



## ¿ALGUNA NOVEDAD EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RECIENTE?\*

*Blanca Aparicio Araque*

*Becaria de Investigación Máster Universitario Santander  
Universidad de Castilla la Mancha*

*Fecha de publicación: 18 de julio de 2024*

Para comenzar, el objeto de este comentario es analizar si en la última resolución dictada en materia de consentimiento informado existe alguna novedad respecto a la jurisprudencia anterior. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Supremo núm. 3544/2024<sup>1</sup>. Como antecedentes previos hemos de indicar que el demandante se trata de un paciente al que se le practica una laminotomía cervical el 13 de octubre de 2011, y pasadas menos de dos semanas, debido a un empeoramiento, se le realiza una segunda intervención denominada laminectomía, que resultó exitosa. Sin embargo, a consecuencia de las referidas intervenciones, el demandante padece una grave insuficiencia respiratoria. Al entender que las secuelas que padecía habían sido causa de la intervención del profesional, decide interponer una demanda que condenase de forma solidaria tanto al profesional que se encargó de su intervención, como al centro hospitalario.

Una vez superadas las instancias requeridas, habiendo sido desestimados sus recursos, en el recurso de casación el demandante alega nuevamente que el consentimiento informado no reunía los requisitos exigibles legalmente, por cuanto el documento no estaba firmado en el reverso, no informaba al paciente del cambio de operación, así como no advertía los riesgos de esa intervención novedosa y se reducía a un mero formulario con temas manuscritos<sup>2</sup>. El fallo del tribunal es el siguiente: por un lado, el hecho de que la

---

\* Este trabajo es parte del Proyecto de I+D+i PID2021-128913NB-I00, titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa” dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato, del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 “El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final” cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García y de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN- 34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

<sup>1</sup> STS (Sala de lo Civil, 1ª) núm. 908/2024, ROJ: STS 3544/2024, N° Recurso: 3271/2019.

<sup>2</sup> En este sentido, cabe destacar que lo que verdaderamente constituye el motivo de casación es la existencia responsabilidad por infracción de la les artis “formal”, que se traduce en ese déficit en el consentimiento



documentación que contiene el consentimiento informado no esté firmada por ambas caras es irrelevante, ya que la propia configuración del documento está preparada para que la firma del paciente figure en el anverso. Además, se firman dos documentos (sin prevalecer uno sobre otro), y con el documento firmado el 11 de octubre el paciente queda debidamente informado de los tratamientos o intervenciones a los que iba a ser sometido, así como de sus riesgos, sin que el uso de un término u otro tenga trascendencia cuando los procedimientos y los riesgos son muy similares. Como normativa aplicable al caso destacan 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 y también hemos de hacer referencia a la normativa catalana, como es la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica.

A continuación, pese a que esta sentencia no varíe en demasía del criterio jurisprudencial que se viene siguiendo, si cabe destacar algunos matices novedosos. En primer lugar, la sentencia ahonda, sin decirlo, en la línea clave de la doctrina jurisprudencial sobre el consentimiento informado: es un proceso (fundamental y obligatoriamente oral), no un documento. Si de la prueba aportada al proceso (no importa por quién, incluso puede ser presuntiva) se deriva que existió un proceso deliberativo capaz de hacer comprender los riesgos de la intervención, existe información y es válido el consentimiento informado. El carácter escrito no es un requisito ad solemnitatem. A menudo, se entiende por el Tribunal Supremo que un documento demasiado técnico, prolijo, detallado y catastrofista no es válido, porque es un consentimiento informado “asustado”, no informado<sup>3</sup>.

En segundo lugar, es interesante comentar el extremo del cambio de técnica quirúrgica cuando entre el consentimiento inicial y una segunda intervención se produce una variación. Esto se discute en la sentencia del TSJ de Castilla y León<sup>4</sup>, donde se afirmó que no comporta infracción del deber de información si la segunda intervención es necesaria habida cuenta del resultado de la primera, y el riesgo es similar a la técnica inicialmente elegida. La doctrina también se ha pronunciado al respecto, precisando qué sucede en los casos de hallazgo médico, es decir, en aquellos casos en los que se descubre

---

informado. Para ello debe existir un riesgo típico, sobre el que no se ha informado adecuadamente al paciente. Recordemos que esta doctrina es incompatible con la caracterización del daño como riesgo típico de la intervención. Si es uno de los riesgos típicos, no puede ser un daño desproporcionado, por lo que esta sentencia confirma la progresiva tendencia al abandono de la doctrina del daño desproporcionado. Véase en este sentido. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., Problemas de inseguridad jurídica en responsabilidad médicosanitaria: identificación y cuantificación del daño. Relación de causalidad, *Responsabilidad civil y seguro: Cuestiones actuales*, Mariano José Herrador Guardia (dir.), 2018, págs. 361-455.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. Comentario a la STS 8 abril de 2016. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, N° 102, 2016, págs. 475-488.

<sup>4</sup> STSJ de Castilla y León (Sala C-A) núm. 2430/2014, de 26 de noviembre. JUR 2015/29801.



una afección para la cual se necesita otra cirugía o una modificación de la que había sido planificada. En estos casos habrá que preguntarse si dicha eventualidad se había contemplado en el documento de consentimiento informado. En caso de que no se contemple, y el paciente se encuentre en condiciones de capacidad, se le deberá proporcionar la nueva información y se estará a lo que decida el paciente<sup>5</sup>.

En tercer lugar, en este ámbito hay mucha confusión entre la responsabilidad contractual y extracontractual. De hecho, se sigue aludiendo a la farragosa doctrina de la unidad de culpa civil. Pero lo cierto es que el actor recurrente se refiere a responsabilidad contractual en relación con ambos, cuando lo más seguro es que se contratase con la Clínica Teknon (deudor contractual), la cual designó a su auxiliar en el cumplimiento (el cirujano, frente al cual, la acción es extracontractual). En cuanto a la responsabilidad extracontractual médicosanitaria derivada de los defectos de consentimiento informado prestado por el paciente, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016<sup>6</sup>, en la que considera que para que surja el derecho a la misma es precisa la omisión o deficiencia del consentimiento informado, que se traduce en una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado.

En cuarto lugar, el Tribunal Supremo utiliza el criterio de la doctrina de la imputación objetiva, y en concreto, el de la “prohibición de regreso”, aludiendo al distinto tratamiento en casación de la causalidad material (excluida) y la jurídica<sup>7</sup>. Ahora bien, ha de negarse la imputación objetiva del daño cuando se haya aludido a la conducta dolosa o gravemente negligente de un tercero, salvo que dicha conducta se haya favorecido de forma significativa por la actuación del demandado<sup>8</sup>.

En quinto lugar, hemos de destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>9</sup> consideró que existía vulneración del derecho del paciente en una sentencia española que dio por bueno un consentimiento no escrito, entendiendo lo siguiente: si la ley española exige consentimiento por escrito, la sentencia que dé por bueno el oralmente otorgado ha de motivar por qué en ese caso ha de considerarse suficientemente probado.

---

<sup>5</sup> MUÑOZ MOYA, C., El consentimiento informado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual médico-sanitaria, Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Nº 77 (Primer Trimestre), año 2021, págs. 63-64. En este mismo sentido se pronuncian en ROMERO MALANDA, S. Consentimiento informado., ROMEO CASABONA, C.M. (dir.), NICOLÁS JIMÉNEZ P., (COORD.) Manual de bioderecho (adaptado para la docencia en ciencias, ciencias de la salud, ciencias sociales y jurídicas), ed. Dykinson, Madrid, 2022, pág. 95.

<sup>6</sup> TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 227/2016, de 8 de abril, RJ 2016/1328.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., Problemas de inseguridad..., cit., págs. 361-455.

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> TEDH (Sección 3ª), Caso Reyes Jiménez contra España, sentencia de 8 de marzo de 2022.