



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Negligencia médica en un
caso de aneurisma cerebral

Neglixencia médica nun caso
de aneurisma cerebral

Medical negligence in a case
of brayn aneurysm

Carla Fuentes Vilas

Tutor: Fernando Peña López

Grado en Derecho

Año 2017

Índice

Abreviaturas	3
1. Antecedentes de hecho	4
2. Sobre la información facilitada al paciente y a sus familiares.....	5
2.1. Caracteres de la información	7
3. Sobre el procedimiento de reclamación en caso de negligencia médica	14
3.1. Procedimiento en vía administrativa	16
3.2. Procedimiento en vía contenciosa	19
3.3. Nacimiento de la responsabilidad patrimonial	19
4. Sobre la validez y eficacia de las Instrucciones Previas.....	28
5. Sobre el titular o titulares de la indemnización.....	35
Bibliografía.....	38

Abreviaturas

AP:	Audiencia Provincial
Art.:	Artículo
CE:	Constitución Española
CI:	Consentimiento Informado
LAP:	Ley 21/2002, de Autonomía del Paciente
LJCA:	Ley 29/1998, de Jurisdicción Contencioso Administrativo
LRJPAC:	Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común
LRJSP:	Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público
S.:	Sentencia
SS.:	Sentencias
SSTS:	Sentencias Tribunal Supremo
STS:	Sentencia Tribunal Supremo
TS:	Tribunal Supremo

1. Antecedentes de hecho

El caso que se presenta para su resolución trata de una mujer de 54 años llamada Carmen, viuda y con dos hijas, Juana y María, que padece de forma habitual de cefaleas.

El día 1 de noviembre de 2016 acude al servicio de urgencias del CHUAC debido a un episodio de cefalea que viene sufriendo con relativa frecuencia. En esa consulta, el doctor de urgencias, el doctor Vázquez, le realiza un TAC craneal y detecta una aneurisma cerebral de 2,5 cm. El neurocirujano (doctor Seco) y el neurólogo (doctor Fandiño) de guardia deciden que la mejor opción es la embolización, aunque le dan el alta médica por indisponibilidad de camas, quedando pendiente la llamada para su intervención.

Pasadas tres semanas, y sin todavía haber llamado a Carmen debido a la indisponibilidad de camas en el complejo hospitalario, Carmen sufre un nuevo episodio de cefalea y entra en coma. Sus hijas llaman al 061 que la conecta a un respirador y la trasladan al hospital. Ya en el hospital, le realizan un nuevo TAC craneal que determina una hemorragia cerebral masiva debido a la aneurisma e informan a las hijas de Carmen de que su madre se encuentra en muerte cerebral irreversible.

Carmen creía que en el futuro podrían existir nuevos tratamientos médicos que prolongasen la vida, por lo que había hecho un testamento vital o documento de instrucciones previas en el que dejaba claro que bajo ningún concepto quería que, llegado el caso de no poder otorgar personalmente el consentimiento, fuese desconectada de la respiración asistida o de cualquier otro procedimiento que le prolongase la vida.

Los médicos informan a la familia que la situación de muerte cerebral en la que se encuentra Carmen es irreversible y que no existen posibilidades de supervivencia por lo que deciden desconectarla, aun en contra de la familia. Finalmente, desconectan la respiración asistida de Carmen y ésta fallece.

A la vista de estos acontecimientos, las cuestiones que se plantean son las siguientes:

- A) Juana, una de las hijas de Carmen quiere emprender acciones legales frente a los facultativos que atendieron a su madre en Urgencias. Por ello se cuestiona por qué no las informaron a ella y a su hermana sobre las dolencias que padecía Carmen. Desde la perspectiva de los doctores, se preguntan los motivos para no informar a la familia y la justificación de que sí informaron a la paciente de la gravedad de la enfermedad.

- B) La otra hija de Carmen, María, considera que su madre ha sido víctima de una negligencia médica por lo que decide solicitar asesoramiento jurídico para iniciar un procedimiento que defienda sus intereses.
- C) Hace tiempo, Carmen había otorgado un documento de instrucciones previas en el que dejaba claro lo siguiente:

“Llegado el momento, no deseo bajo ningún concepto que se me retire la respiración asistida o cualquier otro procedimiento que me prolongue la vida, ya que considero que pueden existir nuevos avances médicos que mejoren mi situación vital”.

En este sentido, se plantea la validez legal de la que dispone ese documento de voluntades anticipadas y si la actuación de los médicos retirando el soporte de respiración asistida en contra de la familia y de la voluntad de Carmen es correcta.

- D) En caso de que María emprenda acciones legales contra los médicos o a la administración y obtenga una indemnización, ¿debería repartir el importe con su hermana Juana?

2. Sobre la información facilitada al paciente y a sus familiares

Para resolver las cuestiones que se plantea Juana resulta necesario estudiar la doctrina y jurisprudencia relativa a la información previa que se ha de facilitar a todo paciente que vaya a someterse a cualquier tipo de intervención.

El derecho de todo paciente a ser informado acerca de la intervención que se le va a practicar se configura como un derecho fundamental de la integridad física y moral de la persona, que tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo.

La información que el personal médico facilita a los pacientes acerca de su estado de salud, junto con el consentimiento del paciente para admitir una intervención sobre

su cuerpo, es lo que se denomina consentimiento informado.¹ Esto es, 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.²

La información previa facilitada por los profesionales médicos junto al elemento personal y al elemento formal, que detallaremos más adelante, es uno de los elementos necesarios para la validez del consentimiento informado. La información facilitada debe ser suficiente para que el paciente sea capaz de otorgar consentimiento con posterioridad sin incurrir en vicios de error o ignorancia.³

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han integrado el deber de información como uno de los deberes de la *lex artis ad hoc* que debe asumir el médico como requisito previo a todo consentimiento, con la finalidad de que el paciente pueda emitir su conformidad de forma efectiva a las actuaciones médicas. Toda obligación médica, como obligación de medios, comprende no sólo la aplicación de los procedimientos o técnicas más modernas y existentes en la ciencia médica, sino también el ofrecer al paciente la información adecuada en cada caso, que le permita tomar una decisión libre y soberana sobre una actuación concreta en el ámbito de su salud.⁴

En este sentido, toda persona tiene, entre otros aspectos, derecho a recibir en términos comprensibles, él y sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención; y finalmente a que quede constancia por escrito de todo su proceso.⁵ También en el caso de que los medios de que se disponga puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado.⁶

¹ CALVO SÁNCHEZ, M-D./ HERNÁNDEZ RAMOS, M./MARTÍNEZ GALLEGO, E-M./ SALVAT PUIG, J./SANZ MULAS, N., *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012, pp. 2 y ss.

² Art. 3 LAP

³ XIOL RÍOS, J-A., “El consentimiento informado”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, año 2012, nº 14, 2012, pp. 21-84

⁴ BERROCAL LANZAROT, A., en *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos* (ABELLÁN SALORT, J-C., Coord.), Grupo Difusión, Madrid, 2007, pp. 55 y ss.

⁵ STS de 9 de marzo de 2005 (JUR 2005\221933)

⁶ BLANCO PÉREZ-RUBOI, L., “El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, año 2014, nº2, 2014.

La información se configura como un deber para el médico y como un derecho básico para el paciente.⁷ El derecho a ser informado, y a consentir de manera plenamente consciente, se convierte en necesaria concreción del derecho a la integridad física y psíquica. Así, los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley.⁸

En el caso que nos ocupa, nos centraremos en la información que los profesionales médicos deben proporcionar a los pacientes y, en su caso, a los familiares sobre su enfermedad.

2.1. Caracteres de la información

Elemento subjetivo

El sujeto obligado a facilitar la información: Médico Responsable

La Ley de Autonomía del Paciente crea la figura del “médico responsable” que define en el artículo 3 como “el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”.

Asimismo, la ley 3/2001 de consentimiento informado de Galicia especifica que “el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información” (art. 6).

Sin embargo, esta competencia es compartida cuando se remite al paciente a un especialista, el cual debería poseer mayor cualificación, por ser éste el único conocedor de todos los riesgos que pudieran presentarse y, por ello, quedaría obligado a cumplir esa obligación de información.⁹ En este sentido, la Ley de Autonomía del Paciente en su artículo 4.3 establece que “los profesionales que le atienden durante el proceso asistencial o le aplican una técnica o un procedimiento concreto también son responsables de informarle”.¹⁰

De la misma forma, la ley gallega de CI atribuye la obligación de recabar el consentimiento al médico designado por el centro sanitario para la atención del paciente o bien al que practique la intervención diagnóstica o terapéutica del mismo (art. 4).

⁷ BENITO-BUTRÓN OCHOA, J-C, en *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado* (LLEDÓ YAGÜE, F/MORILLAS CUEVA, L, Dir.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 342-347

⁸ Art. 4 LAP

⁹ YEBRA-PIMENTEL VILAR, P-C., *El consentimiento informado criterios legales y jurisprudenciales*, Difusión Jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2012, pp. 34 y ss.

¹⁰ La misma previsión se hace en el art. 9 de la Ley Gallega de CI.

Debido a que la información proporcionada por los facultativos no se configura como un deber formal, sino que se trata de un paso previo al otorgamiento del consentimiento por parte del paciente, no es necesario que sea siempre y en todo caso el profesional que le atiende quien le ofrezca la información personalmente. Siempre que la capacidad del profesional que facilita la información de responder con exactitud a todas las cuestiones que el paciente pudiera realizarle sea suficiente y que se pueda asegurar que el encargado de facilitar la información lo hará de forma completa y detallada, se puede encargar la labor de facilitar la información a cualquier otro facultativo que practique la intervención o que intervenga en cualquiera de sus fases.¹¹

En resumen, es el médico responsable del paciente quien garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. En caso de que el médico incumpla esta exigencia, o bien por la omisión de información o bien por que la información proporcionada no se ajusta a la realidad, podrá incurrir en responsabilidad. El incumplimiento del deber de informar implica una infracción de la *lex artis ad hoc* y, por lo tanto, la actuación médica sería negligente. Como señala la Sentencia de AP Murcia de 3 enero de 2014 (AC 2014\9), “(...) existe una total equiparación e identidad entre la falta de información y la negligencia médica, al constituir ese deber de información un elemento esencial de la *lex artis*”.¹²

En el caso que nos ocupa, la figura del médico responsable se corresponde con el doctor Vázquez que es quien debería informar al paciente sobre su enfermedad y en los términos que detallaremos más adelante. Sin embargo, tanto el doctor Seco como el doctor Fandiño, por ser médicos especializados podrían ser los encargados de facilitar la información a la paciente (que será el sujeto receptor).

Sujeto receptor o titular del derecho a la información

Tanto la ley de autonomía del paciente en su artículo 5 como la ley de CI de Galicia en su artículo 8, establecen como el titular del derecho a la información al paciente; si bien añaden que “también serán informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de forma expresa o tácita”.

La expresión “en la medida que el paciente lo permita” contenida en el citado precepto se puede interpretar referida tanto a las personas destinatarias como a la información proporcionada. Esta expresión consagra el derecho a la información sobre los datos relativos a la salud del paciente como un derecho personalísimo y que forma parte del derecho a la intimidad del paciente (art. 7 LAP). Así, es únicamente el paciente

¹¹ YEBRA-PIMENTEL VILAR, P-C., *El consentimiento informado criterios legales y jurisprudenciales*, cit., pp. 34 y ss.

¹² BLANCO PÉREZ-RUBOI, L., “El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*”, cit.

quien puede dar acceso a la misma, bien de forma expresa o tácita, permitiendo que sea conocida por otras personas.¹³

En la actualidad, ya no se exige la información cumulativa a pacientes y familiares o allegados, (como sí ocurría en el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad ya derogado) sino que ahora el titular del derecho a la información es exclusivamente el paciente, a menos que éste, de forma tácita o expresa, autorice que la información la reciba alguna persona vinculada a él por razones familiares o de hecho.

La ley no establece una preferencia acerca de los familiares a los cuales suministrar la información, por lo que debe entenderse que se dará en primer lugar al cónyuge o persona vinculada al enfermo por análoga relación de afectividad, en su defecto a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado, a los de mayor edad.¹⁴

Es por ello que Carmen como titular del derecho a la información era quien debió haber decidido si permitir o no el acceso a la misma a sus hijas y, como se desprende del caso, decidió no hacerlo.

Igualmente, el código deontológico médico en los artículos 27 y siguientes configura el secreto profesional como uno de los pilares en los que se fundamenta la relación médico paciente, basada en la mutua confianza, cualquiera que sea la modalidad de su ejercicio profesional.

El secreto comporta para el médico la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado, confiado, o lo que haya visto y deducido como consecuencia de su trabajo y tenga relación con la salud y la intimidad del paciente.

Así, todo profesional médico debe guardar silencio sobre los datos relativos a la salud de sus pacientes, no facilitándolos, bajo ningún concepto, a un tercero.

Por último, el derecho a recibir información es un acto esencialmente pasivo por parte del paciente, por lo que se vincula con la capacidad natural de entender, que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad para otorgar el consentimiento informado.¹⁵ En este sentido, Carmen estaba plenamente capacitada para entender la información que le facilitarían los profesionales médicos.

¹³ BERROCAL LANZAROT, A., en *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, cit. pp. 74 y ss.

¹⁴ BLANCO PÉREZ-RUBOI, L., “El consentimiento informado como elemento esencial de la *lex artis*”, cit.

¹⁵ XIOL RÍOS, J-A., “El consentimiento informado”, cit., pp. 21-84

Elemento objetivo

Actos médicos sobre los que se debe informar y contenido de la información

La doctrina ha establecido tres modelos en relación al contenido mínimo que se debe proporcionar de la información médica.

El primero de ellos se centra en lo que suele ser habitual en la práctica médica, es decir, los baremos de lo que suele ser común o habitual en el ejercicio de la profesión. Es lo que se conoce como el estándar del médico razonable.

El segundo de ellos atiende a la decisión que tomaría un “hombre sensato” o una “persona razonable” cuando se tienen en cuenta los datos mínimos proporcionados que una persona habría solicitado para comparar pros y contras de cada opción y tomar una decisión responsable al respecto.

El tercer y último criterio centra su atención en lo que requiera cada paciente concreto, es decir, aspectos subjetivos. El médico responsable debe modular la información a las exigencias personales de cada paciente teniendo en cuenta aspectos objetivos como la edad, el estado de ánimo, el nivel cultural, la formación o las propias exigencias del paciente.

Estos tres modelos considerados de forma aislada se denotan insuficientes para conseguir una solución óptima ante todas las casuísticas posibles. Por ello, la solución consiste en dejar a los médicos que, a la vista de su experiencia profesional y sus conocimientos técnicos y específicos de la enfermedad, decidan cual es la información que debe poseer un paciente medio acerca de la enfermedad y del tratamiento que serían de su interés. A su vez, el nivel de información suministrado habrá de conjugarse con las demandas que a título individual formule cada paciente concreto.¹⁶

Ante esta indeterminación por parte de la doctrina, la legislación ha intentado establecer una serie de criterios que debe contener la información y que se plasman en la LAP de la siguiente forma:¹⁷

- a) *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.*
- d) *Las contraindicaciones.*

¹⁶ YEBRA-PIMENTEL VILAR, P-C., *El consentimiento informado criterios legales y jurisprudenciales*, cit., pp. 45 y ss.

¹⁷ Art. 10 LAP

No obstante, en el ámbito territorial de Galicia, la ley gallega de CI reseña con mayor detalle el contenido de la información básica que el personal sanitario proporcionará al paciente:¹⁸

- *Identificación y descripción del procedimiento.*
- *Objetivo del mismo.*
- *Beneficios que se esperan alcanzar.*
- *Alternativas razonables a dicho procedimiento.*
- *Consecuencias previsibles de su realización.*
- *Consecuencias de la no realización del procedimiento.*
- *Riesgos frecuentes.*
- *Riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia.*
- *Riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente.*
- *Contraindicaciones.*

En consonancia con lo anterior, estudios doctrinales y jurisprudenciales han tratado de determinar cuáles han de ser los riesgos sobre los que se debe informar al paciente para ofrecer una información completa y que debe extenderse a los siguientes extremos:¹⁹

- consecuencias o efectos que con seguridad se deben producir a resultas de la intervención o tratamiento de que se trate; esta información debe producirse aun en el caso de que se tratara de riesgos mínimos o de insignificante trascendencia y ello pues son de acaecimiento seguro
- riesgos frecuentes que suelen producirse o que pueden esperarse en condiciones normales y con arreglo a la experiencia y al estado normal de la ciencia
- riesgos que, si bien son infrecuentes o excepcionales y derivados del tratamiento en cuestión, tienen la consideración de muy graves
- también los riesgos personalizados, es decir, aquellos que derivan de las circunstancias propias del paciente (estado previo de salud edad, profesión o antecedentes médicos o personales). Los riesgos personalizados deben informarse tanto se trate de consecuencias seguras, riesgos frecuentes o riesgos excepcionales pero muy graves.

¹⁸ Art. 8 Ley Gallega de CI

¹⁹ GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado su valoración en la jurisprudencia: Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 87 y ss.

- Las cuatro clases de riesgos anteriores deberán informarse también, pero derivados del supuesto de que se decidiera la no intervención o tratamiento de que se trate
- Por último, debe informarse de los procedimientos alternativos que tenga la intervención o tratamiento de que se trate pero con mención, respecto del procedimiento alternativo, de los riesgos que se pueden derivar

Por su parte, la información debe aportarse en las distintas fases del proceso médico, desde la fase inicial de diagnóstico a la fase de tratamiento, incluyendo tanto las medidas curativas como paliativas del dolor. Por lo que al diagnóstico se refiere, el paciente debe conocer tanto la realidad de las pruebas orientadas a identificar la enfermedad como el resultado de las mismas. Además, el paciente debe conocer la terapia que demanda su enfermedad y los efectos y contraindicaciones que cabe esperar de la misma.²⁰

Elemento formal

La ley gallega de CI en su artículo 3.1 dice que la “información será comprensible, continuada, razonable y suficiente y que se facilitará con la suficiente antelación para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente”.

En este sentido, la jurisprudencia declara que *la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen.* (STS 511/1997 de 29 mayo. RJ 2003\3916).

Como recuerda la sentencia del TS de 4 de marzo (RJ 2011\2633): *La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisan las Sentencias de 2 de julio de 2002 (RJ 2002, 5514) y 10 de mayo 2006 (RJ 2006, 2399).*

De la misma la forma, la jurisprudencia considera que *la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas*

²⁰ YEBRA-PIMENTEL VILAR, P-C., *El consentimiento informado criterios legales y jurisprudenciales*, cit., pp. 45 y ss.

opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. Sentencia del TS de 2 de Noviembre de 2011 (RJ 2012\1727)

Así las cosas, para determinar la validez y suficiencia de la información que los profesionales médicos facilitaron a Carmen en el centro hospitalario será necesario que se pruebe que Carmen contaba con una información extensa, completa y comprensible sobre su enfermedad, que le permitiese comprender su estado de salud.

Además, la falta o insuficiencia de esta información constituye una infracción de la *lex artis* lo que conllevaría cierta responsabilidad. Del mismo modo, la jurisprudencia del TS viene aplicando lo que denomina “teoría de la pérdida de oportunidad” para aquellos casos en los que el paciente sufre un daño que resulta de la omisión por parte de los facultativos de la información adecuada y suficiente de un riesgo. El daño sufrido viene determinado por la pérdida de oportunidad respecto a la probabilidad de que, conocido tal riesgo, el paciente hubiera optado por otra alternativa (como por ejemplo acudir a otro centro hospitalario), ya que no había urgencia ni necesidad vital para llevarla a efecto. Por ello, existe una cierta incertidumbre causal respecto a la trayectoria que hubieran tomado los hechos de haber sido informado al paciente. Así, se configura como un régimen especial de imputación probabilística, que permite reparar en parte el daño concretado en la pérdida de oportunidad, tomando en cuenta, para su cuantificación, una serie de circunstancias.²¹

En este sentido, la sentencia del TS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2011\965) señala que la *privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" – sentencias 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8846), 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 6525) y 25 de junio de 2010 (RJ 2010, 5886)– se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.*

En el caso que nos ocupa, la insuficiencia de información, junto con los demás requisitos que detallaremos en la siguiente cuestión, implicarían el nacimiento de la responsabilidad patrimonial y, con ello, la obligación de indemnizar.

²¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica”, en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, año 2014, nº 8, 2014.

3. Sobre el procedimiento de reclamación en caso de negligencia médica

María considera que su madre ha sufrido una negligencia médica y que su fallecimiento se podría haber evitado, por lo que solicita asesoramiento para iniciar un procedimiento de reclamación.

En el ordenamiento jurídico español, quien sufre un daño en su persona o bienes tiene derecho a una reparación siempre que el daño sea imputable a un tercero. Sin embargo, los daños pueden ser causados por personas o entidades de derecho público o privado que pueden actuar de muchas formas (dolosa o negligentemente) y que pueden afectar a cualquier tipo de bienes (materiales o personales) lo que conlleva que puedan declararse competentes más de una jurisdicción. Esto es, la competencia podría otorgarse a la jurisdicción civil, social, penal o contencioso-administrativa.

Para llevar a cabo la división de los asuntos entre los diferentes órdenes jurisdiccionales que podrían ser competentes se atiende, por un lado, a la calificación jurídica del daño y, por otro lado, al régimen jurídico al que se somete la actividad del sujeto causante de los daños.

Para los casos en que el daño se ha causado de forma intencional o dolosa y se ha afectado a la integridad corporal de la víctima, la jurisdicción penal es la competente; que también se encargará de condenar al responsable civil por los perjuicios patrimoniales causados.

En el caso de que el hecho dañoso no esté tipificado en el Código Penal como delito o falta, se atiende a quién es el responsable del perjuicio para determinar la jurisdicción competente. Este criterio depende fundamentalmente de las normas a las que esté sometido el responsable.

Si el causante del daño es un particular, se aplica la jurisdicción civil de forma general. Para el caso de que el daño lo haya sufrido un trabajador en el desempeño de su empleo, la competencia corresponde a la jurisdicción social. Y, por último, en el supuesto de que el causante sea un funcionario o agente al servicio de la Administración Pública y el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, la jurisdicción contencioso-administrativa será la competente.²²

²² GOMEZ LIGÜERRE, C., Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual, Indret, Barcelona, 2001

En la actualidad, a criterio de Galán Cortés, la administración no puede ser demandada en ningún caso ante los órdenes jurisdiccionales civil y social, sino que debe realizarse ante el orden contencioso administrativo de forma exclusiva, si lo que se quiere es exigir su responsabilidad patrimonial.²³ De la misma forma, Gómez Ligüerre, reseña que se observan reiterados intentos legislativos para afirmar la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que el agente de daños demandado sea una Administración Pública.²⁴

Así, la jurisdicción competente encargada para conocer las demandas de responsabilidad civil formuladas por los particulares perjudicados por la prestación de los servicios públicos sanitarios será la contencioso administrativa.²⁵

A mayor abundamiento, el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.²⁶

Por lo tanto, con la legislación actual, la única jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la asistencia sanitaria pública, es la jurisdicción contencioso-administrativa y, por lo tanto, será ante ella ante la que se deben interponer las reclamaciones.²⁷ En este sentido, el fundamento legal se encuentra en los artículos 32 a 35 de la LRJSP (antiguos artículos 139 a 144 de la LRJPAC), entre otros.

El procedimiento de reclamación patrimonial debe pasar de forma obligatoria por dos fases: la primera de ellas, la vía administrativa y, la segunda, la vía de impugnación jurisdiccional ante los tribunales de la resolución que se haya dictado por la Administración o lo que se conoce como vía contencioso-administrativa.

²³ GALÁN CORTÉS, J-C., *Responsabilidad civil médica*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016

²⁴ GOMEZ LIGÜERRE, C., *Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit.

²⁵ BUSTO LAGO, J-M., *Régimen jurídico estatutario del personal facultativo al servicio del SERGAS. Análisis de su responsabilidad civil y disciplinaria*, EGAP, Santiago de Compostela, 2001.

²⁶ De la misma forma, aunque ya derogada, la disposición adicional duodécima de la Ley 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC contempla que “*La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso*”

²⁷ GUERRERO ZAPLANA, J., “El procedimiento de reclamación”, en *Guía Práctica de las Reclamaciones Sanitarias*, Lex Nova, 2013

3.1. Procedimiento en vía administrativa

El procedimiento en vía administrativa debe pasar, a su vez, por dos fases diferenciadas una vez que se ha iniciado, la fase de instrucción y la fase de resolución.

Para determinar cuál es el órgano competente encargado de la instrucción del procedimiento y de dictar una resolución que ponga fin a la misma hay que atender a la normativa específica de cada Servicio Autonómico de Salud.²⁸ Para ello, vamos a detallar las características de este procedimiento para la comunidad autónoma de Galicia.

Iniciación

El inicio del procedimiento puede ser de oficio o a instancia de parte interesada.

En el caso de que se inicie a instancia de parte interesada, el escrito inicial deberá contener los siguientes datos:²⁹

- a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- b) Hechos, razones y petición en que se concrete con toda claridad la solicitud, entre los que se detallarán:
 - Centro y dependencia en la que se prestó asistencia sanitaria y fecha de prestación.
 - Descripción de daños y lesiones producidas, así como la presunta relación de causalidad entre éstos y el funcionamiento del servicio público.
 - Evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y momento en que la lesión efectivamente se produjo.
 - Proposición de prueba, concretando los medios de que intente valerse el reclamante.
 - Otros datos que considere de interés como profesión, número de afiliación a la Seguridad Social, número de tarjeta sanitaria, alegaciones, documentos e informaciones que estime oportunas.
- c) Lugar y fecha.
- d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- e) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.

²⁸ GUERRERO ZAPLANA, J., “El procedimiento de reclamación”, cit.

²⁹ Instrucción de 4 de septiembre de 2006 (DO Galicia 13 Octubre 2006, núm. 198, [pág. 15270]).

Además, se deben aportar todos los documentos en los que el reclamante funde su pretensión.

Por tanto, se trata de una forma de inicio de expediente muy similar al inicio de cualquier procedimiento administrativo: bien de oficio o a instancia de parte y, en el caso de que se inicie a instancia de parte, es necesario incorporar los datos y elementos necesarios para que en el procedimiento consten los datos necesarios para esa iniciación y su tramitación posterior.³⁰

Este escrito de inicio de procedimiento se podrá dirigir directamente a la administración autonómica titular del servicio público.³¹ Esto es, se podrá presentar en las direcciones provinciales del Servicio Gallego de Salud, las delegaciones provinciales de la Consellería de Sanidad, las gerencias de los complejos hospitalarios y en las gerencias de los centros de Atención Primaria.³²

Instrucción del expediente

Una vez recibidas las solicitudes de iniciación del procedimiento se dará traslado de las mismas al Servicio de Inspección Sanitaria correspondiente que se encargará de nombrar a un instructor que realizará las siguientes funciones:³³

- Comunicar al reclamante, dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el Servicio de Inspección, el plazo máximo normativamente establecido para la resolución del procedimiento, los efectos del silencio administrativo y la fecha de recepción de la solicitud en dicho registro.
- Remitir copia de la reclamación a la Secretaría General de la consellería, al jefe del Servicio de Gestión, Riesgos y Seguros de la Consellería de Economía y Hacienda, así como al gerente de Atención Primaria o Especializada, en su caso, y al servicio contra el que se presente la reclamación.
- Examinar las solicitudes y, si éstas no reunieran los requisitos señalados, requerirá al interesado para que, en el plazo de 10 días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos.
- Recabar copia de la documentación relacionada con la reclamación existente en las dependencias del Servicio Gallego de Salud sobre el paciente asistido.
- Solicitar de los centros sanitarios implicados copia compulsada de la historia clínica del paciente relacionada con el proceso asistencial sobre el que se reclama, con indicación de que la misma deberá remitirse al instructor en un

³⁰ GUERRERO ZAPLANA, J., “El procedimiento de reclamación”, cit.

³¹ Tal y como se refleja en el art. 40 de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración (Galicia).

³² Instrucción de 4 de septiembre de 2006 (DO Galicia 13 Octubre 2006, núm. 198, [pág. 15270]).

³³ Instrucción de 4 de septiembre de 2006 (DO Galicia 13 Octubre 2006, núm. 198, [pág. 15270]).

plazo máximo de 15 días. Asimismo, se remitirá informe del servicio correspondiente.

- Acordar la admisión o inadmisión de los medios de prueba propuestos por el reclamante y, cuando proceda, practicar u ordenar, en su caso, la práctica de las pruebas admitidas. Cuando se acuerde la inadmisión de un medio de prueba deberá quedar constancia en el expediente de responsabilidad de los motivos que determinan la inadmisión. En el plazo de 30 días se practicarán las pruebas que fueran declaradas pertinentes.
- Asimismo, el instructor, en cualquier momento, podrá solicitar a la Asesoría Jurídica de la dirección provincial cuantos informes estime necesarios para formular la correspondiente propuesta de resolución.
- Una vez recibidos los informes anteriores, se dará traslado de los mismos a la Secretaría General de la consellería para su comunicación al Servicio de Riesgos y Seguros de la Consellería de Economía y Hacienda a través de la Subdirección General de Inspección de Servicios Sanitarios.
- En el caso de continuación del procedimiento ordinario, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, el órgano instructor pondrá de manifiesto a los interesados el expediente para que en el plazo de 15 días aleguen lo que a su derecho convenga, facilitándoles una relación de los documentos obrantes en el procedimiento, a fin de que puedan obtener copia de los que consideren convenientes. En dicho trámite, los interesados podrán aportar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Así, la fase de instrucción del procedimiento incluye tres subfases: la fase de prueba, la fase de informes y la fase de audiencia al interesado.

Todas las actuaciones mencionadas se deberán realizar en el plazo máximo de 3 meses desde la fecha de presentación de la reclamación. Y, una vez finalizada la tramitación, el instructor formulará propuesta de resolución, remitiéndose lo actuado a la Secretaría General de la Consellería de Sanidad.

Resolución del expediente

La resolución del expediente puede finalizar de dos formas distintas: bien mediante resolución expresa o bien sin resolución expresa.

De la propuesta de resolución emitida en fase de instrucción se da traslado al Consejo Consultivo de Galicia con la finalidad de que emita su dictamen. A continuación, en el plazo de 20 días desde la recepción del dictamen del Consejo Consultivo, la consellería de Sanidad dictará resolución en la que se pronunciará necesariamente sobre las siguientes cuestiones:

- Existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida
- Valoración del daño y cuantía de la indemnización, debiendo explicitarse los criterios empleados para su cálculo.

En el caso de que trascurra el plazo de seis meses desde la interposición de la reclamación sin que se haya dictado resolución expresa se producirá la desestimación presunta mediante silencio administrativo. El silencio produce efectos negativos y se puede entender desestimada la indemnización al particular.³⁴

3.2. Procedimiento en vía contenciosa

Tras la conclusión de la vía administrativa se abren dos posibilidades distintas: O bien que no se haya dictado resolución expresa, por lo que se entiende desestimada la reclamación. O bien que se haya dictado resolución expresa pero que no satisfaga las pretensiones del solicitante.

En ambos casos, la resolución expresa o no pone fin a la vía administrativa, ya que así se contempla en el apartado 3.2 de la Instrucción de 4 de septiembre de 2006 de Galicia. Por tanto, contra la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial no cabe más posibilidad que interponer el recurso contencioso-administrativo correspondiente.

Para ello, hay que atender a lo dispuesto en el art. 46 de la LJCA según el cual el plazo para interponer el recurso es de dos meses contados desde el día siguiente a la publicación de la disposición impugnada o de la notificación del acto que pone fin a la vía administrativa. Si fuera un acto tácito el plazo será de seis meses a contar desde el día en que se entiende producido el acto presunto.

3.3. Nacimiento de la responsabilidad patrimonial

Dicho todo lo anterior, y en base a los antecedentes fácticos relatados, la hija de Carmen deberá ejercitar acciones legales ante la jurisdicción contencioso-administrativa con los requisitos que pasamos a detallar a continuación para que nazca la obligación de la administración de indemnizar.

Las administraciones públicas reconocerán el derecho a indemnización de los particulares de “toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular no tenga el deber de soportar de acuerdo con la ley”.³⁵ En consecuencia, cuando se den estas características, la administración deberá reconocer el derecho del perjudicado a la indemnización. Y, en el caso de que no lo hagan, éste podrá acudir ante el órgano judicial competente formulando su pretensión indemnizatoria.³⁶

³⁴ Instrucción de 4 de septiembre de 2006 (DO Galicia 13 Octubre 2006, núm. 198, [pág. 15270]).

³⁵ Art. 32 LRJSP

³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur-Menor, 2016.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6836) se encarga de caracterizar esta responsabilidad de la siguiente forma:

La responsabilidad patrimonial de la Administración consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución y regulada con anterioridad en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es de carácter objetivo y directo. Al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del derecho civil ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia– al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 de la Ley antes citada, pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad. Y es directa por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido, relación de causalidad o nexo causal que vincule el daño producido a la actividad administrativa de funcionamiento, sea éste normal o anormal, que la Jurisprudencia de esta Sala viene reiteradamente exigiendo.

En consonancia con lo anterior, la sentencia del TS de 24 de enero de 2007 (RJ 2007\325), entre otras muchas, reitera y resume la doctrina jurisprudencial:

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

En consecuencia, son requisitos de la responsabilidad de las administraciones públicas: la lesión patrimonial, la antijuridicidad y la imputabilidad a una Administración Pública, que pasamos a detallar a continuación.

A) LESIÓN PATRIMONIAL

El primer requisito para que nazca el derecho a la indemnización es que se produjese una lesión en cualquiera de los bienes y derechos, que sea “efectiva, evaluable económicamente e individualizada con relación a una persona o grupo de personas” (art. 32.2 LRJSP).

Si atendemos a la literalidad de sus palabras, el ámbito de aplicación de la norma no puede ser más amplio. El diccionario nos dice que la lesión es “daño, perjuicio, detrimento”, y daño es el efecto de dañar, que es “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.³⁷ Esta definición hace que sean pocos los perjuicios, menoscabos, dolores o molestias que sufra el particular que no den lugar a indemnización.

Efectividad del daño

La jurisprudencia dice que “es presupuesto básico para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial la existencia de daño efectivo...ya que si no existe daño no puede existir ni relación de causalidad ni derecho lesionado mediante un actuar jurídico de la Administración” (sentencia del TS de 10 de junio de 2003 (RJ 2003\4432)).

En este sentido, la efectividad significa que el daño ocasionado a consecuencia de la actividad de la Administración, debe ser real y no simplemente hipotético en la esfera patrimonial de intereses del perjudicado. Esto quiere decir que no puede pretenderse la indemnización de daños futuros ni hipotéticos ni relacionados con ganancias futuras dejadas de percibir o que, simplemente, tuvieran la condición de posibles o esperadas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7838)).

Así, debe exigirse un daño efectivo, que se entenderá como el daño cierto, ya producido, no simplemente posible o contingente. Los daños han de ser reales y efectivos y ha de acreditarse su existencia, por lo que procede denegar la responsabilidad si no se probó el daño.³⁸

Prueba del daño

Como hemos mencionado, es requisito fundamental probar la efectividad del daño y esta prueba recae, en primera instancia, sobre el perjudicado.

No obstante, la carga de la prueba se configura como un deber conjunto y compartido entre el perjudicado y la administración a lo largo de todo el procedimiento de reclamación. La Administración no queda exonerada de la carga probatoria ya que debe acreditar las circunstancias a su cargo y de las cuales pueda resultar obligación de indemnizar o que fueran influyentes en la producción del resultado dañoso.

El perjudicado debe probar la irregularidad del tratamiento, lo que hace que la Administración se vea obligada a acreditar las circunstancias que hubieran podido evitar que se llegara a la situación que se produjo. Así, la Sentencia del TS de 7 de julio de

³⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit.,

³⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit.,

2008 (RJ 2008\6872) afirma que *acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, como es el caso, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible. Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas.*

Con ello, corresponde al perjudicado probar la irregularidad y a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la “facilidad de la prueba” (también conocido como favor probationis o teoría de las cargas probatorias dinámicas), en virtud del cual, la carga de la prueba pesa sobre la parte que esté en mejores condiciones procesales de aportarla.

La Sentencia del TS de 14 de junio de 2011 (RJ2011\5294) afirma que: “nuestra jurisprudencia y después el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducen al fijar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, una en la que se ordena que el juzgador tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio; lo cual comporta, en un caso como el de autos, que sea obligado y lógico trasladar a la Administración sanitaria la carga de acreditar más allá de toda duda razonable que el tratamiento prestado al proceso de infección fue el ajustado a la *lex artis* y que entre ese proceso y los daños cerebrales no existe relación causal, pues es ella, y no el actor, quien goza en mayor medida, y de un modo muy acusado, de esa disponibilidad y facilidad probatoria”.

Con carácter general, la Sentencia del TS de 10 de julio de 2012 (RJ 2012/7800) también se refiere al principio de facilidad en relación con la carga de la prueba y afirma que “En consecuencia, algo más debe ser exigible para despejar la incertidumbre en contra de quien, como la Administración, dispone con mayor facilidad de aquellos elementos de juicio. En concreto, será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión. Que éstas, de haber sido las reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final. Y que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles”. Es decir, le corresponde al reclamante acreditar el daño y la relación causal, mientras que sobre la Administración recae la carga de acreditar las razones de corrección del tratamiento o de antijuridicidad del daño.

Como conclusión, en palabras de Galán Cortés, la responsabilidad médica se configura como una obligación de medios, lo que si bien conduce a diferenciar el régimen probatorio, quedando a cargo del accionante la misma, no significa que el médico demandado no tenga que realizar una conducta procesal activa de colaboración, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa de los mismos, siendo de su interés demostrar su diligencia y la falta de la causalidad necesaria entre el hecho denunciado y el daño, por

cuanto la carga de la prueba se desplaza hacia quien se encuentra en mejor posición en relación con las fuentes de prueba.³⁹

Evaluación económica

Además, el daño debe ser evaluable económicamente. La jurisprudencia admite la muerte entre los supuestos de lesión indemnizable, aunque señala la dificultad de su evaluación.⁴⁰

Individualización del daño

Este requisito se encuentra muy ligado a la antijuridicidad que estudiaremos a continuación, y supone que la persona que sufre el daño no tenga obligación de soportarlo; lo que quiere decir, que si el daño es general o universal no puede entenderse que sea antijurídico y, con ello, tampoco individualizado. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1996 (RJ 1996\4358)).⁴¹

No obstante, en el caso de que el daño afecte a una sola persona y en concurrencia de todos los demás requisitos, habrá nacido el derecho a indemnización y el particular perjudicado tendrá derecho al resarcimiento de ese daño.⁴²

B) ANTIJURIDICIDAD

El artículo 32.1 LRJSP parte de la formulación que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga la obligación de soportar de acuerdo con la ley”. Asimismo, la STS de 9 de abril de 2010 (RJ 2010\2780) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa", y que "En consecuencia, es la antijuridicidad del resultado o lesión lo relevante para la declaración de responsabilidad patrimonial imputable a la Administración por lo que resulta necesaria la acreditación de su acaecimiento".

En este sentido, la antijuridicidad no debe confundirse con que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el daño que sufre el sujeto debe ser tal que no tiene obligación de soportarlo. De esta forma, tan sólo los daños producidos por la Administración en los que el perjudicado no tiene la obligación de soportarlos nacerá la responsabilidad, siempre que se reúnan el resto de requisitos.⁴³

³⁹ GALÁN CORTÉS, J.-C., *Responsabilidad civil médica*, cit.

⁴⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit.,

⁴¹ GUERRERO ZAPLANA, J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit.

⁴² GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit.,

⁴³ GUERRERO ZAPLANA, J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit.

El deber jurídico de soportar el daño se materializa en los siguientes casos:⁴⁴

- Que la ley expresamente lo establezca. No nacerá el derecho a indemnización si la ley impone al sujeto el deber de soportar el daño.
- La actitud del perjudicado. No puede pretenderse el resarcimiento de una situación a cuya creación contribuyó el reclamante.

Hay que tener en cuenta que el requisito de antijuridicidad se refiere siempre al daño que se produce en el perjudicado y no a la actividad administrativa, ya que la responsabilidad patrimonial surge con independencia de que la actividad administrativa sea normal o anormal.⁴⁵ Así lo establece la jurisprudencia del TS, pudiéndose citar la Sentencia de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7503), refiriéndose a la responsabilidad patrimonial, en la que “es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993; 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 y 19 de noviembre de 1994; 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995; 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999 –recurso de casación 1311/1995, fundamento jurídico tercero–), aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido”.

C) LA IMPUTACIÓN Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Una Administración pública estará obligada a indemnizar las lesiones patrimoniales cuando el hecho o acto determinante de la lesión sea a ella imputable (requisitos de la imputación). No obstante, no bastará que le sea imputable la conducta determinante del daño, sino que es necesario, además, que entre la conducta y el daño exista una relación de causalidad.⁴⁶

Requisitos de la imputación

La responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como objetiva ya que no requiere de la existencia de culpa, pero sí que es necesaria la imputación del daño a la misma para que surja la obligación de indemnizar. Esto es, la persona física a la que se le pueda imputar la acción u omisión debe integrarse en la organización de una entidad administrativa en cualquiera de sus condiciones.

La imputación del daño se puede definir como el fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar el daño en base a la relación

⁴⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit.

⁴⁵ Tal y como se contempla en el artículo 32 de la LRJSP

⁴⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit.

existente entre dicho sujeto y el daño producido.

Por ello, además de que el sujeto se integre en la organización administrativa, es necesario averiguar cuándo existirá un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos⁴⁷ que permita atribuir a la Administración la lesión que constituye el daño por el que se reclama, haciendo surgir de ese modo el deber de indemnizar.⁴⁸

Centrándonos únicamente en el funcionamiento anormal que es el caso que nos ocupa, éste consiste en que los servicios públicos no han funcionado o que, habiéndolo hecho, ha sido de forma inadecuada, defectuosa, imperfecta o tardía.

La inadecuada ordenación de las listas de espera podría encuadrarse dentro de uno de los casos de funcionamiento anormal de la administración. En estos supuestos, el daño puede derivar del simple hecho de tener que soportar la dolencia hasta que se recibe el tratamiento o también del hecho de que la falta de atención médica durante cierto tiempo permita que se agrave la situación del paciente.

En estos casos, a pesar de la posibilidad del paciente de acudir a centros sanitarios privados ajenos a la seguridad social para el tratamiento de su enfermedad y reclamar posteriormente a la administración los gastos que haya tenido que sufragar, nace la responsabilidad de la administración.

Un ejemplo paradigmático de ello es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 (JUR 2000\204044) que fundamenta su fallo estimatorio de responsabilidad de la Administración pública sanitaria en que si bien la existencia de las listas de espera ha de ser admitida, dadas las carencias actuales del sistema de salud, la muerte de un enfermo en una de ellas constituye un daño antijurídico que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar, ya que la juridicidad de la espera no implica la soportabilidad de los daños irreparables. Puesto que la muerte de una persona es irreparable y la enfermedad que le aquejaba requería una intervención urgente en virtud de lo que su intervención fue calificada como “preferente” por la organización sanitaria, siendo aplazada a una fecha posterior, por ello procede declarar el derecho a una indemnización a favor de la viuda e hijos del fallecido.⁴⁹

Los daños que experimenta el paciente son indemnizables cuando “la lista de espera en sí está mal gestionada, es irracional o de duración exagerada, cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de una espera se produjesen empeoramiento o deterioro de la salud que lleven a secuelas irreversibles.”

De esta sentencia pueden derivarse la exigencia de tres requisitos en base a los cuales son indemnizables los daños que experimenten los pacientes en listas de espera:

⁴⁷ A estos efectos, se entiende por servicio público toda actividad propia de la administración.

⁴⁸ GUERRERO ZAPLANA, J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit.

⁴⁹ BUSTO LAGO, J-M., *Régimen jurídico estatutario del personal facultativo al servicio del SERGAS. Análisis de su responsabilidad civil y disciplinaria*, cit., pp. 136 y ss.

- Daños que experimente en casos de que la lista de espera esté mal gestionada, no esté gestionada con arreglo a criterios racionales y objetivos o, simplemente, sea de duración exagerada
- Cuando en el curso de la espera el paciente sufriese empeoramientos o deterioros de su salud que le provoquen secuelas irreversibles o que mitiguen la eficacia de la intervención quirúrgica cuando ésta se realice
- Cuando la calificación de la prioridad de la intervención y/o el diagnóstico sean erróneos

En este sentido, la jurisprudencia del TS es un caso similar de fallecimiento por aneurisma no intervenida señala lo siguiente: *El problema de las listas de espera es un mal que acarrea nuestra sanidad y pone de manifiesto que su funcionamiento no es el que demanda la necesidad de procurar la salud de los enfermos, a los que se les hace difícil comprender que estando diagnosticados de un padecimiento grave y perfectamente establecido, y necesitado de operación, ésta no se lleve a cabo de inmediato, o en el menos tiempo posible, y máxime cuando la enfermedad no se comprobó hubiera presentado síntoma alguno de haber remitido, lo que hace necesario intensificar los esfuerzos hospitalarios para adoptar cuanto antes la solución de intervención y con carga suficiente de poder resultar positiva y eficaz. Relegar un enfermo de estas características a un práctico olvido por haberse pospuesto la operación que necesitaba e incluirle en el trámite burocrático de lista de espera, equivale prácticamente a un abandono muy grave y con carga de riesgo relevante de que el desenlace fatal pueda producirse en cualquier momento, como por desgracia sucedió. Esta responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud encuentra apoyo legal en el artículo 1902, al tratarse de mal cumplimiento de la prestación médico-sanitaria que requería el enfermo de referencia y esta responsabilidad directa ha sido reconocida reiteradamente para casos similares al presente por jurisprudencia constante y reiterada (Sentencias de 22-4-1997, 27-6-1997, 21-7-1997, 13-12-1997, 16-12-1998 y 23-4-2001).*⁵⁰

En el caso que nos ocupa, envío de Carmen a su domicilio a la espera de ser llamada para la intervención quirúrgica de la aneurisma que padecía produjo graves consecuencias para su situación vital, llegando a producirse el fatal desenlace de su muerte. Tras mencionar reiterada jurisprudencia en casos similares, podemos concluir que esa situación produce el nacimiento de la responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.

Relación de causalidad

El artículo 32.1, LRJSP, exige que “la lesión sea *consecuencia* del funcionamiento normal o anormal de los servicios”. La responsabilidad patrimonial de la Administración requiere que “exista una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, erigiéndose este nexo causal en elemento fundamental y requisito *sine qua non* para poder declarar procedente la responsabilidad” (S. de 9 de febrero de 1999 [RJ 1999\1781]).

⁵⁰ STS 504/2003, de 27 de mayo (RJ 2003\3929)

Como dice la S. de 9 de julio de 2002 (RJ 2002\7648): “Entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa a efecto, ya que la Administración –según hemos declarado, entre otras, en nuestras SS. de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001 y 13 de marzo y 10 de junio de 2002– sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o actividad administrativa”.

Al referirse a esta relación de causalidad, el Tribunal Supremo habla de “relación directa”, o de “relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto”. Por ello, debe tratarse de una relación directa, inmediata y exclusiva en la que sólo la ruptura del nexo causal evitaría la exigencia de responsabilidad.

Tanto el artículo 106.2 de la Constitución como el artículo 32.1 de la LRJSP excluyen la responsabilidad de la Administración y establecen la obligación de indemnizar “salvo en los casos de fuerza mayor”. Se trata, pues, de un requisito negativo para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración; ya que, se exige junto a los requisitos ya mencionados, que no concurra fuerza mayor en la producción del daño para que nazca la responsabilidad patrimonial.

El concepto de fuerza mayor aparece contemplado en el artículo 1105 del Código Civil que habla de que “Fuera de los casos mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. Por lo tanto, el concepto de fuerza mayor se integra de las notas de indeterminación, externidad y ajenidad e imprevisibilidad para poderlo distinguir del concepto de caso fortuito (por el que sí responde la Administración al tratarse de una responsabilidad de carácter objetivo).⁵¹

Para el caso que ahora nos ocupa, la sentencia del TS 504/2003 ya mencionada, dice lo siguiente: *No puede decirse que se da ausencia de nexo causal ante una actuación médica tan claramente omisiva como la del presente caso, sobre todo por la importancia que tenía la adopción de un rápido tratamiento, aun contando con escasas posibilidades de sobrevivir el enfermo, ya que si presentaba síntomas advertidos de aneurisma , y el anuncio de la posible rotura de la arteria imponía agotar todas las posibilidades de curación porque siempre está presente la esperanza de que la intervención pueda tener resultado efectivo y como dice la sentencia de 25 de septiembre de 1999 , no es necesario que el nexo causal concurra con matemática exactitud y sin que tenga suficiente relevancia la circunstancia de haberse producido el fallecimiento, en este caso de modo inmediato, ya que la relación causal existe desde el momento en que se emitió el diagnóstico equivocado y se omitió la ecografía que se hubiera aportado al diagnóstico correcto, por lo que la salud del enfermo empeoró y de modo tan progresivo y fulminante que le ocasionó la muerte. Esta clara negligencia profesional no facilitó una intervención operatoria lo más inmediata posible la que tal vez hubiera evitado las consecuencias del resultado fatal final o disminuido sus efectos (Sentencia de 15-10-1996). El cúmulo de circunstancias que se dejan dichas no anula la responsabilidad médica en que incurrió la recurrente, como tampoco eliminan el*

⁵¹ GUERRERO ZAPLANA, J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit.

nexo causal que resulta bien evidenciado, al repercutir de modo tan negativo en la salud del paciente, fallecido, ya que debido al elevado índice de muerte que ocasiona el aneurisma de aorta y contando con datos suficientes para poder adoptar las medidas científicas adecuadas a efectos de tratamiento adecuado, por lo que la recurrente debió de extremar su diligencia, lo que comportaba la realización de todas aquellas actividades médicas necesarias y que voluntariamente no dispuso su práctica, pues, contando con medios para llevarlas a cabo, e indicación y avisos puntuales de otros profesionales, no los atendió como debería de haber hecho y así presentar una actuación profesional completa y sin fisuras ni dejaciones, que tan desgraciado resultado ocasionó.

4. Sobre la validez y eficacia de las Instrucciones Previas

Los médicos actuaron en contra del documento de instrucciones previas que Carmen había realizado. Ante este hecho, se cuestiona la validez del documento y la posibilidad de los médicos de actuar en contra de la voluntad de Carmen y de su familia.

El Parlamento de California aprobó la primera norma reguladora del denominado “testamento vital” en el año 1976. La denominada Natural Death Act se aprobó con la finalidad de que las personas capaces pudieran expresar su deseo de que ciertos tratamientos no fueran utilizados o, en su caso, interrumpidos cuando se encontraran afectadas de una patología terminal y fueran incapaces de manifestar su propio consentimiento.

Así, el testamento vital, también conocido como documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas, se configura como una previsión de voluntad acerca de los tratamientos y cuidados médico-sanitarios que realiza una persona con plena capacidad para el momento en el que ya no la tenga o no pueda expresar su voluntad.⁵²

El Convenio de Oviedo de 1997 en su artículo 9 dispone la necesidad de *tomar en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de llevarse a efecto, no se encuentra en situación de expresar su voluntad.*

⁵² GALÁN CORTÉS, J-C., *Responsabilidad civil médica*, cit.

Por su parte, la LAP establece en su artículo 11 que “*por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas*”.⁵³

Atendiendo a ello, el contenido de este documento puede estar compuesto por los cuidados y el tratamiento de la salud, la designación de representante y el destino del cuerpo o de los órganos, una vez fallecido.⁵⁴

El documento de voluntades anticipadas se trata de un negocio jurídico caracterizado por ser unilateral, personalísimo, formal y revocable. Se trata de un negocio personalísimo ya que sólo puede ser llevado a cabo por el propio interesado. En este sentido, la capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas corresponde a las personas mayores de edad, tal y como se desprende de la ley básica estatal, negando esta capacidad a los menores maduros.⁵⁵

Este documento tiene como principal destinatario el médico, a quien corresponde interpretar y cumplir con las voluntades con carácter preferente, sin perjuicio de la intervención de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales, así como de las comisiones o comités de Bioética; siendo los Servicios de Salud los encargados de regular el procedimiento que garantice el cumplimiento de la voluntad declarada por el paciente.⁵⁶

Contenido y límites a su eficacia

El art. 11.3 de la LAP determina que “*no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En*

⁵³ La Ley Gallega establece una definición muy similar en su artículo 5: “Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, a fin de que ésta sea cumplida en el momento en que llegue a situaciones en las que por las circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.”

⁵⁴ GALÁN CORTÉS, J-C., *Responsabilidad civil médica*, cit.

⁵⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 96 y ss.

⁵⁶ BERROCAL LANZAROT, A., en *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, cit., pp. 132 y ss.

la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones".

Así, los límites a la eficacia de las instrucciones previas son:

- El ordenamiento jurídico
- La *lex artis*
- La falta de correspondencia con el supuesto de hecho previsto en el documento

El primero los límites es el ordenamiento jurídico. La voluntad de la persona para determinar qué debe hacerse con su salud, sus cuidados y/o su vida no es absoluta, por lo que si el deseo del otorgante es que se realicen actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico, ese documento no será válido y no producirá los efectos que le son propios.⁵⁷

Otro de los límites contemplados en la ley es la *lex artis*. Esta expresión hace referencia a la forma correcta de actuar del profesional sanitario, es decir, las reglas técnicas que siguen los estándares aceptados y aprobados de actuación de la profesión de que se trate. Esto es, el criterio de normalidad en el ejercicio de una profesión.

Dentro de la *lex artis* se contemplan numerosas técnicas en el ejercicio de la profesión, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han concretado lo que se denomina "*lex artis ad hoc*" que se especifica para cada caso concreto. Así, se deben valorar las características del autor, la complejidad del acto, la trascendencia vital para el paciente, la influencia de factores endógenos, el estado e intervención de los pacientes, sus familiares o la misma organización sanitaria.

La jurisprudencia define la *lex artis ad hoc* como el "*criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida*". (SSTS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\2209) o 23 de marzo de 1993 (RJ 1993\2545) entre otras)

Una vez que se ha establecido la *lex artis ad hoc* es el juez quien determina cuales son los cuidados que deben seguirse para cada caso, acudiendo a los principios y pautas interpretativas y estableciendo si la conducta médica se ajusta o no a la *lex artis*. Para ello, jueces y tribunales estudian la buena o mala práctica profesional mediante informes periciales o también a través de revistas, libros o artículos especializados. Además, también se estudian los protocolos de los especialistas médicos que plasman

⁵⁷ ARBE OCHANDIANO, M., *Estudio de las instrucciones previas en el ámbito sanitario a través del ordenamiento jurídico español*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011

las directrices o recomendaciones para orientar la labor diaria de los profesionales con el fin de mejorar la calidad y eficacia de la actuación sanitaria.⁵⁸

Lex Artis y encarnizamiento terapéutico

Existen ciertas prácticas clínicas que se realizan con independencia de la voluntad del paciente o de sus familiares y que se encuadran dentro de lo conocido como encarnizamiento terapéutico. Todos los tratamientos u acciones que se realicen en este ámbito se ajustarán a la *lex artis* y actuarán como límite del testamento vital.

En este sentido, el Código Deontológico de la Organización Médica Colegial de España en el artículo 27 dispone: *El médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas.*

Estas acciones se pueden encuadrar dentro de los conceptos de obstinación terapéutica y limitación del esfuerzo terapéutico que pasamos a detallar.

La obstinación terapéutica se define como “*La situación en la que a una persona, que se encuentra en situación terminal o de agonía, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, que únicamente prolongan su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, siendo, en consecuencia, susceptibles de limitación*”.⁵⁹

Actualmente, la bioética internacional tipifica la obstinación terapéutica como una mala práctica médica y, como tal, plenamente rechazable. Por tanto, el médico puede y debe oponerse a iniciar o continuar una intervención que considere inútil o calificable de obstinación terapéutica, incluso contra la voluntad del paciente o a la de los familiares. La autonomía y capacidad de decisión del paciente no alcanza a exigir que se le proporcione una intervención contraria a la *lex artis*.

Por su parte, la limitación del esfuerzo terapéutico es “*la retirada o no instauración de una medida de soporte vital o de cualquier otra intervención que, dado el mal pronóstico del paciente en términos de cantidad y calidad de vida futuras, constituye, a juicio de los profesionales sanitarios implicados, algo fútil, que sólo contribuye a prolongar en el tiempo una situación clínica carente de expectativas razonables de mejoría*”.⁶⁰

⁵⁸ ARBE OCHANDIANO, M., *Estudio de las instrucciones previas en el ámbito sanitario a través del ordenamiento jurídico español*, cit.

⁵⁹ Artículo 5.i) de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (Andalucía).

Igualmente la Ley 5/2015 de Galicia define la obstinación terapéutica como “un tratamiento terapéutico desproporcionado que prolonga la agonía de enfermas y enfermos desahuciados”.

⁶⁰ Artículo 5.f) de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (Andalucía)

En la ley gallega de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales se realiza una definición muy similar a la descrita⁶¹ y reseña que la limitación del esfuerzo terapéutico permite la muerte en el sentido de que no la impide, pero no la produce o causa. Además, establece que la limitación del esfuerzo terapéutico forma parte de la buena práctica clínica no siendo una decisión opcional, sino una obligación moral y normativa de los profesionales médicos.⁶²

Para optar por esta actuación o decisión omisiva es clave determinar la proporcionalidad del tratamiento en relación a la futilidad⁶³. Para el caso de que los resultados perseguidos son fútiles en comparación con los medios dispuestos, resulta justificada.

La bioética exige unánimemente a los médicos no realizar intervenciones contraindicadas clínicamente por inútiles, considerándolo como una buena práctica clínica acorde con el principio de no-maleficiencia. Por ello, el médico puede y debe oponerse a iniciar o continuar una intervención que considere inútil y que solo va a prolongar, sin sentido alguno, una vida biológica con un pronóstico de evolución mala, incluso contra la voluntad del paciente o de los familiares. En este caso, a diferencia del rechazo de un tratamiento que corresponde decidirlo al paciente, la decisión recae sobre el médico. Se trata de un juicio clínico y no de una opción personal del paciente.⁶⁴

Las leyes reguladoras del derecho a una muerte digna, la legitiman al determinar que los profesionales sanitarios responsables del paciente, en el ejercicio de una buena práctica clínica, evitarán la obstinación terapéutica y adecuarán las medidas terapéuticas cuando la situación clínica del paciente lo aconseje, si bien estableciendo que dicha limitación se tomará teniendo en cuenta la opinión del personal de enfermería al que corresponda la atención de estos pacientes.⁶⁵

Nada tiene que ver la limitación del esfuerzo terapéutico con el delito de denegación de asistencia sanitaria tipificado en el artículo 196 del Código Penal, pues en modo alguno se deniega la asistencia sanitaria, sino que solo se omite aquella que

⁶¹ La ley gallega define limitación del esfuerzo terapéutico como “retirar o no iniciar medidas terapéuticas porque la o el profesional sanitario estima que, en la situación concreta del paciente, son inútiles o fútiles, ya que tan sólo consiguen prolongarle la vida biológica, pero sin posibilidad de proporcionarle una recuperación funcional con una calidad de vida mínima”.

⁶² Núm. 5 del Art. 6 Ley 5/2015 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (Galicia)

⁶³ La RAE define futilidad como “poca o ninguna importancia de algo” o “cosa inútil o de poca importancia”.

⁶⁴ BELTRÁN AGUIRRE, J-L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, año 2011, nº6, 2011

⁶⁵ Art. 18 Ley 5/2015 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (Galicia)

resulta fútil, y que, normalmente, se sustituye por cuidados paliativos.⁶⁶

En los cuidados y tratamientos al final de la vida, es frecuente que la mayor parte de las intervenciones sean fútiles, salvo las paliativas, calmar el dolor y procurar confort al paciente. El criterio de la limitación del esfuerzo terapéutico y evitar la obstinación o encarnizamiento, deben ser en todo caso, las prácticas que debe realizar el profesional sanitario, por ser conformes a la *lex artis*, y si se entendiera que la instrucción es absolutamente fútil para el paciente, deberá tenerse por no puesta.⁶⁷

Así las cosas, la eficacia de las instrucciones previas se ve limitada, como hemos visto, por la *lex artis*. En el supuesto concreto, Carmen se encontraba en muerte cerebral irreversible lo que viene a indicar que su situación se puede encuadrar dentro de agonía o situación terminal, por lo que los médicos están facultados para retirar el soporte de respiración asistida y, con ello, no actúan en contra de la *lex artis*. Ni tampoco en contra de la voluntad de Carmen ya que la *lex artis* es uno de los límites a la aplicación del testamento vital.

A pesar de lo anterior, es necesario establecer si el testamento vital de Carmen cumplía con los requisitos formales para su validez que pasamos a detallar a continuación.

Requisitos de validez formal

El art. 11.2 de la LAP exige la constancia escrita de las instrucciones previas y deja a cada Comunidad Autónoma el establecimiento de otras formalidades. En este sentido, la Ley de CI de Galicia ha establecido en su artículo 5.2 que *la declaración de instrucciones previas deberá formalizarse mediante alguno de los procedimientos siguientes:*

a) *Ante notario*

b) *Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no podrán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.*

Asimismo, tanto la normativa estatal en su artículo 11.5 como la normativa autonómica gallega, disponen la creación de un Registro de Instrucciones previas con la finalidad de garantizar la eficacia de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes. En este sentido, se crea el Registro Nacional de Instrucciones previas en el Ministerio de Sanidad y Consumo y un Registro Autonómico de Instrucciones Previas, adscrito a la Consellería de Sanidad.⁶⁸

⁶⁶ BELTRÁN AGUIRRE, J-L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”, cit.

⁶⁷ ARBE OCHANDIANO, M., *Estudio de las instrucciones previas en el ámbito sanitario a través del ordenamiento jurídico español*, cit.

⁶⁸ GALÁN CORTÉS, J-C., *Responsabilidad civil médica*, cit.

Ese Registro permite la consulta de los documentos de voluntades anticipadas por parte de los médicos a través de internet, lo que conlleva grandes ventajas en cuanto a rapidez, control y seguimiento de cada documento. La actualización de la información online permitirá disponer de información veraz, a la persona adecuada y en el momento oportuno.

Para el buen funcionamiento de este Registro, los notarios transmiten los datos de identificación y localización de la persona otorgante y los relativos al documento (fecha, población y localización del original). Sin embargo, la posibilidad de formalizar testamento vital ante tres testigos dificulta la organización de este Registro. Por ello, la inscripción del documento no es constitutiva, sino declarativa, el documento es eficaz con independencia de que se haya o no inscrito en el Registro.⁶⁹ Un documento de instrucciones previas según el cual se pueda probar que fue otorgado por el declarante con plena capacidad, con independencia de su forma y su inscripción producirá efectos. Su inscripción en el Registro se trata de un requisito meramente ad probationem.⁷⁰

En el caso propuesto no se cuestiona la validez formal del documento, lo que nos lleva a entender que se encuentra en el mencionado registro de forma correcta y que el médico ha podido tener acceso al mismo. Sin embargo, a pesar de su correcta inscripción, las manifestaciones en él contenidas no se pueden llevar a cabo ya que es el criterio del profesional médico el que lo faculta a retirar el soporte de respiración asistida en los casos en los que el paciente se encuentre en fase final de su vida.

Por ello, los doctores no actuaron en contra de la *lex artis*, lo que indica que la retirada del soporte de respiración asistida es, legalmente, correcta. Cuestión distinta es el hecho de que Carmen se encontrase en muerte cerebral por un acto u omisión imputable a los profesionales médicos o administración sanitaria tal y como hemos estudiado en la cuestión anterior.

⁶⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, cit., pp. 110 y ss.

⁷⁰ TUR FAÚNDEZ, M^a-N., “El documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital. Régimen Jurídico”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, año 2004, n^o 10, 2004.

5. Sobre el titular o titulares de la indemnización

En el supuesto de que María inicie el procedimiento de reclamación detallado en el apartado tercero y, a consecuencia del mismo, obtenga una indemnización, se cuestiona la posibilidad de repartir el importe con su hermana Juana.

La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de la reparación integral, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 106.2 CE y art. 32.1 LRJSP. De ahí que la reparación afecte a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente o el lucro cesante, sino comprendiendo también los perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado “pretium doloris”, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados.⁷¹

El artículo 32.2 LRJSP menciona que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos”. Este derecho no es sólo de los particulares, sino de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que hubiese sufrido la lesión con los requisitos que la ley establece. El “lesionado” será el titular del derecho a indemnización y, por tanto, el que tendrá legitimación directa para incoar el procedimiento cuyo objeto sea el reconocimiento del derecho.

La regla general es que la titularidad del derecho a indemnización corresponde a quien ha sufrido la lesión en su propia persona, en su patrimonio o en sus derechos de la personalidad. Sin embargo, existen supuestos, como en el caso de la muerte, en los que la titularidad corresponde a una persona distinta.⁷²

La muerte humana es irreparable; a quien fallece no hay manera de resarcirle, ni de satisfacerle su propio morir. La S. de 11 de noviembre de 2004 (RJ 2004\6896), se refiere a la “pérdida irreparable de un hijo”, como “daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierta, según ha dicho en más de una oportunidad este Tribunal Supremo”. Según González Pérez, el daño que trata de resarcirse es el menoscabo afectivo e incluso material (del padre que mantenía a sus hijos) a los allegados al muerto. Se trata de indemnizar el pretium doloris (daño moral) y la pérdida de un ser que, con su trabajo, contribuía al mantenimiento y bienestar de

⁷¹ AN 3 noviembre 2004 (JUR 2005\231243)

⁷² GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit.

sus familiares o personas con las que convivía. El problema está en la determinación de quiénes son los titulares del derecho a indemnización en caso de muerte.⁷³

La jurisprudencia penal ha establecido en algunos casos que el derecho a indemnización corresponde a los herederos, sería la herencia la que reciba la indemnización. Sin embargo, la jurisprudencia civil mantiene una postura diferente y señala que no debe indemnizarse a los herederos sino al entorno humano que padeció la pérdida, "entorno que pervive y en el que aquél afirmaba su proyección íntima y su mundo de afectos y gratitudes". Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 junio 2003 reseña que "están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte, "iure proprio", las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con el" (RJ 2006\6427).

Por su parte, la sentencia del TS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\6427) dice:" que no es la condición de heredero, sino la de perjudicado, la que legitima a las personas para promover la acción, y constituye pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial la relativa a que el derecho a reclamar este tipo de indemnizaciones pertenece "ex iure proprio" a la persona que resulte perjudicada por el suceso y no "ex iure hereditatis", pues tal derecho, en todos los casos y con mayor incidencia en los supuestos de muerte instantánea, no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto, no ha podido transmitirse a los herederos."

La condición de perjudicado "puede coincidir o no con la de herederos, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, debiendo evitarse las generalizaciones, que a partir del dolor moral que todo familiar o pariente normalmente siente por la muerte de un ser querido extiendan a todos ellos la condición de perjudicado, debiendo restringirse el concepto y, en suma, tenerse solamente como perjudicados a los ligados a la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca existencia que determinen realmente perjuicios derivados directamente de la muerte producida por el hecho culposo...."

En efecto, la indemnización por muerte intenta paliar las consecuencias económicas de la pérdida de una persona con la que se está ligada por relación de parentesco o afectiva. No se indemniza la pérdida de la vida, ya que sino pasaría a formar parte de la herencia.⁷⁴

Por ello, tendrán derecho a indemnización las personas que convivían con el fallecido y, en general, los vinculados por relación familiar, cualquiera que sea el grado de parentesco y delimitándose, en caso de concurrencia, la indemnización que corresponde a cada familiar.⁷⁵

⁷³ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit.

⁷⁴ Responsabilidad civil y cálculo de indemnizaciones. Curso Experto Tráfico y Responsabilidad Civil. Aranzadi. 2015

⁷⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit.,

Así las cosas, será el juez quién deberá determinar la indemnización que corresponde a cada una de las hijas de Carmen, ya que ambas se incluyen dentro de la categoría de perjudicadas.

Bibliografía

ARBE OCHANDIANO, M., *Estudio de las instrucciones previas en el ámbito sanitario a través del ordenamiento jurídico español*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

BELTRÁN AGUIRRE, J-L., “La relación médico-paciente en situaciones de riesgo grave, de enfermedad invalidante e irreversible, y en el proceso del final de la vida: supuestos y respuestas bioéticas y jurídicas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, año 2011, nº6, 2011.

BENITO-BUTRÓN OCHOA, J-C, en *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado* (LLEDÓ YAGÜE, F/MORILLAS CUEVA, L, Dir.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 342-347.

BERROCAL LANZAROT, A., en *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojuridicos* (ABELLÁN SALORT, J-C., Coord.), Grupo Difusión, Madrid, 2007, pp. 55 y ss.

BUSTO LAGO, J-M., *Régimen jurídico estatutario del personal facultativo al servicio del SERGAS. Análisis de su responsabilidad civil y disciplinaria*, EGAP, Santiago de Compostela, 2001.

CALVO SÁNCHEZ, M-D./ HERNÁNDEZ RAMOS, M./MARTÍNEZ GALLEGO, E-M./ SALVAT PUIG, J./SANZ MULAS, N., *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012, pp. 2 y ss.

GALÁN CORTÉS, J-C., *Responsabilidad civil médica*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.

GOMEZ LIGÜERRE, C., *Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, Indret, Barcelona, 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur-Menor, 2016.

GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado su valoración en la jurisprudencia: Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 87 y ss.

GUERRERO ZAPLANA, J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, en *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova, 2013.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 96 y ss.

SÁNCHEZ CASTRILLO, G./ JERICÓ ASIN, C., “Responsabilidad civil y cálculo de indemnizaciones”, en *Curso Experto Tráfico y Responsabilidad Civil*, Aranzadi, 2015.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica”, en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, año 2014, nº 8, 2014.

TUR FAÚNDEZ, M^a-N., “El documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital. Régimen Jurídico”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, año 2004, nº 10, 2004.

XIOL RÍOS, J-A., “El consentimiento informado”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, año 2012, nº 14, 2012, pp. 21-84.

YEBRA-PIMENTEL VILAR, P-C., *El consentimiento infomado criterios legales y jurisprudenciales*, Difusión Jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2012, pp. 34 y ss.