

Resumen

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, y en su lugar, anula la referida sentencia, y reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. La Sala considera que la sentencia realiza una errónea valoración de la prueba que conduce a un resultado ilógico, como es la corrección de la "lex artis" en el presente caso en que se constata la falta de diagnóstico completo de una complicación postquirúrgica que hubiera requerido una actuación médica que atendiera a los graves síntomas neurológicos que se fueron presentando y que indicaban que el paciente perdía autonomía personal. Se observa por tanto, que la sentencia no aborda la pretensión del recurrente referida a la pérdida de oportunidad de la obtención de un resultado distinto y menos gravoso, cual fue en su caso de extrema gravedad.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
 FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
 Requisitos en general
 Indemnización procedente

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Damnificado; Desfavorable a: Administración estatal (funciones ejecutivas)
Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.139 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
 Cita art.3, 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
 Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
 Cita art.80, art.81, art.141.1, art.142.2 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
 Cita art.4, art.238.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Jurisprudencia

Anula STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 junio 2010 (J2010/156394)
 Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 23 septiembre 2010 (J2010/206815)
 Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 25 junio 2010 (J2010/133541)
 Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 5 mayo 2009 (J2009/83057)
 Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 7 julio 2008 (J2008/124121)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 26 junio 2008 (J2008/103450)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 7 marzo 2007 (J2007/15872)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 24 enero 2007 (J2007/2764)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 7 septiembre 2005 (J2005/149522)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 16 marzo 2005 (J2005/76818)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 5185/2012, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador D^a Yolanda Alonso Álvarez, en nombre y representación de D. Adolfo, contra la sentencia de dieciocho de junio de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª, recaída en los autos número 972/2008 EDJ 2010/156394 .

Habiendo comparecido en calidad de partes recurridas en este recurso de casación la Comunidad de Madrid, representado por el Letrado designado por sus Servicios Jurídicos y D. FRANCISCO JOSÉ ABAJO ABRIL en representación de QBE INSURANCE (EUROPE) LIMITED.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso administrativo num. 972/2008, seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª contra la desestimación por silencio de la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad, terminó por sentencia 631/2010, de dieciocho de junio de dos mil diez EDJ 2010/156394 , cuyo fallo es del siguiente tenor: " DESESTIMAMOS EL RECURSO INTERPUESTO POR la Procuradora Doña Yolanda Alonso Álvarez, en nombre y representación de D. Adolfo, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial que había presentado, el día 28/12/2007 ante el Servicio Madrileño de Salud, absolviendo a las demandadas de las pretensiones contra ambas deducidas, toda vez que no se ha acreditado la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario de la Princesa de Madrid. Cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia en la tramitación de este recurso."

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada sentencia, la representación en autos de D. Adolfo, por escrito presentado el veintidós de julio de dos mil diez manifestó su intención de preparar recurso de casación y por diligencia de ordenación del día viernes de julio siguiente se tuvo por preparado el recurso de casación, siendo las partes emplazadas ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- En su escrito de formalización del recurso de casación, la parte recurrente interesa que se estime el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida, y pronuncie otra más ajustada a Derecho en los términos en los que la parte había formulado demanda.

CUARTO.- La Letrada de la Comunidad de Madrid, en la representación que ostenta, presentó escrito de oposición al recurso de contrario solicitando el dictado por esta Sala de una sentencia desestimando el recurso interpuesto. D. Francisco José Abajo abril, en representación de QBE INSURANCE (EUROPE) LIMITED presentó escrito de oposición al recurso de casación suplicando a la Sala el dictado de una sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia de instancia en todos sus extremos con expresa condena en costas a la recurrente.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo el día catorce de febrero de dos mil doce, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto del presente recurso de casación EDJ 2010/156394 acuerda desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Adolfo, al no apreciar infracción de la lex artis en la prestación de asistencia sanitaria al actor a raíz del

diagnostico, intervención quirúrgica y posterior tratamiento en el Hospital de la Princesa de Madrid. La sentencia parte de los siguientes datos fácticos que son de relevancia:

" A la vista del expediente administrativo y del resultado de la prueba practicada en este proceso se consideran acreditados los hechos, relevantes para resolver las cuestiones planteadas en el recurso, siguientes: D. Adolfo, nacido el 14/12/1959, ingresó el día 6/07/06 en el Hospital Universitario de la Princesa donde se le diagnostican dos hernias en el disco L5-S1, una que afectaba a la raíz S1 y la otra emigrada cranealmente a la raíz L5; se le programa intervención quirúrgica consistente en hemilaminectomía + disectomía que es realizada el día veinticuatro siguiente; durante la intervención se observa un defecto óseo congénito de la lámina S1, que permitía ver el saco tecal pero sin salida de LCR; en el postoperatorio inmediato presenta un síndrome de cono medular, consistente en lesión de raíces S4 y S5, con valoración ASIA D, lesión medular incompleta sin alteración motora; en la hoja de evolución del día 26 se hace constar que el paciente se incorpora y levanta en dicha fecha, así como que persiste la anestesia de la zona perineal y penea; el 31 de julio se le realiza una resonancia magnética que evidencia la existencia de alteración postquirúrgica dorso-lateral izquierda L5-S1 con disco remanente posterior, central y paramedial izquierdo con compromiso de raíz S1 izquierda y probable y más leve S1 derecha; el 16/08/06 es examinado por la doctora Adelina, quien hace constar en su informe que presenta incontinencia doble y síndrome de cola de caballo incompleto, prescribiendo tratamiento farmacológico, dieta rica en residuos, la utilización de obturador anal, bolsas de drenaje urinario y acudir a la consulta de la unidad de lesionados medulares rehabilitación del Hospital de La Paz el día 18 siguiente; D. Adolfo ha quedado con unas secuelas consistentes en la pérdida del control esfinteriano anal y vesical, pérdida de la competencia coeivunde sexual y anestesia peri anal en silla de montar; se le ha reconocido un grado de discapacidad del 52% y ha sido declarada su incapacidad permanente total para la profesión de oficial albañil; el 28/12/2007 presenta ante la Consjería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid una reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial; al no obtener respuesta interpone el 26/12/2008 el recurso contencioso administrativo que ha dado lugar a la formación de estos autos. " (FD 1º)

El fundamento de su pretensión declarativa y condenatoria era:

" Considera el actor que se dan todos los requisitos exigidos en la normativa aplicable, y en la jurisprudencia que la interpreta para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial, pues las secuelas que presenta se derivan de la intervención quirúrgica y no se actuó de forma diligente una vez evidenciada su existencia. Además considera que el consentimiento informado no fue suficiente. La Administración y la aseguradora persona consideran que la actuación médica se desarrolló conforme a la *lex artis* y que no existe un daño resarcible." (FD 1º)

A continuación recuerda la sentencia EDJ 2010/156394 el régimen legal y la Jurisprudencia consolidada en materia de responsabilidad patrimonial, centrándose en la especificidad del ámbito sanitario para concluir que en el presente caso no se puede apreciar negligencia médica alguna atendiendo al análisis de las pruebas concurrentes; así se cita el Informe pericial del Dr. Luis Angel, Jefe del Departamento de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de Madrid, y acompañado a la demanda; el Informe de la Inspección Médica -folios 256 a 264 del Expediente Administrativo- y otros documentos relevantes para valorar la cuestión del consentimiento informado, como es el Informe pericial aportado por la codemandada y otros Informes médicos que se contienen en el expediente.

La sentencia de instancia EDJ 2010/156394 desestima el recurso en base a la siguientes conclusiones que podemos resumir de la siguiente manera:

a- falta de acreditación por la recurrente de infracción de la "*lex artis*" ni en el diagnostico de las hernias, la procedencia de la intervención quirúrgica, la técnica empleada ni tampoco en su realización. No se evidencia tampoco la necesidad de una intervención posterior a la aparición del síndrome de cono medular, ni su posibilidad real de realización.

b- No estamos ante una pérdida de oportunidad del paciente de haber obtenido un resultado más positivo. De la concreta prueba RMN no se evidencia la necesidad de reintervención de la zona. Se valoran los informes aportados por la parte actora y por la codemandada.

c- Existe acreditación documental en el expediente de existencia de consentimiento informado -folios 240 a 242- otorgado por escrito por el paciente. Se valora el contenido del documento para entender que la complicación que sufrió estaba inserta en el documento.

SEGUNDO.- La parte recurrente, formula cuatro motivos de casación que se amparan en diversos apartados del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional. Son los siguientes:

Primero.- En base al artículo 88.1 d), si bien se cita como infringidos los artículos 80 y 81 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre EDL 1992/17271, inaplicación de los artículos 139 y 141.1 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271, 26 de noviembre. Inaplicación del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 14 y 15 de la Constitución Española junto con el artículo 106 de la misma. Inaplicación del artículo 142.2 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 . Se produce indefensión a la parte recurrente. Existe una relación de causalidad directa e inmediata entre el tratamiento quirúrgico y las secuelas acaecidas. Ha existido un retraso injustificado en tratar la complicación que se presentó y ello representó un peor pronóstico. La RMN se realizó siete días después de haberse producido la intervención quirúrgica, que aconsejaba el abordaje quirúrgico inmediato, y esto no se hizo. El daño es la producción del síndrome del cola de caballo a raíz de la lesión del cono medular en la intervención, con las secuelas inherentes al mismo. Se citan sentencias de esta Sala como la de veinte de marzo de 2007, recurso de casación 7915/2007, siete de marzo de 2007, recurso de casación 5286/2003 EDJ 2007/15872 y de dieciséis de marzo de 2005, recurso 3149/2001 EDJ 2005/76818 , entre otras. Además la sentencia EDJ 2010/156394 no ha efectuado una valoración de los perjuicios por lo que no se ha producido una plena reparación del daño causado. Asimismo la recurrente solicitó la inversión de la carga de la prueba, sin que la sentencia de instancia haya motivado de ningún modo por qué no la aplica. La sentencia no establece cual fue la causa de la complicación acaecida, desmereciendo el informe de la parte recurrente y dando validez absoluta al resto de periciales y documentos, sin demostrar cuál fue el motivo por el cual se produjo la compresión medular y cuales fueron las causas por las que no se intervino una vez producida la misma.

Segundo.- En base al artículo 88.1 d), se considera infringido el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y los artículos 319 y 326 de la Ley procesal civil EDL 2000/77463 sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos y privados. Se contradice la afirmación científica del perito de la parte actora, sin evaluar de acuerdo a la sana crítica el informe pericial contradictorio que establece la correcta "lex artis". Vulneración de las reglas de la sana crítica en cuanto a valorar con objetividad el informe pericial de la recurrente. Se hacen manifestaciones que carecen de base documental. Tras la intervención el Sr. Adolfo cursó síntomas de compresión medular, como se demuestra en las anotaciones del día 26 de julio. Una vez la existencia de tal complicación, no existe documentación médica que avale la correcta actuación del personal sanitario. Hubo una demora injustificada puesto que no se efectuó una prueba diagnóstica hasta el 31 de julio, perdiendo cinco días durante los cuales no fue correctamente diagnosticado. La sentencia EDJ 2010/156394 produce absoluta indefensión a la parte recurrente al no haber tenido en consideración el peritaje de parte D. Luis Angel y dar validez a los peritajes contrarios. Estamos ante una pérdida de oportunidad clara y evidente. Se citan las sentencias de esta Sala, Sección 6ª, de siete de julio de dos mil ocho EDJ 2008/124121 , de cinco de mayo de dos mil nueve, recurso de casación 5094/2006 EDJ 2009/83057 y de veinticuatro de enero de dos mil siete, recurso 5071/2002 EDJ 2007/2764 , entre otras.

Tercero.- En base al artículo 88.1 d), si bien se cita como infringidos los artículos 80 y 81 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre EDL 1992/17271, inaplicación de los artículos 139 y 141.1 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271, 26 de noviembre. Inaplicación del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 14 y 15 de la Constitución Española junto con el artículo 106 de la misma. Inaplicación del artículo 142.2 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 . Se produce indefensión a la parte recurrente. Inaplicación de los artículos 3 y 8.3 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica EDL 2002/44837. En el único documento firmado por el paciente -folio 242 del expediente- no se recogen de forma clara y precisa las lesiones neurológicas sufridas por el Sr. Adolfo, por lo que es evidente que el consentimiento fue deficiente por cuanto no deriva de una información clara y completa. Las dos primeras hojas no contemplan el acto quirúrgico, ni la fecha, ni la firma del paciente.

Cuarto.- En base al artículo 88.1 c), por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte. Infracción del artículo 238.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 así como del artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Se solicitó la ratificación judicial del Informe emitido por D. Luis Angel, aportado con la demanda, sin que la Sala haya accedido a las ratificaciones y preguntas que se iban a realizar, sobre todo en lo referente a las manifestaciones y críticas contenidas en el escrito de contestación a la demanda como en los informes periciales de los peritos propuestos por la demandada. Se ha producido una grave indefensión a la parte. Se interpuso recurso de suplica que fue desestimado por la Sala al considerar que no era necesaria la prueba.

La Comunidad de Madrid a través de sus Servicios Jurídicos fundamenta su escrito de oposición en la improcedencia de los motivos formulados por la recurrente ya que se ha valorado correctamente la prueba practicada y concluye que no hay infracción de la "lex artis" en la asistencia sanitaria presta al Sr. Adolfo. La intervención fue correcta y transcurrió sin incidencias. No ha existido pérdida de oportunidad, por no llevarse a cabo una reintervención, al no existir una expectativa cierta de recuperación de las lesiones y conllevar riesgos evidentes de agravamiento. El consentimiento informado que prestó el paciente para someterse a la intervención fue conforme a la normativa de aplicación. Se recoge de forma expresa la posibilidad de complicaciones consistentes en lesiones de las raíces nerviosas o neurológicas. No se le causó indefensión por no admitir la ratificación del informe pericial. El auto de la Sala de instancia es claro al efecto.

La representación de la parte recurrida, QBE INSURANCE (EUROPE) LIMITED, fundamenta su escrito de oposición en mantener que básicamente se está reiterando nuevamente el debate en esta instancia. Al motivo primero, se citan normas de aplicación al procedimiento administrativo y no al procedimiento contencioso-administrativo, otras a supuestos de inadmisión del recurso de casación. Desconexión de las normas que alega con el motivo planteado que determina su duda su desestimación. No concreta la recurrente en qué forma o medida la sentencia de instancia EDJ 2010/156394 ha desconocido o inaplicado los artículos que cita, quedándose en una mera reiteración de los argumentos expuestos en la instancia y en citas jurisprudenciales genéricas. Existió desviación procesal por el recurrente respecto de su reclamación en vía administrativa y los motivos en los que argumentó su demanda que iban dirigidos a una incorrecto tratamiento de la complicación. Existe prueba respecto a la correcta asistencia prestada al paciente sin que pueda esta instancia volver a valorar el material probatorio de la instancia. Inexistencia de pérdida de oportunidad ya que no existe prueba de actuación negligente como elemento desencadenante del daño. Inexistencia de infracción de normativa legal y doctrina jurisprudencial relativa a la indemnización del daño moral. Al segundo motivo, procede la desestimación del mismo por ser reiteración del debate de instancia. No se han vulnerado las reglas de la sana crítica. Al motivo tercero, procede la desestimación del recurso por ser una amalgama de infracciones de preceptos legales que no resultan de aplicación al caso. Se vuelve a reiterar en esta extraordinaria vía el debate de la instancia, cuando la existencia y virtualidad de los documentos de consentimiento informado y su contenido ha sido constatada en la instancia y la firma por el paciente del mismo también. Al motivo cuarto del recurso procede su desestimación por cuanto es totalmente inconsistente ya que el Tribunal de instancia acordó la práctica de las pruebas que estimó necesarias para la más acertada decisión del asunto y el modo en que éstas han de ser practicadas.

TERCERO.- Procede alterar el orden de los motivos planteados por la recurrente para analizar en primer lugar el propuesto como el ordinal Cuarto, amparado en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción por infracción del artículo 347 de la Ley procesal y civil que pone en relación con el artículo 238.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 . Alega la recurrente que se le ha causado indefensión por cuanto al no haberse practicado la ratificación judicial.

En el presente caso la Sala de instancia da cumplida respuesta a la pretensión de la parte recurrente respecto a la no ratificación a presencia judicial del perito de la parte actora D. Luis Angel, siendo que no explicita en el recurso en qué concreto aspecto se ha visto privado de prueba más que citar que la parte demandada ha podido conocer el informe pericial de la actora para la realización

del propio. La sentencia de instancia EDJ 2010/156394 lo ha tenido en cuenta en la literalidad de sus afirmaciones y lo ha valorado, siendo que como se dice en los artículos 335 y 336 de la Ley procesal civil EDL 2000/77463 es posible la incorporación del informe a las actuaciones para su valoración sin que la ratificación sea inexcusable más que cuando se pretenda aclarar o rectificar puntos oscuros o contradictorios. Así las cosas tampoco en sede de conclusiones, como acto procesal de valoración y resumen de la prueba se reitera la pretensión de que por la Sala se realice la ratificación judicial del informe por concretos puntos que se consideran oscuros o necesitados de aclaración. La indefensión que alega el recurrente no se apoya en dato concreto alguno que considere que no suficientemente aclarado sino que se fundamenta en que la sentencia no acogió la tesis actora en base a la valoración de todos los informes existentes en las actuaciones. Pero esto no integra el vicio denunciado de vulneración de las normas del procedimiento, máxime cuando el Tribunal de instancia valora y considera que no es necesaria la ratificación judicial del Informe pericial D. Luis Angel. La inexistencia, por tanto, de auténtica indefensión, que se dice generada por la falta de admisión de la aclaración del dictamen, impide la estimación del presente motivo en este aspecto.

CUARTO.- A continuación procede analizar conjuntamente los motivos primero y segundo de los formulados por la parte recurrente y amparados en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción por guardar ambos una íntima conexión referida a la infracción de los artículos 139 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en relación con la valoración de las pruebas periciales practicadas y su valoración en la instancia, artículo 348 la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

La sentencia de instancia EDJ 2010/156394 no responde con claridad al objeto concreto que se planteaba y que resultaba controvertido. Se trata de la asistencia sanitaria prestada a partir de la detección -26 de julio de 2006- de la complicación post-quirúrgica en el Sr. Adolfo conocida como "síndrome de cola de caballo" y su diagnóstico a partir de la RMN de 31 de julio de 2006, y la falta de consideración de una reintervención quirúrgica para atenuar las graves consecuencias que se habían manifestado. Ese es el punto álgido que no se analiza en la sentencia.

La sentencia de instancia EDJ 2010/156394 fundamenta la desestimación del recurso en base al análisis de la prueba pericial de parte acompañada a la demanda, D. Luis Angel, pero de la transcripción de la misma de forma parcial se observa que no se enfoca adecuadamente la infracción de la "lex artis" tal y como la recurrente la sostiene. La parte recurrente, con base en su informe, considera que existe una negligente asistencia médica en el retraso de 7 días en la realización de la RMN -31 de julio de 2006- cuando ante la evidencia de sus conclusiones, de haberse realizado ya antes, y de haberse ponderado si se realizaba una reoperación quirúrgica para liberar el resto discal, que según el perito "comprimía el saco dural y la raíz L5" el resultado podría haber sido distinto. La sentencia de instancia no evalúa este aspecto y simplemente analiza la aparición de la complicación derivada de la intervención quirúrgica pero no el tratamiento en sí mismo considerado de la complicación postquirúrgica. No se discutía la procedencia, técnica o ejecución de la intervención el día 24 de julio de 2006, pero a partir de la aparición de la grave complicación el día 26 de julio de 2006, no se analiza cual es la asistencia sanitaria que se indicaba en tal situación y si efectivamente se incumplió la "lex artis" por no disponer al recurrente de la aplicación de todos los medios al efecto.

Estamos por tanto, ante una errónea valoración de la prueba que conduce a un resultado ilógico, como es la corrección de la "lex artis" en el presente caso en que se constata la falta de diagnóstico completo de una complicación postquirúrgica que hubiera requerido una actuación médica que atendiera a los graves síntomas neurológicos que se fueron presentando y que indicaban que el paciente perdía autonomía personal. Se observa por tanto, que la sentencia EDJ 2010/156394 no aborda la pretensión del recurrente referida a la pérdida de oportunidad de la obtención de un resultando distinto y menos gravoso, cual fue en su caso de extrema gravedad.

Por tanto, y en virtud del razonamiento anterior, debe estimarse el recurso por estos motivos analizados conjuntamente, que generan indefensión al recurrente y proceder a casar la sentencia recurrida EDJ 2010/156394 .

QUINTO.- Estimado ese motivo debemos, según ordena el art. 95.2.d) de la LJ, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que se planteó el debate. A tal fin, el estudio de éste y del conjunto de las actuaciones conduce a resaltar una serie de circunstancias que, a modo de premisas, deben ser valoradas en la decisión:

. El síndrome de cola de caballo, según el informe pericial de la codemandada, Dra. Carreño y Dr. Ley, "constituye otra rara complicación de la cirugía del raquis lumbar.... los signos aparecen precozmente después de la cirugía, lo que obliga a estudiar al enfermo para valorar la causa, no encontrándose en general comprensión mecánica de las raíces." Las causas pueden ser diversas, pero una de ellas puede ser por tracción comprensiva. (folio 111 y ss)

. El 26 de julio 2006, dos días después de la intervención, aparece esta complicación neurológica grave, que no estaba presente con anterioridad a la cirugía.

. El 31 de julio de 2006 se practica la RMN que detecta la presencia de una "recidiva o resto discal que produce deformidad en saco dural y compresión de la raíz S1". Por tanto se produce el diagnóstico del cuadro neurológico de afectación medular.

A partir de aquí la parte recurrente considera que hubo un retraso en la práctica de esa prueba diagnóstica eficaz para la detección de un cuadro neurológico grave que se presentaba y que podía implicar una nueva intervención para liberar el resto discal. La demandada no alude a la existencia de ningún retraso sino que el paciente fue debidamente observado y tratado con tratamiento "corticoideo y rehabilitador intensivo" (folio 121) y que "No había ninguna indicación de reoperar al paciente puesto que se constató la ausencia de causa comprensiva del cuadro." Pues bien, no consta cómo la parte demandada, llega a esta conclusión de inexistencia de causa comprensiva del cuadro neurológico ni tampoco se ofrece una explicación relativa al hecho de que este grave cuadro neurológico que se constata el 26 de julio tarda en diagnosticarse hasta el 31 de julio, sin que conste con efectividad porqué no se hizo antes y si de haberse diagnosticado antes el resultado hubiera sido el mismo, siempre atendiendo al hecho de que tales secuelas neurológicas muy graves por afectar a la más básica autonomía del paciente no existían con anterioridad a la cirugía. Por ello, ante esta ausencia de prueba por parte de la demandada de aspectos esenciales del tratamiento dispensado a partir del 26 de julio, procede entender que existió una infracción

de la "lex artis" por pérdida de oportunidad de la obtención de un posible resultado más positivo ante la aparición de un riesgo de la intervención, puesto que la no procedencia de la reintervención no se basa en prueba al efecto sobre este extremo.

Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" - sentencias de veintitrés de septiembre de dos mil diez, siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 863/2008 EDJ 2010/206815 , 1304/2001 EDJ 2005/149522 , 4429/2004 EDJ 2008/103450 y 5927/2007 EDJ 2010/133541 - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.

Por lo que se refiere al motivo tercero planteado por el recurrente referido a un insuficiente consentimiento informado. no se observa en la sentencia EDJ 2010/156394 una errónea, arbitraria o ilógica valoración de los documentos en los que se contiene el consentimiento informado -folios 240, 241 y 242 expediente- y que recogen la posibilidad de riesgos neurológicos derivados de la intervención con expresión concreta que ha sido informado el paciente. La parte recurrente considera que el mismo es genérico y que no responde a una información detallada, pero lo cierto es que el documento escrito consta y ha sido valorado en la instancia como suficiente sin que pueda en esta instancia, salvo las excepciones vistas analizar nuevamente el documento partiendo del grave resultado acontecido en el paciente. Así en la sentencia de instancia se recoge:

" En el folio 242 en el recuadro donde se inserta la firma del interesado se afirma que se ha le ha explicado como se realiza y para que sirve la operación y sus riesgos y complicaciones, todo lo cual lo ha comprendido el paciente convenientemente, luego no puede desvincularse tal reconocimiento del contenido de los folios precedentes y ha de concluirse que el consentimiento era suficiente ". (FD 3ª).

SEXTO.- El recurrente solicitaba una indemnización de 510.000 euros por los daños físicos, psicológicos y morales por la que consideró deficiente asistencia sanitaria; cantidad, por otra parte que no es objeto de concreta justificación en base a parámetros más o menos objetivos. Aporta las distintas resoluciones por las que se le declaró en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de albañil, a los 48 años.

Para la cuantificación de los daños debe atenderse a las circunstancias concurrentes en el presente caso, si bien es cierto que no ha podido acreditarse que efectivamente el resultado hubiera sido distinto de haberse procedido al diagnóstico en un momento anterior, y que por tanto, se hubieran podido evitar las graves secuelas neurológicas acaecidas y que radicalmente han cambiado su vida en el sentido más amplio de la palabra. Fijamos una indemnización por el daño antijurídico a tanto alzado en atención a la edad que tenía el actor cuando acontecieron los hechos y su profesión -en plenitud todavía laboralmente hablando- las graves secuelas que se han presentado con respecto a su autonomía personal y la pérdida de oportunidad, en doscientos cincuenta mil euros -250.000 euros-; cantidad que ha de entenderse ya actualizada a la fecha de la sentencia de instancia EDJ 2010/156394 , sin perjuicio de los intereses legales procedentes por demora en el pago.

SEPTIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas ocasionadas por este recurso de casación ni por las devengadas en la instancia.

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

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Adolfo, contra la sentencia de la Sección 8ª, Sala de lo Contencioso-administrativo, del TSJ de Madrid, de fecha de dieciocho de junio de dos mil diez, que desestima el recurso ordinario num 972/2008 EDJ 2010/156394 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

SEGUNDO.- Casamos y anulamos la referida sentencia EDJ 2010/156394 , y reconocemos la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, que se cuantifica en 250.000Eur. -doscientos cincuenta mil euros- que se entiende actualizada a la fecha de la sentencia de instancia, cantidad que en su caso, devengará el interés legal, conforme dispone el artículo 106.2 de la ley Jurisdiccional.

TERCERO.- Sin especial condena de las costas originadas por este recurso de casación ni por los originados en la instancia

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 Martí, 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: 28079130042012100175