

# RESPONSABILIDAD MÉDICA Y SOBRE PREVENCIÓN. OTRA PERVERSIÓN DEL SISTEMA

*Felio José Bauzá Martorell*  
*Profesor asociado*  
*Derecho Administrativo. Facultad de Derecho*  
*Universidad de las Illes Balears*

**SUMARIO: I. Responsabilidad médica objetiva y medicina defensiva. II. Daño desproporcionado y *lex artis ad hoc*. 1. Lesiones en el parto. 2. Actos anestésicos. 3. Infecciones nosocomiales. 4. Transfusiones. 5. Pérdida de oportunidad terapéutica. 6. Consentimiento informado. III. Medicina defensiva y perversión del sistema (sanitario y jurídico). IV. Bibliografía.**

## RESUMEN

La objetivación de la responsabilidad médica está obligando a los centros hospitalarios y asistenciales a extremar protocolos de actuación cada vez más complejos. Esta sobre prevención está desencadenando una medicina defensiva que afecta al presupuesto, a la organización y al funcionamiento de la sanidad, al tiempo que genera una esquizofrenia jurídica en torno al instituto de la responsabilidad..

## PALABRAS CLAVE

Responsabilidad médica, medicina defensiva, sobre prevención, carga de la prueba, presunción de culpa.

## I. RESPONSABILIDAD MÉDICA OBJETIVA Y MEDICINA DEFENSIVA

No puede pasar desapercibido que la responsabilidad patrimonial, con carácter general y especialmente la sanitaria, de un tiempo a esta parte ha ido adquiriendo un protagonismo y una presencia que no tenía hace tan sólo una o dos décadas.

La objetivación de la responsabilidad de las Administraciones Públicas de los años ochenta y noventa del siglo pasado ha llevado a extremos una institución jurídica que en muchos casos se ha desvirtuado por completo hasta urgir su revisión<sup>1</sup>.

En efecto por el funcionamiento normal del servicio público se han generado en múltiples ocasiones derechos indemnizatorios. Esta circunstancia ha despertado todo tipo de críticas doctrinales, calificando el sistema español de responsabilidad de las Administraciones Públicas como un sistema que “repara daños que muchas veces no encontrarían reparación si su autor fuera un empresario privado y que se aproxima más a las normas de asistencia social que a las que deben regular la responsabilidad civil de manera sensata”<sup>2</sup>.

---

1 PANTALEÓN PRIETO, F. «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». *Documentación Administrativa* núm. 237-238. Enero-junio, 1994.

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

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

En este sentido y en materia de seguridad ciudadana, si una detención o la dispersión de una manifestación violenta causa daños por los que la Administración debe responder (los sucesos reiterados del barrio burgalés de Gamonal, los disturbios de la Plaza madrileña de Colón de 2013, *ocupas* en Barcelona...), los cuerpos policiales deberán plantearse otra forma de actuar no sin evidente desánimo, en la que el interés general se verá irremediabilmente matizado por la responsabilidad personal.

En sanidad por su parte la objetivación de la responsabilidad ha desarrollado una medicina defensiva, en la que las pruebas tradicionales de diagnóstico han dado paso a todo tipo de pruebas que, siendo innecesarias, además resultan tecnológicamente sofisticadas y económicamente costosas, que se limitan a ir descartando posibles dolencias, todo ello con la finalidad de impedir un error o un retraso en el diagnóstico que pueda generar el deber de indemnizar. Existe la tentación de que la confección de los protocolos médicos se haga con una finalidad disuasoria de la responsabilidad antes que con el fin de la curación del enfermo con los recursos proporcionales.

## II. DAÑO DESPROPORCIONADO Y LEX ARTIS AD HOC

Un parámetro que permite objetivar la actuación de la Administración Pública en la prestación sanitaria consiste en la *lex artis ad hoc*. Como ciencia que es, la medicina se halla sujeta a las reglas propias de su oficio, de manera que su transgresión implica responsabilidad. *La Lex artis se convierte así en el criterio de normalidad, que ha de infringirse en la realización del servicio sanitario para que haya lugar a la obligación de indemnizar; que, a su vez, permite valorar la corrección de los actos médicos*<sup>3</sup>.

3 BERROCAL LANZAROT, A. I. «A propósito de la res-

El Tribunal Supremo atribuye a la *lex artis* la cualidad de *criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos (estado o intervención del enfermo o de la misma organización sanitaria) para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida*<sup>4</sup>.

Estos protocolos de actuación de la *lex artis* se convierten así en un estándar objetivo que permite medir el grado de diligencia del facultativo: cualquier actuación que se aparte de la *lex artis* es en consecuencia reveladora de culpa y por ello genera el deber de indemnizar.

Algunas de las manifestaciones más relevantes de la responsabilidad médica ante el daño desproporcionado son las siguientes:

### 1. Lesiones en el parto

En sede civil la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil 479/2015, de 15 de septiembre de 2015 (rec. 2675/2013) analiza la reclamación de unos padres frente a la compañía aseguradora (inicialmente también frente al médico) por el nacimiento de un niño con malformaciones congénitas que no se habían detectado durante la gestación. La Sentencia reconoce el derecho a la indemnización de los padres por el daño moral ocasionado, si bien descarta que se haya producido un daño al menor “ya que esta Sala ha venido considerando, desde la Sentencia de 5 de junio de 1998, que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”.

Por su parte en sede contenciosa en otra Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2012 (rec. 6693/2010), el Alto Tribunal desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial en un caso de infartos cerebrales del feto durante el alumbramiento. Los demandantes apelaron al daño desproporcionado y a la presunción de culpa, argumentos que no fueron acogidos por el Tribunal Supremo por tratarse de un riesgo típico del parto: “como

ponsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado». *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. Febrero, 2011. Pág. 33.

4 Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, de 11 de marzo de 1991 (autos 741/1986).

hemos expuesto recientemente en la sentencia de 29 de junio pasado, recurso de casación nº 2950/2007: “en todo caso, ni aún por esa vía incidental (del daño desproporcionado) podríamos acoger el motivo, pues esa jurisprudencia, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado desproporcionado, ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción».

En relación al uso de fórceps y el daño que esta técnica puede causar al recién nacido, también la jurisprudencia y la doctrina consultiva vinculan la responsabilidad al daño desproporcionado y la *lex artis*. Así, puede citarse en Dictamen del Consejo Consultivo de Baleares 119/2012, de 12 de diciembre de 2012, y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 17 de septiembre de 2012 (rec. 6693/2010), que descarta expresamente en su FD cuarto la presunción de culpa por tratarse de un riesgo típico.

## 2. Actos anestésicos

Junto a los daños cerebrales sufridos por los recién nacidos en el parto, también los daños provocados por actos anestésicos se consideran riesgos típicos de una intervención, lo cual no significa que si con ocasión de los mismos se contraviene la *lex artis*, no sean generadores de responsabilidad. Así, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 18 de diciembre de 2009 (rec. 3810/2005), en la que el paciente queda tetrapléjico a raíz de la parada cardíaca durante una intervención de hernia umbilical. La Sentencia reconoce que el acto anestésico es por sí mismo generador de un riesgo para la vida y la integridad física y mental del paciente, si bien la mismo tiempo afirma que las obligaciones del médico anestesista no difieren de las obligaciones de otros especialistas médicos en el ámbito de la medicina

curativa, por lo que también la responsabilidad es de medios y no de resultados, exigiendo en consecuencia que para apreciar la responsabilidad patrimonial derivada de la anestesia exista una actuación contraria a la *lex artis*.

## 3. Infecciones nosocomiales

Las infecciones intrahospitalarias, también denominadas nosocomiales (del latín, *nosocomium*, hospital de enfermos), son aquellas contraídas en un centro de salud (no sólo hospitales) por un paciente internado por una dolencia distinta a esa infección. Comprenden tanto las causadas por factores exógenos al paciente (microorganismos presentes en un quirófano) o endógenos del mismo, es decir, presentes en su cuerpo, si bien manifestados y desarrollados a raíz del ingreso. Cronológicamente resulta indiferente que la infección se manifieste durante la estancia hospitalaria o con posterioridad, siempre que la misma no se hubiere manifestado antes del ingreso ni el paciente se encontrara en período de incubación. También se incluyen en las infecciones nosocomiales las contraídas por el personal facultativo y por los visitantes al centro de salud.

Tradicionalmente y en línea con el carácter eminentemente objetivo de que gozaba la responsabilidad patrimonial por actos médicos, los contagios intrahospitalarios venían generando de plano el derecho a indemnización. El paciente, se razonaba, no tenía el deber jurídico de soportar una lesión imputable exclusivamente al centro de salud, que no garantizaba la asepsia de las instalaciones y material clínico.

En este punto resulta obligado citar, porque recoge el cambio de criterio, el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 167/2013, de 22 de mayo, en el que se declara la responsabilidad patrimonial porque un niño de cuatro años contrae malaria después de haber coincidido en una estancia de urgencias con un enfermo de esa patología, y con el menor se utilizó el mismo material mecánico (jeringuillas) que el paciente anterior.

Tanto la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo como la doctrina consultiva resultan explícitas en atribuir la deducción de negligencia a las infecciones intrahospitalarias, tal como resulta de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 8 de junio de 2011 (rec. 979/2008) cuando señala que “en orden

a las enfermedades nosocomiales, resulta aplicable el principio de presunción o probabilidad de culpa, apreciable en supuestos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario, como en tal sentido lo declaran las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 5 de febrero de 2001, en distintos supuestos en los que se plasma el principio de la responsabilidad objetiva de la Administración. Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2003, declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración, derivada de acto sanitario por contagio hospitalario, al mantener que aunque los datos acreditados no prueban de una manera absolutamente indubitada el nexo causal, lo cierto es que las distintas circunstancias concurrentes cabe llegar razonadamente a la conclusión de que la causa eficiente de la producción del daño era el contagio intrahospitalario, al no mediar otros riesgos concurrentes para adquirir la infección”.

En estos casos la presunción de culpa se fundamenta en la interpretación de que se ha roto la cadena de asepsia, razonando que –pese a que las medidas generales propuestas por el centro de salud sean correctas- si se hubieran llevado a cabo de forma estricta no se habría producido la infección, por lo que la infección hospitalaria era previsible y evitable si no se hubiera roto aquella cadena de asepsia y se extremasen las medidas de asepsia y todos los controles de prevención de infecciones.

A mayor abundamiento se interpreta que, si dicha infección se preveía como uno de los riesgos típicos de la intervención, con razón de más resultaba obligada la previa información sobre dicho extremo, y -si no consta- ello hace recaer sobre la Administración las consecuencias de ese riesgo por vulneración de las normas relativas al consentimiento informado, pero es que junto a ello la responsabilidad es consecuencia obligada de aquel funcionamiento anómalo derivado de la ruptura de la cadena de asepsia que ha permitido que la infección se contrajera.

#### 4. Transfusiones

Con carácter general el ordenamiento jurídico excluye la responsabilidad ante los riesgos desconocidos, ante lo que algún sector doctrinal denomina la protección de la ignorancia<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> ESTEVE PARDO, J. «La protección de la ignorancia. La exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos» Revista de Administración Pública núm. 161. Pág. 53.

Una vez más la prueba ante una infección contraída con ocasión de una transfusión sanguínea se presenta muy difícil. En estas situaciones la jurisprudencia hace acopio de la presunción de culpa, no sin antes valorar que en el tiempo que media entre la transfusión y la manifestación de la infección no se haya producido otro factor de riesgo de contagio<sup>6</sup>.

Tal es el supuesto sobre el que se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, en Sentencia de 22 de abril de 2003 (rec. 11317/1998), que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 14 de octubre de 1998 (rec. 569/1997). Ante el contagio de hepatitis C por un paciente que había sido objeto de transfusión, ambos Órganos jurisdiccionales no tiene duda en deducir la negligencia: “nos encontramos con un dato inescusable: que la sentencia impugnada --después de hacer una descripción detallada de cuáles fueron las actuaciones sanitarias a las que fue sometido el recurrente --que, por cierto, falleció después de dictada la sentencia, por lo que es su viuda la que actúa, por sustitución, en este recurso de casación--, declara, entre otras cosas, lo siguiente: «De lo expuesto resulta que aunque los datos acreditados no prueban de una manera absolutamente indubitada el nexo causal entre la citada transfusión y los anticuerpos detectados con posterioridad, lo cierto es que de las distintas circunstancias concurrentes cabe llegar razonadamente a la conclusión de que la causa eficiente de la producción del daño fue la transfusión del combinado protomibínico, pues entre la analítica realizada poco antes de la transfusión, a consecuencia de su ingreso en el Servicio de Cardiología --entre el cuatro y el 6 Oct. 1993-- y la detección del virus --antes del 21 Ene. 1994--, no media otra causa de riesgo, al menos conocida, que la transfusión en cuestión. En definitiva, aunque no puede afirmarse de una forma concluyente que la enfermedad haya sido causada como consecuencia de la transfusión del combinado protomibínico con ocasión de la referida intervención quirúrgica, existen elementos de convicción suficientes para estimar probado en el presente caso el necesario nexo causal”.

<sup>6</sup> SEUBA TORREBLANCA, J. C. *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*. Civitas. Madrid, 2002. PÉREZ GÁLVEZ, J. F. «Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia o de la técnica». *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 104. Octubre-diciembre 1999. Pág. 657 y ss.

## 5. Pérdida de oportunidad terapéutica

La jurisprudencia y la doctrina consultiva han hecho acopio de un abundante *corpus* sobre los retrasos y errores en el diagnóstico, que hacen que la patología del paciente alcance un estadio o bien difícilmente reversible o incluso definitivamente irrecuperable. En estos casos la pérdida de la oportunidad terapéutica atribuible a la Administración sanitaria genera el deber de indemnizar<sup>7</sup>.

En estos casos el daño se configura con la frustración de las expectativas de sanación, por ejemplo, por un error en el diagnóstico de una enfermedad que, de haberse detectado a tiempo, el paciente hubiera tenido posibilidades de curación<sup>8</sup>.

El retraso en el diagnóstico de peritonitis y enfermedades semejantes se ha tratado en Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 10 de febrero de 2005 (rec. 1112/2001, FJ 3º), 30 de marzo de 2005 (rec. 3184/2001, FJ 2º), y 20 de junio de 2006 (rec. 167/2002, FJ 4º). Si bien debe mencionarse por su importancia la Sentencia de la misma Sala y Tribunal de 23 de febrero de 2009 (rec. 7840/2004), que se pronuncia sobre la lesión sufrida por un paciente de 45 años de edad, que acude hasta en cuatro ocasiones al hospital con fuertes dolores abdominales, limitándose el servicio de urgencias a recetarle analgésicos. El paciente finalmente sufrió una peritonitis con perforación de la vesícula biliar. El Tribunal Supremo considera en este caso que existe negligencia médica basada en el retraso en el diagnóstico y en la pérdida de oportunidad terapéutica: “Consideramos que, en estas circunstancias, la indebida asistencia sanitaria queda suficientemente acreditada, pues resulta evidente que ese desenlace no es el normal de un padecimiento como el que aquejaba al recurrente y que le obligó a acudir al servicio de urgencias del hospital administrado por la Generalitat Valenciana en repetidas ocasiones, produciéndose una retraso

en el diagnóstico y la consiguiente tardanza en la intervención. La desproporción y la desmesura del resultado, unidas a esos retraso y tardanza, evidencian que hubo una indebida aplicación de la *lex artis*, por lo que, *de acuerdo con la jurisprudencia que hemos sintetizado en el fundamento tercero*, correspondía a dicha Comunidad Autónoma acreditar que, por las singularidades del caso, su intervención se ajustó a las prescripciones que esa máxima impone al ejercicio profesional” (FJ 5º).

Otros casos que ha reconocido la jurisprudencia, en concreto la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional son la del paciente con afección cardíaca al que se coloca en lista de espera y fallece justo el día anterior al que se le iba a llamar (Sentencia de 29 de octubre de 2003, rec. 561/2001), o la del paciente que fallece cuando se le colocaba un marcapasos porque se tardó doce horas en practicarle una toracotomía (Sentencia de 15 de febrero de 2006, rec. 281/2002).

Más recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de abril de 2015 (rec. 2114/2013) declara la existencia de responsabilidad patrimonial sobre la base de la facilidad probatoria. El caso enjuiciado era el de una niña que nace con hipoxia en Murcia en 1996. El Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia considera que no existe nexo causal entre el daño y la actuación médica, si bien el Tribunal Supremo por el contrario considera que en el expediente debería obrar el informe de la monitorización del feto al momento del parto, no siendo suficiente el testimonio de los facultativos. Por este motivo, por aplicación de las reglas de la disponibilidad y facilidad probatorias, el Alto Tribunal aprecia un funcionamiento anormal por falta de constancia de la vigilancia de la frecuencia cardíaca fetal, reconociendo una indemnización por importe de 600.000 euros y una pensión vitalicia de 1.000 euros mensuales<sup>9</sup>.

Por otro lado no se olvide que el estado de la ciencia, en el momento de la intervención médica, deviene un dato fundamental para apreciar el error de diagnóstico. Este planteamiento es el que incorpora

7 MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2007. En derecho francés *vid.* CORMIER, C. *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*. Prólogo de D. Truchet. LGDJ. París, 2002. Pág. 278.

8 ASUA GONZÁLEZ, C. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2008. Pág. 18. *Vid.* también SEUBA TORREBLANCA, J. C. –RAMOS GONZÁLEZ, S. – LUNA YERGA, A. «Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades». *InDret* 3/2002. Julio-septiembre 2002.

9 *Vid.* el comentario a esta Sentencia en FONT I LLOVET, T. – RODRÍGUEZ PONTÓN, F. «Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria» de la sección Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa. *Revista de Administración Pública* núm. 197. Mayo-agosto 2015. Págs. 305 a 310. Esta Sentencia cita las Sentencias del mismo Tribunal de 2 de noviembre de 2007 (rec. 9309/2003), de 23 de diciembre de 2009 (rec. 1364/2008) y de 2 de enero de 2012 (rec. 3156/2010), todas ellas analizadas en este trabajo por su verificación de la presunción de culpa.

la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 6 de octubre de 2015 (rec. 3808/2013), en el que la recurrente reclama por las secuelas de una intervención realizada en 2003 cuyos efectos atribuye a una vulneración de la *lex artis* porque se le habían aplicado dosis de radioterapia inadecuadas según el cálculo efectuado en 2006. En su Fundamento de Derecho tercero la Sentencia considera que no ha habido tal vulneración de la *lex artis* y que, en consecuencia no existe daño desproporcionado, porque el cálculo de la dosis suministrada se realizó correctamente con los medios disponibles en el momento, sin que exista obligación de la Administración de incorporar con carácter inmediato las innovaciones tecnológicas según surjan.

En sede consultiva la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña en su Dictamen 153/2008, de 19 de junio, estima una reclamación por mala praxis basada en el error de identificación de una gastrectomía en el Hospital Arnau de Vilanova porque la exploración realizada no fue correcta y desencadenó la enfermedad y fallecimiento del paciente. Por su parte, en su Dictamen 81/2015, de 10 de junio de 2015, el Consejo Consultivo de las Illes Balears, estima parcialmente una reclamación de responsabilidad patrimonial por error de diagnóstico a una paciente del servicio autonómico de salud por la pérdida de oportunidad derivada de la aplicación de un tratamiento inadecuado a la patología que presentaba.

## 6. Consentimiento informado

Aun cuando el paciente haya prestado su consentimiento, firmando un documento en el que se le informa de los riesgos típicos de la intervención, no por ello la Administración sanitaria se libera de responder. Dicho de otra manera, el consentimiento informado no constituye una cláusula de exoneración de responsabilidad de la Administración, sino que se requiere –para que se determine la ruptura del nexo causal- que no se haya infringido la *lex artis*.

En consecuencia no cabe duda alguna de que la asunción –a través del consentimiento informado- por el paciente del riesgo típico derivado de la actuación médica, únicamente resulta eficaz cuando quede acreditada la diligencia médica a través de los protocolos de la *lex artis*. Lo contrario supondría convertir al documento de consentimiento informado en un mero formalismo rituario, cuyo único sentido sería, no tanto proteger a la víctima del daño -el paciente

que se somete a una intervención quirúrgica con los consiguientes riesgos- sino cubrir y blindar al autor del mismo.

En este sentido el Consejo de Estado señala en su Dictamen 2508/2004, de 18 de noviembre de 2004, que la *lex artis ad hoc* aplicable tiene en cuenta, entre otras circunstancias, las cualidades exigibles al profesional, la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, la influencia de otros factores exógenos (como el estado del enfermo, las declaraciones y actuaciones de éste y de sus familiares, las exigencias de la organización sanitaria, etc.).

En definitiva la materialización de un daño cuyo riesgo fue advertido en el documento de consentimiento, no exonera automáticamente a la Administración, sino que se le debe seguir exigiendo que acredite su diligencia, de ahí que no pueda renunciarse a la carga de la prueba, aún en ese caso. Dicho de otra manera, y haciendo acopio de la expresión de que hace uso la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 4 de diciembre de 2012 (rec. 5890/2011) en su FD 5, el consentimiento informado no puede convertirse en una *patente de corso* liberadora del deber de diligencia de la Administración.

A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 12 de noviembre de 2012 (rec. 1977/2011) enjuicia un caso de operación de tiroides; el documento de consentimiento informado recoge un riesgo típico de “lesión de nervio recurrential”; sin embargo, al paciente le producen una sección completa bilateral de ambos nervios, y la Administración demandada pretendía que el consentimiento informado amparase la lesión. En el FD 6 la Sentencia razona que el consentimiento no puede exonerar a la Administración de responder, declarando que el documento de consentimiento pierde toda su virtualidad cuando conlleva aparejado el incumplimiento de la obligación de medios que debe satisfacer la Administración en la prestación sanitaria.

Esta es la conclusión a la que llega la doctrina consultiva, pudiéndose citar el Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 198/2010, de 27 de mayo de 2010, que –reiterando el Dictamen 608/2004- afirma que “el alcance del consentimiento informado es más reducido pues se limita a exonerar de responsabilidad al prestador de los servicios sanitarios cuando, previa la facilitación de la información adecuada que la ley demanda, se obtiene el consentimiento del paciente

para la intervención quirúrgica, y en el curso de ésta, se materializa un riesgo propio de la referida intervención, previamente informado, y siempre que la eficacia del referido consentimiento no se vea desvirtuada por la constatación de que la actualización del riesgo obedeció a una desatención de las reglas impuestas por la *lex artis*, cuya prueba corresponde, como este Consejo Consultivo tiene establecido, igualmente, a la parte actora”.

### III. MEDICINA DEFENSIVA Y PERVERSIÓN DEL SISTEMA (SANITARIO Y JURÍDICO).

Los efectos de la medicina defensiva son claros: una judicialización sin precedentes, sobre carga de trabajo en la sanidad pública que da lugar a retrasos y listas de espera, y una industria del seguro médico que supera en España los sesenta millones de euros en pólizas anuales.

Los datos estadísticos resultan ciertamente preocupantes: en España se cursan anualmente cincuenta mil denuncias por mala praxis médica, un sesenta por ciento más que hace una década. El temor a una demanda por negligencia profesional condiciona el trabajo del setenta por ciento de los facultativos en nuestro país<sup>10</sup>.

Fuera de nuestras fronteras la situación no es mejor. En Italia no se encuentran cirujanos para determinadas intervenciones, y en Estados Unidos muchas ciudades no cuentan con un solo ginecólogo. El noventa y seis por ciento de los traumatólogos americanos encuestados confirman que practican la medicina defensiva. Algunos casos mediáticos han contribuido a la medicina defensiva en Estados Unidos. Así, puede citarse la intervención quirúrgica de cuerdas vocales a que fue sometida la actriz inglesa Julie Andrews en 1997 en un hospital de Nueva York. Después de la operación la actriz vio reducido su registro de notas, no pudiendo alcanzar las agudas, y demandó al cirujano porque no le había informado del riesgo de eliminar unos nódulos benignos en la garganta.

Lógicamente esta cuestión defensiva no es patrimonio exclusivo de la medicina, esto es, de la responsabilidad médica. En materia deportiva, por ejemplo, en América del Norte casi todos los estados

han dictado unos *Sport Safety Statutes*, que disponen que los practicantes de determinados deportes asumen los riesgos allí descritos, por considerar que los mismos son inherentes a la práctica deportiva. No hace falta mucha imaginación para percatarse que el fundamento de estas normas –junto a la salvaguarda de la seguridad de los deportistas– es eminentemente económico: blindar estas actividades de las posibles demandas por accidentes deportivos, de forma que se mantengan las instalaciones en el estado respectivo,, lo que genera beneficios económicos al atraer visitantes de otros lugares.

En definitiva puede apreciarse en toda su extensión que la responsabilidad patrimonial de la Administración no es una institución jurídica más del derecho público (y del privado), sino que tiene una importancia que va más allá de la concreta reclamación.

Con datos estadísticos GARRIDO MAYOL analiza el porcentaje de expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial que dictamina el Consejo de Estado (un 75 por 100 del total de expedientes), porcentaje que varía en los Órganos consultivos autonómicos, alcanzando en Galicia más del 90 por 100<sup>11</sup>.

El derecho de daños afecta a la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, que adaptan su actuación al eventual deber de indemnizar, todo ello mediatizado por un sistema de aseguramiento que distorsiona por completo la relación entre el autor y la víctima de una lesión antijurídica.

Los vaivenes de la jurisprudencia a la hora de calificar la responsabilidad patrimonial como objetiva o subjetiva, los diferentes criterios, la construcción de esta teoría a golpe de sentencias y resoluciones, todo ello aconseja plantear una reconsideración total del sistema<sup>12</sup>. A los juristas nos invade una sensación de desbordamiento y de inseguridad, derivadas del casuismo muchas veces contradictorio<sup>13</sup>.

11 GARRIDO MAYOL, V. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como objeto de la función consultiva. ¿Necesidad de una reforma?. En AAVV. *Jornadas de la Función Consultiva*. Madrid, 17 y 18 de septiembre de 2009. Madrid, 2010. Págs. 85 a 110.

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

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

10 GALINDO MARTENS, E. «Los elevados costes de la medicina defensiva». [www.blogdetrauma.com/tag/medicina-defensiva](http://www.blogdetrauma.com/tag/medicina-defensiva). Consultado el 20 de diciembre de 2014.

Al jurista le compete dar y exigir razones<sup>14</sup>, motivo por el cual al legislador le debemos exigir una regulación unitaria de la responsabilidad patrimonial (su desdoblamiento en las Leyes 39 y 40 de 2015 resulta ciertamente censurable, olvidando la recomendación del Consejo de Estado<sup>15</sup>), al tiempo que completa e integradora de todo un *corpus* jurisprudencial y consultivo amplísimo, en el que algunos aspectos en ocasiones pasan desapercibidos, pese a tener una indudable presencia y una no menor importancia.

El instituto de la presunción de culpa es un ejemplo de ello y exige, al igual que el resto de sub materias de la responsabilidad patrimonial, un tratamiento –sin renunciar a la inevitable casuística– al menos claro y unitario. Hagamos un esfuerzo por recuperar, al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA, “la fe en el Derecho como técnica de soluciones justas”.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ASUA GONZÁLEZ, C. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2008.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. «A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado». *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. Febrero, 2011.
- CORMIER, C. *Le préjudice en droit administratif français. Étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*. Prólogo de D. Truchet. LGDJ. París, 2002.
- ESTEVE PARDO, J. «La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos» *Revista de Administración Pública* núm. 161.
- FERNÁNDEZ, T. R. «Sobre el derecho y el quehacer de los juristas: dar y exigir razones.» En LÓPEZ MENDUO, F. *Derechos y garantías del ciudadano: Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*. Iustel. Madrid, 2011. Págs. 569 a 584.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ, T. R. «Sobre el derecho y el quehacer de los juristas: dar y exigir razones.» En LÓPEZ MENDUO, F. *Derechos y garantías del ciudadano: Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*. Iustel. Madrid, 2011. Págs. 569 a 584.

<sup>15</sup> Dictamen 275/2015, de 29 de abril de 2015.

- FONT I LLOVET, T. – RODRÍGUEZ PONTÓN, F. «Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria» de la sección Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa. *Revista de Administración Pública* núm. 197. Mayo-agosto 2015. Págs. 305 a 310.
- GALINDO MARTENS, E. «Los elevados costes de la medicina defensiva». [www.blogde-trauma.com/tag/medicina-defensiva](http://www.blogde-trauma.com/tag/medicina-defensiva). Consultado el 20 de diciembre de 2014.
- GARRIDO MAYOL, V. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como objeto de la función consultiva. ¿Necesidad de una reforma?. En AAVV. *Jornadas de la Función Consultiva*. Madrid, 17 y 18 de septiembre de 2009. Madrid, 2010. Págs. 85 a 110.
- MARTÍN REBOLLO, L. «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones» *Revista de Administración Pública* núm. 150. Septiembre-diciembre 1999.
- MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson Reuters –Aranzadi. Cizur Menor, 2007.
- PANTALEÓN PRIETO, F. «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». *Documentación Administrativa* núm. 237-238. Enero-junio, 1994.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. Prólogo al libro de DE AHUMADA RAMOS, F. J. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*. Thomson Reuters –Aranzadi. 2ª ed. Madrid, 2004. Págs. 25 a 35.
- SEUBA TORREBLANCA, J. C. *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*. Civitas. Madrid, 2002. PÉREZ GÁLVEZ, J. F. «Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia o de la técnica». *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 104. Octubre-diciembre 1999. Pág. 657 y ss.



- SEUBA TORREBLANCA, J. C. –RAMOS GONZÁLEZ, S. – LUNA YERGA, A. «Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades». InDret 3/2002. Julio-septiembre 2002.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. La responsabilidad civil por actividades médicas. Ponencia leída en el Congreso de Responsabilidad Civil celebrado en La Coruña en junio de 2003.