva aparejado que las prestaciones sean diferentes las unas de las otras y de unas personas a otras. La Ley 41/2002, aún con sus defectos y carencias supone un gran avance en esta materia, al establecer principalmente el contenido de ese derecho a la información y una forma determinada para llevarlo a cabo; sin menoscabar la labor que ha hecho la jurisprudencia en torno a esta materia, ya que, en las numerosas sentencias en las que ha tenido ocasión de pronunciarse, lo ha hecho, desde una perspectiva objetiva, protegiendo al usuario sin desproteger a los profesionales sanitarios.

Aún así, el camino es lento, y a veces, intransitable por las peculiaridades que la salud tiene en cada individuo, que en ocasiones hace que no puedan preverse un sinfín de reacciones que pueden provocar incluso el fallecimiento de una persona. A pesar de todo ello se ha pasado de una medicina paternalista, en la que el médico llevaba las riendas de todo, no sólo del tratamiento médico sino también de la voluntad del paciente.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LUCH, X., «El Derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en 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», en *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial.
- GONZÁLEZ SALINAS, P., «El alcance del carácter básico de la ley reguladora de la autonomía del paciente y su influencia en las leyes autonómicas sobre la materia», en *Autonomía del paciente, información e historia clínica* (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), coord. por GONZÁLEZ SALINAS y LIZÁRRAGA BONELLI, Madrid, 2004.
- LIZÁRRAGA BONELLI, E., «La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», en *Autonomía del paciente, información e historia clínica* (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre), coord. por GONZÁLEZ SALINAS y LIZÁRRAGA BONELLI, Madrid, 2004.
- SANCHO CARO, J., y ABELLÁN, F., *Derechos y deberes de los pacientes*, Granada, 2003.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

La información previa que hay que facilitar al paciente debe reunir los requisitos marcados por la ley, en cuanto al contenido, alcance y prueba de que se ha suministrado. La falta de información, la información defectuosa o incompleta no adaptada a las condiciones particulares del paciente genera responsabilidad en el obligado a transmitirla.

ABSTRACT

PHYSICIAN'S LIABILITY

The prior information physicians have to give their patients must meet the requirements set by law in terms of contents, scope, and proof of provision. Failure to provide information and the provision of defective information or incomplete information not suited to the individual patient create liability for the person under obligation to inform the patient.

**LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN COMO CAUSA DE
RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO.**

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil UNED

Es unánime la doctrina en señalar que, en virtud del contrato de transporte aéreo, el porteador se obliga a efectuar el traslado del pasajero, de un lugar a otro previamente convenido, y a hacerlo en el horario programado, desde el punto de origen al de destino, sin menoscabo de su integridad física y de conformidad con las demás condiciones pactadas (1). Se trata de un contrato en el que el transportista se obliga a un resultado, como afirma PETIT LAVALL (2): «el traslado del pasajero indemne y en el tiempo pactado».

El transportista debe cumplir con su obligación de realizar el traslado en las condiciones pactadas entre las que como decimos se incluye hacerlo el tiempo señalado. En consecuencia, del contrato derivan un entramado de derechos y obligaciones para las partes contractuales. Aquí abordaremos exclusivamente si el incumplimiento del transportista de informar al pasajero correctamente sobre el embarque, cuando se retrasa un vuelo, da derecho para exigir responsabilidad por daños y perjuicios.

Uno de los problemas que con más frecuencia nos afecta cuando iniciamos un viaje es el retraso en la llegada a nuestro punto de destino. Cuando precisamente uno de los motivos que el pasajero tiene en cuenta para elegir el transporte aéreo es el ahorro de tiempo, el retraso puede producirnos no sólo graves trastornos y molestias, sino daños, tales como (pérdidas de enlaces, días de vacaciones), además de una gran frustración, a lo que podemos

(1) Por todos, vid. GUERRERO LEBRÓN, M.ª J., *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Valencia, 2004, pág. 99.

(2) Vid. PETIT LAVALL, M.ª V., con abundante referencia bibliográfica, ver sobre este punto, «El retraso en el transporte aéreo de pasajeros», en *Derecho de los Negocios*, pág. 3, noviembre, 2003.