



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN  
DE ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA  
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE  
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**CURSO ACADÉMICO 2017-2018**

**TÍTULO**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA  
ADMINISTRACION EN EL AMBITO SANITARIO**

**WORK TITLE**

**STATE LIABILITY OF THE ADMINISTRATION IN THE  
AREA OF HEALTH**

**AUTOR**

**Carlos Manuel Alonso Colás**

**DIRECTOR**

**Juan Manuel Alegre Ávila**

## **INDICE**

<b>I. INTRODUCCION.....</b>	<b>1</b>
<b>II. INICIACION DE LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION A SOLICITUD DEL INTERESADO. ....</b>	<b>2</b>
1. LA PRESCRIPCION NO SE INTERRUPE NECESARIAMENTE POR UN PROCESO PENAL. ....	4
2. EL DIES AQUO PARA RECLAMAR EN UNOS DAÑOS CONTINUADOS: .....	5
<b>III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD O PERDIDA DE OPORTUNIDAD .....</b>	<b>6</b>
<b>IV. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION: .....</b>	<b>8</b>
1. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA ADMINISTRACION Y LA ASEGURADORA .....	10
2. CUANTIFICACION DE LA INDEVNIZACION .....	10
<b>V. LEX ARTIS Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ESCRITO DE CONCLUSIONES.....</b>	<b>16</b>
1. INFRACCION DE LA LEX ARTIS, RELACION DE CAUSALIDAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	25
<b>VI. ACTUALIZACION DE INTERESES LEGALES EN LA SENTENCIA....</b>	<b>28</b>

<b>VII. EL DAÑO DESPROPORCIONADO O “RESULTADO CLAMOROSO”</b>	<b>30</b>
1. DEBER DE INFORMAR DEL MEDICO Y DAÑO DESPROPORCIONADO:.....	34
2. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MEDICINA NECESARIA Y DAÑO DESPROPORCIONADO: .....	38
3. MEDICINA NECESARIA (NO VOLUNTARIA) O SATISFACTIVA (VOLUNTARIA O NO NECESARIA): .....	42
<b>VIII. .EL CONTIMIENTO INFORMADO Y LA NECESIDAD DE SU FIRMA.</b>	<b>46</b>
<b>IX. CONSENTIMIENTO INFORMADO E INTERESES MORATORIOS (20.6 LCS)</b>	<b>53</b>
1. ACCION DIRECTA CONTRA LA ASEGURADORA E INTERESES MORATORIOS, CENTROS CONCERTADOS CUBIERTOS POR LA POLIZA DE SEGUROS EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL SI NO SE EXCLUYE EXPRESAMENTE EN LA MISMA, FUNCIONAMIENTO ANORMAL, RELACION DE CAUSALIDAD. ....	56
<b>X. CONCLUSIONES</b> .....	<b>58</b>
<b>XI. BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>61</b>

## I. INTRODUCCION

Mi intención con este trabajo es hacer un estudio jurisprudencial, sobre la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario, para ello acudo a sentencias del Tribunal Supremo, para determinar la falta de claridad tanto de la antigua ley 30/92 como de la actual ley 40/15 en los artículos 139 y SS. Y 32 y SS. Respectivamente, puesto que en una interpretación literal dicen lo mismo cambiando únicamente los números de los artículos en los que se encuentra regulada.

En la actualidad con base en los derechos del paciente reconocidos en 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, que actualiza y completa la regulación contenida ya en la ley 14/1986, de 25 de abril, general de la Sanidad, con observancia de las previsiones del Convenio relativo a derechos humanos y la biomedicina de 4 de abril de 1997 otorga el poder al paciente, para que este no se encuentre en el sistema paternalista vertical, anterior a dicha regulación y se convierta en una relación médico-paciente horizontal entre iguales.

Aun con todo el ordenamiento jurídico a nuestro favor mi conclusión ha sido, que en todo el bagaje jurisprudencial llevado a cabo en los dos últimos años, el problema está en lo que se consiga probar en el tribunal *a quo* o de primera instancia, ya que de eso va a depender el fallo del juez a nuestro favor.

Todo ello con independencia de estar ante un problema de pérdida de oportunidad, daño desproporcionado o resultado clamoroso, *lex artis* y finalmente, falta de consentimiento informado, cuestiones principales sobre las que se basa mi trabajo, que no llegan a abarcar toda la rama de la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario, pero que al mismo tiempo arrojan algo de luz a la extrema generalidad de la ley. No quiero finalizar antes mi estudio sin antes analizar la jurisprudencia referente a los presupuestos necesarios para que se declare la responsabilidad patrimonial de la administración, en el ámbito sanitario.

Sin olvidar al mismo tiempo, cuando empiezan a correr los intereses legales para la administración y como se actualizan, o cuando se entiende que la aseguradora incurre en mora o si es absolutamente necesario demandar a la administración para obtener una indemnización integral de los daños y perjuicios.

O la verdadera excepción procesal que supone la prescripción ya que su estimación impediría al tribunal entrar en el fondo del asunto.

## **II. INICIACION DE LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION A SOLICITUD DEL INTERESADO.**

Viene regulado en el artículo (67.1 de la ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas) 142.5 de la ley 30/92 el cual establece un plazo de prescripción de un año, empezando a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, de carácter físico o pisco que afecte a la persona.

En aplicación de este precepto la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 9 de febrero de 2016 desestimo las pretensiones del recurrente al entender su solicitud extemporánea puesto que el mismo manifiesta en su demanda que acude el 14/marzo/2008 al servicio de traumatología del hospital de Alcañiz; a partir de esa fecha se suceden sucesivas actuaciones de la sanidad pública aragonesa, que culminan con una intervención quirúrgica en el Hospital MAZ de Zaragoza el 2/marzo/2009, siéndole dada el alta hospitalaria el 4/marzo, y cita para ser visto por el especialista el 10/marzo, quien emite su informe el 3/julio, iniciando el actor un periodo de rehabilitación, y emitiéndose por último el 24/julio/09 Dictamen propuesta del EVI de la Dirección Provincial del INSS de Teruel, con calificación de incapacidad permanente en grado total.

Y que en definitiva, la determinación del alcance concreto de las secuelas no se produce con la propuesta de declaración de incapacidad permanente del perjudicado, pues dicha declaración es una consecuencia, precisamente, de las secuelas previamente establecidas y consolidadas.

En este sentido, el Tribunal Supremo (Sentencia de 29/noviembre/2011, rec. 4647/2009 ), ha recordado que "... es doctrina de esta Sala, que debe reiterarse hoy en aras de la necesaria homogeneidad doctrinal e igualdad en el tratamiento de los justiciables, que las resoluciones de minusvalía e incapacidad, no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.

En consecuencia, cuando el actor formula su reclamación ante la Administración el día 8/julio/2010, ya habría transcurrido el plazo máximo de un año establecido por la ley para su válida interposición, ya que, como en la sentencia impugnada entiende que la hipótesis mas favorable al recurrente es entender, que las secuelas quedaron determinadas con el informe del especialista el 3 de julio de 2009 al no constar ningún tratamiento posterior en el que conste una evolución de las secuelas entre el informe del especialista y la declaración de incapacidad permanente en grado total.

La misma prescripción se produce en el caso juzgado en la STS de 19 de enero de 2016 en el que la esposa e hijos del fallecido reclamaron por los daños morales, que fijan en 240.000 euros, derivados del fallecimiento de su esposo y padre el 17 de enero de 2009, como consecuencia de un cáncer, por lo que, presentada la reclamación el 10 de marzo de 2010, resulta extemporánea, habida cuenta que el informe de alta de 1 de julio de 2009 no constituye prueba alguna para salvar la prescripción. Los familiares no pueden alegar desconocimiento del proceso y gravedad de la situación clínica del paciente hasta el informe de alta, emitido después del fallecimiento, dado que de los informes incorporados al expediente se desprende que dicha gravedad y afectación tumoral fue en todo momento reflejada en los correspondientes informes, siendo la familia informada de los mencionados procesos.

La sentencia recurrida, en definitiva, aprecia la prescripción al considerar que la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción es la del fallecimiento y la reclamación se interpuso transcurrido el plazo de un año (artículo 142 LRJ- PAC), pues no tiene efectos interruptivos del plazo de prescripción el ulterior informe del Servicio de Oncología Médica.

Por lo que analizados los hechos el Tribunal Supremo (en adelante TS), que la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios derivados es la correspondiente al fallecimiento del esposo y padre de los recurrentes, y desde esta fecha hasta la de presentación de la reclamación ha transcurrido el plazo del año que establece el artículo 142 de la Ley 30/92 , puesto que el día inicial del cómputo será la fecha en la que se conoce el alcance de los daños por aplicación de la actio nata, pues hasta entonces no podían reclamar daños meramente hipotéticos según la regulación legal y de la doctrina legal que la interpreta y aplica".

#### 1. LA PRESCRIPCION NO SE INTERRUPE NECESARIAMENTE POR UN PROCESO PENAL.

Al mismo tiempo se discute si un proceso penal interrumpe el plazo de prescripción puesto que se trajo como de contraste una sentencia en un antiguo recurso de casación para unificación de doctrina dictada por la Sección Sexta de esta Sala el 4 de octubre de 1999 recurso de casación núm. 5257/1995 - Que versa sobre el suicidio del paciente en un hospital el 6 De octubre de 1992; Se inició un procedimiento penal que terminó con un auto de archivo de 19 de noviembre de 1993, la acción de responsabilidad se ejerció el 18 de noviembre de 1993 y el procedimiento penal condiciona el inicio del plazo de prescripción. No se apreció allí la extemporaneidad de la reclamación ni la prescripción del derecho a reclamar. y el mismo artículo 142.2 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 26 de julio de 1957 (luego artículo 146.2 de la Ley 30/1992 ) ahora (el artículo 37.2 de la ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector público) según el cual la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que el reconocimiento de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesario para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

## 2. EL DIES AQUO PARA RECLAMAR EN UNOS DAÑOS CONTINUADOS:

Según la STS de 21 de abril de 2016 en el que la instancia es un juzgado de lo social, la cual, entiende que ha habido accidente laboral, derivado de un esfuerzo realizado por la recurrente para descargar cierta mercancía. Y la lesión consiguiente, con efectos incapacitantes los cuales dan lugar, a una sentencia por la que se reconoce al demandante una incapacidad permanente, que se produjo en el curso del tratamiento, de origen medico como alegan los recurrentes - cierto -, pero ese tratamiento no se habría dispensado, de no haberse producido la lesión objeto del mismo. Producida por el accidente laboral y no por mala praxis como alegan estos últimos.

Por lo que, el computo de dies aquo para reclamar por las lesiones continuadas es, la notificación de la sentencia por la que se declara la incapacidad permanente. Ya que es el momento en el que se fija definitivamente la situación del demandante, luego abre el plazo de un año para reclamar, al margen de cuando en ese caso, entendiesen consolidadas las secuelas. Y esto, por las siguientes razones:

1º Es una cuestión de hecho no controvertida por las partes que tras el informe de 3 de mayo de 2011 del traumatólogo doctor Hueso la parte recurrente tuvo noticia del alcance de sus secuelas: estaban ya estabilizadas, luego sólo cabía que en lo sucesivo se sometiese a terapias paliativas pues las posibilidades de curación eran nulas.

2º Así es criterio jurisprudencial que en caso de daños continuados, de altibajos, recaídas, de enfermedades crónicas o excepcionales de imprevisible evolución, el plazo de ejercicio de la acción queda abierto hasta que se concreten definitivamente las secuelas. Se habla también de "secuelas posibles", "indeterminadas" que son aquellas cuya incidencia futura se desconoce. En estos casos el dies a quo o día de inicio del plazo de un año para reclamar, se fija en el momento en que se conozca de forma definitiva el alcance o efectos del quebranto, es decir, aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas o desde que ese alcance de quede definitivamente determinado.

3º A estos efectos no puede tenerse como dies a quo el momento en que se reconoce una minusvalía pues, como señala la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 24 de febrero de 2009 (recurso 8524/2004 ) ese tipo de declaración - también en ese caso reconocida por sentencia de un Juzgado de lo Social- « es una consecuencia, precisamente, de las secuelas previamente establecidas...de manera que la acción para reclamar los perjuicios se podía ejercitar con pleno conocimiento del alcance de los mismos desde que las secuelas quedaron fijadas, de la misma forma que tal determinación del alcance de las secuelas justifica la solicitud de declaración de incapacidad a efectos laborales y no a la inversa ».

4º En fin, como ha dicho recientemente esta Sala y Sección en Sentencia de 9 de febrero de 2016 (recurso de casación 1483/2014 ), cuando no consta que entre esas las dos fechas - informe médico y declaración de la incapacidad o invalidez - « no hubiera ninguna evolución de las secuelas, ni que se produjera un cambio significativo de los daños sufridos con ocasión de su caída», la declaración de incapacidad o invalidez permanente total es una decisión ya sea administrativa como judicial de revisión, «llamada a desplegar su eficacia principalmente en el ámbito laboral y de previsión social y, en todo caso, presupone una previa verificación de todas las consecuencias del accidente. En otras palabras, tanto el informe médico...como la decisión administrativa...presuponen que las secuelas habían quedado definitivamente fijadas con anterioridad.

### **III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD O PERDIDA DE OPORTUNIDAD**

Supone la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, no porque haya habido una quiebra de la lex artis ya que el tratamiento suele ser el adecuado. Sino mas bien de que este, se realice a tiempo ya que un retraso en el diagnóstico, o un error en este. Pueden suponer una minoración considerable en las expectativas de vida o curación del paciente. En palabras de María Jesús Gallardo Castillo.

Cuestión que es abordada en la STS de 25 de Mayo de 2016 en relación a un parto inducido que se produjo una bradicardia con sufrimiento fetal.

Pues bien, del conjunto de la prueba pericial, el episodio de «[...] bradicardia constatada a las 16,48 horas, fue el primer signo de compromiso fetal; del informe del perito judicial y del perito de Zúrich consta que fue importantísima y duradera, duró 7 minutos o siete minutos y medio (de ellos con latido cardiaco de menos de 100 por minuto durante seis minutos), hasta la relativa estabilización [...]». Pero, por más que la sentencia concluya con el perito judicial que durante ese episodio «[...] la paciente no está desatendida», no dejar de ser un dato muy relevante desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad que alega la actora. Puesto en relación ese importantísimo episodio de bradicardia con la evolución que el parto -inducido- había seguido hasta entonces, hay que concluir que la decisión de descartar la práctica de la cesárea en ese momento, lo que conllevó continuar con la inducción al parto, supuso para la madre parturienta, pero sobre todo para el menor Gumersindo, una grave pérdida de una oportunidad terapéutica de evitar un desenlace tan grave como el que se produjo como consecuencia de la hipóxia padecida por el feto.

La dilatación del cuello del útero seguía siendo mínima- y ante un episodio de bradicardia fetal tan grave e intenso como el descrito, todos los peritos coinciden en que una de las opciones válidas, era la práctica de la cesárea. No se trata, como dice la codemandada, recogiendo las manifestaciones del perito de designación judicial, de hacer o no una cesárea porque no progresaba el parto. Es algo cualitativamente distinto, pues se había producido un episodio importantísimo y duradero de bradicardia fetal, y como el parto no había progresado en las seis horas de inducción, no había tan siquiera la mínima dilatación del cuello del útero para poder comprobar el bienestar del feto mediante microtoma fetal. Por tanto, la indicación de cesárea, además de razonable y proporcionada, era un medio, una oportunidad idónea para evitar o minimizar ese posible sufrimiento fetal. Todos los peritos coinciden en que el cuadro de graves padecimientos del menor Gumersindo tiene su causa en el desprendimiento de placenta, que se produjo con toda probabilidad cuando se apreció el primer episodio de bradicardia, que fue duradero - unos siete minutos y medio - y muy severo – con un rango de entre 70 y 80 latidos por minuto. No adoptar la decisión de practicar la cesárea en aquel momento, a raíz de la primera bradicardia, supuso que el menor Gumersindo estuviera una media hora en situación de sufrimiento fetal (el feto nunca recuperó los niveles de latidos previos al primer episodio de bradicardia aunque se diga que el

registro fue "relativamente tranquilizador"). Fue tras un segundo episodio de bradicardia cuando se detectó por tacto vaginal un coágulo de sangre, que evidenció el desprendimiento de placenta, procediendo entonces a la práctica de cesárea, si bien el feto presentaba ya una importante afectación del estado general, con hipotonía axial y de extremidades, y sin respuesta a estímulos, requiriendo reanimación tipo IV (intubación traqueal) y con un Apgar de 3 al minuto, 5 a los cinco minutos y 5 a los diez minutos.

La doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética. Pero en este caso se cumple todos los criterios para juzgar que es una pérdida de oportunidad concreta y muy relevante. Partiendo del hecho que no se pudo prever antes el desprendimiento de placenta, ni se puede afirmar con total certeza que, de haberse practicado inmediatamente la cesárea a raíz del primer episodio de bradicardia a las 16:48 horas, se hubiera podido evitar la asfixia perinatal que sufrió Gumersindo, lo que sí se puede afirmar con certeza es que era una opción perfectamente indicada al caso que con un porcentaje de probabilidades muy alto habría evitado o aminorado la situación de asfixia perinatal del feto, y por ende las severas complicaciones neurológicas que presenta el niño. Aquí radica la pérdida de oportunidad que sufrió el menor Gumersindo, y es consecuencia directa de la decisión terapéutica que adoptaron los ginecólogos y personal sanitario que atendieron el parto.

Se rechaza la alegación de existencia de consentimiento informado en la práctica de la cesaría de la Junta de Castilla y León arguyendo, que no alego este argumento en la reclamación administrativa previa.

#### **IV. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION:**

Se establece en el artículo 139 de la LRJAP y PAC, (así como el artículo 32 de la actual ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público) establece, en sintonía con el art.

106.2 de la CE, un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral.

Según reiteradísima jurisprudencia, cuya cita resulta innecesaria por ser doctrina constante, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

En el presente litigio concurren todos los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria demandada, bajo la perspectiva de la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues existe un daño antijurídico que no existe el deber de soportar por el menor Gumersindo, está acreditada la relación de causalidad entre la pérdida de oportunidad por la opción adoptada por los profesionales que asistieron el parto -que implicó desechar la opción de realizar la cesárea que también estaba indicada-, y ese daño se ha producido en el ámbito de un servicio público como es la asistencia sanitaria pública, sin que exista ninguna causa de fuerza mayor ni otros elementos que alteren, influyan o desvirtúen el nexo causal.

## 1. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA ADMINISTRACION Y LA ASEGURADORA

Estableció la responsabilidad solidaria de la compañía de Seguros Zúrich España Compañía de Seguros y Reaseguros, luego sucedida por Zúrich Insurance PLC, sucursal en España, resulta de la póliza de responsabilidad civil concertada con la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contratada por la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León, que cubre el riesgo derivado de los daños ocasionados en el desarrollo de la actividad de asistencia sanitaria de la asegurada, para el caso de reclamaciones por vía de responsabilidad patrimonial de la Administración, y de cuya vigencia y efectos no se hace cuestión por la codemandada.

## 2. CUANTIFICACION DE LA INDEVNIZACION

Atendiendo a las circunstancias del caso, exige tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el grave cuadro que, como consecuencia del sufrimiento fetal padecido durante el parto, presenta el menor Gumersindo. Por tanto, a la hora de valorar el daño así causado, hay que partir de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo. Ciframos esa probabilidad en, al menos, un 50 por ciento, y no ofrece duda la importancia de las secuelas físicas y psíquicas de Gumersindo, habida cuenta del grave cuadro de discapacidad que padece el menor Gumersindo, que en la actualidad está diagnosticado de parálisis cerebral espástica con alteración de las cuatro extremidades, tetraparesia espástica, retraso psicomotor, Síndrome de West, y tiene reconocida administrativamente una minusvalía del 65%. Atendidas todas estas circunstancias, establecemos una indemnización a tanto alzado, actualizada a la fecha de sentencia, de doscientos mil (200.000) euros, sin

perjuicio de los intereses legales procedentes por demora en el pago, en los términos del art. 106.2 de la LJCA.

No procede indemnizar cantidad alguna por los conceptos de adaptación de vivienda y de vehículo, pues además de que la indemnización que hemos fijado lo es a tanto alzado por todos los conceptos, no se ha acreditado la efectiva realización de los mismos y, por tanto, no son gastos indemnizables, como ya declara la sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 25 de junio de 2007 (rec. cas. núm. 1298/2003). Y sin que procedan intereses ex art. 20 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, (LCS) por el periodo previo desde que se interpuso la reclamación, dado que el rechazo por la Administración aseguradora de la reclamación de responsabilidad patrimonial no carecía de todo fundamento, por lo que no cabe apreciar una actitud de la aseguradora elusiva, injustificable, del pago de la indemnización.

En el siguiente supuesto se estima también la pérdida de oportunidad en caso del fallecimiento de don Vitorino como consecuencia de un cáncer colorectal tardíamente diagnosticado por los servicios médicos de la sanidad pública valenciana. Enjuiciado por la STS de 15 de Julio de 2016

Los hechos son los siguientes: “El Sr. Victorino había acudido en numerosas ocasiones a los servicios médicos de la sanidad pública (desde el 18 de junio de 2007) presentando una sintomatología (dolor anal intenso y sangrado repetitivo) que debió conducir a remitirle urgentemente al servicio de cirugía, que hubiera realizado las pruebas complementarias necesarias, siendo así que no es hasta el 22 de agosto cuando se le realizaron las pruebas diagnósticas (TAC y colonoscopia) que determinaron con certeza su patología, lo que demuestra, a su juicio, que hubo un retraso diagnóstico de dos meses y cinco días, hubo también una demora de dos meses y quince días desde la primera intervención quirúrgica hasta el inicio de la quimioterapia, y de cuatro meses y cuatro días hasta el comienzo de la radioterapia, lo que pone de manifiesto, en definitiva, una demora injustificada tanto en el diagnóstico como en el tratamiento.”

A lo que la sentencia recurrida establece que no cabe concluir que haya existido una mala praxis en la asistencia que le fue prestada a don Victorino por parte de la sanidad pública, " pues aparecen justificadas las razones del inicial diagnóstico de hemorroides, así como las dilaciones puntuales en el tratamiento del cáncer, una vez diagnosticado, tanto en su abordaje quirúrgico, como en la posterior aplicación de quimioterapia y radioterapia ". Ahora bien, " igualmente hay coincidencia entre los peritos oncólogos del actor y la perito judicial, también oncóloga, en que dicha demora, en su conjunto, produjo un retraso en la planificación terapéutica global del paciente"

Por lo que la Sala de instancia señala que debe resolverse a tenor de la doctrina de la pérdida de oportunidad y se remite nuevamente a lo manifestado por los peritos, destacando al respecto d) " Un diagnóstico más precoz podría haber aliviado los síntomas del paciente y podría haber disminuido el número de visitas a urgencias en su Centro de Salud y urgencias hospitalarias "; e) " Es difícil determinar el grado de influencia que dichos retrasos han tenido en la evolución de su enfermedad".

De dichas afirmaciones, todas ellas efectuadas por los peritos, concluye la Sala que " el paciente no se vio privado de expectativa alguna de sobrevivir al cáncer, de haberse actuado con mayor premura, sino exclusivamente de haber obtenido una mayor calidad de vida mientras avanzaba la enfermedad". Y desde esa misma perspectiva, el Tribunal estima prudente y razonable la suma de quince mil euros como indemnización de los daños y perjuicios derivados de tal privación de expectativas.

No obstante, Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2011 (recurso núm. 645/2008) que consideró que la tardanza en diagnosticar una carcinomatosis peritoneal " podría haber determinado alguna posibilidad de supervivencia a la paciente " por cuanto, según señala el Tribunal, " el informe de la inspección médica no afirma con absoluta certeza que tal posibilidad fuese inexistente, y el propio perito de la actora en su informe manifiesta cierta posibilidad de supervivencia (25% de los pacientes al año) ". Y a tenor de esa circunstancia, la Sala de Madrid apreció que esa falta de diagnóstico " ha supuesto una pérdida de oportunidad de supervivencia de la paciente, lo que determina que deba concluirse en el presente caso en una infracción de la lex artis de la que en el sentido expuesto derivó el fallecimiento de la paciente ", reconociendo una indemnización superior a favor de sus herederos de 126.987,59

euros, atendiendo a la edad del fallecido y al resto de sus condiciones personales y familiares.

Señalar como doctrina vulnerada, «la doctrina de pérdida de oportunidad (jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , así como las recientes de 4 y 12 de julio de 2007); doctrina relativa a la carga de la prueba que le corresponde a la administración en virtud del principio de disponibilidad y facilidad de acreditación (STSJCV, sección 2ª de fecha 30 de abril de 2010, nº 468/2010 ); el deber de cumplir con la LEX Artis ( STSJCV Sección 2ª, 9 de mayo de 2012 nº 416/2012 , STSJCV de fecha 27 de noviembre de 2012 nº 1057/2012 ); Sentencia nº 69/2009 del TSJ de Galicia, Sección 1ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 4 de febrero de 2009 ; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª de fecha 15 de octubre de 2008 , Sentencia nº 667/2008 », sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 2010 (rec. núm. 1859/2007 ), que estima la reclamación de indemnización por contagio de la enfermedad infecciosa de virus de hepatitis C, en la que se aprecia, por virtud del principio de facilidad probatoria, que existe relación causal, entre la estancia hospitalaria y el contagio de la enfermedad y también aprecia defectos en el consentimiento informado. Sentencia del TSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008 (rec. núm. 302/2005), sobre contagio de VIH, que estima en parte el recurso, y aprecia la pérdida de oportunidad ya que existió un error de diagnóstico, pues no se realizaron todas las pruebas diagnósticas necesarias.

Siguiendo con el principio de pérdida de oportunidad la STS de 22 de enero de 2016 enjuicia el siguiente caso: la Sentencia recurrida aprecia que hubo un funcionamiento anormal del servicio sanitario público concretado en el retraso en la práctica del TAC de contraste, prueba diagnóstica finalmente realizada en la sanidad privada y con un retraso aproximadamente dos meses desde los primeros síntomas de afección neurológica advertidos en la asistencia prestada en el Servicio de Urgencias el 28 de enero de 2007. Señala la Sentencia que la actuación de la sanidad pública fue correcta hasta esa fecha pues declara como probado hasta ese momento que no presentó sintomatología neurológica al no haber evidenciado las pruebas practicadas hasta ese momento que las náuseas fuesen asociables al tumor craneal finalmente diagnosticado, con base en el informe del doctor Juan Enrique, que la patología que padece es un glioma de bajo grado de malignidad. Se trata de tumores con gran capacidad de cambiar de estado de malignidad a lo largo de su evolución. Del informe de doctor Basilio deduce que « si

se hubiese realizado un correcto diagnóstico diferencial, se habría diagnosticado el tumor en los meses anteriores y con toda seguridad no habría tenido ese tamaño y la sobrevida, al poderse aplicar otros tratamientos, hubiera sido mayor »; tiene así que soportar un daño mayor pues un «tumor pequeño es menos resistente a la quimioterapia y radioterapia: su reducción hubiera sido drástica».

En cuanto a la gravedad del tumor señala que es incurable pero no por el tamaño sino por su localización, ya estaba presente en enero de 2007, es de crecimiento lento y - como se ha dicho ya- para atacarlo no cabía opción quirúrgica, sino radio y quimioterapia. La patología que padece es consecuencia de la evolución de su enfermedad y el retraso en el diagnóstico no ha supuesto una significativa pérdida de oportunidad en cuanto a la aplicación del tratamiento médico necesario: tal retraso no llega a dos meses y el tratamiento habría sido el mismo si se hubiera diagnosticado el tumor cerebral dos meses antes.

Por lo que aprecia un funcionamiento anormal lo que concreta en un retraso del diagnóstico y para determinar el concepto y alcance de la indemnización, rechaza que sean indemnizables los gastos soportados en la sanidad privada pues no se trataba de un supuesto de urgencia vital, no hubo denegación injustificada de asistencia y el tratamiento, tras diagnosticarse la patología, no se le denegó en la sanidad pública. Lo que resarce es el daño causado por el retraso en el diagnóstico, retraso que tiene una mínima relevancia en la evolución de su enfermedad pues su situación actual es la propia de dicha evolución. De esta manera fija una indemnización a tanto alzado de 10.000 euros, cantidad actualizada a la fecha de la sentencia, con rechazo de los intereses reclamados.

La Sentencia de 23 septiembre de 2010, dictada por esta Sección en el recurso de casación 863/2008. La similitud que guarda con el supuesto ahora enjuiciado se limita a la omisión por parte de la sanidad pública de una prueba diagnóstica, en aquel caso una colonoscopia en un cáncer de colon. Esa Sentencia parte de la apreciación de la Sala de instancia que consideró que hubo una mala praxis al no haberse agotado en la sanidad pública todos los medios diagnósticos pero, sin embargo, no había prueba de una relación de causalidad entre esa pasividad y la evolución posterior, ignorándose qué habría ocurrido de haberse realizado esa colonoscopia. Esta sentencia recuerda la

doctrina sobre la pérdida de oportunidad sobre la que basta una cierta probabilidad de que la actuación médica hubiere evitado el daño para que surja el deber de indemnizar. En ese caso, y siempre dentro del resarcimiento de los daños morales, procediendo resarcir por una cifra estimativa que tuviese en cuenta las posibilidades de curación y así indemnizó por los daños morales causados por la amenaza de un cáncer, amenaza que se extendió "más de lo debido" por falta de un diagnóstico precoz. Por lo que la sentencia reconoció a las demandantes 11.556 euros por daño moral derivado de la incertidumbre generada hasta que se obtuvo el correcto diagnóstico, pero no el daño moral concretado en la enfermedad que entendió resarcible dentro del daño moral desde la doctrina de la pérdida de oportunidad elevando la cuantía del resarcimiento en 58.444 euros.

En la Sentencia de 8 de abril de 2008 de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso 77/2005, se ventiló un supuesto en el que se apreció un doble funcionamiento anormal del servicio público sanitario. En un primer momento la allí demandante, pese a presentar síntomas sospechosos de un posible cáncer de mama, fue atendida por el médico de cabecera que, pese a disponer de medios diagnósticos, no los ordenó y demoró el diagnóstico y consiguiente tratamiento, lo que enmendó la misma sanidad pública meses después. En un segundo momento hubo otro diagnóstico errado pues ante un empeoramiento posterior se diagnosticó como recidiva y fue la sanidad privada quien diagnosticó un cáncer en el intestino grueso. Se apreció ese doble funcionamiento anormal y otorgó una indemnización global de 100.000 euros incluyendo lo facturado por la Clínica Universitaria de Navarra. Declaró así que ese gasto era resarcible pues la demandante tuvo que asumirlo para que se realizasen unas pruebas diagnósticas necesarias para el adecuado tratamiento.

En el caso de la STS de 22 de enero de 2016, más arriba expresada no tiene relación con la inmediatamente anterior sentencia expresada porque el funcionamiento anormal se identifica con dos diagnósticos errados, por el contrario en el caso de esta no se está ante un error de diagnóstico, sino ante un diagnóstico que iba bien encaminado pues se sospecha una afección neurológica, advirtiéndose el funcionamiento anormal en que ese diagnóstico no fue seguido de la diligente práctica de unas pruebas diagnósticas que eran pertinentes, pruebas finalmente realizadas en la sanidad privada, por lo que se desestimó el recurso y se declaró firme la instancia.

## **V. LEX ARTIS Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ESCRITO DE CONCLUSIONES.**

Abordemos en primer lugar, lo que se entiende por lex artis, en palabras de María Jesús Gallardo Castillo es “el conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer bien una cosa o para practicar una ciencia o incluso el conjunto de contenidos de carácter ético y técnico científico en ámbito de la actividad profesional y que se despliegan de forma particular, en las circunstancias del caso clínico concreto lo que se ha dado en denominar lex artis ad hoc”.

En conclusión, la jurisprudencia viene entendiendo que cuando no se infringe la lex artis como regla general no hay responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, así lo entendió la instancia que luego confirmó la STS de 29 de Marzo de 2016 en el siguiente caso:

Con fecha 14 de junio de 2006 don Laureano formuló una reclamación de responsabilidad patrimonial por lo que calificó como mala praxis médica de los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana en la asistencia al parto realizada a doña Rita y la posterior intervención realizada sobre la recién nacida, Zaida , con el resultado del fallecimiento de la niña, considerando que la diabetes que padecía la gestante y el tamaño del feto (4.100 kilogramos) debió llevar al centro hospitalario de Elche a practicar una ecografía cuando se produjo el ingreso y a someter a la embarazada a una cesárea. En cuanto a la niña, entendía que se omitió la realización de las pruebas necesarias que hubieran permitido salvarle la vida en el período de intubación a la que se le sometió.

La sentencia ahora recurrida, tras valorar el informe forense efectuado en la vía jurisdiccional penal, el emitido por el médico inspector de la Consellería, los realizados por los Jefes del Servicio de Ginecología y Obstetricia y de Neonatología del hospital de Elche, el de una pediatra de dicho hospital y los documentos que constan en autos (hojas de control y seguimiento de la diabetes, resultado de los controles realizados durante el embarazo, las ecografías que se efectuaron, el partograma y los resultados de

la monitorización fetal), señala que no puede darse por acreditada la infracción de la *lex artis ad hoc* que se aduce, añadiendo (fundamento de derecho séptimo) que no puede abordarse la cuestión relativa a la falta de consentimiento informado para el parto al tratarse de " una cuestión nueva planteada de forma improcedente en el escrito de conclusiones ".

La sentencia de esta misma Sala y Sección de 14 de diciembre de 2010 (recurso de casación núm.1633/2008), en la que se estima parcialmente el recurso y se declara la responsabilidad de la Administración en relación con la asistencia a un parto pretérmino de madre diabética con antecedentes obstétricos de dos abortos y dos partos eutócicos que hubieran requerido la práctica de una cesárea que podría haber evitado las gravísimas lesiones padecidas por la niña.

La sentencia de 24 de noviembre de 2009, también de esta misma Sala y Sección y dictada en el recurso de casación núm. 1593/2008, en la que, casando la sentencia recurrida, se da lugar parcialmente a la demanda e incrementa la cuantía indemnizatoria otorgada por la Administración en relación con la negligencia apreciada en la asistencia a un parto al que no asistió el ginecólogo, lo que privó a los padres de valorar la conveniencia de practicar una cesárea dado que el embarazo era de alto riesgo y el feto presentaba sospechas de macrosomía fetal.

La sentencia de esta Sección Cuarta de la Sala Tercera de 10 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 3876/2009) en la que, confirmando la de instancia, se declara la existencia de infracción de la *lex artis* al no haberse practicado a la interesada una cesárea a la vista del tamaño del feto y de la diabetes de la madre, lo que permitió afirmar que la distocia de hombros que se produjo en el parto era previsible.

La sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1999 (recurso de casación núm. 5696/1995 ), en la que se da lugar a la acción de responsabilidad patrimonial por entender que resultaba indicado en un parto la práctica de una cesárea como técnica más segura.

La sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007 (recurso de casación núm. 4106/2002) que anuda la infracción de la *lex artis* al hecho de no practicarse una cesárea desde el momento en que se manifestó el sufrimiento fetal.

De las sentencias anteriores dice la Sala, no afirman que en todo caso sea preceptiva la cesárea en embarazadas diabéticas o con fetos macrosómicos o próximos al peso que presentaba la niña. Por el contrario, en todos los supuestos analizados la Sala entendió procedente la acción a la vista de las circunstancias del caso y de la prueba desarrollada en autos, cuya valoración condujo al Tribunal a acoger, total o parcialmente, la pretensión ejercitada.

Siguiendo con este asunto, de *lex artis* y consentimiento informado hay que hacer referencia, a la STS de 15 de Marzo del 2016 haciendo alusión al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, puesto que responde del funcionamiento normal o anormal del servicio público en relación con el consentimiento informado independiente y autónomo a la infracción de la *lex artis* y a la lesión producida. Basada en los siguientes hechos:

El 3 de febrero de 2010, a la edad de setenta y siete años de edad, la recurrente fue sometida a una infiltración epidural lumbar para el control del dolor en la Fundación Jiménez Díaz. El siguiente día 6 de febrero, sufriendo una importante pérdida de sensibilidad en los miembros inferiores, fue ingresada en el Hospital Severo Ochoa de Leganés y más tarde en el Hospital de Getafe. Tras una larga hospitalización, quedó en situación de incapacidad absoluta para cualquier tipo de actividad.

La sentencia ahora impugnada, haciendo un examen particularmente atento y cuidadoso de todas las pruebas practicadas, llega a la conclusión de que la lesión sufrida por la recurrente es efectivamente consecuencia de la infiltración epidural lumbar; pero concluye también que, a la vista del referido material probatorio, no cabe afirmar que la infiltración epidural lumbar se practicase separándose de las pautas científicas y técnicas válidas en esa materia, ni que la atención médica recibida por la recurrente en

los distintos centros hospitalarios fuera incorrecta. La sentencia impugnada, en suma, asevera razonadamente que, si bien existe nexo causal entre la atención sanitaria y la lesión, no hubo vulneración de la *lex artis*.

Una vez sentado lo anterior, la sentencia impugnada comprueba que la infiltración epidural lumbar -que está en el origen de todos los padecimientos de la recurrente- se practicó sin el preceptivo consentimiento informado, esta omisión es constitutiva por sí sola de un daño moral, que debe ser indemnizado aun cuando la lesión misma no sea indemnizable. De este modo, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo, establece prudencialmente una indemnización de 18.000 € por dicho daño moral, la cual, no puede tacharse de irrazonable.

En relación a la *lex artis* hay que resaltar la STS de 9 de febrero de 2016 donde se demanda a la administración sanitaria por la inadecuada asistencia médica dispensada en el Servicio de Urgencias del Hospital General de Alicante, donde fue asistido el 12 de enero de 2005, al ser diagnosticado erróneamente y determinante causalmente de la parada cardio respiratoria sufrida con las consiguientes secuelas dada la disnea que presentaba si realizar prueba diagnóstica más completa o remitirle a especialista otorrinolaringólogo para comprobar la posible existencia de un absceso parafaríngeo que, según alega, causó la parada cardiorespiratoria.

La sentencia trata pues, de analizar si se infringió la *lex artis ad hoc* en dicha asistencia y, de haber sido así, si la causa del daño sufrido guarda relación causal con la alegada deficiencia de la exploración realizada por la omisión de pruebas diagnósticas que, en su caso, estuvieran indicadas.

Es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar la responsabilidad por anormal funcionamiento del servicio sanitario, al igual que el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles.

En este caso, de la contradictoria prueba pericial practicada no permite a esta Sala llegar, con fundamento, a la conclusión que sostiene el recurrente, porque el dictamen del Dr. Casiano, aclarado con intervención de las partes, parte de la existencia de disnea para indicar la necesidad de otras pruebas diagnósticas a fin de su constatación: valoración por Especialista en Otorrinolaringología, TC cervical y gasometría arterial. Criterio compartido por el Dr. Moya Mir en el caso de que el paciente presentara disnea, pero no con los síntomas y signos apreciados en el Servicio de Urgencias, cuya asistencia fue la exigible según la *lex artis*, no se aprecia la existencia de una asistencia inadecuada o incompleta porque, a falta de acreditamiento de que el paciente presentara disnea, y ante la inexistencia de otros signos indicativos de la posible formación de un absceso, no era exigible la realización de otras pruebas diagnósticas para comprobar la formación del absceso, aunque estuviera en estado de formación puesto que lo exigible es la prestación de la asistencia requerida en el caso teniendo en cuenta los síntomas que refiere el paciente y los signos indicativos de la patología que sufre. Es más, el TAC realizado en la UCI no se apreció colección purulenta alguna lo que, junto a la contradicción pericial sobre la posibilidad de intubación con un absceso parafaríngeo, obsta a la apreciación de la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.

Por lo que no se ha producido infracción de la *lex artis ad hoc* al no apreciarse en la UCI colección purulenta alguna al realizarse el TAC junto con la contradicción pericial sobre la posibilidad de entubación con un absceso parafaríngeo, hace desaparecer la existencia de responsabilidad patrimonial.

Además a juicio del recurrente, el expediente administrativo nunca ha estado completo. La Administración ha eludido remitir parcialmente el expediente, cuando era la Administración quien tenía a su disposición y más fácil allegar al procedimiento los elementos fácticos de juicio necesarios, y ello no le puede beneficiar lo que conlleva responsabilidad patrimonial y cuando menos debe desplazar la carga de la prueba.

Lo que alega según el tribunal es un presunto incumplimiento por parte de la Administración, sin embargo la Sala sentenciadora no ha denegado ningún tipo de prueba documental, además de que consta todo en el expediente administrativo desde el médico que le atendió en la atención primaria el Dr. Eulalio, el cual, presto declaración

en el proceso penal, el volante con el que remitió a urgencias al paciente y la historia clínica del Hospital General de Alicante, está en el expediente administrativo, donde queda documentada tanto la asistencia de urgencias como el resto de asistencias prestadas durante su ingreso en el Hospital, complementada con la documentación incorporada en periodo probatorio. Por lo que esta Sala declara no haber lugar tampoco al segundo motivo.

Siguiendo con la *lex artis* la STS de 11 de mayo de 2016, la cual trae a colación un supuesto de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria cuya reclamación se interpuso el 8 de marzo de 2011 por las graves lesiones cerebrales y epilepsia que padece su hija, secuelas derivan de sufrimiento fetal perinatal y dieron lugar a que, con fecha 15 de noviembre de 2010, la Administración fijase el grado de discapacidad en un 76%.

La sentencia ahora impugnada rechaza, de entrada, la prescripción de la acción indemnizatoria, tal como pretendían la Comunidad de Madrid y la compañía de seguros codemandada. Entiende la sentencia impugnada que se trata de daños continuados, pues evolucionaron a lo largo del tiempo. Así lo demuestra que fueron objeto de más de una valoración administrativa de la discapacidad, hasta que ésta fue definitivamente establecida el 15 de noviembre de 2010. Éste es, según la sentencia impugnada, el *dies a quo* para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que el plazo legal de un año no había expirado.

Una vez sentado lo anterior, la sentencia impugnada centra su atención en si se observó la *lex artis* desde que la recurrente fue ingresada hasta que se produjo el parto de su hija mediante cesárea. Tras examinar el material probatorio recogido en las actuaciones, la sentencia impugnada concluye que las lesiones pudieron deberse a varias causas, sin que existan elementos para afirmar que el tratamiento médico y hospitalario fuese técnicamente incorrecto. Ello conduce a un fallo desestimatorio.

Tampoco se ha vulnerado el principio de facilidad probatoria, en virtud del cual habría debido ser la Administración demandada quien aportase todos los datos necesarios para

mostrar, sin asomo de duda, que el tratamiento fue correcto; como alega la recurrente, mas en concreto en dos aspectos: uno es que la monitorización del feto se interrumpió dos horas antes de iniciarse la cesárea, por lo que falta información sobre lo ocurrido en ese lapso de tiempo; y el otro, que la sentencia impugnada habla de dos informes periciales de sendos especialistas en Obstetricia y Ginecología y en Neurología que la recurrente dice inexistentes, puesto que, en las actuaciones existe toda la información relevante para comprobar fehacientemente que el tratamiento recibido por la recurrente y su hija fue técnicamente correcto.

Por tanto, no se ha producido ninguna ocultación ni manipulación de datos del expediente, y las conclusiones alcanzadas en la sentencia de instancia son consistentes con los datos de la historia clínica, considerada en su totalidad, sin que la prueba pericial aportada por la actora permita establecer ninguna infracción de la lex artis, de manera que la asistencia prestada durante el parto no es la causa de los daños padecidos por la menor Dolores.

Podemos concluir finalmente por todo lo antedicho, que no que no concurren todos los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de tratamientos médicos y sanitarios; y porque -aun no conociéndose con exactitud la causa determinante de las lesiones de la hija de la recurrente- está acreditado que no debió a un tratamiento técnicamente incorrecto.

La STS de 19 de julio de 2016 confirma la desestimación de la sentencia de instancia en la recurrente, alegaba infracción de la doctrina sobre pérdida de oportunidad por omisión de las debidas pruebas diagnósticas con la consiguiente infracción de la lex artis, dado que la septicemia se diagnosticó tras varios años y en la que para solucionarlo se extirpó el riñón, practica correcta para la sala y por lo que no hubo infracción de la lex artis en la actuación sanitaria, susceptible de responsabilidad patrimonial.

En el siguiente caso, de la STS de 19 de enero de 2016 se desestima que luego es confirmada por la sala una presunta mala praxis de los servicios sanitarios a la hora de

poner, revisar o recambiar los catéteres con posterioridad a la intervención quirúrgica consistente en un trasplante hepático efectuado a doña Valentina, madre de los peticionarios, el 19 de mayo de 2003, actuaciones que provocaron a la paciente una infección intrahospitalaria que originó un shock séptico con fracaso multiorgánico que le produjo la muerte el 21 de junio de 2003.

La instancia tras poner de manifiesto la doctrina jurisprudencial sobre los daños ocasionados por infecciones hospitalarias, señala que de la infección sufrida por la paciente fallecida " no puede deducir esta Sala la infracción de la lex artis por omisión de las medidas de asepsia requeridas (...) a la vista de los informes obrantes en el expediente y aportados a los autos ", desestimando finalmente el recurso.

En las siguientes sentencias estiman las pretensiones de los actores declarando la responsabilidad de la administración pero no afirman que " en el momento en que aparece una infección intrahospitalaria se rompe la cadena de asepsia "; y tampoco que " el estado actual de la ciencia hace evitable cualquier infección nosocomial en los hospitales de España y del mundo ". Sino más bien que no ha sido debidamente acreditado por la Administración demandada que se adoptaran, en cada uno de los casos enjuiciados y a tenor de sus concretas circunstancias fácticas, las medidas pertinentes de asepsia exigibles. Cosa que si ha sido acreditada en autos mediante la práctica de la prueba.

1. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de julio de 2010 (recurso núm. 04/3/98), en la que se estima parcialmente el recurso y se declara la responsabilidad de la Administración en relación con una infección producida a una paciente en una intervención consistente en la colocación de una prótesis de rodilla izquierda, por entender la Sala que no se adoptaron, en el hospital en que se efectuó la intervención, todas las cautelas con el fin de evitar la infección.

2. La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de mayo de 2005 (recurso núm. 950/98), en la que se da lugar a la demanda y se declara la existencia de infracción de la

lex artis en el absceso epidural espinal (lumbar) por contaminación de catéter epidural en el centro hospitalario en que se desarrolló una intervención de hallux valgus bilateral, por entender que esta infección nosocomial se ha eliminado en muchos centros hospitalarios gracias al correcto seguimiento de las medidas de asepsia y que, en el caso analizado, no puede afirmarse que tales medidas fueran efectivamente cumplidas.

3. La sentencia de la Sala de Sevilla de 15 de julio de 2002 (recurso núm. 1943/1997), en la que, también en relación con una infección nosocomial producida en una intervención de una fractura polifragmentaria, se da lugar a la acción al considerar que " no consta que se extremasen todas las precauciones posibles con el fin de evitar o disminuir al máximo el riesgo".

4. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sección Novena) de 3 de abril de 2008 (recurso núm. 494/2005), que declara la existencia de responsabilidad patrimonial por la infección nosocomial consistente en el germen de haempphyllus influenza y staphylococcus aureus contraídos durante la estancia en la Unidad de Cuidados Intensivos y que determinaron el fallecimiento de la paciente, por entender que " el servicio de cuidados críticos (del Hospital correspondiente) carece de las condiciones de infraestructura necesarias para el aislamiento individual de los pacientes infecciones que lo precisen ", siendo así que " la situación actual de concentración de casos de pacientes infectados (constituye) un importante reservorio para su transmisión " y que, finalmente, se ha acreditado que " no se habían adoptado todas las medidas de asepsia exigibles ".

5. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (Sección Segunda) de 29 de octubre de 2008 (recurso de apelación núm. 121/2007 ), que también estima una reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con una infección nosocomial (estafilococo aureus) al considerar que, en el caso analizado, " no se ha probado, ni tan siquiera intentado demostrar que se adoptaran las medidas pertinentes de asepsia exigibles en cuanto al instrumental médico empleado, área operatoria y medidas higiénicas exigibles ", bien entendido que " el agente causante de la infección es previsible y obliga a extremar las medidas de prevención que en este caso son inexistentes ".

6. La sentencia de esta Sala (Sección Sexta) de 11 de mayo de 1999 (recurso de casación núm. 9655/1995 ), que entiende que la gangrena producida al paciente al administrarle una inyección que produjo una entrada de gérmenes nocivos y la ausencia de tratamiento inmediato de la misma resultan imputables a la Administración sanitaria, sin que concurra fuerza mayor, al tener lugar en el contexto de una asistencia consistente en la administración de una inyección intramuscular que debe entenderse integrada en el propio funcionamiento del servicio, " una de cuyas funciones es precisamente la de velar eficazmente por la asepsia, evitando que gérmenes nocivos en el recinto de los establecimientos sanitarios pueda originar daños a quienes son atendidos por ellos con el fin de restablecer su salud".

#### 1. INFRACCION DE LA LEX ARTIS, RELACION DE CAUSALIDAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Este asunto fue tratado en la STS de 4 de Abril de 2016 basada en los siguientes hechos: La paciente, Doña Teresa, persistiendo en ella ideas claras y repetidas de suicidio. Ya en 1994 se lanzó desde las gradas de un pabellón deportivo y en agosto de 1996 desde un puente. fue ingresada en El 26 de marzo de 1998 ingresó en el Centro Asistencial San Juan de Dios de Málaga, que mantuvo el tratamiento médico de salidas terapéuticas prescritas por el centro medico y el 2 de Junio de 1998 en el transcurso de una salida terapéutica en compañía de otros pacientes, Teresa sufrió otra crisis de ansiedad; se subió a un puente y se precipitó desde una altura de unos diez metros, causándose lesiones muy graves, tales como: lesión medular completa con resultado de paraplejia a nivel de la L-2, habiendo sufrido también esplenectomía sin repercusión hematológica.

Tanto la resolución administrativa recurrida, como las demandantes particulares, consideran como detonante de las lesiones el hecho negligente de que se autorizasen salidas de Teresa solo con otros pacientes, sin personal sanitario que les acompañasen, lo que, a su criterio, hubiese podido evitar lo ocurrido; igualmente se aduce falta de consentimiento de los padres para esas salidas".

Tratándose de la prestación sanitaria, mediante la cual la persona, con un padecimiento previo, pretende legítimamente recuperar la salud, la responsabilidad por el sometimiento a estas manipulaciones, métodos y técnicas generalmente cruentas y agresivas, y de no siempre favorable término, pues es de general conocimiento la no certeza total del resultado, se exige no solo la consabida relación de causa efecto, sino un plus más, cual es la infracción de la "lex artis".

En el presente supuesto, no controvertida la realidad de las lesiones sufridas por Doña Teresa en el transcurso de la salida terapéutica con otros pacientes el día 2-6-98, se ha de resolver sobre la existencia o no de nexo de causalidad, directo e inmediato, entre dichas lesiones y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios de la Administración recurrida.

En este sentido, de la valoración de lo actuado, no se desprende que concurra dicho nexo de causalidad, ni infracción de Lex artis, ante la insuficiencia de evidencias de que el daño corporal sufrido haya procedido de actuación alguna de los profesionales que atendían a la lesionada, por lo que procederá la desestimación del recurso.

Ya en efecto dice la instancia de todos los informes, declaraciones y dictámenes periciales obrantes en autos coinciden unívocamente en que el tratamiento era el adecuado; que fue un episodio difícilmente evitable, ya que la conducta de este tipo de pacientes es impredecible; y, fundamentalmente en que no hay relación de causalidad entre el intento de suicidio y la actuación del hospital. Así, el médico forense, actuante en el procedimiento penal archivado, considera que la conducta del sujeto era altamente impredecible; que ese tipo de pacientes cambian poco con el tiempo; que el tratamiento médico fue correcto, y que el episodio hubiera sido difícilmente evitable".

Frente a los informes, declaraciones y dictámenes anteriores, no se ha practicado por la parte actora ninguna prueba contundente, en base a la cual pueda afirmarse que el tratamiento recibido por la lesionada, incluidas las salidas, se alejase de la buena praxis o de la forma de actuar en casos similares.(...)"

Y finalmente, en el Fundamento de Derecho Séptimo, rechaza la alegada falta de consentimiento de los padres con las salidas terapéuticas llevadas a cabo por su hija y considera de forma tajante que tampoco puede sostenerse, que los padres desconociesen las salidas terapéuticas de su hija con los otros pacientes.

Y en efecto el Supremo confirma previo examen de la prueba obrante en autos, no había riesgo de suicidio elevado realmente; que el tratamiento era el adecuado, y que no hay relación de causa efecto entre los hechos y la actuación del hospital.

La sentencia recurrida -recurso núm. 756/2008 - aborda una resolución de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 28 de septiembre de 2005 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 24 de mayo de 2005 que estimó la reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria por la asistencia recibida en el hospital de San Juan de Dios de Málaga, centro sanitario concertado, declarando responsable del daño al citado centro que debe abonar la suma de 225.627, 30 euros y la sentencia, desestima el recurso de las recurrentes y estima el de la Orden de San Juan de Dios y de Mapfre y deja sin efecto las resoluciones impugnadas ya que tras una valoración conjunta de la prueba practicada, concluye que el tratamiento fue el adecuado y que no hay relación de causalidad entre el intento del suicidio y la actuación del hospital, pues se trataba de un episodio difícilmente evitable. Y rechaza la falta de consentimiento informado de los padres en relación a las salidas terapéuticas de su hija.

Frente a ello la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2007 -recurso de casación núm. 4067/2003 - estima el recurso de casación y aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial sanitaria en un supuesto en que la actora fue ingresada en el centro hospitalario por un intento de suicidio, se acordó su sujeción mecánica, pues quería salir por la ventana, se retira la sujeción mecánica y los médicos y las enfermeras no son informados de la alteración sufrida el día anterior y, en consecuencia, se omitieron las medidas de previsión y cuidado necesarias.

Y en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 -recurso de casación núm 6151/2002 -, el hijo de la actora fue atendido en el servicio de urgencias por un

intento de suicidio cortándose las muñecas y el médico de urgencias se limitó a curar las heridas de las muñecas y aconsejó a los padres que lo llevaran al psiquiatra sin prescribir ningún tipo de medicación ni de tratamiento; en consecuencia, de la omisión de los medios adecuados surge una relación de causalidad directa y eficaz ya que se arrojó unas pocas horas más tarde a las vías del tren y falleció al ser arrollado por un convoy.

La sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, de 7 de septiembre de 2007 -recurso núm. 141/2007 - versa sobre el ingreso de una paciente con riesgo de autolisis "en una unidad de vigilancia intensiva"; existe nexo causal entre la actuación de la Administración y la muerte por la existencia de una falta in vigilando, pues las circunstancias de la hospitalización exigían algo más que la ronda periódica de los enfermeros por la habitación, medida insuficiente que dio lugar al ahorcamiento.

Y, finalmente, la sentencia de la Sala de Castilla y León, sede de Valladolid, de 28 de enero de 2011 –recurso núm. 1747/2006 -, versa sobre ingreso en la unidad de psiquiatría de un hospital por un intento de suicidio de una menor; se aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial, pues las medidas adoptadas fueron insuficientes, pues no se realizaron las rondas por la habitación y por ello hay un funcionamiento anormal del servicio que llevó a la menor al suicidio por ahorcamiento.

## **VI. ACTUALIZACION DE INTERESES LEGALES EN LA SENTENCIA.**

Para abordar esta cuestión hay que traer a colación el Auto de Aclaración del Tribunal Supremo (AATS) de 10 de Febrero de 2016, en que la sentencia cuya aclaración se pretende declara haber lugar al recurso de casación y estima en parte el recurso

contencioso-administrativo formulado por D. Rodolfo contra resolución de 1 de marzo de 2010 del Consejero del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón, y reconoce el derecho de la parte demandante a ser indemnizada en la cuantía de 150.000 euros (incluidos 35.000 euros que ya han sido reconocidas por la sentencia recurrida) más su interés legal desde la fecha en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial.

En dicho auto la Sala entendió que <<(…) la actualización de dicha suma se efectuó, por tanto, teniendo en cuenta la Sala lo dispuesto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que el complemento pretendido (incorporar a aquella suma los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa) resulta improcedente en los casos, como el presente, en los que el Tribunal ya ha procedido a actualizar (a la fecha de la sentencia) la cantidad correspondiente(…) .

Particularmente ilustrativa resulta la sentencia de esta misma Sección de 18 de junio de 2012 (recurso de casación 676/2011) en la que, con cita de una anterior de 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 1885/2008), se realiza una interpretación del artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, afirmando que tal precepto permite a los Tribunales actualizar directamente en la sentencia que declara la procedencia de la indemnización la suma correspondiente, sin obligación de acudir al índice de precios al consumo o a los intereses legales, pues tales instrumentos - adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad- no son los únicos posibles, añadiendo que "es criterio de esta Sala, reiteradamente evidenciado en muchas de sus sentencias, que en aquellos casos que estima el recurso de casación y casa la de instancia, y estima la existencia de responsabilidad patrimonial, procede a fijar una cuantía de la indemnización actualizada a la fecha de sentencia, por cuanto ello es posible por el artículo 141.3 de la Ley 30/1992 ".>>

Cuestión distinta, obviamente, serán los intereses procesales de la cantidad reconocida en sentencia. Tales intereses, que derivan de lo dispuesto en el artículo 106.2 (A la cantidad reconocida en la sentencia, se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de esta dictada en única o primera instancia.) de la Ley de esta Jurisdicción, se devengarán desde la notificación al representante procesal de la Administración de las correspondientes sentencias que fijan y actualizan la cantidad a

que debe ascender la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial, en este caso inicialmente la sentencia recurrida reconoció 35.000 euros y la de esta Sala 115.000 euros.

## **VII. EL DAÑO DESPROPORCIONADO O “RESULTADO CLAMOROSO”**

Se produce cuando el acto médico produce un resultado anormal, insólito, inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta y con los padecimientos que se trata de atender, e incompatible con las consecuencias de una normal STS de 20 junio de 2006, es decir aquel no previsto ni explicable en la esfera de la actuación médica profesional STS de 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007.

En la actualidad se aborda en la STS de 19 de mayo de 2016 en la que se demanda a la administración sanitaria entender que su hijo sufrió un daño desproporcionado, pues ingresado en el Hospital San Juan de Alicante para ser intervenido de vegetaciones, en los días previos se le administró urbasón en forma de aerosol y el día 2 de marzo de 1999, sobre las 21'00 horas, se le administró a través de vía intravenosa supuestamente 9 mg de urbasón. Inmediatamente el menor quedó inconsciente tras sufrir una parada cardiorrespiratoria inmediata tras la administración del fármaco. El menor tardó 30 minutos en recuperar el latido lo que le produjo una lesión cerebral irreversible.

La Sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo sobre la base de los informes de la Inspección Médica, del Servicio de ORL, dos informes Forenses más lo deducible de las actuaciones seguidas en sede penal, pues quedó probado que el tratamiento, el ingreso del menor y la indicación quirúrgica fueron conformes con la *lex artis* además de no haber prueba de funcionamiento anormal ignorándose la causa de la parada cardiorrespiratoria.

Motivo por el cual la demanda se basa en la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado para cuando no se estime la quiebra de la lex artis y que lleva a la inversión de la carga probatoria, asumiéndola la Administración, por las dificultades del reclamante para asumirla él.

En doctrina del TS (Tribunal Supremo) el daño desproporcionado o resultado clamoroso significa lo siguiente:

1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción - ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin

que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado.

Aun admitiendo como hipótesis que el urbasón fuese causante de la parada cardiorrespiratoria, se está ante un supuesto de fuerza mayor.

La conclusión de la sala de instancia en cuanto a ese primer aspecto es que sobre la base de la historia clínica y de la prueba practicada, no puede determinarse que la causa de la parada cardiorrespiratoria fuese medicamentosa y sin que haya prueba que permita afirmar que la causa de la misma estuviese en una quiebra de la lex artis. De esta forma se basa en el parecer de los forenses informantes según los cuales de la lectura de la historia clínica no puede determinarse la causa de la parada cardiorrespiratoria.

Cosa que ratifica el Supremo, además de determinar que el resultado lesivo final no sería un daño desproporcionado en caso de parada cardiorrespiratoria.

Sobre este asunto de daño desproporcionado se pronunció también la STS de 10 de octubre de 2016, en el que el recurrente fue intervenido de exoriosis de tumoración en el brazo izquierdo, identificada finalmente como lipoma intramuscular, por lo que entendió que hubo un funcionamiento anormal de los servicios públicos al lesionarle el nervio interóseo, con la consiguiente infracción de la lex artis culminándolo con no informarle convenientemente de los riesgos asociados a la intervención quirúrgica conllevaría a la innegable responsabilidad de la administración sanitaria.

La conclusión de la sala de instancia confirmada después por el Alto Tribunal fue la desestimación de la demanda por la falta de prueba de ese mal funcionamiento lo que se deduce de la practica pericial llevada a cabo por el actor, que si bien no se discute la relación de causalidad entre la intervención practicada y la lesión del nervio no prueba que hubiera infraccion de la lex artis a tal efecto señala el tribunal de instancia:

Que el riesgo estaba informado y que « no se ha alcanzado a identificar debidamente por el actor como derivado de una infracción de la lex artis ad hoc, pues ni de la hoja operatoria logra ello hacerse derivar ni del informe pericial aportado a instancia del actor, cabe obtener diferenciada conclusión a la alcanzada por la inspectora médica actuante en el expediente administrativo, en cuanto ésta, tras observar como " se trataba de un lipoma gigante situado debajo de la musculatura extensora de la mano y fijo al ligamento interóseo " alcanza a concluir, partiendo de que " el procedimiento quirúrgico utilizado fue la exéresis de gran lipoma en planos retromusculares (..) " el que " la lesión del nervio posterior izquierdo es una de las complicaciones más probables que se puede presentar asociada " a tal procedimiento, resultando " en todo momento la orientación diagnóstica y terapéutica correcta y adecuada a la situación " sin que " se aprecien indicios de mala praxis en la intervención quirúrgica a la que fue sometido el paciente " ». Contando que la prueba pericial practicada del actor y que reiteramos también en el tribunal supremo fue realizado por un médico especialista en medicina del trabajo, y valoración del daño, sin experiencia quirúrgica como en el caso de autos.

Además con cita de la jurisprudencia de este tribunal, expone que la doctrina sobre daño desproporcionado que invoca el demandante, establece que en el presente caso no se aplica pues se está ante una de las complicaciones más probables asociadas a la intervención practicada.

Se trae a colación por venir al caso, en este caso, estimatoria de las pretensiones del actor de la STS de 29 de noviembre de 2011 (recurso de casación 5358/2009) en el que se confirmó una sentencia estimatoria que declaró la responsabilidad de la Administración sanitaria por la amputación de una pierna a raíz de la colocación de una prótesis de rodilla, causante de una grave infección.

En ese caso la Sala confirmó la sentencia de instancia sobre la base de estar a los hechos que el tribunal de instancia declaró probados, según el cual no se probó que se hubieran puesto todos los medios para evitar las infecciones sucesivas, y que esas pruebas impiden entender que la intervención hubiera sido conforme a la lex artis ad hoc. Se confirmó, además, que la Sala de instancia atribuyese la carga probatoria a la Administración de la corrección de la asistencia prestada, sobre la base del principio de facilidad probatoria a la vista de unas circunstancias muy concretas: « infección

profunda tras la inicial intervención quirúrgica, con una larga evolución muy virulenta que no fue posible controlar y que obligó, finalmente, a la amputación de la extremidad.»

## 2. DEBER DE INFORMAR DEL MEDICO Y DAÑO DESPROPORCIONADO:

Para explicar este asunto es necesario acudir al a jurisprudencia como en casos anteriores y en concreto a la STS 12 abril 2016.

A D. Matías, padre del ahora recurrente, se le practicó el día 13 de noviembre de 2007 una intervención quirúrgica para la extirpación de un quiste pilonidal abscesificado y fistulado. (Según el informe pericial de la demandante, este quiste se define como un "defecto del desarrollo de llenado de líquido en la base de la columna (coxis) que cuando se infecta forma un absceso que drena pus"). En el transcurso de la cual, se produce un fallo cardíaco, y tras diversas maniobras de reanimación, entra en coma y a los días fallece. Cabe reseñar además que el paciente recibió la información necesaria que le permitió consentir o rechazar intervención quirúrgica.

**CONTENIDO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO** Se le informó de los riesgos generales tanto del acto quirúrgico como de la anestesia; de sus riesgos personalizados relacionados con su estado de salud o patologías que le aquejaban y de la existencia de posibles complicaciones que pudieran aparecer en el curso de la intervención, inclusive la muerte, así como de la inexistencia de un tratamiento alternativo eficaz para dar solución al quiste pilonidal. Y ello tanto de forma escrita, suficientemente expresiva, como verbal y con antelación bastante a la intervención, sin que pueda estimarse que la suscripción de los documentos escritos integre en el caso litigioso mero acto protocolario.

La Ley 42/2002, de 14 de noviembre, cuya infracción se denuncia, dice la sentencia de 11 de abril 2013, y reitera la más reciente de 23 de octubre de 2015 , consagra en su

artículo 1, vigente en el momento de los hechos, los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica, entre los que incluye -artículos 4 y 5- el derecho a que se le comunique de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, a él o a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, toda la información disponible, verbal o escrita, según los casos, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud que le ayude a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, incluyendo como información básica -artículo 10.1- «los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones», excepto -artículo 9- cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Como con reiteración ha dicho esta Sala, el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial ( SSTS 29 de mayo ; 23 de julio de 2003 ; 21 de diciembre 2005 ; 15 de noviembre de 2006 ; 13 y 27 de mayo de 2011), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto, aún en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias ( SSTS 4 de marzo de 2011 , 8 de septiembre de 2015 ).

Con la misma reiteración ha declarado esta Sala que la información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (SSTS 13 de octubre 2009 ; 27 de septiembre de 2010 ; 1 de junio 2011). Es, además, acorde con el contenido del derecho fundamental afectado y con la exigencia de una interpretación de la legalidad en sentido más favorable a su efectividad, como exige la STC de 29 de marzo de 2010 , con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en si misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis* ( STS 19 de noviembre de 2007 ), pues una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico.

Pues bien, ambas cosas: información y consentimiento concurren en este caso que tuvo como destinatario a un paciente que conocía perfectamente la intervención a la que se sometía, pues recibió información cumplida más allá incluso de la suscripción antes de la intervención de los pertinentes documentos de consentimiento informado redactados de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, tanto de la intervención como de la anestesia, de sus riesgos personalizados relacionados con su estado de salud o patologías que le aquejaban, de las posibles complicaciones que pudieran aparecer en el curso de la intervención, inclusive la muerte, y de la inexistencia de un tratamiento alternativo eficaz para extirpar el sinus; todo lo cual le permitió hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias de la actuación médica a la que se iba a someter.

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. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de la jurisdicción civil, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva propia del sistema de responsabilidad de la administración sanitaria, derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis* , cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008 ; 30 de

junio 2009; 20 de noviembre 2009 ; 3 de marzo de 2010 ; 27 de septiembre 2010 y 28 de junio 2013 ).

Ahora bien, se produjo el fallecimiento del paciente de una forma en principio no esperada lo que nos sitúa ante la doctrina del daño desproporcionado o enorme, entendido como aquel suceso no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del profesional médico que le obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el " onus probandi " de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS 23 de octubre de 2008 , y las que en ella se citan).

Siendo así, no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 19 de octubre 2007 ; 30 de junio 2009 ; 28 de junio 2013 ).

La tesis sostenida por los recurrentes, todos los datos de prueba, debidamente valorados en la sentencia, no solo ponen en evidencia la diligencia empleada en la ejecución del acto médico, cirugía y anestesia, sino que descartan cualquier apelación al llamado daño desproporcionado al situar la causa del fallecimiento del paciente en una complicación relacionada con su cardiopatía y que fue tratada desde el momento en que se desarrolló. Que no se hiciera la autopsia forense es algo ajeno a los facultativos que le atendieron y, por tanto, ajeno también a esta doctrina, en cuanto implicaría trasladar la prueba a los facultativos sobre algo que no estaba a su alcance, como es el resultado de la misma.

Pero es que, además, la prestación sanitaria por el anestesista se ejecutó en cumplimiento de una obligación de medios, no de resultado, y el daño sufrido por el paciente no puede ser tratado sino como la materialización de los riesgos que comporta su aplicación, razón por la cual no es posible prescindir del elemento subjetivo de culpa causalmente vinculado al daño para imputar responsabilidad en la prestación asistencial, teniendo en cuenta que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, lo que impide confundir la simplicidad de una determinada afección que se trata de solventar con la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia, sea general o regional, que comporta en sí misma un riesgo evidente ( SSTS 29 de julio 1998 ; 22 de septiembre 2010 y 29 de mayo 2014 ).

El riesgo era no solo previsto sino explicable dentro de la realización de la intervención, lo que excluye la aplicación de la doctrina de Daño desproporcionado o daño Clamoroso.

### 3. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MEDICINA NECESARIA Y DAÑO DESPROPORCIONADO:

Acudiremos en este caso a la STS 24 de noviembre 2016.

D. Norberto, que había sido operado de un linfepiteloma de cavum (cáncer) en el año 1.996, con tratamiento posterior de radioterapia en cuello y mandíbula que concluyó en marzo de 1.997, acudió en el mes de julio del año 2.008 a la clínica Tuñón SL como consecuencia de tener movilidad en las prótesis dentarias de ambas mandíbulas (en aquel momento carecía de cualquier pieza dental); los datos que ofrece a la Clínica, además de la noticia acerca del cáncer y su tratamiento con radio, fueron que era fumador de una cajetilla de cigarros al día, que no toma ninguna medicación y que no tiene problemas médicos salvo "mala circulación".

El 30 de dicho mes se le colocan cinco implantes en la mandíbula inferior, tras haberle realizado una ortopantomografía o radiografía panorámica como única prueba previa. Al sufrir inmediatos dolores, se le sometió a tratamiento consistente en lavados con tetraciclinas y colocación de un injerto de colágeno humano, que no consiguió resolver la situación, motivo por el cual fue solicitada una interconsulta con el Doctor de Jon, quien apreció una osteonecrosis mandibular el día 20 de octubre por lo que consideró conveniente el correspondiente estudio por el servicio hospitalario.

El 29 del mismo mes de octubre fue sometido a una gammagrafía vascular, ósea y SPECT. A renglón seguido fue enviado al Hospital Marqués de Valdecilla de Santander, donde fue sometido a 30 sesiones de oxígeno hiperbárico, pese a lo cual continuaron los dolores en la mandíbula, apreciándose nuevamente osteonecrosis mandibular. Consta en informe fechado el 23 de enero de 2.009 que "el paciente refiere disminución de los períodos dolorosos con la consiguiente consecuencia de disminuir el uso de analgésicos, estando días sin dolor".

En marzo de 2.009 vuelve a ingresar en el HUCA para la realización de estudios angiográficos previos a la cirugía reconstructiva, apareciendo la obstrucción de la arteria ilíaca externa y obstrucción completa de CCD, CID y CED. Con posterioridad, se realizan nuevas actuaciones médicas entre los meses de junio y septiembre, citándole el 29 de diciembre para mayo del año siguiente, decidiendo en ese momento ir a la sanidad privada, concretamente a la Clínica Ruber de Madrid.

A resultas de todo ello sufrió graves daños en la cara y cuello, quedando con diversas cicatrices procedentes de los injertos e imposibilitado para hablar, para abrir la boca y para comer con normalidad.

D. Norberto formuló demanda contra Clínica Javier González Tuñón S.L., D. Gabino y la mercantil WR. Berkley España, S.L., aseguradora del doctor demandado, en reclamación de la cantidad de 787.000 euros por los daños materiales (142.057,27 euros) y morales (644.924,73 euros) que le fueron causados como consecuencia de la implantación fallida de los implantes y de la falta de información del consentimiento

informado. Don Norberto falleció tras la demanda operándose la sucesión procesal a favor de sus herederos.

Con reiteración ha dicho esta Sala, que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial ( SSTS 29 de mayo ; 23 de julio de 2003 ; 21 de diciembre 2005 ; 15 de noviembre de 2006 ; 13 y 27 de mayo de 2011 ; 23 de octubre 2015 ), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto.

El consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998 , 17 de abril de 2007, rec. 1773/2000 , y 30 de abril de 2007, rec. 1018/2000 ).

El art. 10.1 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones.

Pues bien, cuando D. Norberto acude a la Clínica en julio de 2.008, dice la sentencia, «el cáncer del que fue operado y tratado está curado hasta tal punto que manifiesta que no está sometido a medicación de clase alguna, lo que supone que se le trate como una persona que puede, sin riesgos añadidos, ser destinatario de implantes que, por otra parte es considerado por la doctrina médica como destinatario de este tipo de tratamiento en lugar de las prótesis movibles». Además, la patología vascular no era en absoluto patente.

Además, a lo largo de nueve puntos, se señalan riesgos relacionados con la punción y la sedación; los intrínsecos a los procedimientos quirúrgicos, entre los que se resaltan hemorragias y hematomas, dehiscencias, es decir separación de las suturas empleadas, daños en zonas próximas a las tratadas debidas a la manipulación y separación de tejidos propios de la cirugía, pérdida de sensibilidad en la zona, daños en las raíces dentarias adyacentes, riesgo de fracaso en la integración ósea o de fracaso del implante a más largo plazo, riesgo de ingestión de material quirúrgico o prostodóncico, fracturas del material implantado, y de utilizarse injertos óseos propios, riesgo de que no prendan.

Existe sin duda un correcto cumplimiento de la información facilitada al paciente y de todos los riesgos que conllevaba la intervención en una situación de especial necesidad quirúrgica, respecto de la que no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse (STS de 30 abril 2.007), entre ellos la dehiscencia de las suturas empleadas, que es lo que aconteció en este caso dando lugar a una necrosis de los tejidos, no a una osteorradionecrosis, siendo un riesgo informado y asumido en el consentimiento informado que en ningún caso garantiza un resultado determinado.

La doctrina del daño desproporcionado ni ha sido utilizada en la sentencia ni tiene cabida en este caso. La doctrina del daño desproporcionado - STS 6 de junio 2014 permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume.

El daño desproporcionado - STS de 19 de julio de 2013 - es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el onus probandi «de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009, rec. 222/205 ; 27 de diciembre 2011, rec. num. 2069/2008, Entre otras), sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico», «sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia ( res ipsa loquitur )» (STS 23 de octubre de 2008, rec. num. 870/2003).

Tiene, en definitiva, un carácter residual y en ningún caso concurrente en este caso en el que ha habido una explicación y justificación suficiente del daño lo que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de la doctrina expuesta: una vasculopatía periférica generalizada que era por completo imprevisible.

4. MEDICINA NECESARIA (NO VOLUNTARIA) O SATISFACTIVA (VOLUNTARIA O NO NECESARIA):

Asunto que se trae a colación en la STS de 13 de abril 2016.

Con la finalidad de mejorar la apariencia de sus senos, D.<sup>a</sup> María Rosario acudió a la Clínica Dermatológica Serrano, acordándose que Don. Adriano sería el encargado de realizar la operación y que se llevaría a cabo en la Clínica Quirón. Fue intervenida el 12 de noviembre de 2008 realizándole una mamoplastia de aumento. Tras el post-operatorio se pudo observar una complicación estética no deseada consistente en una deformidad conocida como doble burbuja, y el consiguiente empeoramiento estético, muy visible y notorio.

Con motivo de esa deformación se propuso una nueva intervención para solucionar el problema, siendo de nuevo intervenida el 20 de marzo de 2009 para la corrección de la doble burbuja, sin que en esta segunda operación se subsanara completamente la deformidad por lo que la Sra. María Rosario formuló demanda de juicio ordinario contra el Dr. Adriano.

En oposición a la jurisprudencia de esta Sala sobre obligación de medios y de resultados, que se recoge, entre otras, en las sentencias de 22 de noviembre 2007, 12 de marzo 2008 , 20 de noviembre de 2009 , 3 de marzo de 2010 y 19 de julio de 2013 .

«...se está ante actuación profesional encuadrable en lo que suele denominarse medicina satisfactiva que, a diferencia de la curativa o asistencial -básicamente de medios-, lo que pretende es un resultado concreto y que el médico oferta al cliente, respondiendo la demanda de los mismos más que a imperiosa necesidad de la salud del enfermo, a su voluntad de tratar una mejora corporal, estética o funcional del propio cuerpo, por lo que el resultado en la cirugía satisfactiva opera como autentica representación final de la actividad que desarrolla el facultativo, ya que su obtención es el principal cometido de la intervención y sin descartar los componentes aleatorios de riesgo que toda intervención médica puede llevar consigo. En esta línea la jurisprudencia ha venido a declarar que en estos supuestos la relación participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el

resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo, pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada (sentencia de 28 de junio de 1997, que cita las de 21- 3- 1950 y 25-4-1994 , así como las de 11 de febrero de 1997 y más directamente la sentencia de 22- 7-2003, 21-10-2005 y 4-10-2006 entre otras muchas)"».

La sentencia de 7 de mayo de 2014, que reproduce la más reciente de 3 de febrero de 2015, con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009 , 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013 , en un supuesto similar de medicina voluntaria, dice lo siguiente: "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. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual ( SSTS 12 de marzo 2008 ; 30 de junio 2009)".

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de

1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004 , 21 de octubre de 2005 , 4 de octubre de 2006 , 23 de mayo de 2007 y 19 de julio 2013).

Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención, y esta información no fue proporcionada debidamente.

Es el caso que hubo información y que esta ha sido calificada de correcta y suficiente en la sentencia, y no consta de la lectura de la misma que a la paciente se le prometiera el resultado. La promesa del resultado no es una consecuencia de la información sino una deducción que la sentencia obtiene de la equivocada doctrina jurisprudencial con la que da respuesta al problema planteado, en el sentido de que este debía necesariamente obtenerse, porque así lo exigía el contrato al margen de la buena o mala praxis médica; criterio que es, además, contradictorio con la información recibida en la que al paciente se le advierte de los riesgos de la operación, que finalmente se materializaron, pese a lo cual decide someterse a ella. La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala.

## **VIII. .EL CONTIMIENTO INFORMADO Y LA NECESIDAD DE SU FIRMA.**

Derivado de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 37/2011) de 28 de marzo de 2011 a la cual hace referencia la STS de 15 de noviembre de 2016, se extrae lo siguiente:

De los hechos se deduce que el recurrente, ingresó en el servicio de urgencias de la clínica presentando dolor precordial, siendo sometido al día siguiente a un cateterismo cardiaco por vía radial derecha, sin que se le informara previamente de las posibles consecuencias de la intervención ni se obtuviera su consentimiento para la práctica de la misma. Tras la intervención, la mano derecha del recurrente evolucionó negativamente, hasta sufrir su pérdida funcional total. El actor formuló reclamación de indemnización, que fue desestimada en primera instancia y en apelación, reconociéndose en ambas resoluciones judiciales, como dato acreditado, que no se obtuvo el consentimiento informado del paciente con carácter previo a la intervención.

El análisis ha de quedar ceñido a si la intervención llevada a cabo sobre el demandante de amparo sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias ha supuesto o no una lesión de su derecho a la integridad física y moral, derecho amparado de forma autónoma en el art. 15 CE y que adquiere de esta forma una sustantividad propia.

Para determinar las garantías que, desde la perspectiva del art. 15 CE, se imponen a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente, podemos acudir, por una parte, a los tratados y acuerdos en la materia ratificados por España, por el valor interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que les reconoce el art. 10.2 CE (por todas, STC 6/2004, de 16 de enero, FJ 2), y, por otra, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales, de acuerdo con el mismo art. 10.2 CE, según tenemos declarado, entre otras muchas, en las SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8, y

119/2001, de 24 de mayo, FJ 5, para concluir con el examen de la regulación legal encargada de plasmar esas garantías.

Pues bien, entre esos elementos hermenéuticos encontramos, en primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y reconocida –tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo– con el mismo valor jurídico que los Tratados por el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009).

El art. 3 de la Carta reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, obligando a respetar, en el marco de la medicina y la biología «el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley» [apartado 2 a)]. En esta misma línea, el 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 (en adelante, Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1999 («BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999) –con entrada en vigor el 1 de enero de 2000– se refiere en su Capítulo II al «[c]onsentimiento» estableciendo en el art. 5 la regla general, según la cual, sólo podrá realizarse una intervención en el ámbito de la sanidad «después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento», a cuyo efecto, «deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias». Ahora bien, cuando por motivos de urgencia no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, será posible proceder inmediatamente «a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada» (art. 8).

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no existe una norma específica referida a la protección de la integridad física y moral, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la ha englobado en la noción de «vida privada» cuyo respeto se consagra en el art. 8.1 CEDH (SSTEDH de 16 de diciembre de 1997, caso *Raninen c. Finlandia*, § 63; y de 24 de febrero de 1998, caso *Botta c. Italia*, § 32), como también ha incluido en el mismo la participación de los individuos en la elección de los

actos médicos de los que sean objeto así como las relativas a su consentimiento (SSTEDH de 24 de septiembre de 1992, caso *Herczegfalvy c. Austria*, § 86; y de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63). En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha destacado la importancia del consentimiento de los pacientes, considerando que la imposición de un tratamiento médico sin ese consentimiento, si el paciente es adulto y sano mentalmente, supone un ataque a la integridad física del interesado que puede poner en cuestión los derechos protegidos por el art. 8.1 CEDH (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), poniendo de relieve, también, la importancia para las personas expuestas a un riesgo sobre su salud de tener acceso a la información que les permita evaluar dicho riesgo (SSTEDH de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros c. Italia*, § 60; y de 2 de junio de 2009, caso *Codarcea c. Rumanía*, § 104). En la última Sentencia citada, el TEDH ha señalado que, al amparo de su obligación de adoptar las normas adecuadas para garantizar el respeto a la integridad física de los pacientes, los Estados parte deben imponer las normas precisas para que los médicos se pregunten sobre las consecuencias previsibles de la intervención médica proyectada sobre la integridad física de sus pacientes e informen a éstos convenientemente sobre aquéllas, de modo que la persona pueda consentir el acto con conocimiento de causa, de suerte que si se consuma un riesgo previsible sin que el paciente haya sido informado por el médico, el Estado concernido podría llegar a ser directamente responsable al abrigo del art. 8 CEDH (§ 105).

De acuerdo con lo expuesto, podemos avanzar que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).

Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos.

De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

Es consonante con la relevancia que se ha asignado a la información y al consentimiento previos a la realización de cualquier actuación médica la regulación de estos aspectos que se realiza en nuestro ordenamiento interno, contenida, esencialmente, en 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, que actualiza y completa la regulación contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, con observancia de las previsiones del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 4 de abril de 1997, al que ya se ha hecho referencia. Entre los principios básicos que enuncia la Ley en su art. 2, figura la exigencia, con carácter general, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el

ámbito de la sanidad, «que debe obtenerse después del que el paciente reciba una información adecuada», y que «se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley» (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 8 prevé que « [t]oda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso», y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito. Como excepción se permite llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento en supuestos tasados (art. 9.2).

Dicha omisión del consentimiento informado no implica necesariamente que se haya producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad física del actor, siendo preciso atender a las circunstancias del caso para determinar si aquella omisión se encontraba justificada o no desde un punto de vista constitucional.

El examen de las resoluciones judiciales impugnadas pone de relieve que el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao desestimó la queja del actor relativa a la falta de consentimiento informado teniendo en cuenta el padecimiento que le llevó a urgencias, el hecho de haber tenido años antes una intervención del mismo tipo y la urgencia relativa de la misma, junto con su edad, consideraciones que condujeron a la conclusión de que realmente no se había privado al demandante de una información esclarecedora previa al consentimiento. La Audiencia Provincial de Bizkaia confirmó este criterio, excluyendo la responsabilidad por el estado del paciente tanto porque el actor ya había sufrido otra intervención de igual naturaleza, como porque la prueba se realizó en un momento en el que existía riesgo vital ante la situación que le llevó a urgencias.

Nos corresponde, determinar si, dados los hechos apreciados por los órganos judiciales, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental comprometido (STC 83/2003, de 5 de mayo, FJ 4, entre otras).

Como se ha adelantado antes la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral. En este sentido, es terminante la Ley 41/2002 (a la que las resoluciones judiciales sólo contienen alguna mención puramente marginal) al exigir en su art. 8 (que es trasunto del art. 5 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina) el previo consentimiento del afectado, libre y voluntario, para toda actuación en el ámbito de su salud, «una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso». Y el art. 4 recoge en los términos más amplios el derecho de los pacientes a conocer «toda la información disponible» sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, «salvando los supuestos exceptuados por la Ley». El precepto pone de relieve que las excepciones no son indeterminadas ni de consideración extensiva, permitiéndose la limitación del derecho únicamente en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica («cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave»), supuestos en los que es preciso comunicarlo a las personas vinculadas al paciente (art. 5.3 y 4).

Del mismo modo, los supuestos en los que se pueda exceptuar la necesidad del previo consentimiento informado son también excepcionales, y así lo ha plasmado el legislador, que permite a los facultativos prescindir del mismo para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente tan sólo en los casos de riesgo para la salud pública, y «[c]uando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización».

A un más, en este último supuesto, si las circunstancias lo permiten, se debe consultar a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente (art. 9.2 de la Ley 41/2002 y art. 8 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina).

En definitiva, la regulación legal –que obedece a las exigencias constitucionales– implica, de acuerdo con el contenido propio del derecho fundamental, que, en principio, cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar. Como regla general, dicha información se ha de proporcionar verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4.1), contenido que se amplía al previsto en el art. 10 de la ley para todos los supuestos en los que resulte necesario el consentimiento escrito del paciente, esto es, los establecidos en el art. 8.2 (entre otros, las intervenciones quirúrgicas y los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores).

En todas estas normas, sin embargo, no se plasman únicamente un conjunto de derechos para el paciente, unido a los correlativos deberes de los facultativos que permitan hacerlos efectivos, sino que, básicamente, reflejan una doble garantía para aquél y éstos: de un lado, la que permite hacer efectivo el derecho fundamental a la integridad física del paciente respecto de las actuaciones médicas que se le efectúen; de otro, la regulación descrita ofrece a los facultativos la garantía de que sus actuaciones se desarrollarán dentro de los límites que impone la protección de aquel derecho. Así pues, desde la perspectiva de los facultativos esta regulación no se limita a imponerles un conjunto de deberes, sino que, también, desde una vertiente positiva, les proporciona una garantía de su propia actuación profesional.

La Sentencia de instancia justifica la omisión del consentimiento informado por la «urgencia relativa de la intervención», mientras que la de apelación habla de la existencia de «riesgo vital» ante la situación que llevó a urgencias al actor.

Sin embargo, en tales consideraciones no se aprecia razonamiento alguno sobre la existencia de imposibilidad de obtener el consentimiento informado o de consultar a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente, imposibilidad que, en cualquier caso, se compadece mal con el dato de que el recurrente ingresó en urgencias a las 14:16 del 4 de septiembre de 2005, y el cateterismo no se le practicó hasta la mañana del día siguiente. De tal modo que, aunque la decisión médica no se adoptara de manera inmediata al ingreso del paciente, lo cierto es que el lapso de tiempo transcurrido parece

suficientemente amplio como para que, una vez que los facultativos entendieron procedente la realización del cateterismo como solución para la dolencia del actor, éste fuera informado sobre las consecuencias, riesgos y contraindicaciones de la intervención, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.1 de la Ley 41/2002.

Asimismo, 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 de gravedad, ninguna de las cuales ha sido objeto de mención y, mucho menos, de análisis por parte de los órganos jurisdiccionales. Los cuales ponen de relieve de manera patente las circunstancias del caso, atendido al tiempo transcurrido entre el ingreso en la clínica del demandante de amparo y la realización de la intervención, que permitía perfectamente dar cumplimiento a las exigencias legales impuestas en garantía del derecho fundamental a la integridad física del actor.

En definitiva, se puede afirmar que la asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

## **IX. CONSENTIMIENTO INFORMADO E INTERESES MORATORIOS (20.6 LCS)**

Para su estudio nos referiremos al caso enjuiciado por la STS 30 de marzo 2016.

Recurso de casación que formulan don Heraclio y Zurich Insurance PLC Sucursal España cuestiona dos pronunciamientos de la sentencia: uno, el que fija en 116.447,52 euros las consecuencias indemnizatorias de la falta de información del primero de ellos a la demandante, doña Mónica, en una operación programada (acromioplastia y bursectomía mediante artroscopia) en la que no hubo mala praxis médica, sino falta de información respecto del riesgo de infección que se materializó en el curso de la

intervención con graves consecuencias para la paciente. Otro, el que remite el pago de los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro al siniestro.

El primero por infracción del artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en relación con los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, en lo que se refiere a la cuantificación del daño causado por el defecto de información, y ello por cuanto lo resuelto por la sentencia se opone a la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias 101/2011, de 4 de marzo y 948/2011, de 16 de enero.

Se pretende que se reduzca la indemnización en un 50% de lo considerado probado porque ha existido buena praxis médica y la cirugía era curativa y necesaria, sin alternativa y la complicación, además, infrecuente.

La aseguradora por inaplicación del artículo 20.6 de la LCS, en relación con el 20.4 de la misma ley, por cuanto lo resuelto por la sentencia se opone a la doctrina jurisprudencial que los interpreta en las sentencias 632/2011, de 20 de septiembre y 1030/2008 de 10 de noviembre . Lo que se pretende en el motivo es que los intereses no nazcan desde el siniestro sino desde la fecha que consta probado que la aseguradora pudo tener conocimiento de su existencia, que no puede ser otra que la fecha de la primera reclamación extrajudicial (13 de julio 2009)., Sobre el devengo de los intereses moratorios en dos tramos, la Sala dictó Sentencia de Pleno resolviendo dicha cuestión con fecha 1 de marzo de 2007 en el recurso de casación 2302/2001 , posteriormente reiterada en las de 1 de marzo y 11 de diciembre de 2007 , 26 de octubre 2009 , entre otras, conforme a lo cual: "Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento". El hecho de que el computo de los intereses se haya efectuado en fecha distinta de la del siniestro, como es la del emplazamiento, no implica que desde entonces hasta este momento hayan transcurrido los dos años a que se refiere la norma. El siniestro se traslada desde la fecha en que se materializó hasta que la aseguradora tuvo

conocimiento de la reclamación, conforme a la regla 6ª del artículo 20 , por lo que será esta y no otra la fecha inicial para computar los dos años al objeto de establecer los dos tramos incluidos en la norma.

En cualquier caso, el recurso se limita a citar dos sentencia de fecha 11 de marzo de 2011 y 16 de enero 2012 (y no de 2011, como se dice en el motivo), que resuelven sobre los criterios a tener en cuenta para identificar y cuantificar el daño en supuesto de falta de información, acogiendo la sentencia el primero de ellos por el total perjuicio causado, en razón a la posibilidad de que, de haber conocido el paciente las consecuencias resultantes, no se hubiera sometido al tratamiento o intervención. Se argumenta de una doble forma: a) Siendo indiscutible tanto el daño como su relación de causalidad con la controvertida intervención quirúrgica y la infección que lo provocó, es evidente que, al omitirse precisamente sobre tal riesgo la cumplida obligada información previa al consentimiento, se privó a la paciente del derecho de actuar en consecuencia, con pleno conocimiento, antes de dar su autorización, y b) Por mucho que la intervención estuviera bien indicada, no existía necesidad vital ni hay prueba bastante en autos para pensar que la demandante se hubiera decidido en todo caso por la cirugía aun conociendo el grave riesgo que asumía y sus posibles consecuencias.

Este razonamiento no es arbitrario ni ilógico, no vulnera las normas de aplicación ni la jurisprudencia que se dice infringida en un recurso que tiene como fundamento el interés casacional del caso.

La prueba de que la aseguradora conoció el siniestro en el momento del requerimiento corresponde a esta y no al perjudicado. Nada dice la sentencia sobre lo que se cuestiona en el motivo (aplica los intereses desde la fecha del siniestro) y nada se ha tratado de acreditar a través del recurso correspondiente que no es el de casación, sino el de infracción procesal. La sentencia de 20 de septiembre de 2011 se refiere al cálculo de los intereses desde la fecha del emplazamiento, que había establecido la recurrida, hasta el pago, mientras que la de 10 de noviembre de 2008 retrasa el pago de los intereses dada la situación de incertidumbre sobre la pertinencia o la realidad del siniestro; nada tienen que ver con el caso.

1. ACCION DIRECTA CONTRA LA ASEGURADORA E INTERESES MORATORIOS, CENTROS CONCERTADOS CUBIERTOS POR LA POLIZA DE SEGUROS EN CUANTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL SI NO SE EXCLUYE EXPRESAMENTE EN LA MISMA, FUNCIONAMIENTO ANORMAL, RELACION DE CAUSALIDAD.

Es el caso enjuiciado por la STS de 16 de noviembre es el supuesto en el que se ejercita acción directa contra la Aseguradora en su condición de asegurador del Servicio Vasco de Salud.

En este caso atribuye 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 y 11 de febrero 2011).

La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 19/2003, reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva". Este precepto ha sido interpretado por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y 28 de junio de 2004 (teniendo en cuenta la inclusión del último inciso, que no figuraba en algunos textos prelegislativos) en el sentido de que, según expresión del primero de los citados autos, "la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ , en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella "junto a la Administración respectiva", lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros".

Como dice el auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013, "el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso-administrativa tanto el

conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora), como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo. 76 de la Ley del Contrato de Seguro , se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto "en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar...».

En cuanto a la reclamación de los intereses moratorios «Según el artículo 20.8 de la LCS , el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, el oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado, La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial ( SSTS 13 de junio de 2007 ; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011 )...»; y STS de 5 de abril de 2016 n.º 206/2016, rec. 1648/2014

En el caso de los centros concertados por cuenta de la administración, que no hayan sido excluidos expresamente en la póliza quedarán cubiertos por esta en lo que se refiere a responsabilidad civil.

En cuanto al nexo causal y funcionamiento anormal del artículo 139 de la ley 30/92 (actual artículo 32 de la ley 40/2015) queda confirmado cuando de los hechos probados se deriva por ejemplo cuando queda acreditado que el inadecuado diseño del sistema de guardia propuesto por el Centro Sanitario implica el defectuoso funcionamiento del servicio sanitario prestado, pues los únicos recursos disponibles eran un médico sin la preparación suficiente para acometer supuestos de urgencia vital y dos médicos que no estaban en el Instituto Oncológico cuando ocurren los hechos, porque así lo permitía el protocolo de actuación de guardia que fue diseñado por los responsables del centro, lo que ha sido la causa de la que ha derivado el daño en el paciente (anoxia cerebral y posterior fallecimiento).

## **X. CONCLUSIONES**

1) He comenzado por la prescripción (plazo para presentar la de la demanda) y el dies aquo (día inicial del cómputo del plazo, para presentarla) porque es una verdadera excepción procesal, cuya estimación impediría que el tribunal entrara a valorar el fondo del asunto. Por lo que es de vital importancia tenerlo en cuenta para el buen fin de nuestras pretensiones tanto como si somos demandados, o bien demandantes.

2) Como he dicho en la introducción, todas las cuestiones planteadas, relativas a pérdida de oportunidad, daño desproporcionado, quiebra de la lex artis o exigibilidad de información para el perceptivo consentimiento informado, dependen para su estimación que se consigan probar, los hechos en los que se funde la pretensión, en el tribunal a quo o tribunal de instancia, de no ser así, nos conduciría a la desestimación total de la demanda, y la absolución de la responsabilidad de la administración sanitaria o en el ámbito civil del médico responsable del paciente.

3) El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria parece sugerir que responde de todo daño que pudiera causarse al paciente. No obstante, una interpretación literal de la ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 32 y siguientes, limita dicha responsabilidad a los casos que provengan del funcionamiento normal (caso en que no haya infracción de la lex artis, pero no ha

habido consentimiento informado o este haya sido defectuoso en cuanto a su contenido o forma) o anormal de los servicios públicos (casos en los que ha habido infracción de la *lex artis*), salvo los casos de fuerza mayor (casos en los que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de los daños) y que el particular tenga el deber jurídico de soportar (por ejemplo porque lo establezca una ley). Así como la relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento anormal o normal del servicio público, de modo que si el nexo causal se rompe, tampoco habría responsabilidad de la administración sanitaria. Además se exige que el daño alegado sea efectivo, es decir, que se haya producido en la realidad, evaluable económicamente, en el caso que nos ocupa, casos de muerte o lesiones corporales, conforme al baremo de tráfico o de Seguridad Social e individualizable, en relación con una persona o grupo de personas. Por lo que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria no es universal, es decir no cubre todos los daños que se produzcan en una intervención sanitaria.

4) La responsabilidad civil medica extracontractual, se encuentra regulada en el código civil en artículo 902 y siguientes, el cual establece un sistema de imputación subjetivo, en el que se atribuye responsabilidad directamente al médico. (a diferencia del sistema de responsabilidad patrimonial de la administración, en el que en el que se debe exigir responsabilidad directa a la administración y luego es esta quien repite contra el personal a su servicio si este a su vez actuó con dolo, culpa o negligencia.) el cual, debe incurrir en culpa o negligencia según aplicación del artículo 1902 del código civil es el que por acción u omisión causare daño a otro concurriendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño.

5) El concepto de culpa o negligencia viene regulado en el artículo 1104 del mismo cuerpo legal, estableciendo que concurre, cuando el deudor omite la diligencia debida que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas en el tiempo y el lugar, en nuestro caso la *lex artis*.

6) Al mismo tiempo como en la responsabilidad de la administración debe concurrir los siguientes requisitos que se haya producido efectivamente un daño (la diferencia con el

civil es que este, además exige una acción u omisión negligente o culposa del médico) que haya relación de causalidad entre el daño y la acción

## **XI. BIBLIOGRAFIA**

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION SANITARIA: María Jesús Gallardo Castillo. Edición Primera Noviembre de 2009, Editorial Bosch, S. A. Pag 16, Pag 26, Pag 30.