

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00191/2016

-

N11600

JOAN LLUIS ESTELRICH N° 10 07003 PALMA

MMC

N.I.G: 07040 45 3 2013 0000490

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000064 /2013 /

Sobre: PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

De D/Dª: ESTHER SÁNCHEZ OTEO

Abogado:

Procurador D./Dª: ██████████

Contra D./Dª

Abogado: , LETRADO COMUNIDAD

Procurador D./Dª ██████████,

SENTENCIA N° 191/16

En Palma, a veintiuno de abril de dos mil dieciséis

Vistos por mi, D. Tomás Méndez López, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Palma de Mallorca, los presentes autos de recurso contencioso-administrativo P.O n° 64/2013, seguidos a instancias de Dña. ESTHER SANCHEZ OTEO, representada por la Procuradora Dña. ██████████ y asistida de la Letrada Dña. **Francisca Fernández Guillén**, contra el IB-SALUT, representado y asistido de la Letrada de la Comunidad Autónoma Dña. ██████████, y contra la entidad aseguradora ZURICH ESPAÑA COMPANIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el Procurador D. ██████████ y asistida del Letrado D. ██████████, sobre responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración; dicto la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Dña. ██████████, en la representación indicada, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta el día 9 de noviembre de 2011 (Expediente n° 2011/123/RP).

SEGUNDO.- Recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la recurrente, quien formalizó demanda, dándole plazo de veinte días a las partes demandadas para que la contestaran. Verificado y recibido el procedimiento a prueba, se practicaron las declaradas pertinentes con el resultado obrante en autos y, previas conclusiones escritas, se declararon conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- Por Decreto de fecha 25/10/2013 se fijó la cuantía del procedimiento en 32.195 euros.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En relación con lo segundo. El consentimiento informado se regula como un derecho del paciente en los arts. 4, 8, 9 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El art. 4.1 establece que "los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias."

El art. 8, 1 y 2 de la citada ley dispone que "1. 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.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: 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."

Finalmente, conforme al art. 10.1 de la misma ley "1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente."

Lo relevante y dado que se solicita una indemnización por un daño consistente en una lesión durante una intervención, es que el consentimiento informado constituye un derecho legal de todo paciente y

la ausencia del mismo, evidentemente, comporta la vulneración de tal derecho pero tal vulneración no puede ligarse sin más, causalmente (causalidad física) al resultado lesivo en una intervención. Es decir, la ausencia de consentimiento informado no hace surgir sin más la responsabilidad de la Administración por el resultado lesivo ya que no se trata de un argumento genérico al que quepa recurrir sin más para exigir responsabilidades médicas. Y ello, porque no puede afirmarse sin otra consideración que la omisión del consentimiento informado sea la causa del resultado, causa que estará bien en la enfermedad bien en una actividad material durante la asistencia o en una omisión de esa asistencia pero no en un acto meramente formal aunque constituya un derecho esencial. Existe un salto lógico muy grande entre la omisión de una actividad de información para prestar un consentimiento y la producción de un resultado material, el cual debe salvarse con la debida argumentación. Solo en un supuesto podrá entenderse que la ausencia del consentimiento informado constituye la causa del resultado, cuando, atendiendo a las concretas circunstancias del caso pueda inferirse racionalmente que el paciente, de haber conocido la información de que se le privó no se hubiese sometido a la intervención y que ésta haya sido efectivamente la causa (en el sentido estricto de la causalidad física) del resultado antijurídico. Cosa diferente es que la vulneración del derecho a emitir un consentimiento tras haber recibido la debida información sea algo indemnizable si bien, para ello, de nuevo han de surgir todos los elementos de la responsabilidad patrimonial, entre ellos, la existencia de un perjuicio económicamente valorable. Ello, por supuesto, al margen de la existencia de responsabilidades de otro tipo para el obligado a dar la información.

Salvo en los supuestos de urgencia, que exoneran la necesidad de obtener el consentimiento informado, conforme al artículo 9 de la Ley 41/2002, el paciente debe conocer todos los riesgos de la intervención médica a la que va a ser sometido, desde los más probables hasta los menos, de forma expresa y clara. La omisión de tal información, o de una parte esencial de la misma, "per se" genera responsabilidad. **En el presente caso, no consta consentimiento escrito alguno, aunque si informe del Jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Can Misses en el sentido de que se solicitó consentimiento verbal.**

El TS (Ss. 1/febrero/2008 , o 23/octubre/2007 , por todas) ha afirmado que la exigencia de este consentimiento informado "viene 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", añadiendo que "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 como 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 dos 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.

En el caso que nos ocupa, no consta en el historial médico el documento del Consentimiento informativo relativo a la posibilidad de tener que practicar una episiotomía que es un procedimiento invasivo con previsible riesgo de repercusión negativa, y tal ausencia documental invierte la carga probatoria correspondiendo a la Administración acreditar que, a pesar de tal ausencia documental, la paciente fue debidamente informada de los riesgos inherentes al citado procedimiento invasivo. Pero es más, la necesidad de consentimiento informado fehaciente era más que obligada, pues la recurrente ya había manifestado por escrito una oposición formal a la episiotomía y el parto se desarrolló sin riesgo alguno (sin urgencia). Por consiguiente, dado que la exigencia expresada no ha sido cumplida, ha de considerarse infringida, en tal aspecto, la *lex artis*; y por ende, la causación consiguiente de un daño moral susceptible de indemnización autónoma.

Por lo que respecta al importe de tal indemnización, se estima procedente, a tanto alzado, la suma de **6000 euros**.

En suma, se estima en parte el recurso.

DECIMO.- Dada la estimación parcial del recurso, es por lo que no ha lugar a la imposición de costas, de conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Dña. [REDACTED], en nombre y representación de Dña. ESTHER SANCHEZ OTEO, contra la desestimación



presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta el día 9 de noviembre de 2011 (Expediente nº 2011/123/RP); y en consecuencia, debo condenar y condeno al IB Salut a que abone a la actora, en concepto de daño moral, la suma de 6000 euros, más los intereses legales de esta cantidad desde la reclamación administrativa previa hasta su completo pago.

Sin imposición de costas

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen.

MODO DE IMPUGNACIÓN:

Recurso de apelación en el plazo de QUINCE DÍAS, a contar desde el siguiente a su notificación, ante este órgano judicial.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Magistrado-Juez que la suscribe, estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.