

Resumen

El TS estima rec. de casación interpuesto contra STSJ que desestimó rec. contenc.-adm. deducido frente desestimación presunta de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. El Alto Tribunal pone de relieve que la jurisprudencia en la materia sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también los descuidos parciales. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia. Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque si existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento. En el presente caso, el motivo debe estimado, pues la información ofrecida a la paciente, respecto de la concreta secuela que padece, no se halla incluida en el documento obrante en las actuaciones, de forma entendible y concreta respecto de las específicas secuelas que podía acarrear la operación. Ciertamente el dictamen médico y la sentencia aluden a la pérdida de líquido cefalorraquídeo como consecuencia de la rotura de la duramadre y esta pérdida se cita en el consentimiento firmado por la paciente. Pero la cita de una consecuencia de dicha rotura de la duramadre entendemos que no es suficiente para considerar suficientemente informada a la paciente, de forma que ésta conozca las posibles consecuencias de la intervención a que va a ser sometida. No se ofreció cumplida información respecto de la citada rotura de la duramadre, con las consecuencias que se han producido.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

art.3 , art.8.2 , art.8.3

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

art.139

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

art.139

Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

art.10.6

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.15 , art.24.1 , art.106

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	9

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

CUESTIONES GENERALES

- Alcance y delimitación
- Responsabilidad objetiva

EJERCICIO DE LA ACCIÓN

- En general

FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

- Derecho a indemnización en general
- Requisitos en general
- Consentimiento informado
- Daño efectivo
 - Concepto
 - Prueba, en general
 - Informes periciales
 - Realidad del daño

Cuestiones generales

Supuestos diversos

Nexo causal

En general

Doctrinas jurisprudenciales

Causa adecuada y eficiente

Supuestos diversos

Daño evaluable económicamente

En general

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Damnificado; Desfavorable a: Servicio sanitario autonómico

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.3, art.8.2, art.8.3 de Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Aplica art.139 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Aplica art.139 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Aplica art.10.6 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Aplica art.15, art.24.1, art.106 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Jurisprudencia

Anula STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 febrero 2011 (J2011/52118)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - En general STS Sala 3ª de 3 mayo 2012 (J2012/93666)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - En general STS Sala 3ª de 26 marzo 2012 (J2012/52484)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STS Sala 3ª de 29 junio 2010 (J2010/140122)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - En general STS Sala 3ª de 11 mayo 2010 (J2010/78840)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - En general STS Sala 3ª de 16 febrero 2010 (J2010/14277)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Daño efectivo - Realidad del daño - Cuestiones generales STS Sala 3ª de 1 julio 2009 (J2009/171861)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - En general STS Sala 3ª de 9 diciembre 2008 (J2008/234663)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Daño efectivo - Realidad del daño - Cuestiones generales STS Sala 3ª de 25 septiembre 2007 (J2007/159376)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 19 junio 2007 (J2007/70423)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - En general STS Sala 3ª de 7 febrero 2006 (J2006/6483)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STC Sala 2ª de 28 marzo 2011 (J2011/18185)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STS Sala 3ª de 25 marzo 2010 (J2010/45296)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STS Sala 3ª de 22 octubre 2009 (J2009/265772)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STS Sala 3ª de 16 enero 2007 (J2007/1983)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 febrero 2000 (J2000/17250)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 29 marzo 1999 (J1999/9861)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 13 marzo 1999 (J1999/9723)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 20 febrero 1999 (J1999/7545)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 16 noviembre 1998 (J1998/30886)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 25 noviembre 1996 (J1996/10373)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 2 diciembre 1996 (J1996/9546)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 25 noviembre 1995 (J1995/7880)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 10 octubre 1995 (J1995/6207)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 23 mayo 1995 (J1995/4042)

Cita sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Responsabilidad objetiva, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 21 marzo 1995 (J1995/1501)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de junio de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 1386/2011, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por D^a María del Carmen Jiménez Cardona, en nombre y representación de D^a Blanca, contra la sentencia de uno de febrero de dos mil once, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en los autos número 415/2008 EDJ 2011/52118 .

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida en este recurso de casación la Comunidad de Madrid, a través de sus Servicios Jurídicos, y QBE Insurance (Europe) Limited, Sucursal en España, representada por el Procurador D. Francisco José Abajo abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en los autos número 415/2008, dictó sentencia el día uno de febrero de dos mil once EDJ 2011/52118 , cuyo fallo dice: " Que DESESTIMANDO

el presente recurso contencioso administrativo num. 415/08, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a María del Carmen Giménez Cardona, en nombre y representación de D^a Blanca, contra la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada, con fecha 27 de septiembre de 2007, ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución por ser ajustada al ordenamiento jurídico. No ha lugar a la imposición de las costas procesales causadas en esta instancia ".

SEGUNDO.-.- La representación procesal de D^a Blanca preparó el recurso de casación el veinticuatro de febrero de dos mil once. En fecha veintiocho de febrero de dos mil once la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación formulado, acordando el emplazamiento de las partes.

Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala, y formulado escrito de interposición por la representación procesal de D^a Blanca, la Sección Primera acordó por auto de veintidós de septiembre de dos mil once, desestimando las causas de inadmisibilidad planteadas, la admisión del mismo y se acordó la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta, que otorgó plazo de treinta días para la formalización de los escritos de oposición.

TERCERO.-.- La Comunidad de Madrid presentó escrito de oposición el 30 de enero de dos mil doce, solicitando la desestimación del recurso.

QBE Insurance presentó escrito de oposición el 7 de febrero de dos mil doce, solicitando la desestimación del recurso y la expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.-.- Se acordó que las actuaciones quedaran pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se acordó para el día diecinueve de junio dos mil doce, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-.- La sentencia objeto de impugnación EDJ 2011/52118 desestima la demanda en base, sustancialmente, al siguiente razonamiento:

Son tres las alegaciones sustanciales de la demanda que a continuación pasamos a abordar:

- En primer lugar, que en la intervención realizada el día 2 de octubre de 2006, se produjo una rotura de la duramadre, que le ocasionó una afectación de los esfínteres anal y urinario (vejiga neurógena) que permanece en la actualidad, y que esta rotura fue debida a una infracción de "lex artis" consistente en la colocación defectuosa de un implante que ha producido una "compresión radicular".

- En segundo lugar, que esta anomalía fue abordada tardíamente porque la paciente no fue reintervenida "para la recolocación del implante" hasta el día 27 de octubre de 2006, cuando ya era tarde para reparar el problema atinente a los esfínteres afectados.

- Y en tercer lugar, que el documento de consentimiento informado firmado por la paciente no informaba del riesgo de rotura de la duramadre.

A).- En cuanto a la primera alegación, se sustenta por la actora en algunos informes médicos obrantes al expediente en los que consta, como se afirma en la demanda, que en la intervención del día 27 de octubre de 2006, se apreció una "compresión radicular por un implante", procediéndose a la recolocación de dicho implante.

Sin embargo, este planteamiento es rotundamente rechazado por el perito designado por la Sala, a petición de la parte actora, que ha emitido un dictamen, ratificado a presencia judicial, en el que se sostiene que esta afirmación -"compresión radicular de un implante" producida al ser colocado dicho implante en la intervención de 2 de octubre de 2006, que obligaría a su recolocación en la intervención de 27 de octubre de 2006- contenida, efectivamente, en algunos informes obrantes en la documentación clínica analizada, es un error manifiesto, pues ni se desprende de la documentación clínica relativa a dichas intervenciones y a las pruebas de imagen realizadas a la paciente, ni la secuela que ésta padece (afectación de esfínteres), por su propia naturaleza, pudo ser causada por la defectuosa colocación de un implante.

Explica el perito designado por la Sala a este respecto lo siguiente:

«... Sexta.- Diga si es cierto que el 27 de octubre de 2006... fue intervenida quirúrgicamente siendo detectado la existencia de una compresión radicular por un implante.

No es cierto, yo no he visto tal cosa escrita en el protocolo quirúrgico que he leído destaca que se retira una barra para examinar la zona y revisar el área de la lesión y luego se vuelve a recolocar, sin que se diga ahí que estaba comprimida y sobre todo sin que se diga que se extrae el material por completo.... Sí he visto referencias en el expediente no firmadas a partir de una primera que luego se van repitiendo maquinalmente, pero que pienso que no están bien fundamentadas... y creo fundadamente que no es la causa de la paralización de los esfínteres anal y urinario por las siguientes razones:

La afectación de la cola de caballo exige un proceso difuso, teniendo en cuenta que hay que lesionar bilateralmente las raíces sacrococcigeas que se ocupan del control del detrusor de la vejiga, del esfínter de la orina y del tono de la musculatura pélvica y del periné. Así también de las raíces del complejo esfinteriano del recto y del músculo elevador del ano (bilateral), creo poco probable que un solo tornillo mal colocado (lo que no es el caso) pueda haber sido responsable del cuadro clínico de afectación pluriradicular....

Ese proceso difuso al que me refiero podría ser en este caso un proceso expansivo... de hematoma postquirúrgico. No obstante eso no apareció en las exploraciones clínico-radiológicas...

Otro proceso difuso es la aracnoiditis (inflamación de los contenidos del espacio subaracnoideo de la teca lumbar). Ella puede presentarse por inyecciones epidurales o subdurales de fármacos, por cirugías previas, por hemorragias intraaracnoideas, como causas más frecuentes. Su sintomatología puede ser aguda, pero lo es más frecuentemente subaguda y crónica. La intensidad puede llegar a un síndrome de cola de caballo.

Otro proceso difuso es la poliradiculoneuritis inflamatoria...

Ante esta variedad de posibilidades ¿Qué nos dicen las pruebas radiológicas?

El TAC lumbar de fecha 16 de octubre de 2006 nos habla de UNA COLOCACIÓN NORMAL DE LOS TORNILLOS PEDICULARES.

En dicho TAC si hubiera existido un Hematoma, lo habría identificado, ya que la sangre reciente se aprecia muy bien en esa prueba.

Esta prueba DESCARTA LA COMPRESIÓN POR UN IMPLANTE.

La Resonancia Magnética de fecha 17 de octubre habla de una Aracnoiditis que produce un agrupamiento anormal de las raíces.

Esto no guarda relación alguna con la compresión radicular por un implante, que a juicio del perito no tiene la paciente en ningún momento... Aún ignora el perito... de donde surge la noción que consta en el informe de urología y otros de que la raíz estaba comprimida por un implante, pese a haberlo buscado en el expediente concienzudamente. Sólo aparece en unas hojas de evolución clínica, sin firma que parece que pertenecen al servicio de rehabilitación, y a partir de ahí empiezan a repetirse las indicaciones de que el implante se retira y luego se reposiciona, cuando en realidad lo que parece que ocurre es que en la reintervención hay que retirar una barra (y parte de la vértebra también, concretamente una porción de la apófisis espinosa) para mejor explorar la zona.

El concepto de "compresión radicular por un implante" es por lo tanto erróneo...

(...)

Que la aracnoiditis no tiene a mi juicio nada que ver con la disposición de los implantes de la fijación lumbar, que por otra parte parecen correctos, sino más bien con un mecanismo autoinmune, inflamatorio, mal conocido, y que tiene relación con la introducción de sustancias en el espacio aracnoideo lumbar, bien voluntariamente (medicamentos, contrastes...) o involuntariamente (fenómenos infecciosos, sangre, otros fluidos de los tejidos con sustancias productoras de inflamación). Que el diagnóstico de "Aracnoiditis" está formulado radiológicamente, comprobado quirúrgicamente y que pudo ser empeorado por la entrada de sustancias de los tejidos como sangre y fluidos tisulares con actividad inflamatoria durante la intervención en que se produjo la apertura no intencional (accidental) de la duramadre, que se detectó y trató en el propio acto quirúrgico, no encontrándose en ello ninguna falta de diligencia. Que los implantes de la columna lumbar, según los informes radiológicos del expediente no eran los causantes de la compresión de ningún elemento neural, apareciendo únicamente nombrados yo creo por una interpretación apresurada de las descripciones del protocolo quirúrgico en el que el cirujano tratante habla de que retira la barra, parte de la vértebra (espinosa) y luego la vuelve a colocar (una vez examinada la parte de la duramadre que quedaba oculta de la vista directa por la misma barra), palabras que fueron interpretadas como que había habido que colocar bien algo que estaba mal y comprimía... »

La clara y rotunda explicación del perito designado por la Sala, razonada y fundada, que acabamos de transcribir nos exime de mayores comentarios. En el caso de autos la secuela que padece la actora de afectación de esfínteres anal y urinario no se debe a una "compresión radicular por un implante" mal colocado en la intervención quirúrgica de 2 de octubre de 2006, que luego habría debido de ser recolocado en la reintervención de 27 de octubre de 2006, sino que tales secuelas estuvieron ocasionadas por una "aracnoiditis", y así lo reflejan, tanto los protocolos quirúrgicos de ambas intervenciones como todas las pruebas de imagen realizadas a la paciente, TAC de 16 de octubre de 2006 y resonancia magnética de 17 de octubre de 2006, pruebas que descartan una defectuosa colocación de los implantes y que confirman que lo que padece la actora como causa de su afectación de esfínteres es una "aracnoiditis", absolutamente ajena a la colocación de los implantes en la primera intervención, y que es una patología no ocasionada por ninguna infracción de la "lex artis", sino que -como ya hemos reflejado- tiene que ver «con un mecanismo autoinmune, inflamatorio, mal conocido, y que tiene relación con la introducción de sustancias en el espacio aracnoideo lumbar, bien voluntariamente (medicamentos, contrastes...) o involuntariamente (fenómenos infecciosos, sangre, otros fluidos de los tejidos con sustancias productoras de inflamación). Que el diagnóstico de "Aracnoiditis" está formulado radiológicamente, comprobado quirúrgicamente y que pudo ser empeorado por la entrada de sustancias de los tejidos como sangre y fluidos tisulares con actividad inflamatoria durante la intervención en que se produjo la apertura no intencional (accidental) de la duramadre, que se detectó y trató en el propio acto quirúrgico, no encontrándose en ello ninguna falta de diligencia.».

Por tanto, según concluye el citado perito, la aracnoiditis «guarda nexos causales con el tratamiento quirúrgico que se practicó a la enferma, en dos ocasiones (...) sin embargo no se evidencia en el comportamiento del Médico tratante ninguna alteración de la Lex Artis...».

Previamente, ha explicado el perito en su informe que en la primera intervención de 2 de octubre de 2006, se produjo una rotura accidental de la duramadre, que es un riesgo propio de la intervención que puede producirse aun respetándose escrupulosamente la "lex artis", explicando el perito en su informe, de forma exhaustiva, las múltiples y diversas posibilidades de producirse, incluso con un empleo correcto de la técnica quirúrgica, la rotura de la duramadre durante todos y cada uno de los distintos actos que configuran la intervención quirúrgica realizada a la actora, sin que ello signifique -insiste en ello el perito- infracción alguna de la "lex artis", añadiendo que en este caso se actuó correctamente, pues una vez se apreció dicha rotura, fue reparada inmediatamente en el mismo acto quirúrgico, tal y como, según explica el perito, exige también la "lex artis".

El informe pericial aportado por la aseguradora codemandada, también ratificado a presencia de la Sala, resulta coincidente en descartar que haya habido las infracciones a la "lex artis" que se alegan en la demanda y que en este apartado hemos analizado.

B).- Aun estando descartado -según acabamos de razonar- que la intervención de 27 de octubre de 2006, tuviera por finalidad, como se afirma en la demanda, recolocar un implante mal colocado en la intervención de 2 de octubre de 2006, resta por analizar si fue realizada tardíamente.

Y también esta alegación de la actora es rechazada por el perito designado por la Sala a su instancia, en postura coincidente con el perito designado por la aseguradora codemandada. Y así, el primero de ellos manifiesta en su informe que «la Aracnoiditis no está considerada una "Urgencia Neuroquirúrgica" como tal, por ello cree el perito que la decisión de practicar la reintervención no fue inmediata, ya que había otros tratamientos en curso.... Pienso que la dificultad del diagnóstico es lo que produjo el intervalo de tiempo entre la aparición de la sintomatología y la intervención quirúrgica última.»

Por tanto, también debe descartarse que haya habido un retraso determinante en la realización de la segunda intervención, pues antes tenía que diagnosticarse la causa de la afectación de esfínteres que sufría la actora, diagnóstico que orientó hacia una aracnoiditis cuyo tratamiento quirúrgico no es urgente, según coincidentemente opinan los peritos que han informado a la Sala, aracnoiditis que se confirmó al ser reintervenida la paciente.

C).- Y en cuanto a si el documento de consentimiento informado firmado por la paciente (folio 37 del expediente) informa del riesgo de rotura de la duramadre, el perito designado por la Sala explica en su informe lo siguiente:

«la respuesta es que consta su efecto que es la salida de líquido cefalorraquídeo. Comparable a que un riesgo de lesión de vaso sanguíneo se sustituyera por riesgo de hemorragia por rotura vascular. Cada centro elige qué conceptos van a ser mejor comprendidos por los pacientes. En otros listados de complicaciones recomendados por las diferentes sociedades de Neurocirugía, se habla de "Fístula de Líquido Cefalorraquídeo"... y de "lesión dural"... empleándolos intercambiabilmente en la misma página.»

En el documento de consentimiento informado que obra en el expediente consta que se le informa de los riesgos generales de la intervención y, entre ellos, el de "salida del líquido cefalorraquídeo en el 0,1 al 0,9%". Así pues, la actora fue debidamente informada de tal riesgo de rotura de la duramadre mediante su efecto propio o natural que es la salida de líquido cefalorraquídeo.

Por tanto, también esta última alegación debe ser desestimada.

Cuanto hemos razonado nos lleva a concluir que si bien la secuela que padece la actora de afectación de esfínteres guarda relación causal con las dos intervenciones quirúrgicas que le fueron realizadas en el Hospital La Paz, de Madrid, en el mes de octubre de 2006, estas intervenciones fueron realizadas con absoluto respeto de la "lex artis" por lo que dicha secuela no puede ser calificada de daño antijurídico, sino de daño que la actora tiene el deber jurídico de soportar al haberse empleado correctamente todos los medios de la ciencia médica existentes al tiempo de los hechos litigiosos y, a pesar de ello, no haberse podido, lamentablemente, evitar.

Y faltando el requisito de la antijuridicidad del daño en la acción ejercitada de responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabe sino la desestimación de la demanda.

La sentencia EDJ 2011/52118 parte de los siguientes hechos probados:

Para la resolución del presente recurso contencioso administrativo resulta necesario tener en cuenta los siguientes hechos derivados del expediente administrativo, de la prueba practicada y de las alegaciones de las partes:

a).- La actora, D^a Blanca, nacida el día 11 de noviembre de 1961, había sido intervenida quirúrgicamente el día 18 de julio de 2002, en el Hospital La Paz de hemilaminectomía L5-S1 derecha y extirpación de hernia discal con liberación de la raíz., siguiendo revisiones periódicas durante los años siguientes.

b).- En enero de 2006, se realizan diversas pruebas de las que se desprende radiculopatía de carácter crónico en L5-S1 derechas y, dada la persistencia de dolor lumbar de las mismas características que antes de la intervención de 2002, la paciente es derivada a la Unidad de Dolor, recibiendo tratamiento durante tres meses con escasa mejoría.

c).- En mayo de 2006, se realiza nueva RNM de columna lumbar, apreciándose una profusión posterocentral en L4-L5; en L5- S1, una fibrosis perirradicular de S1 y recidiva herniaria; y un canal estrecho congénito que produce una estenosis significativa.

En julio de 2006, dados los escasos resultados obtenidos con el tratamiento conservador, se decide nueva intervención quirúrgica, para la cual firma el documento de consentimiento informado (folio 37 de expediente) en el que se le informa de los riesgos generales de la intervención y, entre ellos, el de "salida del líquido cefalorraquídeo en el 0,1 al 0,9%".

d).- El día 2 de octubre de 2006, se realiza la intervención, consistente en fijación con artrodesis L4-L5 y hemilaminectomía L4- L5 derecha con discectomía y liberación de raíces L5 y S1. Durante la intervención se produce rotura de la duramadre con salida de líquido cefalorraquídeo (fístula) que se repara inmediatamente con clips.

e).- En el postoperatorio la paciente presenta afectación de esfínteres anal y urinario, y disestesia en raíz L5 por lo que es derivada al Servicio de Urología y Cirugía General para valoración con mejoría parcial.

El día 16 de octubre de 2006, se realiza TAC de columna lumbar, apreciándose los cambios postquirúrgicos habituales tras fijación transpendicular L4-L5.

El día 17 de octubre de 2006, se realiza RNM de columna lumbar y se indica que no se puede descartar cierto componente aracnoidítico que esté produciendo agrupamientos anómalos de las raíces, en especial a la altura de L4.

f).- Ante los hallazgos de las pruebas realizadas, se decide revisión quirúrgica para valorar la posible causa de su afectación radicular, intervención que se lleva a cabo el día 27 de octubre de 2006, en la que se retiran los clips de la duramadre, observándose aracnoiditis alrededor de la raíz.

En el postoperatorio la paciente presenta mejoría importante de su dolor radicular y mejoría parcial de su incontinencia de esfínteres, siendo dada de alta el día 13 de noviembre de 2006, siendo remitida a consulta de Urología y Rehabilitación de forma urgente.

g).- Tras el alta hospitalaria, la paciente ha sido periódicamente revisada por los Servicios de Neurocirugía y de Urología.

h).- Asimismo, ha sido reconocida por un perito designado por la Sala, a petición de la parte actora, que en el informe emitido manifiesta que la Sra. Blanca, tras las cirugías mencionadas, tiene un síndrome de cola de caballo con afectación plurirradicular de raíces sacrococcigeas que desemboca en un cuadro neurológico de afectación vesical y rectal; presenta también dolor neuropático y denervación motora severa en S1 derecha de tipo secuelar crónica, produciendo, todo ello, un menoscabo de la persona del 60%. Estas secuelas son calificadas por el citado perito como "de remota reversibilidad".

Con fecha 17 de octubre de 2008, le fue reconocida una minusvalía del 45% por limitación funcional de columna por trastorno del disco intervertebral y discapacidad del sistema neuromuscular por trastorno de raíces y plexos.

Con fecha 20 de octubre de 2009, es revisada dicha minusvalía y elevada al 65%, pero en dicha elevación se tiene en cuenta también un aneurisma posterior que no guarda relación con los hechos litigiosos. Por todo ello, con fecha 16 de febrero de 2010, se le ha reconocido por la Seguridad Social una incapacidad permanente absoluta.

SEGUNDO.- La parte actora articula los siguientes motivos de impugnación, al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA :

1.- Infracción de los artículos 106CE y 139 y ss. de la ley 30/92 EDL 1992/17271 , y doctrina jurisprudencial sobre valoración de la prueba de forma irracional, ilógica y arbitraria. Se denuncia que la Sala ha apreciado el informe médico que es contrario a los datos contrastados que constan en la historia clínica valorando la prueba de forma que no aprecia el nexo causal existente entre la intervención quirúrgica realizada para implante y las secuelas que por compresión medular del implante han resultado en la recurrente.

2.- Por las mismas infracciones ya mencionadas, en relación con la defectuosa atención en el postoperatorio, denunciando el retraso en realizar pruebas de diagnóstico y tratamiento para reintervenir a la recurrente.

3.- Infracción del artículo 10 y s. de la ley General de Sanidad EDL 1986/10228 , así como de la ley de autonomía del paciente y la jurisprudencia sobre consentimiento informado. Se denuncia, de nuevo, una valoración ilógica y arbitraria de la prueba y su incidencia en la falta de información al paciente.

4.- Se centra en la cuantía de la indemnización que reclama por las secuelas padecidas por la intervención a que fue sometida la recurrente, de la que se derivan las secuelas y graves lesiones que padece, de las que no fue informada.

TERCERO.- Los motivos primero y segundo permiten un examen conjunto, pues se centran en la infracción de la lex artis en el caso examinado y tal y como acabamos de afirmar en nuestra sentencia de fecha 26 de marzo de 2012 la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal - es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 EDJ 2009/171861 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".

Conforme a constante jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, rec. casación 2052/2003 EDJ 2007/159376 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Se insiste STS 19 de junio de 2007, rec. casación 10231/2003 EDJ 2007/70423 con cita de otras muchas que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo EDJ 1995/1501 , 23 de mayo EDJ 1995/4042 , 10 de octubre EDJ 1995/6207 y 25 de noviembre de 1995 EDJ 1995/7880 , 25 de noviembre EDJ 1996/10373 y 2 de diciembre de 1996 EDJ 1996/9546 , 16 de noviembre de 1998 EDJ 1998/30886 , 20 de febrero EDJ 1999/7545 , 13 de marzo EDJ 1999/9723 y 29 de marzo de 1999 EDJ 1999/9861)".

Y también reitera la jurisprudencia (por todas SSTS 7 de febrero 2006 recurso de casación 6445/2001 EDJ 2006/6483 , 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003 EDJ 2007/70423 , 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005 EDJ 2010/78840) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por su parte las SSTS de 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003 EDJ 2007/70423 , 9 de diciembre de 2008, recurso de casación 6580/2004 EDJ 2008/234663 , reiteran (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización.

También hemos señalado en nuestra reciente sentencia de fecha 3 de mayo de 2012, recurso 6636/2010 EDJ 2012/93666 , que "la interpretación de la voluntad manifestada en dictámenes, informes, documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente

administrativo es un labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hace el Tribunal "a quo", no tiene cabida objetiva en sede jurisdiccional, pues, como hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de siete y veinte de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles las casaciones cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la Sala de instancia... salvo que... infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o haber procedido de manera ilógica, irracional o arbitraria", reiterando así lo que ya habíamos afirmado en múltiples ocasiones, como en la Sentencia de fecha 16 de febrero de 2010, recurso 656/2008 EDJ 2010/14277 .

Ya hemos reflejado los hechos que declara probados la sentencia impugnada EDJ 2011/52118 y los razonamientos por los que llega a la conclusión desestimatoria de la pretensión actora y, desde luego, la valoración de la prueba practicada que realiza la Sala de instancia no se nos antoja ilógica, irracional o arbitraria, sino anclada sólidamente en el resultado de la prueba pericial practicada, que se corrobora también por el informe médico aportado por la codemandada.

Por ello, entendemos que los motivos primero y segundo deben ser desestimados.

CUARTO.- En cuanto al motivo tercero, referido a la falta de consentimiento informado, a su insuficiencia en lo relativo a las concretas secuelas derivadas de la intervención hemos indicado en nuestra reciente sentencia de fecha 26 de marzo de 2012, recurso 3531/2010 EDJ 2012/52484 , que partimos de que consentimiento informado supone "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud" (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre EDL 2002/44837 , Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). También es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002 EDL 2002/44837).

Y señalábamos en dicha sentencia:

Resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del "consentimiento escrito del usuario" (art. 10.6. Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 , 14/1986, art. 8.2. Ley 41/2002 EDL 2002/44837) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de 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. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 EDJ 2010/140122 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 EDJ 2007/1983 sobre que "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"....../...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 EDL 1986/10228 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)".

Y una constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 EDJ 2007/1983 , 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003 EDJ 2000/17250 , de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008 EDJ 2009/265772 , sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008 EDJ 2010/45296) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

"..En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011 EDJ 2011/18185 , estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1. CE EDL 1978/3879 que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad".

Nuestra jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, rec. casación 4637/2008 EDJ 2010/140122 , 25 de marzo de 2010, rec. casación 3944/2008 EDJ 2010/45296), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento.

En el presente caso, el motivo debe estimarse, pues la información ofrecida a la paciente, respecto de la concreta secuela que padece, no se haya incluida en el documento obrante en las actuaciones, de forma entendible y concreta respecto de las específicas secuelas que podía acarrear la operación. Ciertamente es que el dictamen médico y la sentencia EDJ 2011/52118 aluden a la pérdida de líquido cefalorraquídeo como consecuencia de la rotura de la duramadre y esta pérdida se cita en el consentimiento firmado por la paciente. Pero la cita de una consecuencia de dicha rotura de la duramadre entendemos que no es suficiente para considerar suficientemente informada a la paciente, de forma que ésta conozca las posibles consecuencias de la intervención a que va a ser sometida. No se ofreció cumplida información respecto de la citada rotura de la duramadre, con las consecuencias que se han producido.

El defecto que apreciamos en el documento de consentimiento informado genera responsabilidad de la administración, como ya hemos señalado, debiendo estimarse el tercer motivo de impugnación. En cuanto a la cuantía por dicho defecto del consentimiento, teniendo

en cuenta las cuantías que hemos otorgado en otros supuestos similares al presente, consideramos que la recurrente debe ser indemnizada en la cuantía global de 35.000,- euros. Dicha cantidad se entiende actualizada a la fecha de esta resolución.

Y el cuarto motivo también debe ser desestimado, al serlo los tres primeros, pues no procede hacer referencia a la cuantía de la indemnización si ésta no es procedente, respecto de la alegada mala praxis en los dos primeros motivos de impugnación.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo procede no hacer expresa mención de las mismas en ninguna de las instancias.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLO

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación en autos de D^a Blanca, contra la sentencia de uno de febrero de dos mil once, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en los autos número 415/2008 EDJ 2011/52118 , sentencia que casamos y anulamos.

2.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto, debiendo ser indemnizada la recurrente en la cuantía global de 35.000,- euros, conforme a lo expuesto en el fundamento cuarto.

3.- Sin hacer expresa mención en costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042012100499