

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2012/0015312



(01) 30429850378

Procedimiento Ordinario 1390/2012

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

Demandado:

PROCURADOR D./Dña. FEDERICO RUIPEREZ PALOMINO

SENTENCIA N° 723/2015

Presidente:

D./Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

D./Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D./Dña. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

D./Dña. Mª DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO

En la Villa de Madrid a cinco de noviembre de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Madrid , ha visto el recurso n.º 1390/2012 interpuesto por el Procurador D^a. . PALOMA SOLERA LAMA, en representación de D. contra la resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad de fecha 24/04/2013 por la desestimaba la solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la recurrente, siendo parte demandada. representada por el D. Procurador D./Dña. FEDERICO RUIPEREZ PALOMINO. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don Rafael Villafañez Gallego, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido el recurso, previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho

que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso, con imposición de costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- Formalizada la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo legalmente establecido para ello, lo que realizó mediante el correspondiente escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes y solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Concluida la tramitación, se señaló para deliberación y fallo del recurso el día .

Ha sido ponente el Ilustrísimo Magistrado D. Rafael Villafáñez Gallego, quien expresa el parecer de la sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- D. recurre la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria recibida.

Segundo.- El recurrente solicita a la Sala que *“dicte sentencia por la que: 1º.- Se requiera a la Administración demandada a fin de que dicten resolución expresa. 2º.- Se declare la responsabilidad de la demandada por los daños provocados y, consecuentemente, se condene a la demandada a indemnizar a mi representado en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, de conformidad con los artículos 42.2 y 71.1.d) de la L.J.C.A., toda vez que junto con pretensiones difícilmente evaluables económicamente se acumulan otras no susceptibles de tal valoración en este momento procesal siendo la cuantía del presente pleito indeterminada. Dicha cantidad indemnizatoria que se calculará en ejecución de sentencia en atención a los criterios que queden probados según lo indicado en el hecho*

Noveno de la presente demanda deberá incluir, además, intereses desde la fecha de la reclamación administrativa y, si se personara la Compañía Aseguradora, los intereses del artículo 20 de la L.C.S. por los daños y perjuicios sufridos. Todo ello con expresa imposición de costas”.

La demanda expone los siguientes hechos relevantes:

1º.- La Administración demandada no ha facilitado la historia clínica completa, faltando las pruebas de imagen ocular y, especialmente, los informes de las OCT – Tomografía de Coherencia Óptica- realizadas.

2º.- El recurrente, de 63 años de edad, fue diagnosticado de cataratas en su ojo izquierdo por el Servicio de Oftalmología, aconsejándole cirugía. Le dijeron que se trataba de una intervención necesaria que no conllevaba riesgo alguno. Los consentimientos informados relativos a la intervención de cataratas y anestesia loco-regional son meros formularios, genéricos y parcos, que le fueron exhibidos el mismo día de la intervención. No consta en ellos la fecha ni el nombre del médico informante. El paciente jamás fue informado de los riesgos que la intervención entrañaba.

3º.- La intervención se realizó el día 25 de enero de 2011.

4º.- Durante la intervención, a consecuencia de una incorrecta praxis médica, se produjo la rotura de la cápsula posterior que protege el cristalino, cayendo éste a la cavidad vítrea. La excesiva manipulación a la que se sometió la zona condujo al notable aumento de la herida quirúrgica y a un importante sangrado coroideo lo que obligó a cerrar la incisión sin recuperar el cristalino.

5º.- El paciente se tuvo que someter a una segunda intervención el día 31 de enero de 2011, en la que se comprobó que el sangrado coroideo había provocado hematomas intraoculares y el desprendimiento de retina, y a una tercera el 9 de mayo de 2011, para la

extracción de la silicona intraocular implantada en la segunda y la implantación de una lente en sustitución del cristalino, a pesar de lo cual persistió un edema macular.

6º.- El paciente ha sufrido una serie de daños y perjuicios que identifica con el lucro cesante derivado del cierre del negocio que regentaba durante el proceso de curación, secuelas físicas y estéticas (pérdida de agudeza visual del 80% en ojo izquierdo, edema macular postquirúrgico y desprendimiento de retina), secuelas psicológicas, incapacidad temporal (193 días improductivos), factor de corrección del 10% y la necesidad de someterse a sucesivas intervenciones quirúrgicas.

En cuanto al fondo del asunto, la demanda considera reprochables, junto a la falta de aportación de la historia clínica completa, los actos médicos siguientes:

1º.- Incorrecta praxis médica consistente en el descuido durante el acto quirúrgico que determinó la materialización de todas las posibles complicaciones en este tipo de cirugía (hemorragia supracoroidea expulsiva, desprendimiento de retina, edema macular). Todo ello se intentó reparar de forma incorrecta. Se tardó 6 días en volver a intervenir el ojo, período durante el cual el paciente no estuvo en observación.

2º.- Deficiente información pues la verbal que se facilitó al paciente se limitó a expresar que se trataba de una intervención necesaria que no conllevaba riesgo alguno y la escrita se redujo a unos formularios absolutamente genéricos y parcos.

3º.- Los documentos de consentimiento informaron no se le facilitaron con antelación suficiente pues se le entregaron el mismo día de la intervención. Fue tan apresurada y burocrática la información suministrada que no consta en aquéllos la firma del médico.

4º.- Falta de consentimiento por el paciente de la intervención de cataratas.

5º.- El consentimiento informado, en cualquier caso, no exime de responsabilidad si la actuación médica ha sido deficiente o no se pusieron todos los medios necesarios.

6º.- Resultado desproporcionado pues se han materializado todos los riesgos.

Tercero.- La Comunidad solicita a la Sala que *“dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso interpuesto”*.

La contestación a la demanda sostiene, en primer lugar, que la actuación de los facultativos se ajustó en todo momento a la *lex artis*, adoptándose las medidas e instaurándose los tratamientos que el estado del paciente requería, por lo que el daño no puede ser calificado de antijurídico ni imputable a la Administración sanitaria. Se remite al informe de la Inspección Médica –folios 124 a 132 del expediente administrativo-.

En segundo lugar, en cuanto al consentimiento informado, sostiene la Administración demandada: *“queda acreditado que hubo información suficiente y adecuada sobre los posibles riesgos y complicaciones de la intervención quirúrgica”*, basándose también en las consideraciones contenidas a tal efecto en el informe de la Inspección Médica.

En tercer lugar, la contestación señala que no procede indemnización alguna.

Por último, niega también que proceda el abono de los intereses reclamados.

Cuarto.- solicita que *“se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta, absolviendo a mi representada de todos los pedimentos de la misma, con condena en costas a la actora”*.

En primer lugar, la contestación de la aseguradora opone que el Hospital carece de legitimación pues, aunque cedió sus instalaciones en virtud de concierto celebrado con el Servicio de Salud, los facultativos que realizaron la intervención fueron los del Hospital.

En segundo lugar, sostiene que no existe nexo causal entre el Hospital y el daño por el que se reclama.

En tercer lugar, niega que concurra responsabilidad de los profesionales del Hospital pues la obligación médica es de medios y no de resultados.

En cuarto lugar, se opone al pago de indemnización alguna.

Quinto.- La parte actora cuestiona, en primer término, la falta de aportación de la historia clínica completa. En particular, en lo que se refiere a la aportación de las Tomografías de Coherencia Ópticas realizadas al paciente. El perito autor del dictamen aportado por la demandas también destaca este extremo en la pág. 7 de su informe (Conclusión 4ª) calificándolos de documentos importantes.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, no consideramos que estemos ante un supuesto en que proceda la inversión de la carga de la prueba.

Ciertamente, como ha declarado la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (Rec. 4.397/2010, FJ 5):

“Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la lex artis y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, hemos señalado (sentencias de 2 de enero de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010 , y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013) que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales " puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido ", cabe entender conculcada la lex artis , pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal”.

Sin embargo, en el presente caso, no estimamos que los documentos omitidos sean esenciales. Así, a pesar de calificar de importantes los mismos, el perito de la parte actora no ha sido incapaz, por tal motivo, de expresar su razón de ciencia sobre lo ocurrido. Y similar

conclusión se alcanza si atendemos al informe de la Inspección Médica, folios 123 a 132 del expediente administrativo, en el que, sin apelar de modo esencial a la documental identificada por la parte recurrente o a su ausencia, se formaliza una conclusión sobre la corrección de la asistencia sanitaria prestada.

Sexto.- En relación al consentimiento informado, se cuestionan en la demanda diversos defectos en relación a la intervención de cataratas a la que se sometió el paciente el día 25 de enero de 2011.

El informe de la Inspección Médica, en la descripción de los hechos, sostiene que el paciente había firmado el correspondiente consentimiento informado específico para la intervención de catarata que tiene protocolizado el Hospital y transcribe parcialmente el mismo –folios 125 y 126 del expediente administrativo-. Añade en las consideraciones médicas similares consideraciones –folio 131 ibíd.- y concluye que la asistencia prestada fue adecuada –folio 132 ibíd.-, expresión general en la que debemos entender abarcada también este concreto extremo.

En los folios 102 y 103 del expediente administrativo obra el documento de consentimiento informado. Faltan en el mismo, como advierte la demanda, tanto la fecha como la firma del médico.

Se ha practicado en el proceso la testifical de la esposa del recurrente que declaró que estuvo presente en la consulta previa a la cirugía de cataratas y en la que le indicaron “*que iba a ser muy sencilla, que duraría quince o veinte minutos y que no iba a haber ningún problema*”, que la oftalmóloga no les habló nada de los riesgos y que no firmaron en esa consulta ningún documento de consentimiento informado –minuto 0:50 y siguientes de la grabación de la vista-. Afirmó también que “*el documento de consentimiento informado se lo dieron cuando estaban en la sala de espera y que firmara, no les dio tiempo a leer, les llamaron enseguida, su marido firmaría y ya está*” –minuto 4:00 y siguientes ibíd.-.

A pesar del vínculo de parentesco entre la testigo y el demandante, su testimonio se reputa verosímil, dadas las deficiencias advertidas en el documento de consentimiento informado.

En consecuencia, no obstante obrar en las actuaciones un documento de consentimiento informado en el que se recoge el contenido previsto en el art. 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, no consideramos que se haya respetado el derecho del paciente a decidir libremente entre consentir la intervención de cataratas o rehusarla.

A tal efecto citaremos la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo de 2011, FJ 5, en la que se expone que:

“La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

Es consonante con la relevancia que se ha asignado a la información y al consentimiento previos a la realización de cualquier actuación médica la regulación de estos aspectos que se realiza en nuestro ordenamiento interno, contenida, esencialmente, en 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, que actualiza y

completa la regulación contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, con observancia de las previsiones del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 4 de abril de 1997, al que ya se ha hecho referencia. Entre los principios básicos que enuncia la Ley en su art. 2, figura la exigencia, con carácter general, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, “que debe obtenerse después del que el paciente reciba una información adecuada”, y que “se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley” (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 8 prevé que “[t]oda 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 art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”, y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito. Como excepción se permite llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento en supuestos tasados (art. 9.2)”.

Pues bien, en el presente caso, no consta qué concreto facultativo se ha responsabilizado de suministrar la información sobre la intervención de cataratas al paciente

–art. 4.3 de la Ley 41/2002-, ni cuándo se le suministró –“*el consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada*”, dice el art. 2.2 de la Ley 41/2002-, por lo que cobra plena relevancia la alegación de la actora, y la prueba aportada para sostenerla, de que la información adecuada sobre la intervención quirúrgica no se le facilitó por ningún médico y que se redujo a la entrega del citado documento de consentimiento informado instantes antes de la intervención quirúrgica. Procedimiento éste al que, obviamente, no puede quedar reducido el claro y nítido régimen de derechos y deberes que, en relación al consentimiento informado, se contiene en la citada Ley 41/2002. Lo que pretende tal régimen no es el simple cumplimiento de una formalidad burocrática más o menos exigente. Como resulta de la doctrina constitucional a que se ha hecho alusión, lo que pretende la información previa, en cambio, es garantizar la efectividad del derecho a la autonomía del paciente. Derecho que, en atención a los hechos constatados en el presente caso, no consideramos que haya quedado debidamente salvaguardado por la Administración demandada.

En consecuencia, debemos apreciar que se ha producido una vulneración del derecho reconocido en el art. 8.1 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: “*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*”. Abordaremos más adelante la cuestión relativa a la indemnización procedente por este concepto.

Séptimo.- En relación a la eventual infracción de la *lex artis* a la que se vinculan causalmente los diversos daños y perjuicios reclamados en la demanda distintos del ya examinado, existen dos elementos relevantes en las actuaciones.

No reconocemos tal carácter a la testifical de la esposa del recurrente pues, dada la materia controvertida, solo cabe predicarlo de los informes emitidos por especialistas en la materia con la correspondiente cualificación profesional.

Por ello, los dos elementos relevantes a que nos referimos son, por una parte, el informe de la Inspección Médica, ya citado, y el dictamen pericial elaborado por D. oftalmólogo.

El primero descarta la infracción de la *lex artis* en tanto que, en el segundo, su autor afirma que sí concurre en relación con un extremo concreto y determinado.

En concreto, en este último informe se afirma: *“llama poderosamente la atención la existencia de tantas complicaciones juntas y tan severas. En toda cirugía puede tener lugar alguna de las complicaciones descritas en la Bibliografía y en los Consentimientos Informados. En el presente caso, se han producido casi todas las posibles complicaciones que figuran en los Consentimientos Informados y de forma especialmente severa o excesiva, como, por ejemplo, en el caso de la caída del cristalino a la cavidad vítrea y no el mero deslizamiento”* (Conclusión 5ª, pág. 8) y *“llama la atención la más que infrecuente caída del cristalino cataratoso aproximadamente en su totalidad que conllevó a una suma de complicaciones posibles pero no probables cuyo resultado ha sido la disminución de su capacidad funcional relativa a su agudeza visual. La ausencia de factores predisponentes o coadyuvantes para el desarrollo y presencia del desprendimiento coroideo y la falta de una explicación razonable hace establecer la hipótesis de que hubo cambios de presión inadecuados o en su caso por inadecuado manejo del vitreotomo en el intento de limpiar los restos de masas cristalínianas. Ni en la historia clínica ni en las explicaciones posteriores se explican las causas y los motivos de las referidas complicaciones. Es decir, se limitan a indicar en los folios 116 y 117 que cada una de las complicaciones figuran en el*

Consentimiento Informado pero no explican por qué, cómo y en qué momento se produjeron esas complicaciones” (Conclusión 8ª, pág. 8).

La lectura de este informe contrasta con las conclusiones del Inspector Médico – especialmente, folios 129 a 132- en los que se explican las diversas complicaciones surgidas a raíz de la intervención de cataratas sin necesidad de recurrir a la infracción de la *lex artis* (“*la asistencia que se le prestó... fue adecuada; ... se le aplicaron los medios diagnósticos y asistenciales, así como los tratamientos necesarios e indicados a la clínica que presentaba el paciente y a su estado*”, folio 132 *ibíd.*).

En la ponderación de estos dos informes no podemos considerar que se haya acreditado que una infracción de la *lex artis* fuera determinante de los daños y perjuicios por los que reclama el interesado.

Las afirmaciones que se contienen al efecto en el dictamen pericial aportado por la actora no resultan suficientes a tal fin. A nuestro juicio, no se justifica la afirmación de que la concurrencia de varias de las complicaciones posibles constituya *per se* un indicio cualificado de la infracción de la *lex artis*. Ni tampoco apreciamos que se sustenten en argumentos científicos suficientemente corroborados y contrastados, debidamente aplicados al caso examinado, las hipótesis que formula el oftalmólogo acerca de la producción del desprendimiento coroideo. Apreciamos, en cambio, que éstas se basan en consideraciones muy generales y que su traslación al caso concreto no está debidamente justificada a través de una explicación suficientemente expresiva de la consistencia del razonamiento.

En relación con esta cuestión resulta obligada la cita de la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras muchas, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (Recurso: 2099/2013, Ponente D. Jesús Cudero Blas, Roj: STS 2135/2015, FJ 3) cuando afirma que: “*no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir*

al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente ", por lo que " si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que " la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

En consecuencia, el motivo debe ser rechazado.

Octavo.- Se invoca en la demanda la doctrina del daño desproporcionado, doctrina que se puede reducir a la siguiente formulación: *“la Administración sanitaria debe responder de un " daño o resultado desproporcionado ", ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, 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”*. Por ejemplo, en sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013 (Recurso: 2187/2010, Ponente D. Santiago Martínez-Vares García, Roj: STS 2988/2013, FJ 6).

Pues bien, en el presente caso, la premisa que sirve de base a la aplicación de dicha doctrina no concurre. Como ya hemos señalado, es posible explicar las complicaciones

surgidas sin necesidad de acudir a la eventual infracción de la *lex artis*, tal y como se comprueba por la simple lectura del informe de la Inspección Médica.

El motivo debe decaer.

Noveno.- De conformidad a lo razonado en el Fundamento Jurídico Sexto, procede seguidamente abordar la indemnización por el defecto en el consentimiento informado que se ha apreciado, único aspecto en que ha sido estimada la demanda.

La actora reclama 50.000 euros por este concepto.

Debemos distinguir, a este respecto, entre qué se indemniza y cómo se indemniza.

A ambas cuestiones proporciona respuesta la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2012 (Recurso: 5283/2011, Ponente D. Santiago Martínez-Vares García, Roj: STS 7388/2012, FJ. 4).

Así, a la primera, al afirmar que: *“Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar recientemente que “tal vulneración del derecho a un consentimiento informado 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. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo 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 (sentencia de 2 octubre 2.012, dictada en el recurso de casación 3.925/2.011, con cita de otras muchas)”*.

Y a la segunda cuando declara que se indemniza “*el llamado "pretium doloris" y que ello comporta "un inevitable subjetivismo"*”.

La relación causal entre las complicaciones padecidas por el recurrente y la asistencia sanitaria prestada por la Administración demandada no ha sido puesta en cuestión en el presente procedimiento.

Por lo tanto, trasladando la anterior doctrina a las circunstancias del presente caso y recordando la advertencia del *inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado "pretium doloris"*, consideramos procedente reconocer el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la suma de 18.000 euros, actualizada a la fecha de la presente resolución. Cuantía que se reconoce por razón de analogía con supuestos similares enjuiciados por esta misma Sala y Sección (por ejemplo, la sentencia de 17 de septiembre de 2015, Rec. 988/2012, Ponente D. ^a Francisca María de Flores Rosas Carrión, Roj STSJ M 10910/2015, en la que se reconocieron 10.000 euros por el mismo concepto, si bien la parte había limitado a tal cuantía su pretensión indemnizatoria en este concreto extremo).

En cambio, no ha lugar al análisis de las restantes cuestiones suscitadas por la actora en cuanto al importe indemnizatorio reclamado y cuyo concreto examen estaba subordinado al reconocimiento de las restantes infracciones de la *lex artis* denunciadas.

Décimo.- En relación a la condena de la aseguradora de la Administración demandada se suscitan dos cuestiones, si está legitimada pasivamente y si debe incluir su condena el pago de los intereses del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

En relación a la primera cuestión, la excepción de falta de legitimación pasiva no puede ser acogida. Con independencia de las eventuales acciones que pueda ejercitar contra su asegurado o terceros, la aseguradora debe responder frente al perjudicado por el

aseguramiento de la actuación asistencial que le fue prestada en las instalaciones del Hospital.

Respecto a la segunda cuestión, no procede la condena de la aseguradora de la Administración demandada a abonar los intereses del art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Consideramos que, en el presente caso, concurre uno de los supuestos que permiten su no imposición: la intervención de la aseguradora no puede calificarse de dilatoria u obstructiva sino que responde a la propia necesidad de determinación de la existencia de un supuesto de mala praxis médica. En este sentido, nos remitimos a los argumentos contenidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2012 (Recurso de casación: 2724/2011, Ponente D. Enrique Lecumberri Martí, Roj: 4800/2012, FJ 5).

Undécimo.- Se solicita también en la demanda que se requiera a la Administración demandada para que dicte resolución expresa

La parte actora ha decidido recurrir la ficción legal de la decisión presunta (en este sentido, sentencia del Tribunal Constitucional 52/2014, de 10 de abril de 2014, FJ.3: “*ficción legal que responde a la finalidad de que el ciudadano pueda acceder a la vía judicial, superando los efectos de la inactividad de la Administración*”). Sus pretensiones incorporadas a la demanda incluyen implícitamente la anulación de dicha actividad administrativa. Además, en la demanda también se ejercitan pretensiones declarativas (que se reconozca la responsabilidad patrimonial en que ha incurrido la Administración) y de condena (que se reconozca su derecho a ser indemnizada en la cuantía solicitada). En otras palabras, la parte no ha acudido al proceso solo para restablecer su derecho al procedimiento administrativo, sino que trascendiendo este resultado formal ha interesado, además, unas concretas peticiones que, por su propia lógica, ha de entenderse que absorben la petición de que por la Administración se dicte resolución expresa sobre su reclamación de

responsabilidad patrimonial. No debe olvidarse tampoco, a estos efectos, que conforme el art. 72.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, la sentencia produce plenos efectos para la Administración al haberse reconocido una concreta situación jurídica individualizada.

Duodécimo.- No ha lugar a la imposición de las costas causadas (art. 139.1, segundo párrafo, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

FALLO

Con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo núm. 1390/2012, interpuesto por D. recurre la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra el Servicio de Salud por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria recibida, debemos:

Primero.- Anular la actividad administrativa por ser disconforme a Derecho.

Segundo.- En su lugar, reconocer al recurrente el derecho a ser indemnizado en la suma de 18.000 euros, cantidad actualizada a la fecha de la presente resolución.

Tercero.- Desestimar las restantes peticiones contenidas en el suplico de la demanda.

Cuarto.- Sin costas.

Notifíquese a la partes la presente resolución con indicación de que no procede interponer contra la misma recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 86.2.a) de la Ley de esta Jurisdicción.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 16/11/15, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.