

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE Y DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Felio José Bauzá Martorell
Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO: I. Responsabilidad patrimonial en España, una institución de construcción jurisprudencial. II. Necesidad de que los formularios que informan de los riesgos inherentes sean específicos. III. La autonomía de la voluntad en la asistencia a partos naturales. IV. Daños morales por el nacimiento de hijos discapacitados o por embarazos no deseados. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

RESUMEN

Al no existir en nuestro ordenamiento jurídico una teoría general sobre la responsabilidad patrimonial, el análisis de esta institución se fundamenta en resoluciones jurisprudenciales y dictámenes consultivos, a partir de la casuística.

En materia sanitaria y pese al incremento progresivo de reclamaciones en los últimos años, existen elementos de la responsabilidad que siguen planteando matices y adaptaciones, como es el caso del consentimiento informado.

En la presente comunicación analizamos tres supuestos en los que el documento de consentimiento informado presenta especialidades que escapan a la regla general.

PALABRAS CLAVE

Documento de consentimiento informado, formulario, parto natural, embarazo no deseado.

I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN ESPAÑA, UNA INSTITUCIÓN DE CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL

No es posible entender la responsabilidad patrimonial en España sin leer la obra de referencia sobre los orígenes de esta institución en nuestro país, Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, de GARCÍA DE ENTERRÍA¹.

En efecto y pese al estudio exhaustivo doctrinal², no otros antecedentes se encuentran en España sobre la materia, anclada tradicionalmente en la cláusula general de que “the King can do not wrong”.

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*. Civitas. Madrid, 2006.

2 SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*. Iustel. Madrid, 2006.

Fue el Maestro Don Eduardo quien -con ocasión de la redacción de la Ley de Expropiación Forzosa- introdujo en el ordenamiento jurídico el deber de la Administración de indemnizar toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 121).

De forma prácticamente literal, esta redacción se incorporó a la Constitución de 1978 (art. 106.2)³ y a su vez a la LRJ-PAC (art. 139.1) y la LRJSP (art. 32.1).

Pero más allá del dato positivo de la Norma, no es menos cierto que la casuística dificulta y hasta impide el diseño de una teoría general de esta materia, abocada a (1) la construcción jurisprudencial y consultiva de la responsabilidad patrimonial a golpe de sentencias y dictámenes, y (2) a la consabida evolución de los criterios y pareceres que permiten indemnizar a las víctimas de daños antijurídicos.

Con su clarividencia habitual, en un lejano 1975 Alejandro NIETO ya aventuraba que la responsabilidad patrimonial se encontraba muy próxima a una lotería, de manera que no había que extrañarse que dos casos idénticos recibieran soluciones distintas no ya entre diferentes Órganos jurisdiccionales, sino entre el mismo Tribunal en momentos distintos⁴.

Cuatro décadas más tarde, esta dificultad ha crecido exponencialmente como consecuencia del crecimiento deslavazado de entidades y organismos públicos, así como de los Órganos jurisdiccionales y consultivos que deciden o informan, respectivamente, reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

En este sentido la falta de una teoría general sobre responsabilidad patrimonial, tantas veces demandada⁵, acrecienta la inseguridad jurídica y alimenta la naturaleza de envite o azar de esta institución. Más aun, la falta de un corpus normativo sujeto a una interpretación estable ocasiona no pocos problemas de inseguridad en la actuación de empleados públicos

3 La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial dio lugar a un interesante debate doctrinal entre la concepción sancionadora de la responsabilidad y su consideración reparadora. Vid. GARRIDO FALLA, F. <<La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado>> *Revista de Administración Pública* núm. 119. Mayo-agosto 1989.

4 NIETO, A. <<La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado>>. *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 4. 1975. Págs. 90-95.

5 BAUZÁ MARTORELL, F. J. *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*. Civitas. Madrid, 2017.

-ya sea personal facultativo o muy especialmente fuerzas y cuerpos de seguridad⁶- y hasta de sobre actuación.

En el ámbito sanitario el derecho de daños se articula objetivamente en torno a la estandarización de actuaciones a través de protocolos de actuación, que delimitan el alcance y contenido de la *lex artis ad hoc*: cualquier actuación al margen o contraria a la *lex artis* se convierte *per se* en antijurídica, ocasionando el deber de indemnizar.

No obstante lo anterior, lejos de clarificarse el régimen de la responsabilidad, sigue habiendo -fruto de la casuística- matices y aristas que ocasionan soluciones originales.

En consecuencia y pese a la existencia de análisis rigurosos en la materia⁷, a continuación vamos a analizar supuestos específicos del documento de consentimiento informado, que se sitúan *extra muros* de los casos convencionales de responsabilidad sanitaria.

El denominado consentimiento informado encuentra su fundamento en los principios de autodeterminación de la persona y de respeto a su libertad personal y de conciencia, que persigue dar al paciente toda la información necesaria y precisa para permitir al enfermo optar entre las diversas posibilidades que se presenten de acuerdo con sus intereses personales y consentir las prácticas médicas y quirúrgicas que se le realizarán.

6 Santamaría Pastor se pregunta “¿Cómo ha de materializarse el desalojo de un inmueble, en caso de oposición violenta y activa de sus ocupantes? ¿O la entrada en un domicilio, cuando los agentes están provistos de una autorización judicial? ¿O la represión de una manifestación ilegal, si los agentes son agredidos por los manifestantes? ¿O la desobediencia abierta de la orden de detenerse por un agente de tráfico? ¿Cuánto tiempo pueden detenerme y qué exigencias pueden formularme? Nada de esto se regula en nuestras leyes, que huyen espantadas de toda referencia al empleo de la fuerza, lo cual neutraliza la actuación de los agentes prudentes y somete a cualquier tipo de arbitrariedad ejercida por quienes carecen de esta virtud”. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. <<Panorámica general de la reforma del procedimiento administrativo>>. En BAUZÁ MARTORELL, F. J. (Coord.) *La reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público*. Instituto de Estudios Autonómicos de Baleares. Colección debates núm. 4. Palma de Mallorca. Pág. 20.

7 MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Madrid. Civitas, 2000. 340 págs. Del mismo autor, <<Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)>> *Revista Española de Derecho Administrativo*, ISSN 0210-8461, N° 140, 2008, págs. 629-652

II. NECESIDAD DE QUE LOS FORMULARIOS QUE INFORMAN DE LOS RIESGOS INHERENTES SEAN ESPECÍFICOS

El consentimiento informado se incluye entre los principios básicos 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, exigiendo su art. 2.6 que todo profesional que intervenga en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

En la definición de consentimiento informado que contiene el art. 3 de la Ley 41/2002 -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- se aprecia que en el mismo confluyen dos factores esenciales: la información al paciente y su participación en la toma de decisiones que afecten a su salud.

Con frecuencia la problemática en torno al consentimiento informado consiste en si la información proporcionada al paciente resulta suficiente o no como para calificar de clamoroso o desproporcionado el daño sufrido. Toda vez que –al decir de la jurisprudencia- la Administración sanitaria no puede erigirse en una aseguradora universal y que el estado previo de salud del paciente o una complicación quirúrgica imprevisible pueden ocasionar una ruptura del nexo causal, debe tenerse presente que el daño, aun siendo gravísimo, no tiene por qué ser clamoroso.

Así, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, en Sentencia 807/2018, de 21 de mayo de 2018 (rec.1976/2016) señala expresamente que:

como también dijimos en la citada Sentencia de 22 de julio de 2015, la aplicación de esta doctrina no se produce automáticamente por la sola presencia de un gravísimo resultado, sino que requiere que exista nexo causal entre la producción de un resultado desproporcionado con la patología inicial del paciente y la esfera de actuación de los servicios sanitarios, que el daño producido no constituya una complicación o riesgo propios de la actuación médica y que no

se haya acreditado la causa de la producción de ese resultado, es decir, que la doctrina del daño desproporcionado no es aplicable cuando, como en el caso de autos, el resultado puede obedecer a un riesgo o a una complicación inherente al acto médico y/o se pueden explicar los hechos a través de las pruebas practicadas en el proceso, ya que la esencia de la doctrina no está en el hecho “físico” de que el resultado sea desproporcionado a lo que se esperaba (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013).

En este caso, no puede considerarse acreditado que el resultado dañoso se haya de imputar necesariamente a una mala praxis por parte de los Facultativos del Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario “La Princesa”, durante la intervención quirúrgica realizada a la demandante. Y ello porque, de la pericial practicada a instancia de la mercantil codemandada, se extrae que la perforación del globo ocular puede considerarse propiamente como una complicación contemplada como propia en una intervención con técnica “ciega” como la que aquí se practicó, estando informado en Literatura médica que puede ocurrir; y no necesariamente debido a una defectuosa técnica quirúrgica, en el 1 por mil de los casos, en 1 paciente por cada 4.200, según las estadísticas más favorables.

No obstante lo anterior, un error frecuente en las intervenciones quirúrgicas consiste en hacer entrega al paciente de un documento genérico de consentimiento informado, cuando el mismo debe ser específico de la intervención de que se trate. En este sentido, no se trata de analizar si la información es suficiente, sino si es específica del tratamiento o la intervención quirúrgica concreta.

El Tribunal Supremo viene sosteniendo de manera reiterada que en efecto “se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad” (Sentencias de 19 de septiembre de 2012, de 29 de junio de 2011, de 1 de febrero de 2008 y de 18 de junio de 2004).

Y ello es así porque, al decir del Alto Tribunal, 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. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada —puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente— y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar de acuerdo con un juicio de razonabilidad un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica —no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión—, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Tal es el caso de los Dictámenes 123/2018 y 149/2016 del Consejo Consultivo de Baleares, que analiza sendas reclamaciones de responsabilidad patrimonial por cuanto —pese a existir documento de consentimiento informado suscrito por la víctima del daño— en cambio este documento era genérico y no recogía los riesgos típicos o inherentes de una intervención de cadera aprobado por la Sociedad Española de Traumatología.

En este sentido la doctrina consultiva focaliza la *lex artis* en un sentido material y no meramente formal del consentimiento del paciente. Así, un modelo normalizado, pese a ser exhaustivo, al no valorar el concreto estado de salud del paciente no sirve a la finalidad de ofrecerle los datos que le permitan una libre elección. En este sentido el Consejo Consultivo de Madrid señala en su Dictamen 207/2012, de 11 de abril, que “la obtención de información por el paciente y su prestación del consentimiento informado son cuestiones que no han de quedarse en la mera formalidad de aportar al expediente un documento suscrito más o menos detallado sobre los riesgos o complicaciones posibles sino que realmente ha de plantearse si materialmente se ha privado al paciente de la facultad de decidir sobre su salud con información adecuada y suficiente”.

Dicho lo anterior, procede plantearse cuál es el daño indemnizable, y de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Contenciosa Administrativa de 3 de enero de 2012, entre otras), en los supuestos de infracción de la *lex artis* formal por inexistencia o defecto en el consentimiento informado, la indemnización no lo es tanto de las lesiones y secuelas físicas por las que se

reclama, sino que lo que se valora es el daño moral derivado de la privación del derecho de autodeterminación del paciente (a elegir, por ejemplo, alternativas distintas al tratamiento o intervención a la que se sometió).

III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ASISTENCIA A PARTOS NATURALES

Otra variación del documento de consentimiento informado tiene lugar con ocasión de la asistencia a partos de los que previamente no existe ninguna situación de riesgo. La pregunta concreta es: ¿hace falta que la mujer firme un documento de consentimiento informado?

En este punto la jurisprudencia se muestra vacilante y no en vano existe una línea que defiende que el parto natural no constituye una intervención quirúrgica y en consecuencia no entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Autonomía del Paciente.

Así, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, en Sentencia de 24 de septiembre de 2012 (rec. 6137/2011) no deja lugar a dudas al afirmar que:

en lo relativo al consentimiento informado, tercer motivo de casación, también debemos mantener la tesis de la Sala de instancia. Para ello basta resaltar que se hace un examen de la normativa aplicable para concluir que no era necesario, en el caso concreto, la constancia documental del consentimiento informado, sustancialmente por cuanto el parto se produjo de manera natural, por lo que estamos ante un acto médico que no se califica de intervención. Y el hecho de que el parto se produjera de forma natural, entendemos es decisivo en este caso, no siendo necesario documentar el consentimiento prestado.

Este criterio es seguido por la Sentencia de 1 de junio de 2012, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S.J. de Castilla-León; por la Sentencia de 9 de octubre de 2012, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S.J. de Andalucía y por la Sentencia de 5 de mayo de 2014 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S.J. de Madrid.

No obstante lo anterior, a favor de la exigencia del documento de consentimiento informado en el parto natural se encuentra la sentencia del T.S.J. de

Baleares 509/2009, de 1 de julio de 2009 en los términos siguientes:

así pues y sin desconocer la particularidad del hecho del parto y de los matices de ese consentimiento, que consideramos distintos a los de otras actuaciones médico quirúrgicas que pueden presentarse por distintas dolencias, no obstante, la entidad de los riesgos que puede generar ese hecho fisiológico y la necesidad de prácticas que producen morbilidad para la vida del feto y la gestante, exigen que deba realizarse, como ya de hecho se está realizando en la actualidad. Y la circunstancia de que a partir del año 2003 la SEGO recomendará el uso de ese consentimiento informado durante la asistencia al parto, no implica que en el año 2001 y conforme al artículo 10 de la Ley 14/1986 vigente, los centros sanitarios no tuvieran también la obligación de impartir ese consentimiento informado, para que las parturientas supieran todas las opciones y alternativas posibles que podían tener en el momento del alumbramiento, y consentir con entera libertad las consecuencias que pudieran derivarse del hecho fisiológico y natural que se produce con la expulsión del feto del claustro materno.

Por ello la Sala concluye que el defecto del consentimiento informado es un incumplimiento de la «lex artis» y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, que constituye supuesto o causa de responsabilidad patrimonial.

En este punto resulta obligado traer a colación el Dictamen 159/2016, de 21 de noviembre de 2016, del Consejo Consultivo de Baleares, que analiza una reclamación de responsabilidad patrimonial por mala praxis médica en un parto en el que el recién nacido padeció distocia de hombros y parálisis braquial, originando una discapacidad de un 42%. Lo llamativo del caso es que el parto de produjo en la semana 41+6 de gestación y que se cometió un error en la determinación del peso del feto⁸.

Este dictamen concluye por mayoría que la falta de consentimiento informado no constituye una infracción de la *lex artis*. Sin embargo, no puede dejar de atenderse el razonamiento que formula el voto particular, que –con fundamento en protocolos

específicos⁹ y jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰, considera que en este caso concreto se ha privado a la parturienta de su autonomía de voluntad:

la falta de información sobre los riesgos inherentes al embarazo más allá de las 40 semanas, supuso una privación a la reclamante del derecho a optar entre finalizar la gestación antes de la semana 42^a (dio a luz a las 23,38h del día 41+6), y supuso por lo tanto, la privación del derecho de libre elección entre las dos alternativas ante un embarazo en vía de prolongación, escogiendo en la práctica el centro médico una de las dos opciones (mantener una conducta expectante hasta la semana 42), con infracción por lo tanto de la Ley 41/2002, que garantiza el derecho de información y autonomía del paciente.

⁹ Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia “Control prenatal del Embarazo normal” y “Embarazo cronológicamente prolongado”, y documento “Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva” del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

¹⁰ El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6^a, en Sentencia de 20 de abril de 2005 (rec. 3831/2001) analiza una reclamación de responsabilidad en un caso de amniocentesis. No se recabó consentimiento informado, que impidió a la paciente ejercitar su derecho a la libre opción con pleno conocimiento de los riesgos, los cuales resultaban superiores al haber sido objeto de cuatro punciones consecutivas, todas ellas fallidas. El feto falleció como consecuencia de las punciones: “Como esta Sala tiene declarado en sentencia de 4 de abril de 2000, toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias, y entre otros aspectos, derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados información completa y continuada verbal o escrita sobre el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad vigente en el momento de la realización de la prueba, así como a la libre elección entre las opciones que le presenta el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, de conformidad con lo que dispone el apartado 6 de dicho precepto excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones en cuyo supuesto el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas, y, finalmente, a que quede constancia por escrito de todo su proceso.

Se le dio así realidad legislativa hace años al llamado consentimiento informado, estrechamente relacionado con el derecho de autodeterminación del paciente, característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas y que en la fecha en que se realizó la prueba de amniocentesis estaba plenamente vigente.

Y es que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento, como decíamos en la sentencia antes citada, puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos, por lo que la inexistencia de tal consentimiento, que la ley exige que ha de realizarse con constancia escrita, constituye ya de por sí una mala praxis *ac hoc*, como tenemos declarado en reiterada doctrina de esta Sala de la que es ejemplo la sentencia de 26 de febrero de 2004 aun cuando tal mala praxis no puede por sí misma dar lugar a la responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente”.

⁸ En la última ecografía realizada la semana anterior al parto se apuntó un peso de 3.450 grs., cuando realmente el peso al nacer fue de 4.300 grs.

De acuerdo a las recomendaciones y protocolos a los que se ha hecho referencia, debería haberse entregado a la gestante a partir de la semana 40 documento informativo explicativo de las diferentes opciones, indicación de la preferencia de la SEGO de finalizar la gestación a partir de la semana 41+0, dejar constancia de lo anterior en la historia clínica, en especial si la paciente decide optar por la actitud expectante hasta la semana 41+6.

En consecuencia a mi juicio sostengo que efectivamente un parto natural no constituye en sí mismo una intervención quirúrgica, si bien sí trata de una asistencia médica en la que la paciente asume un riesgo inevitable y en cualquier caso, si existe una incidencia detectable antes del parto (peso excesivo, posición del feto...) la *lex artis* debe comprender el ofrecimiento a la paciente de la valoración de las circunstancias, el protocolo para evitar o minimizar el riesgo, y su asunción por la paciente.

IV. DAÑOS MORALES POR EL NACIMIENTO DE HIJOS DISCAPACITADOS O POR EMBARAZOS NO DESEADOS

Por último otra cuestión particular que analizamos en la presente comunicación consiste en la forma de valorar los daños morales como consecuencia del nacimiento de hijos discapacitados o fruto de embarazos no deseados.

En ambos casos, ya sea porque la paciente no tuvo información acerca de que el niño sufría una discapacidad, o que resultó embarazada después de someterse a una intervención de esterilización, tanto la jurisprudencia como la doctrina consultiva coinciden en señalar que el nacimiento de un hijo no constituye un daño en sí mismo, y que en todo caso sí podría valorarse el daño moral sufrido por los padres por haberseles privado de su autonomía de la voluntad para interrumpir el embarazo en los casos legalmente previstos.

El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, en Sentencia 664/2018, de 24 de abril de 2018 (rec.33/2016) sostiene que:

la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que “el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la <lex artis> y revela una manifestación anormal del servicio sanitario. No solo puede

constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.” (STS de 22 de junio de 2012, recurso de casación 2506/2011, con abundante cita). Ahora bien, a los efectos de indemnización, esa misma jurisprudencia se ha cuidado de señalar que en tales supuestos, no procede la indemnización por el resultado del tratamiento, si este fue, como se ha concluido en el caso de autos, conforme a la “lex artis” (sentencias de 27 de diciembre y 30 de septiembre de 2011, y de 9 de octubre de 2012; dictadas en los recursos de casación 2154/2010, 3536/2007 y 5450/2011). Porque lo procedente en tales supuestos es, como acertadamente concluye la Sala de instancia, la fijación de una indemnización sobre la base del daño moral que se haya ocasionado, para lo cual se ha de atender a las circunstancias del caso; circunstancia que en el supuesto ahora enjuiciado no puede desconocer ni la situación del paciente, la necesidad de las intervenciones y la correcta actuación médica, como concluye la Sala de instancia.

Un daño de obligado análisis en este punto consiste en las lesiones o muerte que sufre un bebé en un parto¹¹, o incluso la concepción como error médico por haber fallado una técnica anticonceptiva, que en la doctrina anglosajona se conoce como *wrongful birth* o *wrongful life*¹².

En sede civil la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil 479/2015, de 15 de septiembre de 2015 (rec.2675/2013) analiza la reclamación de unos padres frente a la compañía aseguradora (inicialmente también frente al médico) por el nacimiento

11 Estos daños han llamado la atención del TEDH, que en Sentencia de 30 de agosto de 2016 (caso Aydogdu c. Turquía) califica como violación del art. 2 del CEDH por cuanto que durante el parto se han apreciado deficiencias estructurales del sistema hospitalario de Izmir. BOUAZZA ARIÑO, O. <<Responsabilidad por deficiencias estructurales de los hospitales públicos>> *Revista de Administración Pública* núm. 202. Enero-abril 2017. Págs. 300 a 301. Del mismo autor, *vid.* también <<La salud en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos>> *Derecho y Salud*, 25-2. 2015. Pág. 139 y ss.

12 MARTÍN CASALS, M. –SOLÉ FELIU, J. <<Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos>>. InDret, julio de 2001. Pág. 2. MACÍA MORILLO, A. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

de un niño con malformaciones congénitas que no se habían detectado durante la gestación. La Sentencia reconoce el derecho a la indemnización de los padres por el daño moral ocasionado, si bien descarta que se haya producido un daño al menor “ya que esta Sala ha venido considerando, desde la Sentencia de 5 de junio de 1998, que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”.

Por su parte en sede contenciosa en otra Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2012 (rec.6693/2010), el Alto Tribunal desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial en un caso de infartos cerebrales del feto durante el alumbramiento. Los demandantes apelaron al daño desproporcionado y a la presunción de culpa, argumentos que no fueron acogidos por el Tribunal Supremo por tratarse de un riesgo típico del parto: “como hemos expuesto recientemente en la sentencia de 29 de junio pasado, recurso de casación nº 2950/2007: “en todo caso, ni aún por esa vía incidental (del daño desproporcionado) podríamos acoger el motivo, pues esa jurisprudencia, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado desproporcionado, ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (aparición de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción».

En relación al uso de fórceps y el daño que esta técnica puede causar al recién nacido, también la jurisprudencia y la doctrina consultiva vinculan la responsabilidad al daño desproporcionado y la *lex artis*. Así, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 17 de septiembre de 2012 (rec. 6693/2010), que descarta expresamente en su FD cuarto la presunción de culpa por tratarse de un riesgo típico:

“La parte recurrente asimismo cita la doctrina del daño desproporcionado, en cuanto a su desconocimiento por la sentencia recurrida y la presunción de culpa, pero en modo alguno puede acogerse, por cuanto a pesar del gravísimo

cuadro de secuelas que presenta el menor, no estamos en presencia del mismo, porque como hemos expuesto recientemente en la Sentencia de 29 de junio pasado, recurso de casación nº 2950/2007: “en todo caso, ni aún por esa vía incidental (del daño desproporcionado) podríamos acoger el motivo, pues esa jurisprudencia, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado desproporcionado, ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (aparición de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción». En el caso presente, el sufrimiento fetal o la pérdida de bienestar fetal del feto representa una situación de riesgo muy grave, que motiva la actuación médica en las posibilidades que permitan avanzar y terminar el parto y, que puede generar daños que entran, desgraciadamente, dentro de los escenarios posibles que los avances de la ciencia médica no han podido desterrar del todo ni aun utilizando los mejores de los profesionales ni las posibilidades de detección más avanzadas. No hay daño desproporcionado atendiendo al resultado, ya que el mismo entra dentro de una esfera posible que se ha de evitar pero que no es posible en todos los casos, como desgraciadamente ha ocurrido”.

En cambio el Tribunal Supremo sí aprecia responsabilidad por culpa presunta en el caso del menor que sufre asfixia durante el parto, que le provoca retraso mental y epilepsia. Este es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 27 de junio de 2008 (rec.3768/2004): “la única conclusión que un observador razonable puede extraer de estos hechos es que algo debió ocurrir para que, siendo el feto normal, las cosas se torcieran; y lo que es indiscutible es que ese algo ocurrió estando ya la madre ingresada en el hospital y, por tanto, directamente al cuidado de la Administración. Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión

indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido. Lo único que ha proporcionado son informes periciales, elaborados años más tarde, según los cuales no se darían todas las características habitualmente exigidas para hablar de asfixia perinatal” (...) Sólo esto no es suficiente para deshacer la convicción razonable de que algo grave ocurrió estando ya la recurrente ingresada en el hospital. Ello basta para concluir que el hijo de la recurrente sufrió un daño imputable a la Administración”.

V. CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial de la Administración no es una institución jurídica más del derecho público, sino que tiene una importancia que va más allá de la concreta reclamación.

La crisis expansiva que ha experimentado la responsabilidad patrimonial en los últimos años, especialmente la sanitaria, ha tenido efectos de todo signo: ha configurado una disciplina con autonomía, el derecho de daños; ha repercutido en los presupuestos generales, que contemplan anualmente una partida destinada a hacer frente a las eventuales reclamaciones; organizativamente se han creado unidades administrativas de responsabilidad patrimonial; ha obligado a las Administraciones a suscribir millonarias pólizas de seguro; y, por último, y más preocupante, obliga a los empleados públicos a tomar precauciones en el ejercicio de sus funciones que pueden comprometer el interés general.

Los vaivenes de la jurisprudencia a la hora de calificar la responsabilidad patrimonial como objetiva o subjetiva, los diferentes criterios, la construcción de esta teoría a golpe de sentencias y resoluciones, todo ello aconseja –con SANTAMARÍA PASTOR– a plantear una reconsideración total del sistema¹³. A los juristas nos invade una sensación de desbordamiento y de inseguridad, derivadas del casuismo muchas veces contradictorio¹⁴.

13 SANTAMARÍA PASTOR, J. A. Prólogo al libro de DE AHUMADA RAMOS, F. J. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*. Thomson Reuters –Aranzadi. 2ª ed. Madrid, 2004. Págs. 25 a 35.

14 MARTÍN REBOLLO, L. <<Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones>> *Revista de Administración Pública* núm. 150. Septiembre-diciembre 1999. Pág. 327.

En efecto por el funcionamiento normal del servicio público se han generado en múltiples ocasiones derechos indemnizatorios. Esta circunstancia ha despertado todo tipo de críticas doctrinales, y no en vano YZQUIERDO TOLSADA llegó a calificar hace unos años el sistema español de responsabilidad de las Administraciones Públicas como un sistema que “repara daños que muchas veces no encontrarían reparación si su autor fuera un empresario privado y que se aproxima más a las normas de asistencia social que a las que deben regular la responsabilidad civil de manera sensata”¹⁵.

Por su indudable vinculación a la autonomía del paciente, el consentimiento informado constituye una pieza esencial del cumplimiento de la *lex artis*, y –como se ha visto– no puede simplificarse en un alarde de reduccionismo a la presentación de un formulario tipo ante una intervención quirúrgica *strictu sensu*. Antes al contrario, el documento debe ser específico de la intervención a que el paciente se somete, al tiempo que cualquier incidencia previsible en una asistencia médica que no sea en puridad una intervención quirúrgica, asimismo debe contar con el consentimiento del paciente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAUZÁ MARTORELL, F. J. *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*. Civitas. Madrid, 2017.
- BOUZZA ARIÑO, O. “Responsabilidad por deficiencias estructurales de los hospitales públicos” *Revista de Administración Pública* núm. 202. Enero-abril 2017. Págs. 300 a 301.
 - “La salud en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Derecho y Salud*, 25-2. 2015. Pág. 139 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*. Civitas. Madrid, 2006.
- GARRIDO FALLA, F. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del

15 YZQUIERDO TOLSADA, M. *La responsabilidad civil por actividades médicas*. Ponencia leída en el Congreso de Responsabilidad Civil celebrado en La Coruña en junio de 2003.

Estado” *Revista de Administración Pública* núm. 119. Mayo-agosto 1989.

- MACÍA MORILLO, A. “*La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

- MARTÍN CASALS, M. –SOLÉ FELIU, J. “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”. *InDret*, julio de 2001.

- MARTÍN REBOLLO, L. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”. *Revista de Administración Pública* núm. 150. Septiembre-diciembre 1999.

- MIR PUIGPELAT, O. “*La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad.*” Madrid. Civitas, 2000. 340 págs.

- “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, ISSN 0210-8461, N° 140, 2008, págs. 629-652

- NIETO, A. “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”. *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 4. 1975. Págs. 90-95.

- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. “*Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*”. Iustel. Madrid, 2006.

- “Panorámica general de la reforma del procedimiento administrativo”. En BAUZÁ MARTORELL, F. J. (Coord.) *La reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público*. Instituto de Estudios Autonómicos de Baleares. Colección debates núm. 4. Palma de Mallorca. Pág. 20.

- Prólogo al libro de DE AHUMADA RAMOS, F. J. “*La responsabilidad patrimonial de la Administración*”. Thomson Reuters – Aranzadi. 2ª ed. Madrid, 2004. Págs. 25 a 35.

- YZQUIERDO TOLSADA, M. “*La responsabilidad civil por actividades médicas*”. Ponencia leída en el Congreso de Responsabilidad Civil celebrado en La Coruña en junio de 2003.