



Roj: **STSJ EXT 37/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:37**

Id Cendoj: **10037330012016100028**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2016**

Nº de Recurso: **2/2016**

Nº de Resolución: **12/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ELENA CONCEPCION MENDEZ CANSECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD**

**CACERES**

SENTENCIA: 00012/2016

**La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey, ha dictado la siguiente:**

**SENTENCIA Nº12**

**PRESIDENTE :**

**DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS**

**MAGISTRADOS :**

**DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO**

**DON MERCENARIO VILLALBA LAVA**

**DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU**

**DON CASIANO ROJAS POZO**

En Cáceres a veintiocho de Enero de dos mil dieciséis.

Visto el **recurso de apelación** número **2/16** interpuesto por DOÑA Antonieta , representada por la Procuradora Sra. Caballero Izquierdo , frente al **SERVICIO EXTREMEÑO SALUD** , defendido por el letrado de la Junta de Extremadura, **ZURICH INSURANCE PLC** , representado por el procurador Sr. Gutiérrez Lozano, y contra **ACE EUROPEAN GROUP LIMITEC** , representada por la Procuradora Sra. Celdrán Carmona; contra Sentencia de fecha 09/11/2015 dictado en el recurso contencioso-administrativo nº 242/14, tramitado en el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Mérida sobre: **Responsabilidad Patrimonial**.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Por el Juzgado de lo Contencioso administrativo Nº 2 de MERIDA, se remitió a esta Sala recurso contencioso administrativo número 242/14 , seguido a instancias de DOÑA Antonieta sobre: Responsabilidad Patrimonial.

**SEGUNDO** : Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de Apelación por DOÑA Antonieta , dando traslado a la representación de la parte apelada; aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

**TERCERO** : Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación por proveído de fecha.

**CUARTO** : En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-



Siendo Ponente para este trámite el Ilustre Sr. Magistrado D<sup>a</sup> ELENA MÉNDEZ CANSECO, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto del recurso que nos ocupa lo constituye la resolución desestimatoria de fecha 22 de mayo de 2014, del Servicio Extremeño de Salud, de la reclamación formulada por el recurrente sobre responsabilidad patrimonial de lo que considera defectuosa asistencia sanitaria. La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Mérida, resolvió confirmar la resolución recurrida. La discrepancia del recurrente con la Resolución recurrida, se centra en los mismos argumentos alegados en primera instancia, esto es en la incorrecta asistencia sanitaria que le fue prestada, así como de la defectuosa prestación del consentimiento informado. La demandada y codemandada instan la desestimación del recurso.

**SEGUNDO.-** Precisaremos en primer lugar que mediante el recurso de apelación un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la sentencia dictada por el juez a quo, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal ad quem examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica. A estos efectos es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley jurisdiccional de 1998, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso. Así las cosas, las críticas frente a la sentencia dictada recaen en la repetición de tales argumentos esgrimidos en la demanda, y en la consideración de que el juzgador incurre en error al valorar la prueba. La sentencia dictada se fundamenta en el informe emitido por los médicos forenses a su instancia.

**TERCERO.-** Debemos poner de relieve, la congruente Sentencia que ahora es objeto de Recurso. La misma detalla con detenimiento tanto los apartados fácticos como jurídicos que la integran y por tanto sería innecesario y reiterativo volver a transcribir datos y circunstancias que constan sumamente detallados y que las partes conocen plenamente con sólo releer la Resolución. Tanto es así que los concretos apartados del Recurso se circunscriben a cuestiones estrictamente jurídico-valorativas que ahora pasaremos a examinar.

La Sentencia es suficientemente clara en orden a considerar la inexistencia de prueba alguna de responsabilidad, y lo que ocurre es que el Juzgador ha valorado y se ha decantado por la valoración conjunta de los informes médicos, la pericial de la Inspección Médica, y la de la codemandada, razonándolo adecuadamente en la Sentencia. Como ha señalado nuestro Tribunal en aplicación de lo expuesto por el Tribunal Supremo por ejemplo en Sentencia de 11 de abril de 2006, la fijación de los hechos constituye competencia exclusiva del Tribunal de instancia, lo que obliga a atenerse a la apreciación de la prueba hecha por éste, 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; 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, pues en este caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgador a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica (v. gr., sentencia de 21 de diciembre de 1999). Pues bien, llevada toda esta Jurisprudencia al caso que nos ocupa, debe indicarse que pese a tal alegación y aunque la doctrina específicamente es para el ámbito casacional, la valoración realizada es del todo punto coherente, realizada a presencia, motivada y no debe ser sustituida por las de las partes interesadas.

**TERCERO.-** Alega la actora la falta de consentimiento informado, basándose en que la hoja de información aparece firmada en sitio no previsto, esto es al principio del documento, y ello en su parecer lo invalida. Lo cierto es que tal y como afirma el juzgador, consta la firma del consentimiento al folio 38 del expediente, y respecto de la información, conviene traer a colación, a efectos teóricos haremos referencia a la reiterada jurisprudencia del T.S respecto a la exigencia de consentimiento informado estando vigente la Ley General de Sanidad 14/86. Por todas citaremos la Sentencia de 20 de Abril de 2.007: "El art. 10 de la Ley General



de Sanidad 14/86 , expresa que toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho «a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento» (apartado 5); «a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención», (apartado 6) excepto, entre otros casos que ahora no interesan, «cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas» [letra b)]; y, finalmente, «a que quede constancia por escrito de todo su proceso» (apartado 11).

Se da así realidad legislativa al llamado «consentimiento informado», estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal pone de manifiesto el carácter consustancial que el elemento de la información tiene con la prestación de consentimiento en relación con la disposición de los datos personales, pues en el artículo 3 .h) define el consentimiento del interesado como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen» y en el artículo 11.3 dispone que «Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar».

Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.

El defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la "lex artis" y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, pero obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado." Por ello la STS de 10 de febrero de 2009, en el recurso 6997/2004 , resulta especialmente clarificadora al respecto al afirmar, rotundamente, que no hay daño cuando el tratamiento no consentido conduce a la curación (sentencia que examina un supuesto de amputación de dedos necrosados, no informada ni consentida). Dice la Sala que "la conculcación del mencionado deber legal podrá dar lugar a sanciones disciplinarias; pero, si esa infracción va seguida de la curación del paciente, no hay daño en el sentido del art. 139 LRJ-PAC y, por consiguiente, no procede otorgar indemnización alguna. En otras palabras, el simple hecho de que una actuación médica sea ilegal no implica necesariamente que ocasione una lesión antijurídica. Ciertamente, podrá ser tachada de paternalista y, en ciertas circunstancias, ser castigada; pero si no produce un mal al paciente, no hay daño en sentido técnico- jurídico".



Vigente la Ley 41/2002, y regulado en el artículo 2 , el T.S. en sentencia de 23 de octubre de 2007 , mantiene cada vez con mayor énfasis, la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. Es doctrina que la falta o insuficiencia de información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación, al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. El incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da, por tanto, derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (TS 3-1-12, )

Así las cosas, el defecto en el consentimiento podrá invalidar el mismo, pero no podemos entender que en el caso que nos ocupa existe un defecto por el hecho de que la información se firmase en el comienzo del documento en lugar del final, por cuanto tal y como ha expresado el T.S. en sentencia de fecha 7 de diciembre de 2011 , "Ya hemos expresado que la Sala de instancia aceptó la existencia del susodicho consentimiento en razón de que lo normal es firmar la última hoja y no las anteriores. Tal valoración resulta razonable y lógica sin que en nuestro sistema hubiere que tratar al consentimiento informado como a los documentos en que deben." Así pues, siendo lo normal firmar la última hoja, no supone más que algo infrecuente, firmar al principio de la hoja informativa, pero no por ello defectuoso para entender como no prestado tal consentimiento.

**CUARTO.-** Y en cuanto a la mala praxis, asumimos íntegramente lo razonado por la actora. Las únicas pruebas practicadas son las de las demandadas y el informe de la inspección médica, y de ellas resulta que el fallecimiento se debió a una de las posibles complicaciones de la intervención.

Resulta probado que era conveniente la implantación de un DAI al paciente, que el mismo, aceptó someterse a la intervención quirúrgica de implantación del desfibrilador de manera libre y tras amplia información tanto de su situación médica como de los posibles riesgos, y el resultado dañoso, no acaeció por riesgo del propio aparato dado que el paciente falleció antes de su implantación, precisamente por la existencia de un neumotórax, que es una de las complicaciones de la intervención, un riesgo sin que la actora haya conseguido probar que citado neumotórax se produjere por infracción de la *lex artis* en la actuación de los facultativos, ya que el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración. Este límite nos lo proporciona el criterio de la *lex artis*, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico) mientras que en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración. El criterio de la *lex artis* se define como *ad hoc*, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. En el que ahora nos ocupa, el Magistrado entiende a la luz de la valoración probatoria, que la infracción de la *lex artis*, no se produce en cuanto que del análisis conjunto de las pruebas periciales practicadas concluye que el tratamiento fue correcto y el diagnóstico rápido.

Ante la contundencia de los informes periciales la actora no ha probado que la asistencia prestada al paciente fuese incorrecta, al no concurrir los requisitos que exige el instituto de la responsabilidad patrimonial, sin que se aprecie un quebrantamiento de la invocada Ley General de Consumidores y Usuarios , se llega a la conclusión que procede la desestimación del recurso, no sin antes considerar que no es factible aplicar la doctrina de la desproporción del daño, por cuanto a este fin hemos de recordar que la doctrina jurisprudencial "del daño o resultado desproporcionado ", trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa, como señala la Sentencia del T.S. de 30 de septiembre de 2.011 (recurso de casación núm. 3.536/2.007 ) , «en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «*res ipsa loquitur*» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «*Anscheinsbeweis*» (apariencia de la prueba) de la



doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción». En el caso que nos ocupa el riesgo era de lo contemplado como posible por lo cual no es de aplicación tal teoría.

**QUINTO-** Que en materia de costas resulta de aplicación el artículo 139.2 de la Ley 29/98 que sigue el principio del vencimiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española

### FALLAMOS

En atención a lo expuesto, debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sra. Caballero Izquierdo, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Antonieta contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Mérida, en estos autos, y en su virtud la confirmamos, condenando al apelante al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos al Juzgado de lo Contencioso Administrativo que dictó la resolución impugnada que deberá acusar recibo dentro del término de diez días y déjese constancia en el rollo, procediéndose a practicar la tasación de costas de la apelación por el Sr. Secretario de la Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, celebrando audiencia pública en el lugar y día de su fecha. Doy fe.