

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONTRATACIÓN MÉDICA.
EL SUPUESTO DEL “REPRESENTANTE” SANITARIO

*AUTONOMY OF WILL AND MEDICAL CONTRACTING. THE
ASSUMPTION OF THE SANITARY “REPRESENTATIVE”*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 124-151



Leticia GARCÍA
VELASCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un estudio de las figuras de representación en el ámbito sanitario cuando al paciente no se le había establecido previamente una figura de apoyo. Se establecen las diferencias entre la representación que la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente ofrece en función de si existe o no esta figura de apoyo en adultos y otras figuras de carácter representativo en el ordenamiento jurídico actual. Asimismo, se estudian las posibles modificaciones en la redacción vigente de la ley, observando la adecuación a la Convención sobre los Derechos de personas con discapacidad del año 2006.

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad; representante sanitario; discapacidad sobrevenida; representación y mandato; consentimiento informado.

ABSTRACT: *In the present work, a study of the figures of representation in the health field is made when the patient had not previously established a support figure. It is also seen the differences between the representation that Law 41/2002, basic for the patient autonomy offers depending on whether or not this figure of support exists in adults and other figures of a representative nature in the current legal system. Likewise, the possible modifications in the current version of the law are considered, observing the adequacy to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006.*

KEY WORDS: *Autonomy of the will; health representative; supervening disability; representation and mandate; informed consent.*

SUMARIO.- I. LA ACTIVIDAD MÉDICA COMO UNA ACTIVIDAD CONTRACTUAL. - LAS NOTAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.- 1. Las partes del contrato.- 2. Las características del contrato.- III. LA POSIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN O LA NECESIDAD DE UNA FIGURA DE APOYO.- 1. La menor edad del sujeto paciente.- 2. La mayor edad del paciente que precise una figura de apoyo para el completo ejercicio de su capacidad jurídica.- 3. La mayor edad y situación de compromiso de la capacidad de entender por cuestión de hecho.- IV. DEFINICIÓN DE FIGURAS, ¿MANDATO O REPRESENTACIÓN? - 1. Características del mandato.- 2. Características de la representación.- 3. Análisis conjunto de las figuras.- V. LAS FUNCIONES DEL SUSTITUTO SANITARIO.- 1. Deber de guardar la intimidad y la confidencialidad.- 2. Deber de tomar una decisión que beneficie la salud o la vida de la persona afectada.- 3. Deber de informar de la decisión tomada.- VI. POSIBLE RESPONSABILIDAD EN CASO DE NO CUMPLIR CON LA VOLUNTAD DEL PACIENTE.- VII. ADAPTACIÓN DE LA LBAP AL NUEVO SISTEMA DE APOYOS DEL CÓDIGO CIVIL

I. LA ACTIVIDAD MÉDICA COMO UNA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.

Cuando un sujeto precisa determinados cuidados sanitarios por parte de un tercero, se está sometiendo a la práctica de uno o varios profesionales que proporcionarán tales cuidados en su contexto laboral, de manera independiente a que sea éste un ámbito autónomo o dependiente, público o privado.

Si esta hipótesis aparece nos vamos a encontrar con un presupuesto en el que dos o más sujetos convienen en que dicha atención finalmente se dé, como una forma de obligación que contempla el ordenamiento jurídico español.

Según el art. 1088 CC, toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Esta obligación es el vínculo jurídico que une a dos o más personas, dándole a cada cual una posición determinada de acreedor o deudor frente al otro. En virtud de este vínculo, cada uno de ellos tendrá una serie de derechos, deberes y responsabilidades que les incumbe a ellos mismos y que tienen que cumplir con su contraparte.

Entrando a evaluar la actividad desarrollada por los profesionales sanitarios podemos decir que el modo de obligación que surge en esta actividad es la contractual (vid. Art. 1254 CC)¹, apareciendo por tanto un contrato que se

¹ Bien es cierto que en el momento de la prestación del servicio médico no siempre aparece un contrato físico. Véase por ejemplo la atención sanitaria pública, en la que una persona es ingresada en un centro voluntariamente para ser tratada por una dolencia concreta, pero dicho ingreso y voluntad para ingresar solamente constan en un documento de orden de ingreso, de carácter administrativo, que se anexa a los documentos de historia clínica del paciente y donde no consta la declaración de voluntad del paciente, pero se presume. Así, los contratos de servicios sanitarios obtienen esa nota específica de los contratos de

• Leticia García Velasco

Investigadora Predoctoral. Programa de Doctorado en Derecho civil. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid. Correo electrónico: leticiagarciavelasco@gmail.com

suscribe en cierto modo entre el sanitario y el paciente, pudiendo encuadrar ésta dentro de las prestaciones de servicios, que se encuentra regulado en el art. 1544 CC (como subtipo de las prestaciones de una actividad. Además, la obligación que de este contrato se deriva tiene fuerza de ley entre quienes contratan, de modo que deben cumplirse a tenor del mismo (vid. Art. 1091 CC).

Pero además aparece una especialidad en la obligación, y es que no existe una exigencia de resultados de manera general. La doctrina del Tribunal Supremo estima que la obligación de medios impera en aquellas relaciones contractuales en las que se opera sobre la necesidad de un tratamiento médico. E incluso en aquellas intervenciones que pueden considerarse optativas, voluntarias o satisfactivas (v.gr. medicina estética)², no comportan por sí mismas la garantía del resultado perseguido, a no ser existiera una certeza de garantía asegurada por el médico responsable al paciente o un pacto expreso entre médico y paciente, si es que así resulta probado de la narración fáctica del caso (SSTS 25 de abril de 1994 y su evolución doctrinal, 11 de febrero 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007, 27 de septiembre de 2010, 13 de abril de 2016 y otras).

La posibilidad y la capacidad de obligarse mediante un contrato están claramente estipuladas en la legislación civil de nuestro Estado, existiendo una amplia regulación contenida tanto en el Código civil como en las leyes desarrolladoras de cada una de las parcelas del Derecho privado. En nuestro caso, además, tratándose en la mayoría de situaciones de una prestación de servicios necesaria para la atención a la salud, habremos de ir más allá en lo que afecte a aquellos sujetos que no puedan decidir por sí mismos³.

Así, tendremos que definir no solo cuáles son los requisitos que se exigen para poder obligarse en este aspecto de manera general, sino las particularidades

prestación de servicios, que es la libertad de forma, con las particularidades y obligaciones relativas a hacer constar otras manifestaciones de la voluntad del paciente que puedan surgir durante la prestación de dicho servicio.

- 2 STS 2572/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2572. FJ 5º.2. Dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009 del Tribunal Supremo, y reiteran las de 3 de marzo de 2010, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014, que "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. [...] (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)".
- 3 La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece unos criterios básicos para diferenciar entre usuarios con capacidad para decidir y usuarios sin capacidad para decidir (sea ésta de hecho o legal).

que surgen en el caso de los menores de edad, las personas que, súbitamente, no pueden tomar una decisión por un motivo de hecho o las personas con algún tipo de discapacidad que precisen de una figura de apoyo⁴.

II. LAS NOTAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.

Para comenzar, hemos de establecer quiénes son las personas que pueden ser parte en un proceso donde aparece la contratación en general. Posteriormente, observaremos cuáles son las peculiaridades propias de la actividad contractual, aplicándolas a nuestro supuesto de hecho, entendido este como un contrato de servicios.

I. Las partes del contrato.

Precisándose para que exista el contrato que el consentimiento entre los contratantes concorra junto con el objeto cierto del contrato y la causa de la obligación que se establezca, debemos comprender quiénes son las personas que pueden obligarse, tanto por parte de quien resultará acreedor del contrato de servicios como de aquél que será deudor del servicio que se contrata, valorando en el siguiente epígrafe cuál es el objeto y la causa del mismo⁵.

A) *El acreedor del contrato de servicios.*

Será acreedor quien solicite que se realice un servicio en su favor, tratándose dicho servicio en nuestro caso de atención en el ámbito sanitario, pudiéndola dividir en atención o actuación preventiva, curativa, rehabilitadora, paliativa o voluntaria/satisfactiva.

B) *El deudor del contrato de servicios.*

Será deudor quien se obligue a realizar la actividad de que se trata, pudiendo resultar un solo profesional sanitario o un centro en el que exista una diversa oferta de profesionales que puedan llevar a cabo dicho servicio.

C) *Notas comunes del consentimiento entre las partes.*

De manera general, en virtud de la nueva redacción del art. 249 y siguientes del CC, las personas que precisen apoyo para ejercer su capacidad jurídica contarán con unas medidas concretas que les permita el desarrollo pleno de

4 GUILARTE MARTÍN-CALERO C: "Comentario", en Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 787-815.

5 Para un estudio pormenorizado del tema: VAQUERO PINTO M.J.: El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 13-57 y 187-256.

su personalidad en condiciones de igualdad, pudiendo ser estas (además de las de naturaleza voluntaria) la guarda de hecho, la curatela o el defensor judicial. Además, según el art. 1.263 del CC “los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con apoyo de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

Así las cosas, debemos acudir a las normas especiales en las que se evalúa la capacidad para la toma de decisiones como presupuesto fundamental del cumplimiento del válido consentimiento. Comenzando por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (desde ahora, LBAP) que establece en su artículo 9 los “límites del consentimiento informado y consentimiento por representación” y otorga un límite general en los 16 años como la edad suficiente para que el consentimiento por representación no sea válido (vid. Art. 9.4) con las excepciones establecidas para la interrupción voluntaria del embarazo (vid. Art. 9.5) o para las actuaciones consideradas como “de grave riesgo para la vida o salud del menor” (vid. Art. 9.4 in fine), con la necesidad de que se oiga y tenga en cuenta la opinión del menor de edad.

No existiendo otra norma en la que se hubiera establecido un límite de edad menor, en España se introdujo mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia los criterios interpretativos del principio “interés superior del menor”, considerándolo como carácter “prioritario y principio fundamental en la materia”, y enumeró los tres significados que ya había señalado el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en el año 2013, que establecía que “el interés superior del menor” debía ser entendido como un concepto de triple sentido: por un lado, un derecho sustantivo; de otro, un principio interpretativo; y finalmente, una norma de procedimiento⁶.

Así, el profesional sanitario encargado del tratamiento será también responsable de evaluar la capacidad de discernimiento del menor para conocer si es capaz de comprender el alcance de la intervención de que se trate, y así saber si podrá otorgar el consentimiento por sí mismo o precisará de una figura de apoyo, en virtud de lo establecido en el artículo 9.3.c) de la LBAP, y siguiendo lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6 CRC/C/GC/14. Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas. Observación general N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

2. Las características del contrato.

Nuestro Código civil establece unas notas definitorias básicas de la actividad contractual en general (vid. Art. 1254 y ss. CC), pudiéndose especificar para nuestro ámbito en las siguientes, debido a las características especiales del arrendamiento de servicios⁷:

A) Inicio del contrato.

El contrato se inicia cuando una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra, a prestar algún servicio.

Esta obligación de prestación de un servicio se relacionará con la voluntariedad de someterse a un tratamiento concreto que busque la curación, la rehabilitación o la paliación de una patología determinada⁸. Así, el deudor de la prestación consentirá en obligarse con el acreedor de dicha prestación sanitaria.

B) Pactos y cláusulas.

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Las condiciones que se establecen en el arrendamiento de servicios sanitarios no pueden tener el mismo valor que las de otra clase de contratos, dependiendo de múltiples factores, dado que la realización de la obligación por parte del arrendatario no se ve sometida a la voluntad de cierto resultado del cliente/paciente, sino a la *lex artis ad hoc*⁹ propia de la profesión sanitaria, a la obligación de medios a la que ya nos hemos referido o a la posibilidad de realización de un determinado procedimiento en función de la cartera de servicios específica del centro¹⁰.

7 TRIGO GARCÍA M.B.: Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 65-85 y 201-334.

8 Habida cuenta de la existencia de otras clases de atención en el ámbito sanitario, como la relativa a las actividades preventivas, nos centraremos en las vertientes curativa y rehabilitadora para denominar en lo subsiguiente a la atención sanitaria.

9 Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 1991, que define la *lex artis ad hoc* como "aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico 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 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 (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)".

10 En el ámbito de la atención sanitaria pública en España, Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, así como sus subsiguientes modificaciones, incluido el Real Decreto-ley 16/2012, de

La necesidad de que se alcanzara un cierto resultado con el paciente puede observarse si así se hubiera pactado en el propio contrato de servicios médicos, lo que supondría por una parte una aceptación desorbitada de la responsabilidad sobrevenida en caso de no poder alcanzar dicho resultado por parte del proveedor del tratamiento, y de otra, una situación de muy difícil prueba en el caso de ser alegada en un procedimiento posterior de reclamación de la responsabilidad contractual¹¹.

C) *Validez.*

La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Precisamente como parte de la *lex artis ad hoc*, el cumplimiento del contrato debe adecuarse a la actualidad del conocimiento científico y las exigencias técnicas que el profesional sanitario debe conocer y practicar.

D) *Perfección.*

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Siendo cierto que el mero consentimiento también perfecciona el arrendamiento de servicios sanitarios, es imperativo que este consentimiento cumpla con los requisitos específicos que se derivan tanto de la Ley General de Sanidad como de la LBAP. De manera que, en determinados casos, deberá existir por escrito una manifestación de la voluntad denominada consentimiento informado, que habrá de cumplir con las exigencias que indique la Ley (vid. Art. 8 LBAP), apareciendo pues un requisito necesario para su validez (vid. Art. 1279 CC).

E) *Representación.*

Nadie puede contratar en nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal, siendo nulo el contrato de no existir

20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y la diversa regulación autonómica que se desarrolla a partir de estas normas.

En el ámbito de la atención sanitaria privada en España, se estará a las condiciones de aseguramiento o actuación que cada uno de los contratos para la atención individual o de seguro establezcan.

11 SÁNCHEZ GÓMEZ A: Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 106-159 y 219-288.

autorización, representación o ratificación posterior de la persona a cuyo nombre se otorgó el contrato.

Aquellas personas sometidas a la patria potestad o a una figura de apoyo para poder ejercer su capacidad jurídica (figuras voluntarias, guardador de hecho, curatela o defensor judicial) ven modificada la posibilidad de formar parte en esta situación de contratación sanitaria al amparo del Código Civil y la LBAP. Siendo estos sujetos considerados como necesitados de una figura de apoyo concreta por motivo de edad o madurez, o que precisen esa ayuda para ejercer su capacidad jurídica respectivamente, serán sus representantes o asistentes quienes, de facto, se conviertan en las figuras contratantes en primer lugar y/o quienes apoyarán en el otorgamiento de los consentimientos que de la atención sanitaria se deriven (con las particularidades que las normas establezcan).

Así, un menor de edad que no haya cumplido 16 años (vid. Art. 9.4 LBAP) o una persona que precise una figura de apoyo por declaración judicial (vid. Art. 9.3.b LBAP), serán los acreedores de la atención sanitaria, pero no formarán parte de la contratación del negocio en sí, dado que aquellas manifestaciones de la voluntad que sean necesarias para la realización de los concretos procedimientos que las exijan serán otorgadas por sus representantes¹².

Sin embargo, en aquellas situaciones en las que, considerándose el paciente receptor de cuidados como persona que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho¹³ para la toma de decisiones se exija que la manifestación de voluntad conste por los medios legales establecidos, ocurrirá en muchas ocasiones que no contemos con un representante legal, puede que tampoco con otra clase de autorizaciones y puede que aquel paciente no ratifique nunca su voluntad en el supuesto en que recupere su capacidad natural, si es que la incapacidad resulta abruptamente sobrevenida.

III. LA POSIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN O LA NECESIDAD DE UNA FIGURA DE APOYO.

El artículo 9.3 de la LBAP establece de manera general los supuestos de otorgamiento de consentimiento por representación, siendo ésta una posibilidad

12 Con obligatoria sujeción a lo establecido en los artículos 9.6 y 9.7 de la LBAP y habida cuenta de lo que, en el caso de personas que precisen asistencia para la toma de decisiones, se estipule en la sentencia judicial que declare dicho estado civil, dado que no se ha visto modificada la redacción de este artículo tras las últimas novedades introducidas en el Código civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

13 Nos referimos a aquellas situaciones en las que las capacidades de entender y querer se pueden ver nubladas por la falta de juicio que una concreta patología pueda desentrañar, así como la inconsciencia derivada de cualquier motivo.

que aparece ante la imposibilidad de toma de decisiones por una cuestión de hecho o por existir una discapacidad en el paciente que haga que precise de una figura de apoyo y así se haya establecido judicialmente, ofreciéndose las siguientes posibilidades¹⁴:

1. Paciente menor de 16 años o con capacidad judicialmente modificada y así conste en la sentencia: el consentimiento lo prestarán las personas que ostenten la patria potestad o la tutela, según el caso¹⁵.
2. Paciente menor de edad, mayor de 16 años o emancipado: el consentimiento lo prestará el menor de edad siempre que sea capaz intelectual y emocionalmente para comprender el alcance de la intervención. En caso contrario, el consentimiento lo dará su representante legal con atención a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁶.
3. Paciente mayor de edad, que no se encuentra en condiciones de tomar decisiones por cuestiones de hecho¹⁷: prestarán el consentimiento sus familiares o las personas vinculadas de hecho a él, atendiendo al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente, y respetando su dignidad personal.

De manera que contamos con tres situaciones en las que se ha de determinar quién es el encargado de la toma de decisiones en materia sanitaria dependiendo de determinadas circunstancias:

1. La menor edad del sujeto paciente.

En esta situación aparece definida la necesidad de que sean quienes ostenten la patria potestad o quienes consten como tutores legales los que otorguen consentimiento en nombre del menor en aquellas situaciones en las que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

14 Téngase en cuenta que se trata de una cita literal del precepto, que no se ha modificado desde el año 2015.

15 Con la necesidad de que participen en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario y respetando su dignidad.

16 Se exceptúa la actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, en la que, a criterio del médico responsable, el consentimiento se prestará por el representante legal del menor, una vez oído y tenida en cuenta su opinión, así como la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por las disposiciones especiales de aplicación (Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo).

17 No habiéndose visto modificada la LBAP por la última modificación del CC, estableceremos la definición de lo que se consideraba "incapaz de hecho" por unos términos más acordes a la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Se permite la prestación del consentimiento al mayor de dieciséis años, concediendo la ley un margen de autonomía que se ve limitado por la misma cláusula que para los adultos: cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, situación en la que será el representante quien consentirá.

Con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, en el año 2015, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo estableció la exigencia de la mayoría de edad para el otorgamiento de consentimiento informado en los casos en los que se precisa dicha prestación. Asimismo, la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por sus disposiciones especiales de aplicación, también exigen la mayoría de edad, con la salvedad de determinadas disposiciones relativas a la donación de tejidos regenerables o residuos quirúrgicos (vid. Art. 7 Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos)¹⁸.

2. La mayor edad del paciente que precise una figura de apoyo para el completo ejercicio de su capacidad jurídica.

Hasta que la redacción de la LBAP se adecúe a la de las medidas de apoyo establecidas por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, habremos de entender que el paciente mayor de edad al que se le asigna de facto una figura de apoyo con carácter representativo por verse en una situación sobrevenida en la que no puede tomar una decisión, no cumple literalmente con las funciones de representante, a no ser que se trate de un caso excepcional en el que, a pesar de la ayuda para el razonamiento y la comprensión de su situación actual no sea posible determinar sus deseos y voluntad.

Para el resto de situaciones, este “representante” no será tal, sino que ostentará una posición de guardador de hecho o curador, acudiendo al apoyo de la persona con discapacidad que lo precisa por su estado (vid. Art. 249 y ss. CC) de manera que se vea protegida la integridad personal en igualdad de condiciones

¹⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO C.: El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York), Editorial Reus, Madrid, 2019, pp. 70-92.

que las demás personas, tal como establece el art. 17 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

3. La mayor edad y situación de compromiso de la capacidad de entender por cuestión de hecho.

Ya hemos observado cómo la regulación proporcionada por la LBAP establece en su artículo 9 la posibilidad de representación para personas menores de edad o con “capacidad judicialmente modificada”, estos últimos precisados de una modificación próxima en su redacción para que se adecúe a las últimas modificaciones en materia civil.

Sin embargo, en los casos en que no contemos con una representación legal y exista la necesidad de formalizar el requisito imprescindible del consentimiento informado por escrito para una de las intervenciones tasadas, la solución ofrecida es cuestionable si se quiere considerar como un supuesto de representación. Así, en virtud de lo establecido en el art. 9.3.a in fine, por aquellos pacientes que deban prestar su consentimiento y, debido a motivos de hecho, no puedan, otorgarán la autorización sus familiares o las personas vinculadas de hecho a él, convirtiendo a un posiblemente amplio grupo de personas en los encargados de la valoración de la posible voluntad del paciente.

IV. DEFINICIÓN DE FIGURAS, ¿MANDATO O REPRESENTACIÓN?

Como ya avanzábamos en el epígrafe anterior, según el art. 9.3 LBAP, texto donde se encuentra definido el consentimiento por representación en el ámbito sanitario (así como sus límites), una de las situaciones en las que se debe otorgar el consentimiento por representación es la siguiente: “Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

Esta clase de prestación del consentimiento se define como un otorgamiento por representación, pero resulta relevante entender conceptos semejantes a la hora de comprender cómo opera esta figura en la contratación de servicios sanitarios. Más aún cuando en la propia tramitación de la Ley se trató de uno de los preceptos más polémicos, al no llegar a un acuerdo inicial sobre el modo de definirlo¹⁹.

¹⁹ Para un estudio pormenorizado, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica, 2ª edición, Edit. Lex Nova, Madrid. 2007, pp. 233-258 y 331-378.

Definimos el mandato como un contrato que crea la obligación para el mandatario de cumplir con la prestación de un servicio o con un encargo determinado recibido del mandante (vid. Art. 1709 CC); y la representación como un poder que legitima al apoderado para actuar frente a terceros en nombre del poderdante.

I. Características del mandato.

Si la relación que la persona que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho tiene con quien toma la decisión de someterse a un determinado tratamiento fuera de mandato²⁰, las características podrían resumirse en las siguientes:

Primero. Sabiendo que el mandato puede ser expreso o tácito, de no existir ningún documento previo (instrucciones previas o voluntades anticipadas) o manifestación verbal de la voluntad de la que fuera testigo el personal sanitario responsable del tratamiento, este mandato habría de ser considerado tácito.

Segundo. La aceptación del encargo, de no existir el documento previo o la manifestación verbal observada, se entendería tácita al realizar el mandatario aquellas disposiciones negociales necesarias para continuar con el tratamiento del paciente.

Tercero. Al ser específico para un negocio determinado, como es la declaración de voluntad expresada mediante la firma de un consentimiento informado, lo consideraríamos como especial.

Cuarto. No conociendo el límite del mandato por no haberse expresado los mismos con anterioridad, no solo debe ocurrir que el mandatario actúe de la manera más ventajosa para el mandante, sino que además existe un mandato legal específico que requiere que así sea²¹.

Quinto. El mandatario, si contrata en su nombre, eximirá de acción entre mandatario y terceros con quienes haya contratado, excepto en el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Sin embargo, al tratarse de actuaciones que exigen el consentimiento informado, queda constancia en dichos documentos que la persona que otorga dicho consentimiento no es el mandante, si no aquél que actúa en su nombre.

20 FAYOR GARDÓ A.: *Derecho civil: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 115-117.

21 Siendo de aplicación el art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento; así como normativa relacionada.

Sexto. El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa. De modo que de aquellas actuaciones que pudieran resultar en perjuicio para la integridad física del mandante sería responsable el mandatario. Este extremo resulta, sin embargo, exagerado en la aplicación concreta, dado que el fundamento de la responsabilidad en el ámbito sanitario opera esencialmente amparado en el cumplimiento de la *lex artis ad hoc* y la evidencia científica actual aplicada por el profesional con el que se contrata. Sin embargo, podría estudiarse la aplicación de una conducta negligente al propio acto de perfeccionamiento del contrato, cuando ni mandatario ni profesional sanitario observen la forma que se exija para el mismo²². A pesar de ello, la responsabilidad ante el incumplimiento de otorgamiento del consentimiento informado recae sobre el profesional sanitario o el centro de que se trate, de modo que la responsabilidad sobrevenida del mandatario resultaría cuestionable²³.

Séptimo. Para encontrar cabida a la definición de los actos que puede comprender el mandato dado, ya que de manera general se hace referencia a los actos de administración (vid. art 1713 CC), debemos llevar a cabo un ejercicio de interpretación. Siendo una característica esencial de los actos de administración que hagan referencia a la conservación, gestión, goce o uso de un patrimonio o de un bien, hemos de valorar la posibilidad de que, en este caso en particular, la propia vida humana o su integridad física se consideren un bien a administrar. Al fin y al cabo, se trata de un bien merecedor de protección jurídica (frente a terceros, mediante la tutela de la integridad física y la vida) y del que se puede disponer (según la normativa vigente y al amparo de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal).

2. Características de la representación.

Pasando a hablar sobre las características que tendría la representación en la atención sanitaria para las personas que, súbitamente, no pueden tomar una decisión por un motivo de hecho, éstas se resumirían²⁴ en las siguientes:

Primero. Debe existir un poder de representación, que asimismo tiene libertad de forma. Si se da el caso que el negocio jurídico debe revestir una cierta forma, se impondrá el documento público (vid. Art. 1280.5º CC). Si acudimos de

22 La presencia de consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de *lex artis* y como tal forma parte de toda la actuación asistencial y su omisión constituye negligencia idéntica al empleo de una técnica defectuosa o inadecuada (vid. STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5º y otras).

23 MARTÍNEZ GALLEGOS E.M.: "Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento", en *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, 1ª ed., Editorial Comares, Granada, 2012, pp. 25-43.

24 Dejando a un lado las disposiciones específicas de la representación legal y de apoyos a las personas con discapacidad (*patria potestad, curatela, guarda de hecho, acuerdos de apoyo...*) en los casos en los que así se hayan constituido las figuras de apoyo/representación, o el menor de edad no pueda hacerse cargo de la toma de decisiones en el ámbito sanitario, en función de la normativa que las regule.

nuevo a la LBAP, es preciso que para las intervenciones que supongan un riesgo conocido para el paciente exista un consentimiento informado por escrito en el que conste la comprensión de la información otorgada y la voluntad de someterse al tratamiento concreto. Al requerirse esta forma concreta, cuya ausencia supone una vulneración de un derecho fundamental²⁵, habrá de existir este poder de representación por escrito. Ante la regulación actual, este poder podría tener la forma de un documento notarial o de un documento de instrucciones previas²⁶.

Segundo. Es unilateral, en cuanto la concesión de poder nace por la declaración de voluntad del poderdante, pero es recepticio, ya que dicha declaración de voluntad ha de ser conocida por el apoderado para que produzca efectos.

Tercero. A la luz del art. 1279 CC, exigiendo la ley el otorgamiento de una forma especial para hacer efectivas las obligaciones de un contrato, se compelen los contratantes a llenar la forma que se exija para dicho contrato y los demás requisitos necesarios para su validez²⁷.

Cuarto. En el caso de la representación en el ámbito sanitario, la actuación del representante revestiría la forma de agere nomine alieno, al ser el apoderado quien actúa en nombre de su poderdante, teniéndose que identificar como tal y aceptando tal situación el tercero con quien se lleve a cabo el negocio (en este caso, el profesional sanitario responsable del tratamiento).

3. Análisis conjunto de las figuras.

Tras este somero estudio de figuras afines podemos atrevernos a interpretar que ninguna de las dos figuras analizadas coincide con lo que habitualmente ocurre en los centros sanitarios cuando nos enfrentamos a una situación en la que un paciente mayor de edad, capaz para todos sus actos, se ve privado temporalmente de capacidad suficiente para tomar sus propias decisiones en el ámbito sanitario.

Para que pudiera considerarse como un acto fruto de la representación debería concurrir la existencia del documento público preciso para poder ser el paciente representado adecuadamente por motivo de la atención sanitaria, siendo este documento de origen notarial o mediante una declaración de instrucciones previas en la que se estipulara qué sujeto habría de decidir por aquél. De la misma manera, el encargo debería ser asimismo aceptado por el representante pudiendo

25 DÍAZ MARTÍNEZ A.: "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral: Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo", Revista: Aranzadi Civil-Mercantil, nº5, 2011, pp. 25-35.

26 Vid. Art. II LBAP y Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas.

27 Nos adherimos de nuevo a las nociones de consentimiento informado escrito de la LBAP.

tener esta aceptación una forma tácita simplemente al firmar el documento de consentimiento informado para el que se requiriera su representación.

Para que pudiera considerarse como un acto fruto del mandato, de no existir una prueba escrita, el mandante debería confirmar que tal poder fue otorgado o al menos no actuar en contra de la decisión finalmente tomada si es que no existía una forma física. Otra cuestión sería otorgar como posibilidad suficiente para justificar el mandato la aceptación tácita posterior de las determinaciones por parte del paciente quien, no estableciendo una denuncia frente a dichas disposiciones, debería permanecer en silencio o suscribir de manera verbal o por escrito todas aquellas decisiones tomadas por aquel que actuó como mandatario.

Así, podemos establecer que la posibilidad realmente existente en la actualidad, de no contarse con dichas declaraciones previas o posteriores en las que expresamente se estableciera el sujeto encargado de tomar las decisiones en lugar de la persona receptora de los tratamientos sanitarios o se aceptaran las decisiones por aquél tomadas, es la de la sustitución de la voluntad mediante, precisamente, un verdadero sustituto sanitario.

V. LAS FUNCIONES DEL SUSTITUTO SANITARIO.

Con todo lo anterior, no podemos más que entrar a definir cuáles podrían ser, de hecho y en comparación con lo legalmente establecido, las funciones que podríamos aplicar como propias al sujeto encargado de la toma de decisiones en una situación tan específica teniendo en cuenta las particularidades que asimismo caracterizan a la atención sanitaria.

I. Deber de guardar la intimidad y la confidencialidad.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución española, asegurándose asimismo la protección civil de cualquier tipo de intromisión de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La LBAP nos da unas pautas concernientes al reconocimiento de la intimidad y la confidencialidad en el más estricto de los ámbitos sanitarios, independientemente de la relación que se mantenga con el paciente, sea ésta familiar o profesional. El Capítulo III, dedicado en particular al derecho a la intimidad enuncia (art. 7.1 y 7.2) que:

“Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior; y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

Según esta definición, la cautela específica del reconocimiento de la intimidad no se aplica exclusivamente “hacia los pacientes”, sino hacia todas las personas en general, debiéndose mantener la debida discreción hacia los datos personales de cualquiera en cada situación.

Además, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (desde ahora, LGS), ya establecía como uno de los principios generales que habían de regular el sistema de salud en España (en relación con los pacientes) “el respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social” (art. 10.1), así como el derecho “a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público” (art. 10.3).

La importancia suma que debe imperar en el tratamiento de estos datos se asegura igualmente en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, aprobada de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Estas normas establecen que los datos sanitarios se encuentran especialmente protegidos al ser considerados especialmente sensibles en virtud del considerando 51 del Reglamento citado.

Así, el tratamiento o la publicidad de los datos personales relativos a la salud se debe ver constreñido a lo que legalmente se vea permitido por la regulación del momento, no existiendo una libertad de aquel que sea poseedor de los datos para hacerlos públicos sin el consentimiento del afectado.

2. Deber de tomar una decisión que beneficie la salud o la vida de la persona afectada.

Durante años, tres han sido los criterios en base a los cuales el representante/sustituto ha tenido que decidir en el ámbito sanitario, siendo estos: las valoraciones subjetivas del sustituto; la ponderación de la decisión que el paciente habría

adoptado; y finalmente, el denominado mejor interés del paciente a partir de consideraciones objetivables²⁸.

Los dos primeros criterios presentan sus respectivos dilemas a la hora de ser aplicados. El primero de ellos porque implicaría la imposición por terceros de una serie de criterios particulares que incluso podrían divergir de la opinión del médico responsable, más si consideramos que quienes han de decidir son, en la mayoría de las ocasiones, legitimarios del paciente, y podría verse viciada la decisión por un motivo espurio.

En cuanto al segundo de ellos, podemos diferenciar entre el testimonio de voluntad anticipada, que difícilmente podría verse comprobado al no existir un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas, y lo que se denomina como voluntad hipotética, basada en la reconstrucción de la voluntad en función de los valores, religión o supuestos similares ocurridos con anterioridad. En ambos casos podemos encontrar para empezar, una ausencia de prueba que asegure cuál era esa voluntad que se está representando, y, en segundo lugar, la posibilidad de que el propio paciente, a pesar de ser partícipe de una serie de creencias o religión determinada, pudiera modificar de manera sobrevenida su propia ideología en base a sus circunstancias personales.

De este modo, es el tercero de los criterios, el mejor interés del paciente a partir de consideraciones objetivables donde se pondera prioritariamente el mayor bienestar y la salud y vida del paciente, el criterio menos subjetivo, al basarse en criterios científicos médicos y socialmente consensuados²⁹.

A nivel legal, en virtud del artículo 6 del Convenio de Oviedo³⁰ se establece la obligación de efectuar intervenciones que exclusivamente redunden en beneficio directo de aquellas personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento. Esta disposición se ve reforzada en los artículos 7 y 8, el primero de ellos para designar la protección concreta para la persona que “sufra un trastorno mental grave” y el segundo de ellos para los casos en que el paciente precise de una intervención indispensable en favor de su salud en una situación de urgencia.

Encuentran así acomodo varios elementos en los que se anuncia la limitación del consentimiento informado de manera general. Por una parte, gracias a las

28 CIVERA MURILLO E: “Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas en Medicina Crítica”, en *Consentimiento por representación*, Fundación Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 12-33.

29 Auto 0060/2021 del Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela. FJ Segundo. Roj: AJP1 I/2021 - ECLI:ES:JPI:2021:I°.

30 BOE núm. 251, de 20/10/2019. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

notas de “inmediatez y gravedad” que se presupone a las actuaciones de urgencia, podemos justificar que pueda llegar a no obtenerse ningún tipo de consentimiento informado, teniendo en cuenta asimismo la previsión de tomar en consideración los deseos expresados anteriormente por un paciente que “no se encuentre en situación de expresar su voluntad” (vid. Art. 9. Convenio de Oviedo)³¹.

La LBAP también acoge el criterio del mayor beneficio de la persona que no puede tomar una decisión sobre su salud en el epígrafe 6 de su artículo 9, obligando a aquellos que tomen la decisión a atender al mayor beneficio para la salud o la vida del paciente, habiéndose de poner en conocimiento de la autoridad judicial aquellas decisiones que fueran contrarias a los intereses descritos³². Así, no puede acudir a una hipotética voluntad que contravenga el principio del mayor beneficio para el paciente, al no existir una prueba documentada de la verdadera voluntad.

3. Deber de informar de la decisión tomada.

A pesar de que sea un tercero el que acceda a que se lleve a cabo la intervención sanitaria sobre otra persona, no podríamos obligar a dicho tercero a que se hiciera responsable de tan sensible y compleja información como es la que relativa a los datos asistenciales y sanitarios que se manejan en los centros que procuran cuidados en salud.

De manera que no podemos dudar que será el profesional sanitario encargado del tratamiento de nuestro paciente que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho, quien haya de otorgar la información acerca de su estado, de los tratamientos y actuaciones llevadas a cabo y del pronóstico que sobre él pesa³³. Ahora bien, sobre aquellas decisiones que se hayan tomado sin el consentimiento anterior y válido habrá de informarse asimismo al paciente de quién fue el encargado de consentir por él, en virtud de las normas autonómicas en las que se especifica cuál es el orden de prelación en el caso del consentimiento dado por terceros en caso de incapacidad de hecho.

31 Así se declara también por el Tribunal Constitucional, que declaró (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011 que “no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y gravedad”.

32 Siempre que la demora que supusiera la puesta en conocimiento de la autoridad judicial no hiciera correr peligro a la vida o a la salud del paciente dado que, en dicho caso, el profesional sanitario habría de actuar salvaguardando la salud de aquél, amparado en las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad vid. Art. 9.6 in fine LBAP.

33 SÁNCHEZ GÓMEZ A: “Contrato de servicios médicos...”, cit., p. 11.

VI. POSIBLE RESPONSABILIDAD EN CASO DE NO CUMPLIR CON LA VOLUNTAD DEL PACIENTE.

La Jurisprudencia española ya ha establecido en multitud de ocasiones que la vulneración del deber de obtener un consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*³⁴, dado que solamente después de haber recibido la información completa, acorde a los conocimientos y capacidad de comprensión del receptor de la misma, se puede tomar una decisión válida que respete la autonomía de la voluntad. Solamente de esta manera el paciente conoce y sopesa las características del tratamiento al que va a verse sometido y cómo puede afectarle personal y profesionalmente tanto en el presente como en el futuro.

Observándolo desde un prisma holístico en el ámbito de nuestro sujeto-paciente, en el que se tenga en cuenta el argumento de Ortega y Gasset "yo soy yo y mis circunstancias", no tiene por qué existir otro individuo que pueda tomar la decisión de un modo más adecuado que aquél que se verá involucrado directa y personalmente por dicha actuación sanitaria.

Por tanto, tampoco podemos afirmar categóricamente que en los supuestos de "consentimiento por representación" establecidos por la LBAP en su artículo 9 vayamos a obtener la respuesta ideal en todos los escenarios en los que la toma de decisiones se efectúe por parte de un familiar o un sujeto vinculado al paciente por motivos de hecho, sea por motivos diversos a lo que el paciente hubiera deseado, motivos personales de quien toma la decisión, desconocimiento por no haber sido testigo de una manifestación de voluntad oral o por aparición de valores morales contrarios³⁵.

Pero en los casos en los que, derivado de una decisión no compartida con el paciente que se encontraba imposibilitado de manera física o psíquica para tomar una decisión por motivo de hecho, se produjera un daño acorde con la posibilidad de responder por daños y perjuicios, ¿en qué posición estaría nuestro "representante"?

Si de lo que se trata es de un representante o un mandatario en el más puro de los sentidos, esta responsabilidad debería aplicarse también a dichos sujetos, dado que este representante ha de responder de los daños y perjuicios que, de no ejecutar el mandato según las indicaciones del mandante, pudieran suponerse (vid. Art. 1.718 y art. 1.719 CC).

34 Op. Cit., pp. 6 y 11.

35 DOPICO GÓMEZ-ALLER J.: "Problemas del consentimiento informado "por representación"", en *Consentimiento por representación*, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 36-94.

Y además sabemos que en la atención sanitaria se dará la responsabilidad civil, tanto contractual, cuando “el hecho causante del daño sea al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro” (SSTS de 9 de marzo de 1983 entre muchas); como extracontractual, pudiendo resumir los presupuestos en los que se da dicha responsabilidad en que exista un daño efectivo, que el daño sea desproporcionado y que además no tuviera que ser asumido por el paciente (STS 24 de noviembre de 2005, 10 de junio de 2008, 23 de mayo, 29 de junio, 8 de noviembre y 28 de noviembre de 2007, 23 de octubre de 2008 y más).

Así pues, ¿en qué posición legal podría llegar a encontrarse un representante que no ha sido instruido en la correcta decisión a tomar?

Podríamos valorar que nuestro representante tendría la responsabilidad de un gestor de negocios ajenos, por haberse encargado este tercero de la administración de un asunto en interés de la persona que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho (vid. Art. 1888 y ss. CC). Al fin y al cabo, se le pide que realice una gestión de índole estrictamente jurídica por otro; su gestión es lícita, dado que se acoge a una regulación establecida en una ley de ámbito nacional; el asunto jurídico del que se encarga es ajeno, ya que es de pertenencia y beneficio exclusivo del paciente; no encuentra oposición del afectado, dado que se encuentra en un estado de incapacidad de hecho; no se encuentra obligado ni tiene un poder para ello, dado que a pesar de la declaración de consentimiento se ha de prestar por personas vinculadas al paciente por razón familiar o de hecho puede negarse, dejando la decisión a la atención al bienestar, la salud y la vida del paciente en términos más objetivos supeditando, eso sí, la toma de decisión al criterio del médico (o médicos) responsables del tratamiento.

Para los gestores no nombrados, la responsabilidad aparecería en caso de culpa o negligencia, de manera que pueden verse incluso moderados en función de las circunstancias del caso (vid. Art. 1889 CC). Así, cumpliendo exclusivamente con el otorgamiento de un consentimiento informado en el que en puridad no se permite otra actuación médica o sanitaria que no beneficie en la vida o la salud del paciente, no se le podría aplicar responsabilidad alguna ante una circunstancia que pudiera llegar a ser perjudicial, una vez terminado el periodo de incapacidad de hecho del paciente.

Con estos datos, ¿cómo podríamos acaso valorar la responsabilidad de la toma de decisiones no conforme con la voluntad del paciente para poderla aplicar al supuesto representante? Tenemos clara la responsabilidad que se extrae del médico o de la entidad sanitaria cuando no se cumplen los presupuestos requerido por la Ley, pero no parece de recibo aplicar una responsabilidad concreta a aquel sujeto que tomó la decisión motivado por el mayor beneficio para un ser querido.

Y eso porque para el caso de aquellos que no tomaran la decisión buscando el beneficio del paciente que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho, la normativa nacional e internacional ya se encarga de justificar el incumplimiento de dicha decisión por parte de los profesionales sanitarios responsables en beneficio del paciente, dado que este criterio de decisión es conforme a la *lex artis* médica.

Concretamente, según el artículo seis del Convenio de Oviedo, solo podrán efectuarse intervenciones que redunden en el beneficio directo de aquellas personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, con las excepciones establecidas en materia de investigación experimental y de otorgamiento de consentimiento para la extracción de órganos y tejidos regenerables. Del mismo modo, según la LBAP, si la persona que otorga el consentimiento en nombre del paciente no atiende al criterio del mayor beneficio para la vida o salud del paciente, el profesional responsable del tratamiento “habrá de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente”, pudiéndose en su caso no recabar la autorización judicial si, por razones de urgencia, hubiera de adoptar una medida de salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparándose en tal caso en “la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

VII. ADAPTACIÓN DE LA LBAP AL NUEVO SISTEMA DE APOYOS DEL CÓDIGO CIVIL.

Los términos “representante” y “consentimiento por representación” en materia de derechos de la personalidad se han tornado obsoletos a la luz de la nueva concepción de apoyo para la toma de decisiones de personas que lo precisen por su situación. Más aún si lo comparamos con el uso que se otorga a dichos conceptos en materia mercantil y que poco tiene que ver con la toma de decisiones mediante consentimiento informado en materia de integridad física o psíquica, y que se ve directamente relacionada con una manifestación de la autonomía y de la dignidad personal.

Mantener la redacción actual lleva a la comprensión por parte de profesionales sanitarios y personas encargadas de la toma de decisiones según la LBAP a que la responsabilidad final tras la realización de determinados procedimientos e intervenciones ha de recaer en quien ha firmado dicho consentimiento por representación, no correspondiéndose con lo afirmado por la jurisprudencia relativa a la responsabilidad por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

La toma de decisiones en materia sanitaria cuando la persona involucrada en la atención no se encuentra en condiciones físicas o psíquicas para otorgar

válidamente su voluntad va a tener que atender en todo caso, y sea quien sea quien se encuentre tras la firma de un consentimiento informado, al principio de mayor beneficio para el paciente en su vertiente de protección a la vida y/o la salud cuando no se conoce su propia voluntad previamente a la circunstancia acaecida que lo viera condicionado a la necesidad de un apoyo para poder decidir.

El paciente adulto a quien no se le conozca una medida voluntaria de apoyo ni un documento en el que haya expresado previamente su voluntad respecto a un tratamiento o intervención sanitaria no va a poder ser eficazmente representado según las disposiciones del CC, y aquellos que tomen la decisión por él no van a tener por qué ser quienes mejor intuyan la verdadera voluntad. Y por supuesto, no van a poder ser considerados causantes de la responsabilidad que se pudiera desprender de las actuaciones frente a las que consentían por otro, por ser siempre en beneficio de éste y por recaer dicho gravamen en los autores responsables de las intervenciones.

De modo que, como conclusión a todo lo visto, podemos optar por tres posibilidades en el marco actual, partiendo de la eliminación del término “consentimiento por representación”, y considerando que no se hayan establecido de manera previa un sistema de apoyos designado por la propia persona mediante acuerdos de apoyo, documento notarial o instrucciones previas (voluntades anticipadas), ni tampoco exista una resolución judicial en el que se establezca el sistema de apoyos necesario que debe existir en la toma de decisiones en materia sanitaria:

Primero. Designarlo como “consentimiento por sustitución” llevado a cabo por un “sustituto de hecho no responsable” que ha de verse obligado a la toma de decisiones “adecuadas a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal” vid. art. 9.5 LBAP y que habrá de respetar las disposiciones específicas para la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, establecido en el Capítulo II del Convenio de Oviedo.

Segundo. Optar porque sea la entidad pública encomendada en cada territorio la que apoye en el ejercicio de su capacidad jurídica de modo provisional a nuestro paciente que, súbitamente, no puede tomar una decisión por un motivo de hecho, en virtud de lo establecido en el art. 253 CC tras la última modificación del CC en materia de figuras de apoyo a las personas con discapacidad, dando conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.

Tercero. Considerar que aquella persona nombrada por la LBAP es realmente un guardador de hecho al que no se le exige una autorización judicial por realizar actos de representación con trascendencia personal en materia de consentimiento

informado en el ámbito de la salud (vid. Art. 287.1º CC) y que habrá de atenerse a las mismas obligaciones en la toma de decisiones que las apuntadas en el epígrafe I. Así, el guardador de hecho mantiene una serie de funciones representativas cuando así se precisa, manteniendo la redacción y el espíritu estrictamente acorde a lo establecido en el CC.

La primera de las posibilidades se aleja totalmente de lo que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006 ha pretendido desde su inicio. A pesar de que durante los últimos casi veinte años se ha establecido un sistema de toma de decisiones que rozaba la sustitución, se ha demostrado que la protección de la autonomía de las personas, se encuentren en la situación en la que se encuentren, es un Derecho fundamental inalienable y que debe ser apoyado, y no sustituido.

La segunda de las posibilidades desatiende la toma de decisiones informada por un proyecto vital o una comunicación previa de las personas pertenecientes al círculo más cercano del paciente que se encuentra en esta situación sobrevenida. Siendo conscientes de que la prueba de dicho proyecto vital es casi imposible si no ha existido una declaración con suficiente entidad, en la mayoría de los casos será posible una posterior confirmación y, de no existir suficiente información, habrá de ser aplicado el principio de mayor beneficio para la salud y la vida del paciente.

La tercera de las posibilidades coincide de una manera más adecuada a la visión de figuras de apoyo establecidas por las últimas modificaciones del CC. Resulta menos agresiva ante la eliminación del carácter de sustitución que se le otorga innecesariamente al considerado "consentimiento por representación" y respeta la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y las modificaciones que llevó a cabo en multitud de cuerpos legales de nuestro propio Derecho.

BIBLIOGRAFÍA.

CORCOY M. (coord.), GALLEGO J.I. (rel.): *Consentimiento por representación*, Fundación Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 12-33.

DÍAZ MARTÍNEZ A.: *El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral*, Aranzadi Civil-Mercantil, España, 2011, pp. 25-35.

DOMÍNGUEZ LUELMO A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Madrid, 2007, pp. 233-258 y 331-378.

FAYOR GARDÓ A.: *Derecho civil: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*. Editorial Dykinson, Madrid, 2018, pp. 115-117.

GUILARTE MARTÍN-CALERO C.: "Comentario", en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 787-815.

GUILARTE MARTÍN-CALERO C.: *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Reus, Madrid, 2019, pp. 70-92.

MARTÍNEZ GALLEGO E.M.: "Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento", en *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012, pp. 25-43.

SÁNCHEZ GÓMEZ A.: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 106-159 y 219 – 288.

TRIGO GARCÍA M.B.: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999, pp. 65-85 y 201-334.

VAQUERO PINTO M.J.: *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Editorial Comares, Granada, 2005, pp. 13-57 y 187-256.

España. Boletín Oficial de las Cortes Generales. BOCG, núm. B-134-4, 27/09/2001, p. 45.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas.

Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y la diversa regulación autonómica que se desarrolla a partir de estas normas.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

STS 1400/1991, de 11 de marzo de 1991 (Roj: STS 1400/2021 – ECLI:ES:TS:1991:1400).

STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (BOE-a-2011-7626).

STS 2572/2015, de 17 de junio de 2015 (Roj: STS 2572/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2572).

STS núm. 250/2016, de 13 de abril. ECLI:ES:TS:2016:1639.

AJPI 21/2021, de 19 de enero de 2021 (Roj: AJPI 21/2021 – ECLI:ES:JPI:2021:21A).

