

Deficiente funcionamiento del servicio sanitario público. Competencia de la jurisdicción civil cuando se ejercita la acción directa contra la aseguradora de la Administración. Muerte del feto en el parto, indemnización ajustada al supuesto del Baremo de embarazada con pérdida de feto. Consentimiento informado por cambio de circunstancias, no se precisa pues el consentimiento iba encaminado a no tener más partos y no a no tener más hijos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 11 de febrero de 2011.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Doña Estrella y Don Genaro, que actúan en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, Martín y Noelia, ejercitaron acción de reclamación de daños y perjuicios por el fallecimiento de su hija y hermana en el momento del parto, en base a la acción directa derivada del contrato de seguro, frente a la Aseguradora ZURICH ESPAÑA S.A., a partir de una doble imputación: 1ª) Deficiente funcionamiento del servicio sanitario en lo relativo al fallecimiento de uno de los fetos. 2ª) falta del consentimiento informado, respecto de la ligadura de trompas al haber fallecido uno de los fetos, alterando las circunstancias para el que se prestó. La Sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda. Rechaza la primera imputación porque se produjo un supuesto de “muerte súbita intrauterina”, de la que se ignoran los motivos de la misma, sin que exista culpa, negligencia o

infracción de la “lex artis” por parte del personal sanitario. También la segunda porque existe consentimiento informado suscrito por la parte actora y prueba de que la ligadura era porque no quería tener más embarazos, rechazando el argumento sostenido en la demanda de que ella dio el consentimiento informado porque iba a tener ya tres hijos y que por lo tanto la Médico se tendría que haber planteado que como una había muerto en el parto, las condiciones habían variado y por lo tanto no debería haber realizado esa intervención. La sentencia dice lo siguiente: En primer lugar en ningún caso se dice que la actora pretende la ligadura porque no quiera tener más de tres hijos. Esa manifestación no aparece en ningún documento. Ni tan siquiera se ha probado que se hiciera. Lo único que existe es, por un lado, el consentimiento informado suscrito por la actora y, por otro, las manifestaciones de la Médico que efectuó la ligadura en el sentido que fue antes a ver a la paciente y para asegurarse que era su voluntad le preguntó por dicho extremo diciendole la Sra. Estrella que no quería tener más embarazos. Esto último es lógico por cuanto independientemente del número de hijos en cada parto, lo cierto es que en cada embarazo, y este era el segundo, se le tenía que practicar una cesárea, con los riesgos que conllevaría la practica de otra.

En segundo lugar la facultativa reconoce que cuando saca al niño, que resultó fallecido, es cierto que ella notó la falta de respuesta y que se lo da a los neonatólogos que son los que se dedican a las prácticas de reanimación en otras dependencias y que cuando a ella le comunican el fallecimiento ya había realizado la ligadura de trompas, que es precisamente lo que había solicitado la Sra. Estrella que se le hiciese, primero por escrito y después verbalmente a la propia médico, consentimiento este que en momento alguno fue revocado en los términos a los que se refiere la Ley 41/2002

La Audiencia Provincial de Murcia estimó en parte el recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia, revocó la Sentencia de Primera Instancia, estimando en parte la demanda y condenó a la Aseguradora Zurich España S.A. a que indemnizara a los actores en la cantidad de 15.527,82. La sentencia constata, de un lado, la existencia de un deficiente del servicio sanitario y ratifica, de otro, el pronunciamiento de la sentencia respecto a la información. Se interpone recurso de casación por los demandantes, al que, entre otras razones, opone la recurrida el carácter de orden público de la jurisdicción para conocer del asunto por discutirse la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, problema que ha sido resuelto reiteradamente



por esta sala atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS, contra el asegurador de la Administración (SSTS 30 de mayo 2007; 21 de mayo 2008).

La Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce expresamente el derecho que tiene toda persona a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud»



SEGUNDO.- Se articula en tres motivos. En el primero denuncia la infracción del art. 1101 del Código Civil, en relación con los art. 1106 y 30 del mismo texto legal. Alegan los recurrentes que no se cuestiona a través de este motivo el quantum indemnizatorio sino que, lo que plantean a la Sala es la revisión de las bases sobre las que se ha obtenido la indemnización. Así la Sentencia de la audiencia entiende que la indemnización debe ajustarse a la tabla II contenida en la resolución de la Dirección General de Seguros, de 7 de febrero de 2005, y en concreto en el presente caso en el apartado de víctima embarazada con pérdida de feto. Sin embargo los recurrentes entienden que es indebida la aplicación al presente caso del art. 30 del Código Civil, ya que la pérdida sufrida es la de una hija y una hermana, y no un feto. Se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional n° 53/1985, que declaró que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma

en persona lo que antes era feto. Por ello y teniendo en cuenta además que la muerte de la niña no se certificó hasta 20 minutos después del nacimiento, debería haberse indemnizado por la pérdida de un ser humano, razón por la que se infringe lo dispuesto en el art. 1101 del Código Civil, en relación con el art. 1106 del mismo texto legal, al no haberse indemnizado la totalidad del daño causado. Se desestima. El motivo no solo está mal formulado en cuando se impugna el concepto o bases sobre las que se ha establecido la indemnización sin cuestionar el “quantum”, sino que tampoco se sostienen los argumentos que lo sustentan. En efecto, no está en discusión el derecho que tiene el feto a su existencia y a su integridad física. La vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, pero de esta premisa no se sigue, en modo alguno, que una persona que ha muerto antes de estar completamente separada del seno materno, sea considerada

como si hubiera existido. Lo que se discute es si la frustración de ese derecho puede generar consecuencias económicas y con que alcance a favor de aquellos que eventualmente hubieran resultado parientes directos del fallecido teniendo en cuenta que la causa del fallecimiento del feto fue la hipoxia o anoxia, esto es, falta de oxígeno en el feto, que nació muerto, lo que significa que el beneficio de la indemnización se debe reconocer exclusivamente en relación con la pérdida de la vida del feto y no con la muerte de un ser humano que nunca ha existido. Lo que justifica la aplicación de forma orientativa del Baremo contenido en la Resolución de la de la Dirección General de Seguros de 7 de febrero de 2005 y en concreto de la Tabla II para "víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente", como hizo la sentencia recurrida.

TERCERO.- El segundo y el tercero se van a analizar conjuntamente por referirse ambos al consentimiento informado. En el segundo denuncian los recurrentes la infracción del art. 1104 del Código Civil, en cuanto se produce una nueva situación por el fallecimiento de una de las gemelas, de manera que el consentimiento informado y firmado por la paciente para la práctica de la ligadura de trompas con anterioridad, carecía de valor, y se debió solicitar un nuevo consentimiento informado a la parturienta, y si ello no era posible en el momento de la cesárea no se debió realizar la ligadura de trompas, ya que la nueva situación requería un nuevo consentimiento informado, de manera que hay un incumplimiento en las obligaciones de la médico que le exigían prudencia en su actuación y el deber de información adecuada y continuada. Se denuncia por tanto la infracción del art. 1104 del Código Civil, en cuanto la sentencia de apelación ha considerado que la profesional médico no necesitaba adecuar su actuación a las nuevas circunstancias concretas del caso, una vez que ya había obtenido el consentimiento de su paciente, pese a que éstas cambien. En el tercero, se alega la misma infracción del art. 1104 del Código Civil, en relación con los arts. 4, 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, al producirse una infracción de los deberes de información asistencial, ya que ante un hecho novedoso en la práctica de la cesárea, como es el nacimiento sin respuesta de una de las niñas, que exigía que fuese puesto en conocimiento de la paciente, no se le proporcionó toda la información disponible, entendiendo los recurrentes que el deber de informar nose agota con la ob-

tención del consentimiento informado sino que la información asistencial ha de ser continuada. Hubo por ello infracción del deber de información como obligación del médico y, por tanto, del art. 1104 del Código Civil. Además tampoco se hizo uso de la posibilidad de haber intentado comunicar dichas circunstancias y recabar la autorización del marido de la Sra. Estrella. Se desestima. Hubo información médica y consentimiento suscrito por la actora autorizando la ligadura de trompas porque "no quería tener más embarazos" y no porque no quisiera tener más de tres hijos, lo cual es lógico, como dice la sentencia, por cuanto independientemente del número de hijos en cada parto, en cada embarazo, y este era el segundo, se le tenía que practicar una cesárea, con los riesgos que conlleva la practica de otro. Y lo que no es posible es convertir ambos presupuestos, información y consentimiento, en una especie de trampa para quienes estaban obligados a adecuarlos a la nueva situación originada por el fallecimiento de una de las gemelas desde el momento en que la paciente, al otorgar el consentimiento, no hizo constar en modo alguno que era condicionado y que cuando la facultativa saca al niño y lo pone en manos de los neonatólogos, ante la falta de respuesta, desconocía su fallecimiento, de tal forma que cuando le comunican el fallecimiento ya había practicado la ligadura de trompas, que es precisamente lo que había solicitado la Sra. Estrella que se le hiciese, primero por escrito y después verbalmente por la propia Médico, consentimiento este que en momento alguno fue revocado en los términos a los que se refiere la Ley 41/2002.

CUARTO.- La desestimación del recurso produce los preceptivos efectos determinados en el artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a las costas. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la procuradora Doña Olga Navas Carrillo, en la representación que acredita de Doña Estrella y Don Genaro, que actúan en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad Martín y Noelia, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 7 de junio de 2007; con expresa condena a la parte recurrente de las costas causadas. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Interesa esta Sentencia entre otros aspectos, en el concerniente a la discusión sobre la competencia jurisdiccional para conocer del asunto, por cuanto se ejercita una acción por negligencia médica de la administración en vía civil. En este sentido, es sobradamente conocida la atribución de los temas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración a la vía contencioso-administrativa, y ello aun en el supuesto en el que se demande de forma conjunta a un ente privado junto al ente administrativo, incluyéndose también las reclamaciones formuladas frente a la compañía aseguradora de la Administración.

Pero el supuesto que nos ocupa se separa de los previstos expresamente en la Ley para la atribución de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, aún después de las reformas introducidas en dicha materia, Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, en la modificación que introduce del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto se trata de una demanda formulada al amparo de la opción que prevé el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, la llamada acción directa contra la aseguradora, en virtud de la cual el perjudicado puede elegir demandar tan sólo a la aseguradora del agente que ha causado el daño. Pues bien, en este supuesto, y solo en éste, cuando se decide demandar de forma exclusiva a la aseguradora del ente administrativo causante del daño, son competentes los juzgados y tribunales del orden civil.

En este sentido debemos señalar que nos encontramos ante una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual cobra vital importancia dado que hasta el momento tan sólo contábamos con Autos dictados por la Sala de Conflictos, entre ellos el reciente de fecha 18 de octubre de 2010, los cuales, a pesar de que compartían los fundamentos jurídicos de ésta, como ya sabemos, no crean jurisprudencia; pudiendo ser este el motivo por el cual muchas Audiencias Provinciales seguían considerando que la acción dirigida contra la aseguradora de un ente administrativo debía ser planteada ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por tanto, esperemos que ya sí podamos empezar a hablar de la existencia de una línea jurisprudencial clara sobre este asunto, la cual establece sin ningún género de duda que en el supuesto en el que se opte por ejercitar la acción directa frente a la aseguradora de un ente administrativo, conocerán de ella los órganos de la jurisdicción civil.

En cuanto al fondo del asunto, la Sentencia analiza delimita los requisitos de la obligación de consentimiento informado que incumbe a los profesionales médicos, estimando inexistente la vulneración de la misma en este supuesto, por cuanto no se considera necesario que el médico tuviera que solicitar un nuevo consentimiento a la hora de realizar la ligadura de trompas a la paciente, aun a pesar de que ésta perdiera en el parto, uno de los dos hijos que esperaba.

La Sentencia analizada delimita los requisitos de la obligación de consentimiento informado que incumbe a los profesionales médicos, estimando inexistente la vulneración de la misma en este supuesto»

En este sentido pueden surgirnos dudas sobre la lógica de dicha interpretación, por cuanto es evidente que el consentimiento informado prestado por la paciente en este supuesto se hace a la vista de unas previsibles circunstancias, concretamente aquí el nacimiento de los dos hijos que se esperaban, totalmente diferente a las que finalmente concurren. Por tanto, el presupuesto de hecho tenido en cuenta en el momento de presentar el consentimiento

COMENTARIO

por la paciente, cambia completamente cuando uno de sus hijos muere antes de nacer. Así, y máxime cuando el hecho es imputable a una negligencia de los profesionales que asisten a la paciente, podríamos plantearnos que el consentimiento prestado en su momento para la ligadura de trompas, la cual por mucho que se discuta va orientada a impedir un nuevo embarazo, fue prestado para un supuesto totalmente distinto al que resulta finalmente y de ahí podría plantearse la nulidad del mismo.

Y ello por cuanto es evidente que uno de los requisitos esenciales para la validez del consentimiento informado prestado por un paciente, debe ser, precisamente, el conocimiento pleno por parte de éste de cuál es concretamente el supuesto para el que presta dicho consentimiento, es decir, debe conocer todos y cada uno de los elementos y condicionantes que intervienen en el mismo, y es evidente, que si con posterioridad éstos cambian aquel consentimiento deja de reunir los requisitos necesarios para su validez. Y ello por cuanto en dicho supuesto ya no podremos hablar de un consentimiento informado, al carecer el paciente de la información necesaria sobre las nuevas circunstancias sobrevenidas, las cuales inevitablemente cambian el supuesto de hecho tenido en cuenta en un principio para prestar dicho consentimiento. Así, compartimos con el recurrente, el convencimiento de que si la paciente hubiera conocido el hecho de que uno de sus hijos no iba a llegar a nacer, muy probablemente se habría vuelto a plantear el optar en este momento por la ligadura de trompas.

Con todo esto cabe hacernos una reflexión sobre hacia donde nos conducen sentencias como esta que comentamos, en la que se resta importancia a la necesidad de obtención de un nuevo consentimiento al variar las circunstancias que se tuvieron en cuenta para otorgar el anterior, y aquellas otras donde se indemniza el daño moral causado por falta de consentimiento informado de una forma totalmente simbólica, y es que pudiéramos estar presenciando un retroceso en materia de consentimiento informado. Y ello por cuanto se resta importancia a la existencia o no del mismo, así como al cumplimiento de los requisitos esenciales para su validez, volviéndolo a considerar como un mero trámite formal. En este sentido, nos alejamos de aquella corriente jurisprudencial de la Sala Primera (STS de 21 de Octubre de 2005) que calificaba la falta de consentimiento informado como una vulneración de la *lex artis*, dándole el mismo protagonismo que a aquellos supuestos donde dicha vulneración la constituía un error médico y cuantificando la indemnización procedente en el 100% del daño causado, que es lo que actualmente propugna la Sala Tercera (STS de 9 de Marzo de 2010). Por tanto, desde aquí, llamemos la atención sobre la necesidad de dar al cumplimiento del consentimiento informado el sitio que le corresponde en materia de responsabilidad por negligencia médica, pues de lo contrario puede salir demasiado “barato” violar la dignidad del ser humano, que es lo que se hace cuando se prescinde del consentimiento informado.

En esta Sentencia se resta importancia a la necesidad de obtención de un nuevo consentimiento al variar las circunstancias que se tuvieron en cuenta para otorgar el anterior

Uno de los requisitos esenciales para la validez del consentimiento informado prestado por un paciente, debe ser, precisamente, el conocimiento pleno por parte de éste de cuál es concretamente el supuesto para el que presta dicho consentimiento