



Roj: **STSJ NA 4/2018 - ECLI: ES:TSJNA:2018:4**

Id Cendoj: **31201310012018100002**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2018**

Nº de Recurso: **16/2017**

Nº de Resolución: **1/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA. SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

c/ San Roque, 4 - 6ª Planta Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.40.71

Fax.: 848.42.40.78

CAS25

Apelaciones juicios ordinarios 0000264/2016 - 00

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN ORDINARIA**

Nº Procedimiento: 0000016/2017

NIG: 3120142120120003465

Resolución: Sentencia 000001/2018

Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra de Pamplona/Iruña

### **SENTENCIA Nº 1**

#### **ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI

D. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

D. JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPI

En Pamplona, a 22 de enero de 2018.

Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, integrada en la forma al margen indicada, el **Recurso de Casación Foral nº 16/2017**, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra el 9 de junio de 2017, en autos de Procedimiento Ordinario nº 73/2015, (rollo de apelación civil nº 264/2016) sobre Obligaciones, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Pamplona/Iruña siendo recurrentes **CLINICA UNIVERSITARIA DE NAVARRA, ZURICH ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS y Juan Alberto**, representados ante esta Sala por los Procuradores D. Carlos Hermida Santos, y D. Ángel Echauri Ozcoidi y dirigidos por los Letrados D. Joaquín Gallego Aldaz y D. Joaquín Asensi Pallares, y recurrida Doña Concepción, representado en este recurso por la Procuradora Dª Mª Rosario Biurrun Ibiricu y dirigida por el Letrado D. Pedro López Anadon.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora Dª Mª Rosario Biurrun Ibiricu, en nombre y representación de Dª Concepción, en la demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad por responsabilidad civil derivada de mala



praxis médica seguido en el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Pamplona contra D. Juan Alberto , Clínica Universidad de Navarra (CUN) y su aseguradora Zurich, estableció en síntesis los siguientes hechos: en cuanto a la representación de Dª Concepción , es en nombre propio, por ser la esposa y perjudicada por las lesiones de su marido, D. Hugo y también en nombre de su marido, por su situación de ser su guardadora de hecho ya que éste tiene una incapacidad física y psíquica como consecuencia de la operación, objeto de la mala praxis, que se reclama en el presente procedimiento. D. Hugo acudió a la Clínica Universitaria de Navarra para una segunda opinión en su proceso oncológico y para la realización del pertinente tratamiento. El equipo médico decidió hacer una mediastinoscopia para biopsia de masa mediastínica. Al realizarle dicha prueba, el Doctor Sr. Ricardo le produjo una laceración de la arteria carótida común izquierda, que precisó una estereotomía urgente para separar el esternón y tener acceso a la sutura de dicha arteria. Como consecuencia de la misma se produce un infarto cerebral agudo que incluye todo el territorio vascular incluido ganglios basales. Es decir, como consecuencia de la pérdida de sangre y de un coágulo que se formó en la carótida primitiva izquierda, el cerebro y anejos perdieron el necesario aporte de sangre produciéndose varias lesiones, con la consecuencia de una gravísima incapacidad cognitiva y motora pasando de ser un pequeño empresario en su tierra, La Palma, a ser una persona totalmente dependiente para cualquier actividad de su vida diaria, siendo su esposa la que tiene que llevar la carga de esta pérdida. Le ha producido también afasia de predominio motor, emite sonidos inespecíficos sin ser capaz de pronunciar palabras cortas, comprensión alterada, paresia facial, dificultad para andar etc... Por todo ello, se le reconoce un grado de discapacidad del 85% y una incapacidad permanente en el grado de gran invalidez. Como consecuencia de todo ello, se inició rehabilitación en el centro hospitalario hasta el día 27 octubre 2009, siendo posteriormente trasladado para rehabilitación de su estado neurológico a la Clínica San Vicente de Madrid y posteriormente al CEADAC, Centro Estatal de Atención al Daño Cerebral, dependiente de la Seguridad Social, donde es dado de alta el 25 marzo 2011. Ha existido mala praxis, conforme a los informes periciales que se aportan, que ha producido una serie de secuelas al Sr. Hugo . Las secuelas que los médicos han señalado se han obtenido del CEADAC, que es un órgano estatal y por tanto, objetivo. Dichas secuelas, conforme al baremo de Tráfico que debe considerarse orientativo, suman a juicio de los médicos, un total de 92 puntos. Debido a las mismas, necesita una persona a diario que le proporcione asistencia y apoyo para algunas actividades de la vida diaria y no puede desarrollar una actividad remunerada. Por ello, y teniendo en cuenta los daños morales complementarios, la necesidad de ayuda de una tercera persona, los perjuicios morales a familiares próximos al discapacitado y los días de hospitalización e incapacidad, tanto hospitalaria como no hospitalaria, se reclama un total de 780.346,06 euros. Se reclaman igualmente los gastos médicos derivados de la mala praxis producida y en concreto, los gastos médicos causados en la Clínica de Rehabilitación Cerebral San Vicente, que suponen 57.255,77 euros y se solicita que los gastos médicos y hospitalarios realizados en la CUN sean asumidos por la misma. Y por último, se reclaman igualmente otro tipo de gastos como la estancia de la demandante en un hotel de Pamplona mientras su esposo estuvo ingresado en la CUN, 2.226,22 euros y el alquiler de un apartamento en Madrid durante el tratamiento del Sr. Hugo , 5.000 euros. Procede igualmente imponer a la cía aseguradora Zurich los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando "se tenga por formulada demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad por responsabilidad civil derivada de mala praxis e incumplimiento de contrato, contra D. Juan Alberto , contra la Clínica Universitaria de Navarra y contra su aseguradora Zurich, acordando que se sustancie por los trámites del juicio ordinario, dictándose en su día sentencia condenándoles solidariamente al pago de ochocientos cuarenta y cuatro mil ochocientos veintiocho euros con cinco céntimos de euros, así como el importes de los gastos médico-clínicos que el Sr. Hugo ocasionó en la Clínica Universitaria de Navarra como consecuencia y reparación de la operación de mala praxis sufrida por D. Hugo . Todo ello como principal, y con los intereses correspondientes desde la interposición de la presente demanda. Igualmente se interesa la condena a los intereses especiales moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro a la aseguradora Zurich desde la fecha del siniestro 16 de septiembre de 2009 hasta la fecha del completo pago de la indemnización solicitada. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda y emplazadas las partes codemandadas, compareció en primer lugar el Procurador D. Carlos Hermida Santos, en nombre y representación de La Clínica Universidad de Navarra y de D. Juan Alberto , oponiéndose a la demanda en base a unos hechos que en síntesis son los siguientes: el Sr. Hugo acudió a la Clínica Universitaria con una fundada sospecha, aunque sin certeza absoluta, de tener una enfermedad de notable gravedad pero sin saber cuál era ésta. De hecho, en el informe de alta del Hospital General de La Palma de fecha 30 agosto 2009 se indica "sospecha de neoplasia pulmonar sin diagnóstico histopatológico". De cara a obtener un diagnóstico se le realiza una punción aspiración con aguja fina cuyo resultado resulta ser compatible con linfoma no Hodking de célula B. Sin embargo, esta prueba y su resultado podían orientar pero no ofrecían un diagnóstico definitivo. Se aporta un informe pericial del Dr. Claudio , Jefe del Servicio de Cirugía Torácica del Hospital General Universitario de Valencia, en donde se pone de manifiesto que existen una amplia gama de procedimientos quirúrgicos de biopsia que sólo pueden obtener



material citológico y no histológico, sólo obtienen células aisladas y no muestras de tejidos, lo que hace que su utilidad diagnóstica sea limitada y la obtención de tejidos es necesario para conocer ante qué enfermedad nos encontramos. La mediastinoscopia está bien indicada como medio de obtención de biopsia y en este caso era necesaria para poder establecer el diagnóstico e instaurar el tratamiento correspondiente, que concluyó con la remisión total de la enfermedad. De los riesgos que dicha prueba tenía fue debidamente informado el paciente que firmó el oportuno consentimiento. El Sr. Hugo conocía, por tanto, que se enfrentaba a una intervención de riesgo y que uno de los peligros más graves era la lesión vascular, que desgraciadamente ocurrió. La hemorragia, debidamente atendida, pues lo primero que hizo el Dr. Ricardo fue solicitar la intervención de los especialistas de cirugía vascular que acudieron de inmediato, no produjo isquemia ni provocó interrupción de la circulación puesto que la oclusión de la arteria se produjo por un trombo que, probablemente como indica el Dr. Claudio ya estuviera presente antes de dicha prueba. Respecto de las secuelas, se niega que la lesión del tronco torácico o la parálisis de la cuerda vocal fueran afectadas en la intervención. El dictamen médico de 25 octubre 2010, por el que se le reconoce un grado de discapacidad del 85 % se basa, no sólo en las consecuencias del ictus, sino también del linfoma, que es su enfermedad base. Por otro lado, es evidente que el Sr. Hugo ha mejorado mucho de su estado desde el inicio del ictus hasta el momento de la valoración de sus secuelas en el año 2013. Es cierto que hubo conversaciones entre las partes pero en ningún momento ni mi representada ni su aseguradora pretendieron indemnizar al Sr. Hugo y ello, porque la Clínica nunca se ha sentido responsable de haber causado daño alguno. Lo único que pretendió fue colaborar, además de médica y humanamente desde un punto de vista económico, de forma que las consecuencias de la lesión se minimizaran pero en ningún momento hubo reconocimiento expreso de su responsabilidad. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO.-** El Procurador D. Angel Echauri Ozcoidi compareció en nombre y representación de la codemandada, Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, oponiéndose igualmente a la demanda en base a unos hechos que resumidamente son los siguientes: D. Hugo acudió a la Clínica Universitaria en fecha 4 septiembre 2009 solicitando una segunda opinión médica dado que le habían diagnosticado de "sospecha de neoplasia pulmonar" con presencia de una gran masa mediastínica paratraqueal izquierda que englobaba el arco aórtico, extendiéndose desde la base del cuello hasta el hilio izquierdo. El paciente fue visto inicialmente por el departamento de oncología médica donde, tras el correspondiente estudio, se observó una gran masa mediastínica de posible origen pulmonar con múltiples adenopatías mediastínicas y retroperitoneales que infiltraban el tronco celiaco. Entre otras pruebas se le realizó una punción aspiración con aguja fina, que diagnosticó una citología maligna compatible con linfoma no Hodgkin de célula B y el laboratorio de inmunología afirmó que el 80 % de los linfocitos B parecían corresponder a una población clonal, aunque no podía afirmarse con certeza. A la vista de estos resultados se pauta correctamente la realización de una mediastinoscopia y se firma el oportuno consentimiento. El 17 septiembre se lleva a cabo dicha intervención, lesionándose de manera accidental la arteria carótida izquierda. Se procedió a llamar al departamento de cirugía cardíaca, solucionándose la complicación mediante una estereotomía de urgencia, lográndose controlar el sangrado. En el postoperatorio inmediato se comprueba que el paciente no despierta como es habitual y se le diagnostica hemiplejía derecha por existencia de una trombosis en la carótida izquierda y relleno vascular de la arteria a nivel intracraneal por colaterales provenientes del polígono de Willis. A la vista de los hechos expuestos se puede determinar que la actuación de los facultativos de la CUN y en concreto del Dr. Ricardo fue absolutamente correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc*. Después de alegar la excepción de falta de legitimación activa de su representada ya que la acción ejercitada contra la misma no es la del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro sino que se ha pretendido interponer demanda como si ésta hubiese tenido una participación directa en los hechos o tuviese algún tipo de contrato con el perjudicado, y de alegar asimismo los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminaba suplicando "se dicte sentencia por la cual se estime la excepción opuesta de falta de legitimación y, en todo caso, desestime en todos sus extremos la demanda interpuesta condenando a la actora al pago de las costas causadas a su instancia."

**CUARTO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia se dictó sentencia en fecha 17 diciembre 2015 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Se estima en lo sustancial, la demanda formulada por Dª Concepción, en nombre propio y como defensora judicial de su marido, D. Hugo, representada en autos por la Procuradora Dª Rosario Biurrún Ibircu, contra D. Juan Alberto, Clínica Universitaria de Navarra, representados en autos por el Procurador D. Carlos Hermida Santos, y contra Zurich Insurance PLC sucursal en España, representada en autos por el Procurador D. Angel Echauri Ozcoidi, y por tanto, se condena solidariamente a los demandados a abonar a la parte actora la cantidad total de ochocientos cuarenta y cuatro mil ochocientos veintiocho euros con cinco céntimos de euros (844.828,05 €), debiendo la entidad aseguradora demandada abonar los intereses previstos en el artículo 20 de la LCS desde la fecha del siniestro, esto es, desde el 17 de septiembre de 2009, y todo ello con expresa condena en costas procesales a la parte demandada"*.



**QUINTO.-** Recurrida en apelación la referida sentencia, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra dictó nueva resolución en fecha 9 de junio de 2017 cuya parte dispositiva dice textualmente: *"La Sala acuerda desestimar los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Pamplona, en el juicio Ordinario 73/2015, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de los recursos"*.

**SEXTO.-** Contra dicha sentencia interpusieron las representaciones procesales de ambas partes codemandadas recurso de casación.

#### **Recurso de Zurich Insurance PLC Sucursal en España**

I.- Recurso extraordinario por infracción procesal por incongruencia extrapetita al amparo del art. 469.1.2º LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, citándose como precepto infringido el art. 218.1 LEC y 24.1 de la CE.

2.- Recurso extraordinario por infracción procesal por errónea valoración de la prueba al amparo del art. 469.1.4º LEC, citándose como precepto infringido el art. 218.2 LEC en relación con los arts. 5.5 de la Ley Foral 10/1990 y art. 7 de la Ley Foral 11/2002.

3.- Recurso extraordinario por infracción procesal por errónea valoración de la prueba al amparo del art. 469.1.4º LEC, citándose como precepto infringido el art. 218.2 LEC en relación con el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

4.- Recurso de casación por infracción de la Ley 488.2 del Fuero Nuevo, art. 1.101 del Código Civil, art. 5.5 de la Ley Foral 10/1990 y el art. 7 de la Ley Foral 11/2002.

#### **Recurso de la Clínica Universidad de Navarra y D. Juan Alberto :**

I.- Motivos de infracción procesal:

Primero.- Por incongruencia de la sentencia, con apoyo en el art. 469.1.2º LEC por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y en concreto del art. 218.1 LEC.

Segundo.- Por error en la valoración de la prueba con apoyo en el art. 469.1.4º de la LEC, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Se ha infringido tanto el art. 24 de la CE como el art. 218.2 LEC.

II. Motivos del recurso de casación:

Primero.- Por infracción de la Ley 488.2 del Fuero Nuevo de Navarra en relación con el art. 5.5 de la Ley Foral 10/1990 y arts. 2 y 7 de la Ley Foral 11/2002.

Segundo.- Por infracción de la Ley 488.2 del Fuero Nuevo en relación con los arts. 1.101 y 1.106 del Código Civil.

**SÉPTIMO.-** Por auto de fecha 8 de noviembre de 2017 dictado por esta Sala se acordó declarar la competencia de la misma y admitir los recursos de casación interpuestos, así como todos los motivos en que éstos se articulan. En trámite de impugnación, la parte demandante se opuso a los mismos solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida con imposición de costas a los recurrentes.

**OCTAVO.-** Conforme a lo dispuesto en el art. 486.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mediante providencia de fecha 11 de diciembre de 2017 la Sala señaló para la votación y fallo del recurso de casación el día 11 de enero de 2018.

**NOVENO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPI**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** En septiembre de 2009, el Sr. Hugo, diagnosticado en el Hospital General de La Palma de sospecha de neoplasia pulmonar sin diagnóstico histopatológico, ingresa en la Clínica Universitaria de Navarra para una segunda opinión y tratamiento, que prevé una mediastinoscopia (folio30), y durante su ejecución, el 17 de septiembre, sufre una laceración de la arteria carótida común izquierda y posteriormente una trombosis, que le causa un infarto cerebral agudo, a resultas del cual se le declara en estado de gran invalidez y se le reconoce una discapacidad del 85%.

El Sr. Hugo suscribió una hoja de consentimiento informado que advierte que "exploraciones de cirugía torácica son consideradas cirugía de riesgo, por la proximidad de las estructuras vasculares", "remota posibilidad de tener que ampliar la incisión como consecuencia del sangrado de alguna de las estructuras



vasculares", "pueden llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, incluyendo un riesgo mínimo de mortalidad"

Se plantea en el presente procedimiento una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, por alegada mala praxis médica, formulada por D. <sup>a</sup> Concepción , en nombre propio y como defensora judicial de su marido, D. Hugo , contra D. Juan Alberto , Clínica Universitaria De Navarra y Zurich Insurance PLC sucursal en España. La demanda se sustenta en la pericial del Dr. Isidoro , emérito de cirugía de la Universidad Complutense, que informa que la mediastinoscopia no estaba indicada, por ser una prueba cruenta con posibles graves complicaciones, incluso mortales; la mediastinoscopia no era necesaria porque el diagnóstico de linfoma no Hodgkin de cedulas b, se había ya realizado anteriormente, el 8 de septiembre, por punción de aguja fina guiada por ecoendoscopia; y existe la posibilidad de llegar al mediastino de forma no cruenta mediante la punción aspirativa de Wang, que alcanza una sensibilidad superior al 80% y que habría ratificado los resultados obtenidos por la PAAF. Se añade como mala praxis, que el largo tiempo de comprensión de la arteria carótida le produce un trombo que pudo haberse evitado por un shunt de Crawford que mantiene la circulación; y que tras la reparación arterial no se comprobó la permeabilidad de la carótida.

La sentencia de primera instancia estima la pretensión. No considera probada la mala praxis, al no compartir la valoración pericial de que la mediastinoscopia no fuera necesaria para descartar una neoplasia pulmonar, particularmente por el estadiaje de la enfermedad y la falta de contundencia de la PAAF, pero aplica la doctrina del daño desproporcionado y el principio de facilidad probatoria, y considera que el facultativo no ha acreditado precaución y destreza. Y aunque entiende correcta la técnica empleada para la solución de la hemorragia masiva, concluye que existe relación causal entre la trombosis y mediastinoscopia y condena solidariamente a los demandados, aplicando a los daños acreditados el baremo establecido para los accidentes de tráfico, en 844.828,05 €; condenando a la compañía de seguros a abonar intereses ex Art. 20 LCS desde la fecha del siniestro y no desde la fecha de la reclamación formal, por presumir el conocimiento.

La sentencia de la Audiencia confirma la sentencia del juzgado con fundamento distinto. Estima inadecuada la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, y concluye que la parte actora no ha logrado probar la "mala praxis". Estima acreditado que la mediastinoscopia era medio idóneo para obtener una certeza de diagnóstico, no era posible separar la masa mediastínica a biopsiar de las estructuras vasculares, fue muy breve el tiempo en que se solucionó el sangrado, y nada se pudo hacer para prevenir el infarto cerebral porque el anticoagulante estaba contraindicado. Pero estima que el consentimiento informado suscrito por el paciente no explicaba el riesgo real a que se le sometía, y ratifica por ello la cuantía de la indemnización y la condena a intereses de la compañía aseguradora desde la fecha del siniestro.

Y contra dicha sentencia se interpone por la representación procesal de ambos codemandados sendos recursos de casación.

**SEGUNDO.** El motivo primero de infracción procesal, formulado en los mismos términos por ambos codemandados, al amparo del Art. 469.2.2º LEC, alega la contravención del Art. 218.1 LEC y la incongruencia de la sentencia de la Audiencia.

Se argumenta que la sentencia de la Audiencia ratifica la valoración del Juzgado de que no ha existido o no ha sido probada la mala praxis, y condena por un fundamento sorpresivo, un giro copernicano, un supuesto defecto en el consentimiento informado que no se había identificado en la demanda, en la que no se hace ninguna mención ni reproche al documento firmado por el Sr. Hugo . Se consuma una indefensión de los demandados, que no se han ocupado en desgranar y debatir, ni en primera instancia ni en apelación, los supuestos defectos que ahora se achacan intempestivamente al consentimiento a la mediastinoscopia, cuando el peligro de lesión vascular sí se recogía expresamente en él.

**TERCERO.-** El motivo de infracción procesal expuesto debe ser desestimado. En el suplico de la demanda se interesa la condena de los demandados por mala praxis e incumplimiento de contrato, incumplimiento que debe comprender no solo el deber estricto de prestación médica, sino también los deberes anejos de conducta, y muy específicamente la exigencia de un correcta información previa a la actuación medica, que se impone como preceptivo en el Art. 4 y siguientes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, y Art. 7 de la Ley Foral 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra.

A mayor abundamiento, el debate sobre el defecto del consentimiento informado de ningún modo puede considerarse sorpresivo, pues se menciona expresamente por el demandante en primera instancia, en las precisiones de la Audiencia previa; se refiere tanto en los escritos de contestación a la demanda de la compañía Zurich, como del medico demandado, y ambos refieren la corrección del documento suscrito por el Sr. Hugo . Se contiene en el informe pericial del Dr. Isidoro , y se contesta en el informe del Dr. Claudio . La lectura de la sentencia de primera instancia confirma que ha sido parte del debate, pues precisa, en su fundamento



de derecho primero, que no exime al facultativo de la imputación por mala praxis las posibles complicaciones vasculares descritas en el consentimiento informado.

La pretensión procesal se define por el debate procesal mismo, no por los estrictos términos literales del suplico de la demanda, según refiere una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala. Y, según explica la STS 21 de febrero de 2014, es lícito precisar la pretensión en la Audiencia previa, pues «la deficiente asistencia sanitaria trae causa básicamente del relato de hechos de la demanda, especialmente de los informes médicos, y de ese "algo más" que debió hacer, y que no hizo, que se le imputaba como fundamento de la responsabilidad»; "el componente jurídico que conforma su causa de pedir, incorpora con suficiente claridad la pretensión objeto de liza tanto en la especificidad de la acción ejercitada,...como en los hechos relevantes que sirven de fundamento a la petición solicitada". En el presente caso, la estimación de la demanda por defecto en el consentimiento informado ni atenta al principio de contradicción e igualdad de las partes, ni provoca la indefensión de los demandados; elementos que definen constitucionalmente la incongruencia como contravención de la tutela judicial efectiva ( Sentencia TC. 25/2012, de 27 de febrero).

Y la conclusión es que la mala praxis por defecto en el documento suscrito por el Sr. Hugo forma parte del debate procesal de las instancias. Y una correcta información previa es considerado por la jurisprudencia elemento esencial de la *Lex Artis* médica ( STS 199/2013 de 11 de abril). La relevancia del defecto de consentimiento informado se deriva además de los términos del mismo debate procesal, pues la insistencia de los demandados en el riesgo que suponía la mediastinoscopia, en las circunstancias particulares del paciente, pone de manifiesto la insuficiencia de la información que le fue dada.

**CUARTO.-** El motivo segundo de ambos codemandados, de infracción procesal, al amparo del Art. 469. 1. 4º LEC, por errónea valoración de la prueba, alega que la argumentación de instancia no supera el test de racionalidad constitucional exigible.

Se afirma que la Sentencia recurrida tergiversa el consentimiento informado. El documento suscrito por el Sr. Hugo explica el riesgo real al que se somete al paciente, y específicamente detalla las lesiones vasculares en los apartados tres y cuatro del documento suscrito, al folio 152, y se describe tanto la operación como sus posibles consecuencias, advirtiendo del peligro de sangrado, riesgo de mortalidad y de traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos. Consentimiento similar al recomendado por la Sociedad Española de Cirugía. Para nada se habla de "remota posibilidad" como erróneamente presupone la sentencia recurrida. No es lo mismo poco frecuente que remoto, y las tablas de la pericial del Dr. Claudio refieren la poca frecuencia del accidente sufrido, y acreditan la incorrección de la sentencia que confunde el riesgo con la complejidad del procedimiento.

**QUINTO.-** El motivo segundo expuesto debe igualmente ser desestimado. La valoración de instancia no incorpora un error evidente, inmediatamente verificable, en los términos que recoge la STC 55/2001, de 26 de febrero, ni constituye una conclusión arbitraria por lo ilógico de las deducciones ( STC 172/2006, de 22 de mayo). El contraste del consentimiento informado suscrito de ningún modo evidencia un error en la valoración de la prueba, sino unas conclusiones resultado de una evaluación debidamente pormenorizada y justificada.

El Dr. Ricardo describe la gravedad de la complicación, no existían bordes nítidos (10:22), y habla de "magma, pelota y pastiche" de sus estructuras mediastínicas (10:27). Y el cirujano cardio vascular, Dr. Amador , califica la complicación como ordinaria, con referencia a su experiencia en el Hospital Monte Sinaí (10:48); y explica que la propia tracción desgarró, dado el bloque pétreo. El que el consentimiento se ajuste a los estándares recomendados no muestra el error, pues la sentencia le achaca no recoger la situación concreta e individualizada del paciente, que pondera de particular riesgo. Se concluye que la mediastinoscopia no era una intervención sencilla y que el centro médico y sus profesionales incumplen la obligación de informar correctamente del riesgo. Se califica la información de "genérica", pues carecía de la debida individualización. Se ha hecho hincapié en «que no era posible separar la masa mediastínica a biopsiar de las estructuras vasculares del cayado aórtico, al tratarse de una gran masa tumoral ("pétrea") que englobaba todos los vasos haciendo indistinguible unas estructuras de las otras, no pudiendo percibirse el latido»; lo que constaba antes de la operación en el informe técnico del PAAF.

**SEXTO.-** Refiere el motivo primero de casación, interpuesto por la representación procesal de la compañía aseguradora y del facultativo y centro medico, por infracción legal del Art. 488.2 FNN y Art 5.5 de la ley Foral 10/1990, y Art 2 y 7 de la ley foral 11/2002, que el consentimiento informado suscrito por el Sr. Hugo , debe considerarse suficiente, no genera confusión ni expectativas erróneas. El riesgo específico de complicación vascular le fue ilustrado mas allá de las sutilezas semánticas a las que se agarra la sentencia impugnada, y la experiencia estadística lo señala como poco frecuente. No es ocioso recordar además que el documento finaliza con una declaración complementaria en la que el paciente se confiesa debidamente informado y haber recibido debida respuesta a todas sus preguntas.



**SÉPTIMO.-** Dicho motivo debe ser igualmente desestimado. En primer lugar parece obvio que este motivo es consecuencia y reproducción del anterior de infracción procesal, que hemos rebatido. Y procede confirmar la valoración de instancia de que la gravedad del riesgo que se deduce de la prueba incorporada a los autos no se describe de modo satisfactorio en el documento genérico que se le ha presentado a la firma, y particularmente el riesgo, que no ha sido debidamente personalizado.

El riesgo en el presente caso era particularmente grave, por ser el mediastino una masa pétreo, y presentar posibilidad de desgarro. Un riesgo además identificado en el PAAF, con anterioridad a la mediastinoscopia. Y es llamativo que la propia hoja del consentimiento informado no cumplimenta el epígrafe de riesgos personalizados

La defectuosa información ha privado al paciente de libertad de opción entre las diversas alternativas terapéuticas. Si el paciente hubiera sido correctamente informado, quizás pudo haber tenido legítimas dudas sobre la oportunidad de la mediastinoscopia, cuando el diagnóstico, linfoma no Hodgkin de cédulas b, se había ya adelantado el 8 de septiembre, y existía la posibilidad de confirmarlo por medios no invasivos ni cruentos, y era posible eludir el riesgo inmediato e iniciar un tratamiento alternativo. Por otra parte no se puede olvidar que el Sr. Hugo venía por una segunda opinión y tratamiento, lo que imponía un particular deber de exhaustividad en la información. Y, en vista del diagnóstico indiciario del 8 de setiembre, el paciente pudo haber preferido consultar a su doctor en La Palma o haber preferido hacer la mediastinoscopia y asumir el riesgo en Canarias.

En definitiva parece lógico concluir, con la sentencia recurrida, que el facultativo, por la defectuosa información que ha dado, ha asumido unos riesgos extraordinarios que debió asumir el propio paciente, privándole además de libertad de opción.

**OCTAVO.-** El motivo segundo de casación, formulado al amparo del Art. 477.2.3º LEC, alega la infracción de las leyes 488.2, FNN y Art 1101 y 1106 CC, y argumenta que no puede asimilarse la responsabilidad por mala praxis a la responsabilidad por defectuosa información.

Se propone y realiza al Sr. Hugo una prueba necesaria en el contexto de una grave enfermedad que avanzaba rápidamente y era potencialmente mortal. Una prueba que ha permitido poner un tratamiento idóneo sus dolencias. No es una prueba sorpresiva, el paciente conoce la prueba a la que se le va a someter y sus riesgos, incluso presumiblemente habría aceptado de haberla conocido. No hay pues lugar a indemnizar la mala praxis, sino, en todo caso, un daño moral derivado de la falta de información.

**NOVENO.-** Y este segundo motivo debe ser admitido. Se afirmó en su día por doctrina y jurisprudencia que si el facultativo no informaba adecuadamente al paciente debía asumir todos los daños, pues asume todos los riesgos ( STS 23 de abril de 1992, 16 de octubre de 1998, 28 de diciembre de 1999, 7 marzo de 2000, STSJ Navarra 27 de octubre de 2001). La jurisprudencia parece asumir ahora una postura mas matizada, en relación con las dudas que presenta la constatación de la relación de causalidad, en los supuestos de defectuosa información al paciente. "...de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado, y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente" ( STS 16 enero 2012, rec. 2243/2008).

La STS, 18/2015, de 3 de febrero, rec. 2434/2012, refiere que la responsabilidad por la falta de información se modula en función "...a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa". E insiste la STS de 8 de abril de 2016 rec. 2050/2014, en que "...la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado", y explica que "el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud".

**DÉCIMO.-** En consecuencia, se deben ponderar los daños que se derivan específicamente de la falta de información. La relación de causalidad delimita la indemnización por infracción de un deber de conducta, cuya medida está en relación con su gravedad e imputabilidad. Aunque debe recordarse que en la responsabilidad por los daños contra las personas existe una medida agravada del deber de diligencia, que abarca también la comisión por omisión.

En el presente caso parece poco verosímil que el paciente se hubiera negado a la mediastinoscopia que se le realizó, prueba que, si bien contestada, se define como la prueba reina en el diagnóstico cierto de las dolencias del Sr. Hugo , la única que ofrece certeza plena; y ello teniendo en cuenta la gravedad del desarrollo de su



enfermedad, de la que no se había hecho un diagnóstico cierto en Canarias, y la inminencia de unos daños irreversibles; y el riesgo específico, además, sí estaba comprendido en el consentimiento suscrito, si bien no lo fuera con el debido detalle. Y por ello, como no se acredita una mala praxis, no parece coherente trasladar sobre el facultativo la indemnización de todo el daño, sino solo aquél daño moral que se deriva del desconocimiento y correlativa pérdida de oportunidades, y por ende de constricción de su libertad de determinación; donde el daño efectivamente sufrido solo debe tomarse como un elemento relevante más en la cuantificación de la responsabilidad por omisión del deber de información.

Y en este sentido procede ponderar, como ya se ha dicho, que era un paciente que recababa una segunda opinión y tratamiento, situación en el que el deber de información debía ser exhaustivo. La información que recibió fue generalista y no personalizada. Se ha declarado probado que no consta haber sido debidamente informado de la gravedad del riesgo, que de ningún modo era excepcional por su peculiar predisposición; y se le ha privado de una oportunidad de haberse negado a mediastinoscopia o de haber optado por una prueba menos cierta pero menos cruenta, o por continuar su tratamiento en Canarias; con la relevante circunstancia de haber sido ya diagnosticada indiciariamente su dolencia. Y, en consecuencia, concluimos que el facultativo ha asumido un riesgo desproporcionado, que debía asumir el paciente.

Y en base a todo ello la Sala estima que la indemnización pertinente debiera ser de doscientos cincuenta mil euros (250000€). Lo que no supone un cálculo económico de los daños sufridos por la operación, sino una ponderación causal cualitativa de la responsabilidad por una defectuosa información.

**UNDÉCIMO.-** El tercer motivo de infracción procesal de la compañía de seguros, que se pospone por razones de claridad, impugna específicamente la condena a intereses ex Art. 20 LCS de la compañía aseguradora, afirmando que del documento 15 de la demanda se deduce que la compañía aseguradora solo ha tenido conocimiento del siniestro desde la primera carta que se le dirigió, y que ha tenido su sello de entrada el 1 de octubre de 2012, o a lo sumo desde la fecha de la carta, 27 de febrero de 2012.

Motivo que ha de desestimarse pues dicha carta no prueba que la compañía no tuviera un conocimiento cabal del siniestro, y la sentencia ha deducido que la compañía debió haberlo conocido, sin que exista en el procedimiento prueba de ninguna causa o indicio razonable de que no lo conociera desde el primer momento.

La prueba de que la aseguradora conoció el siniestro en el momento del requerimiento corresponde a esta y no al perjudicado, y no se ha probado lo contrario ( Art. 20.6 LCS); y en la sentencia nada se dice que pueda fundar la exoneración de la responsabilidad de la compañía, lo que en todo caso debe constar fehacientemente en casación ( STS 30 de marzo de 2016)

**DUODÉCIMO .-** Se plantea la duda de si la reducción de la cuantía de la indemnización debe conducir a la exoneración de la responsabilidad de la compañía en cuanto a la imputación de los intereses de la indemnización reconocida.

La exoneración de interés es ajena a la imputación de un retraso, pues son dos magnitudes no homogéneas, y la compañía es igualmente imputable en el retraso por una cuantía mayor o menor. La cuestión se encuadra en el debate sobre la justificación de la condena a intereses de la compañía aseguradora, que se expone en detalle en la SSTS 4 de diciembre de 2012 y 5 de abril de 2016. El principio general debe ser que la deuda asegurada se debe desde que se produce el siniestro. La mera tramitación de un proceso no exime a la compañía del abono de intereses moratorios, ni tampoco el debate sobre la cuantía exacta de la indemnización, pues la justificación del retraso solo se estima suficiente cuando el proceso era necesario e imprescindible para despejar las dudas ineludibles, por causa no imputable a la aseguradora, en torno a la realidad del siniestro, a su cobertura en la póliza, a los hechos determinantes del nacimiento de la obligación, o a la imputación culpable del asegurado. Supuestos que no presentan duda en el presente caso, tal y como se ha valorado en instancia. Y la mera iliquidez inicial, no exime ponderar la actitud de la aseguradora, no ajustada a la conducta de un normalizado asegurador, que en el presente caso ha negado inverosímilmente incluso conocer el siniestro.

**DÉCIMO TERCERO.-** De conformidad con lo prevenido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de las costas de esta casación, y procede eximir a las demandadas de las costas de la primera instancia a las que venía condenado, al no confirmarse dicha sentencia.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad que al tribunal le ha sido conferida, adopta el siguiente

## FALLO





1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por los Procuradores D. Carlos Hermida Santos y D. Angel Echauri Ozcoidi, en nombre y representación de las partes demandadas Clínica Universitaria de Navarra, Juan Alberto y Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros respectivamente.

2º.- Declarar haber lugar a la casación de la sentencia dictada en segundo grado el 9 de junio de 2017 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en autos de juicio declarativo Procedimiento Ordinario 73/2015 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Pamplona, promovidos por doña Concepción contra Clínica Universitaria de Navarra, Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros y Juan Alberto en demanda de responsabilidad civil en el ámbito sanitario.

3º.- Condenar solidariamente a los demandados y recurrentes a abonar a la parte actora y recurrida la cantidad total de **DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (250.000 €)** debiendo la entidad aseguradora demandada abonar además los intereses previstos en el artículo 20 de la LCS desde la fecha del siniestro. Sin perjuicio de las compensaciones a que hubiera lugar por las cantidades previamente abonadas .

4º.- Sin que proceda condena en las costas causadas en el presente recurso ni en cualquiera de las instancias.

En cuanto a los depósitos constituidos devuélvanse los mismos.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Y con certificación de la presente sentencia, devuélvanse los autos originales y el rollo de apelación a la Sección de la Audiencia de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, a la que se dará la publicidad prevenida en la Ley, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.