

**Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Febrero de 2011. Recurso 1888/2007. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.**

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, como consecuencia de autos de juicio ordinario 1475/2005, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número seis de Murcia, cuyo recurso fue preparado ante dicha Audiencia por la representación procesal de Doña Estrella , Don Genaro y Don Martin y Noelia , aquí representada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Procurador Don Federico Olivares de Santiago, en nombre y representación de Zurich España Cia de Seguros y Reaseguros.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO .- 1.- La Procuradora Doña Olga Navas Carrillo, en nombre y representación de Doña Estrella y Don Genaro que actúa en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad Don Martin y Noelia , interpuso demanda de juicio ordinario, contra Zurich España Cia de Seguros y Reaseguros y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando la demanda, se condene a la demandada a pagar a Doña Estrella y a Don Genaro , conjuntamente, la cantidad de 85.403,03 euros, por el fallecimiento de su hijas; a Don Martin y Noelia , la cantidad de 15.527,82 euros a cada uno, por el fallecimiento de su hermana, y a Doña Estrella , por la lesión causada en su persona 64.630,28 euros; y al pago de los intereses punitivos del art. 20 LCS desde la fecha del hecho y costas. 2.- El Procurador Don Miguel Angel Artero Moreno, en nombre y representación de Zurich España S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime integramente la demanda, absolviendo a mi representada, con expresa imposición de las costas al demandante. 3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número seis de Murcia, dictó sentencia con fecha 15 de diciembre de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que debo desestimar la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Navas Carrillo en representación de Estrella , Genaro , Martin y Noelia contra "Zurich España S.A." y debo declarar y declaro no haber lugar a lo solicitado y todo ello con la condena en costas a la actora.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Estrella , Genaro , Martin y Noelia la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia con fecha siete de Junio de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Navas Carrillo, actuando en nombre y representación de Doña Estrella , Genaro , Martin y Noelia , contra la sentencia

dictada en fecha 15 de diciembre de 2006 , en Juicio Ordinario seguido con el nº 1475/2005 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Murcia , debemos revocar la misma y dictar otra por la cual se estima en parte la demanda planteada por los antes citados, condenando a la Aseguradora Zurich España S.A. a que les indemnice en la cantidad de 15.527,82 euros, intereses legales de dicha cantidad incrementados en el cincuenta por ciento a contar desde la fecha del siniestro y durante los dos primeros años y del 20% una vez transcurridos los dos años, absolviendo a la demandada del resto de pedimentos, sin verificar especial pronunciamiento en cuanto las costas de instancia y de esta alzada.

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de Doña Estrella , Don Genaro y Don Martin y Noelia , con apoyo en los siguientes MOTIVOS : PRIMERO.- Infracción del artículo 1101 del Código Civil ,en relación con los artículo 1106 y 30 del mismo cuerpo legal. SEGUNDO.- Infracción del artículo 1104 del Código Civil . TERCERO .- Infracción del art. 1104 CC por infracción del deber de información al paciente, en relación con los artículos 4, 8 y 9 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. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 28 de abril de 2009 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. 2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador Don Federico Olivares de Santiago, en nombre y representación de Zurich España S.A. presentó escrito de impugnación al mismo. 3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día uno de Febrero del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Doña Estrella y Don Genaro , que actúan en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, Martin y Noelia , ejercitaron acción de reclamación de daños y perjuicios por el fallecimiento de su hija y hermana en el momento del parto, en base a la acción directa derivada del contrato de seguro, frente a la Aseguradora ZURICH ESPAÑA S.A., a partir de una doble imputación: 1ª) Deficiente funcionamiento del servicio sanitario en lo relativo al fallecimiento de uno de los fetos. 2ª) falta del consentimiento informado, respecto de la ligadura de trompas al haber fallecido uno de los fetos, alterando las circunstancias para el que se prestó. La Sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda. Rechaza la primera imputación porque se produjo un supuesto de " muerte súbita intrauterina" , de la que se ignoran los motivos de la misma, sin que exista culpa, negligencia o infracción de la "lex artis " por parte del personal sanitario. También la segunda porque existe consentimiento informado suscrito por la parte actora y prueba de que la ligadura era porque no quería tener más embarazos, rechazando el argumento sostenido en la demanda de que ella dio el consentimiento informado porque iba a tener ya tres hijos y que por lo tanto la Médico se tendría que haber planteado que como una había muerto en el parto, las condiciones habían variado y por lo tanto no debería haber realizado esa intervención. La sentencia dice lo siguiente: En primer lugar en ningún caso se dice que la actora pretende la ligadura porque no quiera tener más de tres hijos. Esa manifestación no aparece

en ningún documento. Ni tan siquiera se ha probado que se hiciera. Lo único que existe es, por un lado, el consentimiento informado suscrito por la actora y, por otro, las manifestaciones de la Médico que efectuó la ligadura en el sentido que fue antes a ver a la paciente y para asegurarse que era su voluntad le preguntó por dicho extremo diciéndole la Sra. Estrella que no quería tener más embarazos. Esto último es lógico por cuanto independientemente del número de hijos en cada parto, lo cierto es que en cada embarazo, y este era el segundo, se le tenía que practicar una cesárea, con los riesgos que conllevaría la práctica de otra. En segundo lugar la facultativa reconoce que cuando saca al niño, que resultó fallecido, es cierto que ella notó la falta de respuesta y que se lo da a los neonatólogos que son los que se dedican a las prácticas de reanimación en otras dependencias y que cuando a ella le comunican el fallecimiento ya había realizado la ligadura de trompas, que es precisamente lo que había solicitado la Sra. Estrella que se le hiciera, primero por escrito y después verbalmente a la propia médico, consentimiento este que en momento alguno fue revocado en los términos a los que se refiere la Ley 41/2002 . La Audiencia Provincial de Murcia estimó en parte el recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia, revocó la Sentencia de Primera Instancia, estimando en parte la demanda y condenó a la Aseguradora Zurich España S.A. a que indemnizara a los actores en la cantidad de 15.527,82. La sentencia constata, de un lado, la existencia de un deficiente del servicio sanitario y ratifica, de otro, el pronunciamiento de la sentencia respecto a la información. Se interpone recurso de casación por los demandantes, al que, entre otras razones, opone la recurrida el carácter de orden público de la jurisdicción para conocer del asunto por discutirse la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, problema que ha sido resuelto reiteradamente por esta sala atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS , contra el asegurador de la Administración ( SSTs 30 de mayo 2007 ; 21 de mayo 2008 ).

SEGUNDO.- Se articula en tres motivos. En el primero denuncia la infracción del art. 1101 del Código Civil , en relación con los art. 1106 y 30 del mismo texto legal. Alegan los recurrentes que no se cuestiona a través de este motivo el quantum indemnizatorio sino que, lo que plantean a la Sala es la revisión de las bases sobre las que se ha obtenido la indemnización. Así la Sentencia de la audiencia entiende que la indemnización debe ajustarse a la tabla II contenida en la resolución de la Dirección General de Seguros, de 7 de febrero de 2005, y en concreto en el presente caso en el apartado de víctima embarazada con pérdida de feto. Sin embargo los recurrentes entienden que es indebida la aplicación al presente caso del art. 30 del Código Civil , ya que la pérdida sufrida es la de una hija y una hermana, y no un feto. Se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional nº53/1985 , que declaró que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era feto. Por ello y teniendo en cuenta además que la muerte de la niña no se certificó hasta 20 minutos después del nacimiento, debería haberse indemnizado por la pérdida de un ser humano, razón por la que se infringe lo dispuesto en el art. 1101 del Código Civil , en relación con el art. 1106 del mismo texto legal, al no haberse indemnizado la totalidad del daño causado. Se desestima. El motivo no solo está mal formulado en cuando se impugna el concepto o bases sobre las que se ha establecido la indemnización sin cuestionar el "quantum" , sino que tampoco se sostienen los argumentos que lo sustentan. En efecto, no está en discusión el derecho que tiene el feto a su existencia y a su integridad física. La vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, pero de esta premisa no se sigue, en

modo alguno, que una persona que ha muerto antes de estar completamente separada del seno materno, sea considerada como si hubiera existido. Lo que se discute es si la frustración de ese derecho puede generar consecuencias económicas y con que alcance a favor de aquellos que eventualmente hubieran resultado parientes directos del fallecido teniendo en cuenta que la causa del fallecimiento del feto fue la hipoxia o anoxia, esto es, falta de oxígeno en el feto, que nació muerto, lo que significa que el beneficio de la indemnización se debe reconocer exclusivamente en relación con la pérdida de la vida del feto y no con la muerte de un ser humano que nunca ha existido. Lo que justifica la aplicación de forma orientativa del Baremo contenido en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 7 de febrero de 2005 y en concreto de la Tabla II para "víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente", como hizo la sentencia recurrida.

TERCERO.- El segundo y el tercero se van a analizar conjuntamente por referirse ambos al consentimiento informado. En el segundo denuncian los recurrentes la infracción del art. 1104 del Código Civil, en cuanto se produce una nueva situación por el fallecimiento de una de las gemelas, de manera que el consentimiento informado y firmado por la paciente para la práctica de la ligadura de trompas con anterioridad, carecía de valor, y se debió solicitar un nuevo consentimiento informado a la parturienta, y si ello no era posible en el momento de la cesárea no se debió realizar la ligadura de trompas, ya que la nueva situación requería un nuevo consentimiento informado, de manera que hay un incumplimiento en las obligaciones de la médico que le exigían prudencia en su actuación y el deber de información adecuada y continuada. Se denuncia por tanto la infracción del art. 1104 del Código Civil, en cuanto la sentencia de apelación ha considerado que la profesional médico no necesitaba adecuar su actuación a las nuevas circunstancias concretas del caso, una vez que ya había obtenido el consentimiento de su paciente, pese a que éstas cambien. En el tercero, se alega la misma infracción del art. 1104 del Código Civil, en relación con los arts. 4, 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, al producirse una infracción de los deberes de información asistencial, ya que ante un hecho novedoso en la práctica de la cesárea, como es el nacimiento sin respuesta de una de las niñas, que exigía que fuese puesto en conocimiento de la paciente, no se le proporcionó toda la información disponible, entendiéndose los recurrentes que el deber de informar no se agota con la obtención del consentimiento informado sino que la información asistencial ha de ser continuada. Hubo por ello infracción del deber de información como obligación del médico y, por tanto, del art. 1104 del Código Civil. Además tampoco se hizo uso de la posibilidad de haber intentado comunicar dichas circunstancias y recabar la autorización del marido de la Sra. Estrella. Se desestima. Hubo información médica y consentimiento suscrito por la actora autorizando la ligadura de trompas porque "no quería tener más embarazos" y no porque no quisiera tener más de tres hijos, lo cual es lógico, como dice la sentencia, por cuanto independientemente del número de hijos en cada parto, en cada embarazo, y este era el segundo, se le tenía que practicar una cesárea, con los riesgos que conllevaría la práctica de otro. Y lo que no es posible es convertir ambos presupuestos, información y consentimiento, en una especie de trampa para quienes estaban obligados a adecuarlos a la nueva situación originada por el fallecimiento de una de las gemelas desde el momento en que la paciente, al otorgar el consentimiento, no hizo constar en modo alguno que era condicionado y que cuando la facultativa saca al niño y lo pone en manos de los

neonatólogos, ante la falta de respuesta, desconocía su fallecimiento, de tal forma que cuando le comunican el fallecimiento ya había practicado la ligadura de trompas, que es precisamente lo que había solicitado la Sra. Estrella que se le hiciese, primero por escrito y después verbalmente por la propia Medico, consentimiento este que en momento alguno fue revocado en los términos a los que se refiere la Ley 41/2002 .

CUARTO.- La desestimación del recurso produce los preceptivos efectos determinados en el artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , respecto a las costas. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### **FALLAMOS**

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la procuradora Doña Olga Navas Carrillo, en la representación que acredita de Doña Estrella y Don Genaro , que actúan en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad Martin y Noelia , contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 7 de junio de 2007 ; con expresa condena a la parte recurrente de las costas causadas. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.