

## EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.

### M. Montserrat Cunillera Busquets.

Profesora de la Escuela de práctica Jurídica del Iltre. Colegio de Abogados de Sabadell. Letrado, Jefe del Servicio de Gestión Tributaria del Ayuntamiento del Vendrell. Letrada de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Sabadell (en excd).

La génesis estructural del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su concepto angular en la noción de imputabilidad. Y tanto si se trata de una imputabilidad subjetiva, es decir, basada en la idea de culpa, como si se trata de una imputabilidad objetiva, basada en la idea de riesgo: la doctrina de la “falta del servicio” ha venido sirviendo de término mediador entre ambos planteamientos<sup>1</sup>.

Recuérdese, que el principio de Responsabilidad Patrimonial proclamado en el artículo 106 de la Constitución, en cuanto manifiesta que “los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, conlleva un derecho de los llamados de configuración legal. Es decir, que no se trata de un derecho que derive directamente de la Constitución, sino que requiere la interposición de una Ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figure en la Ley ordinaria que lo regule, porque tras la primera coma del párrafo transcrito se reconoce el derecho “en los términos establecidos por la Ley”. Y que es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) quien desarrolla las previsiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración (en su Título X, arts. 139 a 146) que se contienen en los arts. 9.3 y 106.2 de la Constitución española.

A tenor del art. 139.1 de la LRJ-PAC *“los particulares tendrán el derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*. Y el artículo 141.1 expresa, entre otros extremos, que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Memoria 2008.

provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, es decir antijurídicos.

No cabe duda que en éste ámbito, con el devenir de los años, se ha pasado poco menos que de una irresponsabilidad a convertir a la Administración Pública, casi, en una aseguradora universal. En este sentido, tanto el Tribunal Supremo como el propio Consejo de Estado han alertado sobre los síntomas de abuso y deformación del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que se pretende utilizar, con el consiguiente daño del erario público y, en último término del interés general, para fines distintos de los que justifican la existencia de dicho instituto.

Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de julio de 2002, ya advierte que *“una interpretación laxa del citado precepto hasta el extremo de convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la más perturbadora para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal, aunque sea por razones tan atendibles jurídicamente como es la de evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave quebranto”*.

La cuestión que se plantea estriba en dónde poner los límites a tan vasta ampliación del ámbito del principio indemnizatorio, asentado sobre la base de la responsabilidad objetiva.

La idea de huir de las tesis maximalistas que en palabras de nuestro Alto Tribunal hay que rechazar se contiene palmariamente en su sentencia de 14 de julio de 2008 donde con extrema contundencia se expresa: *“Hay que rechazar, pues, las tesis maximalistas de cualquier signo, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como las que sostienen su existencia en todo caso”*.

Este alejamiento de las tesis maximalistas podemos comprobar como se ha aplicado también en la cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado en materia sanitaria, donde el Alto Tribunal ha evolucionado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable, a otra, que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento del daño antijurídico.

Nótese, por cuanto riguarda a éste tema que 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 contiene dos supuestos -conectados entre sí, aunque diferentes- relacionados con el derecho a la información en el campo sanitario: la información clínica o asistencial (todo dato que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla) y el consentimiento informado.

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, de forma tal que, su base constitucional enlazaría con el propio reconocimiento de la dignidad de la persona contemplado en el artículo 10.1 de la Constitución, de manera tal que, la información proporcionada a través del conocimiento de los riesgos y alternativas terapéuticas permita al enfermo optar entre las diversas posibilidades que se presenten de acuerdo con sus propios intereses.

Para la primera corriente doctrinal que se anunciaba en líneas precedentes, el derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial de información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica de forma clara y comprensible para el enfermo o para su representante legal, con la advertencia de los riesgos y señalando los posibles tratamientos médicos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención. En consecuencia, se da en la realidad legislativa al llamado «consentimiento informado», estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente una nueva configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas.

En efecto esta línea jurisprudencia hacia pivotar la responsabilidad en el principio de autonomía personal. Así, se afirmaba que al omitir el consentimiento informado, se privaba de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la intervención médica evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica. De este modo se imposibilitaba al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Para esta corriente jurisprudencial dicha situación no podía ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.

Tal doctrina venia afirmando que esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado aún no siendo imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención. A este respecto cabe resaltar tal como indica el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de junio de 2001, remitiéndose a otras sentencias de 3 y 10 de octubre de 2000 (todas ellas de la Sala de lo contencioso-administrativo) que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios, puede radicar singularmente en el ámbito de la asistencia sanitaria, en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, esa inadecuación puede producirse no sólo por incumplimiento de la “lex artis ad hoc” sino también por la inexistencia de consentimiento informado.

Incluso, tal como se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo (Sección Tercera) de 23 de febrero de 2005, el Alto Tribunal ha llegado a declarar que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la lex artis ad hoc (sentencias de 4 de abril de 2000, 3 de octubre de 2000, 2 de octubre de 1997 y 30 de marzo de 2003<sup>2</sup>).

Como se decía la segunda corriente doctrinal afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de consentimiento informado no es indemnizable si no concurre el elemento del daño antijurídico<sup>3</sup>. El Alto Tribunal a pesar de reconocer que la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad.

Tesis, por otra parte, que ya había mantenido el Alto Tribunal en la sentencia de 27 de septiembre de 2001 donde declaraba que: “la falta de información no es “per se” una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido)”. Éste es también el criterio que mantiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de febrero de 2010.

---

<sup>2</sup> Recurso de casación para la unificación de doctrina 118/2003.

<sup>3</sup> Así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, o las de la Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 y 30 de junio de 2009.

