



Roj: **STS 1820/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1820**

Id Cendoj: **28079130042017100208**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **09/05/2017**

Nº de Recurso: **2166/2015**

Nº de Resolución: **782/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 9 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2166/2015 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. María del Carmen de la Fuente Baonza, en nombre y representación de D. Prudencio y Dña. Adoracion , actuando en su propio nombre y en el de su hijo menor Jesús Ángel , contra la Sentencia de 20 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en recurso contencioso-administrativo nº 548/2011 , sobre responsabilidad patrimonial. Han sido partes recurridas el Letrado de la Comunidad Autónoma de Murcia, en la representación que legalmente ostenta y la mercantil "Zurich Insurance PLC. en España S.A." representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Esther Centoira Parrondo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Maria del Pilar Teso Gamella

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia se ha seguido el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la misma parte ahora recurrente, contra Orden de 5 de octubre de 2012, de la Consejería de Sanidad y Política Social, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que desestima la reclamación por responsabilidad patrimonial sanitaria.

**SEGUNDO.-** Tras la sustanciación del indicado recurso, se dicta sentencia que acuerda en el fallo lo siguiente:

*<<DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Prudencio y Dª Adoracion , contra el acto administrativo identificado en el encabezamiento de esta sentencia, por ser conforme a derecho en lo aquí discutido. Sin costas>>.*

**TERCERO .-** Contra la mentada Sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

**CUARTO.-** Mediante auto de la Sección Primera de esta Sala, de fecha 10 de diciembre de 2015 , se acordó lo siguiente:

*<<Declarar la inadmisión del Recurso del Recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de D. Prudencio y Dña. Adoracion y su admisión respecto de D. Jesús Ángel contra la Sentencia 226/2015, de 20 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso nº 548/2011 ; y, para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la **Sección Cuarta** de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos. Sin costas>>.*

**QUINTO .-** En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 17 de julio de 2015, se solicita se case la sentencia de instancia y se pronuncie nuevo fallo, por el que se declare la anulación del acto administrativo



impugnado por no ser ajustado a derecho. Se condene a la Administración a una indemnización de dos millones trescientos cincuenta mil euros (2.350.000.-€) más los intereses legales. Con costas.

**SEXTO** .- Mediante diligencia de ordenación de 4 de febrero de 2016, se da traslado del escrito de interposición a las partes recurridas. El Letrado de la Comunidad Autónoma de Murcia, solicitó en su escrito de oposición, se dicte sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia. Con imposición de costas a la parte recurrente.

La representación procesal de "Zurich Insurance PLC. en España S.A.", solicitó, en escrito presentado el 21 de marzo de 2016, que se desestime el recurso de casación interpuesto y se confirme la sentencia recurrida.

**SÉPTIMO** .- Por providencia de 3 de febrero de 2017, se señala para votación y fallo el día 25 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar dicho acto. Entregada la sentencia por la magistrada ponente el 26 de abril de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La sentencia que se recurre desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por los ahora recurrentes contra la Orden de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia, por la que se desestima la reclamación por responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria recibida por el menor, Jesús Ángel , en el HOSPITAL000 y en el HOSPITAL001 .

Antes de nada, conviene insistir, como ya recogimos en los antecedentes de hecho, que el recurso de casación ha sido inadmitido respecto de la indemnización solicitada por los padres, en su propio nombre, por importe de 175.000 euros cada uno, pues no supera la "summa gravaminis" fijada en 600.000 euros en el recurso de casación ( artículo 86.2.b) de la LJCA ), al constituir una acumulación subjetiva de pretensiones. De modo que el recurso se ha de limitar a la acción ejercitada por los padres en nombre del menor.

**SEGUNDO** .- La sentencia que se recurre, tras hacer un relato de los hechos que resultaban relevantes, reflejar la posición de la partes procesales, señalar el marco jurídico de aplicación, y transcribir en unos casos o resumir en otros, los diversos informes médicos que obran en las actuaciones, concluye, en el fundamento de derecho noveno, que << (...) *Los síntomas aparecen a mediados de enero de 2009, y entonces se hace una TAC urgente que hizo sospechar la existencia de una masa tumoral. De forma que, entre la primera consulta por un síntoma claramente neurológico y el diagnóstico del tumor transcurren 3 meses, lo que no se puede considerar excesivo conforme a los protocolos. En los informes se constata que, de acuerdo con la historia clínica, el niño tenía con anterioridad un cierto retraso en la adquisición de habilidades, presentó síntomas inespecíficos e intermitentes que no alarmaron a los facultativos. No hay hallazgos clínicos patognomónicos de un tumor cerebral, siendo los esenciales, el déficit neurológico focal y los debidos a la presencia de hipertensión intracraneal (cefaleas, vómitos, diplopía y papiloedema). Así sólo al presentar hipertensión craneal y signos de nistagmus y marcha inestable, se sospechó la patología y se hizo la TAC de urgencia. (...) En este punto, ese retraso, que como hemos dicho sólo sería de 3 meses, dicen los peritos que no ha influido en las secuelas que presenta el niño; se considera que las secuelas se deben a la infiltración del tumor en el suelo del cuarto ventrículo, que es un área de grosor mínimo en donde se integran todas las funciones vitales básicas, incluidas la consciencia, la movilidad ocular, la deglución y el control del movimiento>>.*

**TERCERO** .- La casación se construye sobre los nueve motivos siguientes, el primero invocado por el cauce procesal del artículo 88.1.c) de la LJCA y los demás se aducen al amparo del artículo 88.1.d) de la misma Ley .

El primero denuncia la falta de motivación, y la incongruencia omisiva, de la sentencia, mediante la lesión de los artículos 24.1 y 120,3 de la CE , 33 y 67.1 de la LJCA , 218 de la LEC , 241 de la LOPJ y jurisprudencia de aplicación.

El segundo alega la vulneración de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 y 106 de la CE .

El tercero reprocha a la sentencia la infracción del artículo 24.1 de la CE y 318 , 319 , 348 y 386.1 de la LEC , por la valoración arbitraria de la prueba, respecto de los testigos.

El cuarto aduce la contravención de los mismos artículos que el anterior motivo, respecto de la valoración arbitraria de la prueba, respecto de la documental y de la testifical-pericial.

El quinto alega la infracción de los artículos 9.3 de la CE , 348 de la LEC , sobre la valoración de la prueba pericial.

El sexto invoca la lesión de los artículos 24.1 de la CE , 319 , 348 y 386.1 de la LEC , sobre la valoración de uno de los informes periciales.

El séptimo denuncia la vulneración del artículo 376 de la LEC , sobre la valoración de la declaración de uno de los médicos.



El octavo alega la lesión de diversos artículos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y de la jurisprudencia que cita, sobre el **consentimiento informado**.

El noveno motivo, en fin, reprocha a la sentencia la infracción del artículo 326.1 de la LEC, conectado con el anterior sobre el **consentimiento informado**.

Por su parte, las recurridas aducen que la sentencia está perfectamente motivada, porque aborda y resuelve las cuestiones suscitadas en el proceso. Del mismo modo que, se añade, la sentencia no incurre en ninguna de las infracciones que se denuncian en el escrito de interposición, pues mediante el recurso lo que se pretende es alterar la valoración de la prueba realizada por la sentencia que se impugna en casación.

**TERCERO** .- El quebrantamiento de forma por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, que se aduce en el motivo primero, no puede prosperar, porque la sentencia no incurre en el déficit de motivación, ni en la incongruencia omisiva, que se denuncia.

Así es, la sentencia tras hacer una relación de los hechos que resultaban relevantes, reflejar la posición procesal de la partes, señalar el marco jurídico de aplicación ( artículo 139 de la Ley 30/1992 ), y transcribir en unos casos o resumir en otros, los diversos informes médicos que obran en las actuaciones, expresa en el fundamento de derecho noveno y décimo las razones por las que considera que el relato de la parte recurrente, sobre el que sustenta su pretensión indemnizatoria, no ha resultado acreditado, toda vez que no se ha producido retraso ni en el diagnóstico de la enfermedad, ni en el tratamiento quirúrgico de la misma. Teniendo en cuenta que para el tipo de tumor cerebral padecido, astrocitoma, el tratamiento indicado era quirúrgico.

El alegato esgrimido por la parte recurrente en este primer motivo, sobre todo cuando se fundamenta en la incongruencia omisiva de la sentencia, deriva en una crítica a las razones expuestas en dicha resolución, intentando acreditar el manifiesto error en que ha incurrido la Sala de instancia al resolver el recurso, lo que es una cuestión ajena al quebrantamiento de forma, que se denuncia por el cauce procesal del artículo 88.1.c) de la LJCA .

Los reproches a la sentencia, atendido el cauce procesal utilizado, han de centrarse en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y no en el acierto o no de la Sala de instancia al resolver. Dicho de otro modo, el citado cauce procesal está reservado para denunciar en casación los errores en que haya incurrido la Sala de instancia al proceder ("in procedendo") y no al juzgar ("in iudicando").

En todo caso, basta la lectura de la sentencia para concluir que la misma sí explica el camino lógico seguido para alcanzar la conclusión que expresa en el fallo. Así es, ha sido la valoración probatoria de los diferentes informes médicos lo que ha formado la convicción de la Sala de instancia sobre los hechos, y partiendo de los mismos interpreta y aplica las normas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, para resolver las cuestiones objeto de debate procesal.

El desarrollo de este motivo, en definitiva, pone de manifiesto que lo que se denuncia no es una infracción de las normas reguladoras de la sentencia por falta de motivación o de congruencia, pues la sentencia recurrida explica las razones de su decisión y aborda las cuestiones suscitadas en el proceso. Lo que sucede es que este motivo, como antes señalamos y ahora insistimos, se desliza a expresar una legítima discrepancia, atendida la naturaleza de las secuelas, con lo razonado por la sentencia, y con lo señalado en alguno de los informes.

**CUARTO** .- En los motivos segundo a séptimo se denuncian unas infracciones normativas, de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, 24 de la CE, y los artículos 24.1 de la CE y 318, 326, 319, 348, 376 y 386.1 de la LEC, que aparecen conectadas, o vinculadas, con los diferentes medios probatorios que han sido valorados en la sentencia que se recurre. En concreto, cada uno de dichos motivos expone una discrepancia con la valoración probatoria de cada una de las pruebas practicadas, ya sea la prueba testifical, pericial de diversos médicos, el informe de la inspección médica, o la declaración de uno de los médicos, señalando lo que debía de haber inferido la Sala de instancia de cada uno de esos medios probatorios, para no incurrir en las vulneraciones denunciadas.

Conviene recordar que la fijación de los hechos constituye competencia del Tribunal de instancia. Ello obliga a atenerse a la apreciación de la prueba hecha por dicho órgano jurisdiccional, salvo que se alegue el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la incongruencia o falta de motivación de la sentencia, que ya hemos visto que no es el caso, o se invoque oportunamente como infringida una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba, ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones, o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad.



Respecto de la valoración de informes, cuando se acude a las reglas de la sana crítica, es doctrina jurisprudencial consolidada ( Sentencias de 11 de marzo , 28 de abril , 16 de mayo , 15 de julio , 23 de septiembre y 23 de octubre de 1995 , 27 de julio y 30 de diciembre de 1996 , 20 de enero y 9 de diciembre de 1997 , 24 de enero , 14 de abril , 6 de junio , 19 de septiembre , 31 de octubre , 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998 , 30 de enero , 22 de marzo , 18 de mayo , 19 de junio de 1999 y de 25 de mayo de 2010 ) que no cabe invocar en casación los preceptos que en la valoración de las pruebas obligan a sujetarse a la sana crítica con el fin de sustituir la del juzgador por la propia, salvo que la misma resulte ilógica o arbitraria. No basta, por tanto, con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles ( STS de 15 de marzo de 2005 ).

Acorde con lo expuesto, los motivos segundo a séptimo lo que pretenden, al socaire de las infracciones normativas alegadas, es que este Tribunal de Casación sustituya la valoración probatoria realizada por la Sala de instancia, esencialmente en lo relativo a los informe médicos obrantes en las actuaciones (el del jefe de servicio del servicio regional de neurocirugía, el de la inspección médica, el aportado con el escrito de demanda, y los dos informes aportados por la mercantil recurrida en el recurso contencioso administrativo), cuando la apreciación realizada por la Sala de instancia no reviste carácter arbitrario ni ilógico, pues las alegaciones esgrimidas no justifican ese alegato sobre un resultado arbitrario o carente de razón, en las apreciaciones del Tribunal "a quo".

No está de más recordar que la formación de la convicción sobre los hechos, viene atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en las mejores condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, Ley 10/1992, de 30 de Abril, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Lo que ha de entenderse conectado con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es depurar las infracciones en que haya podido incurrir la Sala de instancia al interpretar o aplicar el ordenamiento jurídico y no someter a una revisión la valoración de la prueba que ha realizado la Sala de instancia.

Por lo demás, tampoco la sentencia ha de tener una estructura concreta en lo relativo a la apreciación probatoria. Venimos declarando, con una reiteración que excusa cita, que no ha de hacerse una valoración independiente y específica de cada medio de prueba, pues basta con que la sentencia revele que se ha tomado en consideración el material probatorio, y en base al mismo realice una valoración que sea el desenlace lógico de ese proceso valorativo. Teniendo en cuenta, además, que en este caso la lectura de la sentencia revela que se han tenido en cuenta las pruebas obrantes en las actuaciones y que la conclusión es la consecuencia lógica y razonada del proceso valorativo contenido en la misma.

**QUINTO** .- Los motivos octavo y noveno que aducen la falta de **consentimiento informado**, ya sea mediante la lesión de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como por la lesión del artículo 326.1 de la LEC , sobre la valoración de las circunstancias del caso, en lo relativo a la prestación de dicho **consentimiento**, tampoco puede tener favorable acogida.

Ciertamente 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, exige que toda 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 artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

Pues bien, la forma, con carácter general, para prestar dicho **consentimiento**, ex artículo 8.2 de la citada Ley 41/2002 , es la verbal. Ahora bien, esta norma general tiene excepciones, cuando se trate de una intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Siempre dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

Lo cierto es que en este caso el **consentimiento** de la primera intervención quirúrgica se prestó por escrito, y ninguna objeción se pone a la misma. Respecto de la segunda, realizada al mes siguiente, consta en la historia clínica e informes médicos correspondientes, que la relación entre los padres y el médico encargado era constante y permanente, y que la información y el **consentimiento** se prestó. Así aparece en las anotaciones, en dichas fechas, en la historia clínica del paciente, según recoge la sentencia, "familia informada". Téngase en cuenta, además, que la segunda operación fué la consecuencia necesaria de la primera, que no extirpó de forma completa del tumor, astrocitoma, pues los tumores en fosa posterior no permiten, en la mayoría de los casos, una resección completa en la primera operación, según los informes que obran en las actuaciones.



En este sentido hemos considerado suficiente la información verbal, siempre que aparezca acreditada, por todas Sentencia 29 de junio de 2010 (recurso de casación nº 7387 / 2005), que << Así y frente a las alegaciones de la recurrente, del propio documento suscrito el 23 de febrero de 2001 autorizando y consintiendo la intervención, se deduce la existencia de una información verbal previa, al señalar que las características y posibles complicaciones de la intervención que se indica, "me han sido explicadas por el Dr...", a lo que se une el informe del Jefe del Servicio de Neurocirugía, en el que se indica que se comunicó a la enferma y sus familiares que, por el tamaño y naturaleza de la lesión, se desestima el tratamiento paliativo con radioterapia o radiocirugía, y que se notificó con extrema claridad la gravedad de la situación y posibles complicaciones, tanto de la cirugía como de la actitud conservadora >>.

Además, hemos añadido, en Sentencia de 4 de abril de 2006 (recurso de casación nº 3409 / 2002), que << No obstante, tal y como se recoge en sentencia de 26 de febrero de 2004 , "aún cuando la falta de **consentimiento informado** constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de **consentimiento informado** no genera responsabilidad>>.

En consecuencia procede desestimar los motivos alegados y declarar que no ha lugar la recurso de casación.

**SEXTO** .- A pesar de la declaración de no haber lugar al recurso de casación, no procede imponer a la parte recurrente las costas procesales ( artículo 139.2 de la LRJCA ), atendida la naturaleza y circunstancias (representadas por la gravedad de los hechos objeto de responsabilidad patrimonial) que han determinado la interposición de la presente casación.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que desestimando los motivos invocados, declaramos que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Prudencio y Dña. Adoracion , actuando en nombre de su hijo menor Jesús Ángel , contra Sentencia de 20 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en recurso contencioso-administrativo nº 548/2011 . No se hace imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.