



Roj: **STSJ EXT 48/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:48**

Id Cendoj: **10037330012016100038**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2016**

Nº de Recurso: **189/2015**

Nº de Resolución: **10/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MERCENARIO VILLALBA LAVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00010/2016

Rollo de Apelación: 189/15. P. Ordinario 157/14

**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Num. uno de
Mérida.-**

**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 N° 10

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS :

DOÑA ELENA MENDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALVA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO /

En Cáceres a veintiséis de enero de dos mil dieciséis.-

Visto el recurso de apelación número **189** de **2015**, interpuesto por la Procuradora Sra. Caballero izquierdo en nombre y representación de los recurrentes DOÑA Enma Y DON Luis Carlos , y como parte apelada **SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD** representado por el Sr. Letrado de la Junta y como codemandado **MAPFRE INDUSTRIAL, S.A.** representado por la procuradora Sra. Cabrera Chaves contra Sentencia 127/15 de fecha 06/10/2015 dictado en Procedimiento Ordinario 157/14, tramitado en Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Mérida , a instancias de DOÑA Enma Y DON Luis Carlos sobre: contra desestimación presunta de reclamación formulada ante el Servicio Extremeño de Salud y recaída en expediente administrativo número NUM000 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por el Juzgado de lo Contencioso administrativo de Mérida, se remitió a esta Sala recurso Procedimiento Ordinario 157/14, seguido a instancias de DOÑA Enma Y DON Luis Carlos procedimiento que concluyó por Sentencia 127/15 del Juzgado de fecha 06/10/2015 .



SEGUNDO : Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de Apelación por la Procuradora Sra. Caballero Izquierdo en representación de DOÑA Enma Y DON Luis Carlos dando traslado a la representación de la parte contraria; aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO : Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación con fecha 02/12/2015 admitiéndose a trámite el presente recurso, quedando concluso para sentencia.

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

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado Especialista, Don MERCENARIO VILLALVA LAVA, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La sentencia de instancia considera que no se ha vulnerado la lex artis en el tratamiento de la lesión ni que surja responsabilidad patrimonial derivada de la falta de consentimiento informado.

Los recurrentes apelan la sentencia de instancia sobre la base de la vulneración de los art. 139 y 141 de la Ley 30/92 y la jurisprudencia que interpreta, al entender que existió una errónea valoración del mal funcionamiento del servicio por ausencia de información al no habersen respetado los criterios de razonabilidad y ponderación, así como la inaplicación de la ley 41/2002 de Autonomía del Paciente al entender que ha quedado acreditado que no se firmó ni el consentimiento informado ni se le informó de las posibles secuelas que conllevaba la intervención a que iba a ser sometido ni para anestesia ni para intervención quirúrgica como se reconoce por parte del Inspector Médico Constancio y la Médico forense, entendiendo el médico que intervino a solicitud de Mapfre, Sr. Gonzalo , que las secuelas están descritas en los consentimientos para este tipo de intervenciones y que la paciente, al encontrarse lúcida, podría haber dado tiempo a firmar el consentimiento informado, señalando también este Perito, que informa a petición de la demandada, que la intervención no era de urgencia vital ni la demora en unas horas era trascendente como señalaba la médico-forense, de manera que se debió informar a la paciente de todos los extremos relevantes, encontrándose, como señalaban los peritos, las secuelas en los consentimientos informados de este tipo de actuaciones, presentando en la actualidad síndrome de cola de caballo, intestino y vejiga neurógena con alteración bisfinteriana, dolor no alteración leve de la marcha, etc..., no dándosele la oportunidad ni la alternativa de elegir sobre la intervención, pues de conocerla no se hubiese sometido a la misma, que ha determinado una incapacidad permanente total del 66%, señalando el art. 8.2 de la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente que en este tipo de intervenciones quirúrgicas y procedimiento terapéutico invasores y en general que supongan un riesgo se prestará el consentimiento por escrito, no siendo informada la recurrente ni por escrito ni verbalmente de la intervención verificada el 30/12/2012; constituyendo tal ausencia del consentimiento informado una infracción de la lex artis con se señala en las STS de 25/05/2011 al existir un nexo causal con el resultativo lesivo con el paciente, otorgando la STS de 18/07/2012 la suma de 30.000 euros.

La entidad MAPFRE Industrial destaca que la sentencia de instancia valora correctamente la prueba, y es la encargada de verificar tal función, debiéndose realizar con urgencia la intervención quirúrgica, entendiendo que, tanto la paciente como su familia se encontraban informados según la médico-forense, no existiendo alternativa al tratamiento, entendiendo que se debía operar necesariamente, lo que determina que deba decaer la solicitud de indemnización, toda vez que se trató de una intervención médica de urgencia, que se realizó en menos de 24 horas y no existía tratamiento médico alternativo de clase alguna.

Destaca la Administración que a pesar del éxito de la intervención quirúrgica en la fase de convalecencia presentó diversas secuelas, siendo derivada a los servicios de rehabilitación, estando controlada en marzo de 2014, tratándose de una intervención de urgencia, entendiendo que sí debió de existir una información verbal, y en cualquier caso sí que se hubiese operado, considerando que no toda infracción de la normativa de consentimiento informado genera responsabilidad patrimonial cuando la intervención es necesaria y la falta de tal consentimiento no genera daños.

SEGUNDO : Una primera cuestión que hemos de abordar es la referida a la naturaleza del recurso que ahora abordamos, debiendo destacar que se trata de un recurso devolutivo ordinario en donde rige el principio "tantum apelatum quantum devolutum", de donde se infiere que es un recurso ordinario en donde si la parte lo señala debe de abordarse tanto el aspecto fáctico como jurídico, ya que la ley 29/98 establece un recurso ordinario de apelación, a diferencia del que con tal nombre se contenía en la ley del 56, y de otro, que el límite de la apelación viene circunscrito a los límites en que la parte manifiesta su disconformidad, de manera que la Sala en apelación no puede ni debe extenderse a aquellos extremos en que existe aquiescencia por la parte, que en el presente caso se limita al consentimiento informado y cuyos aspectos fácticos y jurídicos deben abordarse.



Ciertamente que la existencia por escrito de un consentimiento informado acredita que el mismo se ha prestado, de manera que también puede ser relevante en determinadas circunstancias la prueba de que efectivamente se ha prestado de manera verbal, no constando en el caso que así hubiese sido. De otro lado, siendo urgente la operación tampoco era vital ni precisa en los minutos que son precisos para informar a la paciente de su situación médica y que ésta tome una decisión para la que podría disponer de horas, ya que como señala el perito de la parte recurrente tampoco acontecía nada adverso si se dejaban transcurrir 6 ó 48 horas, habiéndose realizado la operación pasadas varias horas desde el ingreso, de manera que en ese periodo se pudo informar de la situación sanitaria y de salud, con el consentimiento informado de cirugía y anestesia. Los peritos señalan que las secuelas resultantes fueron la persistencia de una hemihipoestesis perineal y transtornos residuales esfinterianos sin secuelas notorias salvo una leve paresia para la flexión plantar del pie izquierdo contra gran resistencia, que es una secuela prácticamente constante tras la aparición aguda de un síndrome de cola de caballo, estando totalmente indicada la intervención quirúrgica cuando aparece tal síndrome de cola de caballo de forma aguda y progresiva, como sucedió en el caso, de ahí que como se ha señalado en la instancia, con aquietamiento de la recurrente, tal praxis médica fue correcta, siendo las secuelas las ordinarias en tales casos.

La cuestión que se plantea en estas circunstancias es determinar el alcance que ha de tener, que no conste acreditado que a la recurrente se le informase de su situación al momento de plantearse la cirugía de los riesgos, las secuelas y posibilidades terapéuticas. La sentencia de instancia considera que existe una vulneración de la *lex artis ad hoc*, si bien no considera una obligación de reparar o responsabilidad patrimonial al no existir secuelas de la operación sino que se derivan de la propia dolencia o síndrome de cola de caballo, ya que no se causa ningún mal al paciente, señalando a estos efectos la sentencia de esta Sala de 22/12/2011, rec 198/2011, nº 285/2011 .

TERCERO : Sin duda una cuestión bien polémica es si la ausencia de consentimiento informado constituye por sí un daño moral indemnizable, independientemente de que existe o no una lesión física, lo que sin duda puede tener el apoyo de la STC 37/2011 de 28 de marzo , y lo contrario bien puede fundar un razonamiento que como recoge la STS de 9/09/2003 , sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia no precisarían de consentimiento informado, libre determinación y autonomía, que constituye el origen de la legislación y la causa de la aplicación de toda la normativa referida al consentimiento informado, tesis que no solo tendría a su favor la STS de 4/4/2000 sino la más reciente de 14/10/2014 (rec. 2489/2003) en unificación de doctrina que reconocen la indemnización por pérdida de oportunidad por ausencia de consentimiento informado, que como sabemos ha de ser escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas. En la STS de 26/05/2015 , es la propia Administración la que reconoce que por tal limitación de la autonomía de la voluntad del paciente se le otorga una indemnización, si bien, posteriormente la sentencia otorga una cantidad por los daños derivados de la epidural aplicada, la STS de 1/06/2012 , recoge la del mismo órgano de 20/3/2012 que anula la falta de consentimiento informado, con la responsabilidad patrimonial, teniendo en cuenta que en muchas otras tal praxis médica, con ausencia de consentimiento informado, per se es mala praxis médica (STS de 13/11/2012 entre otras), relacionándola con el resultado lesivo acontecido, que se produce también en la última citada con la relación al acto médico realizado, desviándose la cuestión a la relación de causalidad, que en la citada de 14/10/2014 se hace simplemente con la falta de consentimiento informado o pérdida de oportunidad.

En la instancia se menciona la STS de 10/2/2009 que señala que no existe daño cuando el tratamiento no consentido conduce a la curación, considerándose que el resultado de la intervención implicó una mejoría, considerando que las secuelas de la recurrente no son consecuencia de la intervención quirúrgica sino que se anudase al propio síndrome de cola de caballo, considerando que la intervención ha supuesto evitar daños mayores.

Las secuelas que ahora padece la recurrente se producen tras la intervención quirúrgica, señalando los peritos que se producen con frecuencia tras un síndrome agudo de cola de caballo. Ciertamente que el origen remoto de toda secuela viene asociada a la dolencia originaria pero si lo que se denomina mejoría se entiende que es consecuencia de la intervención, no puede descartarse que la secuela también lo sea, aunque sea frecuente, de manera que en estas circunstancias, unido a la libre determinación del paciente en todo caso, es por lo que entendemos que debe reconocerse una indemnización a la recurrente, si bien en las circunstancias concurrentes, entendemos que deber ser de 5.000 euros, valorados y actualizados al momento en que se dicta la presente sentencia.

CUARTO : Que en materia de costas rige el art. 139 de la Ley 29/98 , que al producirse una estimación parcial de la demanda, y estimase en parte la apelación determina que no se produzca una especial condena en ninguna de las instancias.



Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN **NO** MBRE DE SM EL, REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCION ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia 127/2015 de 6 de octubre del Juzgado número 1 de Mérida a que se refieren los presentes autos, y en su virtud la debemos revocar y revocamos, reconocimiento a favor de la recurrente una indemnización de 5.000 euros, por la responsabilidad patrimonial instada, y todo ello sin expresa condena en cuanto a costas en ninguna de las instancias.

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.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ