

Resumen

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AN que declaró ajustada a derecho la resolución denegatoria de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. La Sala considera que la intervención quirúrgica se llevó a cabo por quien estaba indicado para hacerla puesto que conocía la técnica necesaria para ello, de manera que se ajustó a la "lex artis" y así resulta del informe pericial prestado en la instancia y no hubo pérdida de oportunidad puesto que se ofrecieron alternativas terapéuticas y se aceptó la intervención una vez convenientemente informada la paciente de las características de la misma y las posibles complicaciones.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
art.139.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	9

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ASISTENCIA SANITARIA

RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

PRUEBA

Denegación

Pericial

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Consentimiento informado

Nexo causal

Nexo causal inexistente

Prueba

No procede la indemnización

SANIDAD

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administración estatal (funciones ejecutivas); Desfavorable a: Damnificado

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.139.1 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.10 de Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Cita RD 1476/2001 de 27 diciembre 2001

Cita LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal

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

Cita art.238 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.2, art.24.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 19 septiembre 2012 (J2012/206717)

Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - Prueba STS Sala 3ª de 18 enero 2005 (J2005/3745)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - No procede la indemnización, ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 18 junio 2004 (J2004/63831)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de junio de dos mil once.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 497 de 2007, interpuesto por el Procurador D. Román Velasco Fernández en nombre y representación de Doña Fidela, contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha veintidós de noviembre de dos mil seis, en el recurso contencioso-administrativo número 925 de 2001.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, dictó Sentencia, el veintidós de noviembre de dos mil seis, en el Recurso número 497 de 2007, en cuya parte dispositiva se establecía: " DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Dª Fidela contra la desestimación presunta del Ministerio de Sanidad y Consumo a su reclamación de responsabilidad patrimonial, confirmando la misma por ser ajustada al ordenamiento jurídico. Sin imposición de costas".

SEGUNDO.- En escrito de veintiocho de diciembre de dos mil seis, el Procurador D. Román Velasco Fernández en nombre y representación de Doña Fidela, interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha veintidós de noviembre de dos mil seis.

La Sala de Instancia, por Providencia de ocho de enero de dos mil siete, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de veintisiete de febrero de dos mil siete, el Procurador D. Román Velasco Fernández en nombre y representación de Doña Fidela, procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de once de julio de dos mil siete.

CUARTO.- En escritos de veintisiete de noviembre de dos mil siete y nueve de enero de dos mil ocho, la Procuradora Doña Adela Cano Lantero, en nombre y representación de Mapfre Industrial, S.A. y el Sr. Abogado del Estado, en la representación y defensa que legalmente ostenta, respectivamente, manifiestan su oposición al Recurso de Casación y solicitan se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

Por Diligencia de Ordenación de fecha dieciséis de marzo de dos mil once, se tiene por personado en nombre y presentación procesal de Doña Adolfinia, al Procurador D. José Antonio Sandín Fernández, en sustitución del Procurador D. Román Velasco Fernández.

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día veintidós de junio de dos mil once, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D.ª Fidela interpone recurso de casación frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de veintidós de noviembre de dos mil seis, pronunciada en el recurso num. 925/2001, que desestimó el mismo deducido contra la desestimación presunta del Ministerio de Sanidad y Consumo de la reclamación de responsabilidad patrimonial "derivada de intervención quirúrgica por hernia discal a que fue sometida en el Complejo Hospitalario de Ciudad Real el 9 de enero de 1997, la cual, según manifiesta, se realizó a nivel L4-S1, cuando la hernia había sido informada a nivel L5-S1, y haber sido realizada por traumatólogos en lugar de por neurocirujanos".

SEGUNDO.- En el fundamento primero la sentencia expone la posición de la recurrente y las razones en las que la misma se funda, y así expresa que: "Sostiene que esta intervención incorrecta determinó que persistiera la hernia y se encontraran fragmentos de disco a nivel L-4, así como la necesidad de realizar una reintervención, no obstante la cual, sigue presentando fuertes dolores a nivel lumbar y cervical, así como mareos, vértigos y cefaleas irreversibles, que han dado lugar a la declaración de Incapacidad Permanente Total. Alega que, además, se conculcó su derecho a la información o consentimiento informado, dado que no fue informada adecuadamente de otras alternativas terapéuticas, posibles complicaciones postquirúrgicas, riesgos típicos de la intervención, como tampoco que la intervención

debía ser realizada por neurocirujanos y no por traumatólogos, y la paciente no dio su consentimiento expreso a la fibrosis postquirúrgica consecuente a la mala praxis desarrollada en la intervención, ni a esa mala praxis".

El fundamento segundo rechaza la extemporaneidad de la reclamación que planteó la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y en el tercero se refiere a la legitimación pasiva de la misma, para concluir que: "Así, una cosa es que la ficción del silencio permita al administrado la interposición del recurso correspondiente, mitigándose así los efectos perniciosos que, en otro caso, se podrían derivar de la inactividad de la Administración en decidir, y otra distinta la persistencia de la obligación de ésta última de resolver. El administrado podrá, pues, optar entre entender desestimada su petición, a los solos efectos de la interposición del pertinente recurso, o esperar la resolución expresa" o definitiva. En expresión del artículo 20 de la Ley 12/83 - pero tal elección no puede condicionar las obligaciones derivadas de una subrogación de competencia impuesta, primero por la Ley y después, por el Decreto de transferencia.

Tales argumentos llevan al Tribunal Supremo a considerar que ha de entenderse que la actuación administrativa, en los supuestos de falta de resolución expresa, una vez producido el traspaso a la Comunidad Autónoma de las funciones y servicios del Instituto Nacional de Salud -INSALUD-, ha de atribuirse a la Administración Autonómica.

Ahora bien, en los casos contemplados en las referidas sentencias el recurso contencioso administrativo correspondiente se había interpuesto con posterioridad a la efectividad del traspaso, mientras que en el supuesto que ahora nos ocupa se interpuso el 31 de diciembre de 2001, esto es, antes de que hubiera tenido lugar la efectividad del traspaso de competencias en materia de asistencia sanitaria producido por el Real Decreto 1476/2001 EDL 2001/49798 .

Así, en el momento en que se interpone el recurso, el acto administrativo producido por silencio administrativo era atribuible a la Administración del Estado que era la competente para resolver, y que, por tanto, deberá responder, en su caso, de las consecuencias que se deriven del mismo".

Dedica la sentencia los fundamentos cuarto, quinto y sexto a la consideración de la normativa que rige la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y la interpretación jurisprudencial de la misma con carácter general, para seguidamente examinar la relativa a la que es propia de la responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria que prestan esas Administraciones a través de los distintos servicios territoriales.

Y ya en el fundamento séptimo enfrenta el supuesto concreto y examina el informe que llevó a cabo el inspector médico, y dice que: "La cuestión que se plantea es, pues, la determinación de si ha existido una actuación médica deficiente o inadecuada en la intervención quirúrgica por hernia discal a que fue sometida la recurrente el 9 de enero de 1997 en el Complejo Hospitalario de Ciudad Real.

En el expediente administrativo, consta el Informe del Médico Inspector de fecha 20 de julio de 2001 (folios 167 a 171), que, a la vista de la historia clínica del paciente y de los informes médicos emitidos llega a las siguientes conclusiones:

1º) La paciente ingresó con carácter urgente el día 28-12-96 por presentar lumbociática izquierda secundaria a hernia discal L5-S1 diagnosticada mediante TAC. Tras la realización de una RNM el día 02-01-97 en la que se confirma la existencia de una hernia discal voluminosa L5-S1 extruída, se propone a la paciente la realización de intervención quirúrgica previo consentimiento informado firmado por la paciente (folio 42).

2º) La intervención quirúrgica se lleva a cabo el día 09-01-97 mediante hemilaminectomía con discectomía L5-S1 extrayéndose una hernia extruída, observándose a continuación que la raíz está liberada, tal y como consta en el protocolo quirúrgico de la intervención (folio 53), no apreciándose ningún defecto de la técnica quirúrgica empleada y sin que se produjera ninguna complicación ni incidencia en el transcurso de la misma. Hay que indicar, como señala el jefe del servicio de traumatología, que aunque en el protocolo quirúrgico y en el informe de alta (folio 66) se indica la realización de discectomía L4-S1, la intervención se realizó a nivel de L5-S1 tal y como se comprueba en las pruebas de diagnóstico por imagen realizadas en el postoperatorio.

3º) Tras la intervención quirúrgica la paciente presentó mejoría clínica con disminución del dolor y de las parestesias, si bien persistió el dolor lumbar (folios 7, 58 y 59), siendo a partir de mayo de 1997 cuando la paciente comienza a empeorar con aumento de dolor e irradiación a MII (folios 68 a 70).

4º) Cuando acude al Hospital Clínico Lozano Blesa la paciente es diagnosticada de fibrosis postquirúrgica con una hernia discal L4-L5 que comprimía la raíz correspondiente, extrayéndose en la intervención quirúrgica realizada el 12-05-98 un "voluminoso prolapso discal libre en canal espinal", tratándose, por tanto, de otra hernia discal a nivel superior a la intervenida en el Complejo Hospitalario de Ciudad Real y responsable del empeoramiento clínico de la paciente. Tras esta segunda intervención quirúrgica, la paciente experimentó mejoría, pero posteriormente, al igual que en la primera intervención, fueron apareciendo lumbagos de repetición y lumbociáticas (folio 9) que están en relación con la fibrosis postquirúrgica perirradicular a nivel L4-L5 y L5-S1 puesta de manifiesto en las diferentes RNM realizadas en el postoperatorio, la última de ellas de fecha 05-12-00 (folio 125).

5º) La fibrosis peridural secundaria a la cirugía discal lumbar constituye una de las complicaciones postquirúrgicas más frecuentes, siendo una de las causas más importantes de la recidiva del dolor radicular. Después de toda intervención quirúrgica se produce siempre la formación de tejido cicatricial alrededor de la raíz nerviosa operada, dicha fibrosis cicatricial que se desarrolla en las primeras semanas después de la intervención puede producir adherencias que se fijan, engloban o comprimen la duramadre o las raíces nerviosas espinales. Así, movimientos como la elevación de la pierna recta o caminar obliga a las últimas raíces a realizar deslizamientos, que cuando se oponen a la fijación rígida de la raíz nerviosa o de la duramadre por la densa fibrosis cicatricial, el resultado es el dolor debido a la tracción de las mismas.

6º) Por último, indicar que la clínica a que hace referencia la paciente en el escrito de la reclamación en el que indica que presenta dolor a nivel cervical, así como mareos, vértigos y cefaleas, difícilmente puede ser achacable a la intervención quirúrgica realizada en

el Complejo Hospitalario de Ciudad Real; resultando perfectamente justificada la sintomatología por los cambios degenerativos que presenta a nivel cervical y la existencia de una hernia discal a nivel C6-C7 (folios 98 y 99)".

Dedica el fundamento octavo a la prueba pericial médica practicada que examina con detalle: "En fase probatoria se practicó prueba pericial médica propuesta por la parte recurrente, realizando el perito D. Lucio, Neurocirujano, previo estudio de los documentos e informes obrantes en el expediente, un primer informe en el que concluye que según resonancia de 22 de marzo de 1998 realizada a los 13 meses de la primera intervención, la intervención fue realizada en el interespacio L5-S1, quedando en dicho espacio muy pocos restos discales, y, por otra parte, presenta una protrusión a nivel superior L4-L5. Y solicita a la Sala que requiera todas las pruebas radiológicas pre y postoperatorias del Complejo Hospitalario de Ciudad Real, para mejor poder informar sobre el caso. Señala que el Dr. Valeriano intervino la hernia L4-L5 y probablemente revisó el interespacio L5-S1 por su fibrosis, pero ya no existía hernia en el espacio L5-S1, aunque sí algunos restos discales. Esto lo confirma D. Valeriano en sus informes de 7-09-99, 8-02-01 y 7-05-01. Y que el resultado quirúrgico inmediato de ambas intervenciones no fue bueno, lo cual es frecuente en dolores crónicos, aunque la indicación quirúrgica fuera la apropiada en ambas ocasiones.

Solicitado y recibido el historial clínico de la recurrente, el perito realiza nuevo informe en el que manifiesta que necesita ver: a) Rayos X de columna lumbosacra preoperatorio; b) Resonancia lumbosacra postoperatoria y preoperatorio; y c) Rayos X de columna lumbosacra postoperatoria de la primera intervención.

Requerida dicha documentación al Complejo Hospitalario de Ciudad Real, y remitidas por el mismo, tuvo lugar la ratificación de los informes emitidos, acto en el cual manifestó que:

1.- Examinada la radiología remitida por el Complejo Hospitalario de Ciudad Real, se ratifica en su manifestación primera de que el espacio operado era la L5-S1.

2.- Según la resonancia postoperatoria de 22 de marzo de 1998, es decir, unos 13 meses después de la primera intervención, en donde se informa de protrusiones discales de L4-L5 y de L5-S1, la resonancia preoperatoria de 2 de enero de 1997 en su informe muestra una voluminosa hernia discal L5-S1 con una protrusión, es decir, una hernia menor en L4-L5, por lo que concluye que el espacio operado es el de la voluminosa hernia discal L5-S1.

3.- En relación a la cuestión de si en la segunda intervención se reintervino el mismo espacio, indica que el problema es que los informes de los dos neurocirujanos, el Dr. Baltasar y D. Valeriano que sería quien le reintervendría posteriormente, dan lugar a confusión. D. Valeriano, que le reinterviene, lo hace en el espacio L4-L5, según su protocolo quirúrgico, con una flavectomía, es decir, que en ese espacio no había sido intervenido previamente pues para quitar una hernia discal es preciso quitar el ligamento amarillo que es lo que se llama flavectomía, luego, por tanto, D. Valeriano operó el espacio L4-L5, pero en su protocolo quirúrgico no figura que revisara el espacio L5-S1, y, por tanto, sí quedaban restos discales en este espacio.

4.- Sobre si de la primera intervención se deriva la necesidad de una posterior reintervención, señala que en la resonancia preoperatoria ya figura una voluminosa hernia discal en L5-S1 con una protrusión, es decir, una hernia menor en L4-L5. Es razonable pensar que es la voluminosa hernia discal la que produce los síntomas en la enferma, por lo cual es adecuado operar sólo el espacio L5-S1. Según la evolución de la enferma, que no fue adecuada, era razonable pensar que operando un espacio más arriba, es decir L4-L5, y quitando la cicatriz de las raíces nerviosas del espacio operado previamente, la enferma podría mejorar, por lo cual estaba indicada la intervención D. Valeriano. Lo mismo pensó D. Baltasar, otro neurocirujano que vio a la enferma, sobre revisar ambos espacios. No figura que D. Valeriano revisara el espacio operado. D. Baltasar en su informe habla de haberse operado el espacio L4-L5, lo que no es cierto, como se demuestra en la resonancia postoperatoria, que se ve la cicatriz en el espacio L5-S1 y no en el L4-L5, y siempre que se opera, en la resonancia magnética de contraste, gadolinio, toma contraste la zona operada y no la de más arriba.

5.- Después de operar el Dr. Humberto el espacio L5-S1 ese espacio queda con una cicatriz, lo cual es lo habitual y posiblemente con algún resto discal que también es habitual.

6.- Al hacer la operación se hace un limpiado y curetaje de la zona pero es imposible quitar el disco entero, por lo que quedan restos discales.

7.- El inconveniente de que queden esos restos discales, aunque normalmente no pasa nada, es que, a veces, algún trozo de disco puede afectar a la raíz nerviosa y ser necesario reintervenir.

8.- Que en este caso, como en otros, es imposible saber por la resonancia magnética si hay restos discales o hay combinación de cicatriz más restos discales. La cicatriz toma gadolinio pero los restos discales no, con lo cual, a veces, es difícil saber si hay que reintervenir o no, según la sintomatología del enfermo.

9.- La fibrosis postquirúrgica ocurre siempre en unos enfermos más que en otros, porque es un proceso de cicatrización que no tiene nada que ver con que queden restos discales.

10.- La operación la puede realizar tanto un neurocirujano como un traumatólogo, y que la confusión a que hace referencia en su informe sobre el espacio operado en la primera intervención es simplemente semántica en el informe, pero no tuvo incidencia alguna en la operación. Que el protocolo del ayudante quirúrgico de operar L4-L5 es lo que está mal.

11.- La enferma tenía síntomas desde el año 1994, desde una caída, y a raíz de eso no mejoró a lo largo de 3 años hasta que al final se encontró con una gran hernia discal. Los enfermos crónicos a veces a pesar de que la cirugía sea la adecuada pueden no mejorar, como ha sido el caso de esta enferma. Como dice en sus conclusiones del primer informe, el resultado quirúrgico no fue bueno aunque la indicación quirúrgica fue la adecuada en ambas ocasiones, por tanto, es frecuente que los dolores crónicos no evolucionen favorablemente, a pesar de dos o más intervenciones".

Y en el fundamento noveno alcanza la conclusión de que la asistencia prestada fue correcta y ajustada a la *lex artis* y para ello afirma que "Así, a la vista de los informes obrantes en el expediente y el resultado de la prueba pericial practicada, se aprecia que la asistencia sanitaria prestada a la recurrente en el Complejo Hospitalario de Ciudad Real fue correcta y ajustada a la *lex artis*", dado que las intervenciones a que fue sometida la misma estaban indicadas en cada momento, según concluye el perito, no obstante no haber sido bueno el resultado quirúrgico debido a la patología crónica que padecía la paciente, y no a una incorrecta actuación médica, como sostiene la parte demandante.

Ésta indica en la demanda que la intervención de la hernia realizada el 09-01-97, lo fue a nivel L4-S1, cuando había sido informada a nivel L5-S1, ahora bien tal afirmación ha sido desvirtuada por el Inspector Médico, así como por el perito que han informado la existencia de un error semántico en el protocolo quirúrgico y en el informe de alta producido por el ayudante quirúrgico que elaboró el protocolo, ya que en los mismos se indica la realización de discectomía L4-S1, y sin embargo, de las pruebas de diagnóstico por imagen postoperatorias se comprueba que el espacio operado fue el L5-S1, tal y como estaba indicado.

También atribuye la parte actora la deficiente asistencia sanitaria al hecho de que esta primera intervención fuera realizada por un traumatólogo y no por un neurocirujano, pero sobre esta cuestión el perito ha manifestado que las hernias discales deben ser intervenidas por quien sabe hacerlo, que tanto puede ser un neurocirujano como un traumatólogo; y en todo caso, no resulta que ese hecho hubiera tenido incidencia alguna en la referida intervención, dado que, como se ha expuesto, la misma estaba indicada, se realizó en el espacio procedente (L5-S1), y la mala evolución posterior fue debida a la cronicidad de la patología que presentaba la enferma y no a una deficiente actuación médica.

La existencia de fragmentos de disco a nivel L4 tras la operación no fue debido a una mala praxis quirúrgica, como mantiene la recurrente, siendo algo normal en este tipo de operaciones al ser imposible quitar el disco entero, no obstante la limpieza y curetaje que se hace de la zona, no constando que la existencia de los mismos hubiera influido en la evolución postoperatoria de la paciente, como ha indicado el perito.

Tampoco la fibrosis postquirúrgica que presentó la paciente tras la primera intervención fue debida a una mala praxis médica, ni al hecho de que la misma hubiera sido realizada por traumatólogos, como se mantiene en la demanda, dado que, tal y como ha manifestado el perito, es un proceso de cicatrización, que ocurre en unos pacientes más que en otros y que no tiene que ver con la existencia de restos discales".

El fundamento décimo y el decimoprimeros los dedica la sentencia al estudio del consentimiento informado en la legislación y la jurisprudencia y concluye que la paciente fue informada adecuadamente. Dice la Sentencia: "Por otra parte, se invoca la conculcación del derecho a la información o consentimiento informado, al no haber sido informada adecuadamente de otras alternativas terapéuticas, posibles complicaciones postquirúrgicas, riesgos típicos de la intervención, como tampoco que la intervención debía ser realizada por neurocirujanos y no por traumatólogos, y que no dio su consentimiento expreso a la fibrosis postquirúrgica consecuyente a la mala praxis desarrollada en la intervención.

En cuanto a la validez del consentimiento informado firmado por la recurrente, su determinación exige poner de relieve la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre esta cuestión, y al respecto, la Sentencia de 18 de junio de 2004 EDJ 2004/63831, entre otras muchas, señala que:

"(...) debemos partir de lo que dispone la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228. Su artículo 10 expresa que toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho "a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento" (apartado 5); "a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención", (apartado 6) excepto, entre otros casos que ahora no interesan, "cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas" (letra b)); y, finalmente, "a que quede constancia por escrito de todo su proceso" (apartado 11).

Se da así realidad legislativa al llamado "consentimiento informado", estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas y que en la fecha en que se produce la intervención quirúrgica que da lugar a este proceso constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal pone de manifiesto el carácter consustancial que el elemento de la información tiene con la prestación de consentimiento en relación con la disposición de los datos personales EDL 1999/63731, pues en el artículo 3.h se define el consentimiento del interesado como "toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen" y en el artículo 11.3 dispone que "Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar".

Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada --puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente-- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez,

dificultaría el ejercicio de la función médica --no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión--, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración).

La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 41/2002 EDL 2002/44837, aunque no aplicable por la fecha en que ocurrieron los hechos, viene a confirmar la doctrina expuesta, al indicar que: "1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones".

Pues bien, en el caso de autos podemos concluir que el consentimiento informado prestado por la paciente y que aparece en el folio 33 del expediente administrativo y ha sido también remitido posteriormente por el Complejo Hospitalario de Ciudad Real para su incorporación a los autos, se ajusta a lo establecido en dicho precepto y a la doctrina jurisprudencial expuesta, pues en el mismo consta: "Manifiesto haber sido informado de otras alternativas terapéuticas, de los índices de mortalidad, y de las posibles complicaciones que se puedan derivar del precitado tratamiento, habiendo resaltado las siguientes: infección, trombosis, lesión de raíz, lesión de duramadre, lesión vascular o nerviosa, y consecuentes a patología asociada: hepatitis. También reconozco haber sido informado a plena satisfacción del que suscribe, cuantas dudas he planteado en relación con este proceso".

De ello se deduce, por tanto, que fue informada adecuadamente de otras alternativas terapéuticas, así como de las posibles complicaciones postquirúrgicas, destacándose algunas de ellas, y, no obstante, la paciente prestó su consentimiento a la intervención, sin que fuera procedente informarla que la operación debía ser realizada por neurocirujanos y no por traumatólogos, pues, como se expuso anteriormente, ambos especialistas están plenamente facultados para practicar dicha intervención.

Manifiesta que no prestó su consentimiento a la fibrosis postquirúrgica consecuente a la mala praxis desarrollada en la intervención, sin embargo, además de no ser debida la misma a una mala praxis, como se ha indicado anteriormente, sino al proceso de cicatrización posterior a la intervención, que ocurre en unos pacientes más que en otros, como señaló el perito, el Inspector médico informó que "la fibrosis peridural secundaria a la cirugía discal constituye una de las complicaciones postquirúrgicas más frecuentes, siendo una de las causas más importantes de la recidiva del dolor radicular. Después de toda intervención quirúrgica se produce siempre la formación de tejido cicatricial alrededor de la raíz nerviosa operada, dicha fibrosis cicatricial que se desarrolla en las primeras semanas después de la intervención puede producir adherencias que se fijan, engloban o comprimen la duramadre o las raíces nerviosas espinales. Así, movimientos como la elevación de la pierna recta o caminar obliga a las últimas raíces a realizar deslizamientos, que cuando se oponen a la fijación rígida de la raíz nerviosa o de la duramadre por la densa fibrosis cicatricial, el resultado es el dolor debido a la tracción de las mismas". Y resulta que en el consentimiento informado firmado por la paciente consta expresamente, como posibles complicaciones de la intervención, las lesiones de raíz, lesiones de duramadre y lesiones vasculares o nerviosas, por lo que hay que concluir que fue adecuadamente informada de tales circunstancias.

En consecuencia, no se aprecia relación de causalidad entre la actuación médica recibida por la recurrente y las secuelas que quedaron de su lesión, debiendo desestimar el recurso interpuesto".

TERCERO.- El recurso de casación contiene un primer motivo al amparo del apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte".

Afirma el motivo que: "da por reproducido todo lo antedicho en las conclusiones para advertir cómo la Sentencia de la Audiencia Nacional nos ha generado indefensión, puesto que ha hecho una valoración ilógica de la prueba, dado que se infiere la mala praxis por conculcación del derecho a la información y por actuación ajena a Protocolo, tal como se infiere del documento fechado en Ciudad Real el 22/6/2004, que explícitamente refiere allí la inexistencia en Ciudad Real de actividad quirúrgica para hernias discales. El folio 33 que cita la Sala, en modo alguno puede servirnos como documento de base de un consentimiento informado como Dios quiere y manda o incumplimiento de la mera legalidad ordinaria, en congruencia con lo que ha dicho la Unificación de Doctrina en su sentencia de 18/1/2005, que no cita la Audiencia Nacional y que sí se le invocó en las Conclusiones.

La defectuosa praxis se infiere del acto propio consistente en la nota interior de 22/6/2004 que firma Director Médico de Ciudad Real D. Luis Pedro en congruencia con el requerimiento que le hizo la Audiencia Nacional. Da por reproducido todo lo antedicho en escrito de Conclusiones presentado en la Audiencia Nacional y expresamente solicita la nulidad de actuaciones para que materialmente se practique la prueba resuelta por la propia Audiencia Nacional en el Auto de 28/11/2005. El Auto de 28/11/2005 de la Audiencia Nacional refería una prueba que se tiene que practicar inexorablemente.

La actora reiteró en la Audiencia Nacional, tal como acredita con la transcripción de las conclusiones que la Audiencia Nacional hubiera atendido su propio Auto de 28/1/2005 y así lo pidió en escrito fechado a pie de página 3/4/2006.

La cuestión princep del procedimiento versa en torno a la defectuosa praxis singularmente en relación con la ausencia de consentimiento informado".

Solicita la recurrente la retroacción de actuaciones hasta el Auto de 28 de noviembre de 2005.

Alega que la fibrosis posquirúrgica no figura como riesgo típico en el documento de consentimiento informado. Reproduce el escrito de conclusiones.

Mantiene que el documento de consentimiento no cumple los requisitos precisos. No se identifica al médico informante que no informa de nada puesto que es un documento genérico de consentimiento del que se identifican los riesgos típicos de esa técnica quirúrgica que es de neurocirugía y no de traumatología "hemilectomía".

Reproduce distintos documentos de consentimiento informado que toma de internet y afirma que la intervención la llevó a cabo el servicio de traumatología y dice que no puede aceptar que la información la diese el Dr. Borja cuando la llevó a cabo D. Humberto.

Reproduce documentos que aparecen en las actuaciones y añade que la intervención que se hizo en Ciudad Real estaba fuera de la normopraxis puesto que no se realizaban en esa ciudad y cita de nuevo el documento de 22 de junio de 2004.

Vuelve al contenido del documento de consentimiento informado. Posteriormente da por reproducidos los exponendos primero a decimonoveno de la demanda, así como los fundamentos de derecho en los que reproduce sentencias de esta Sala, Sección Sexta.

El Sr. Abogado del Estado opone la no admisión del recurso por que el mismo desconoce la esencia del recurso de casación que es la de la crítica de la sentencia de instancia, mientras que en este supuesto lo que hace el recurrente es reproducir el escrito de conclusiones y la demanda, solicitando la retroacción de actuaciones para practicar una prueba que obra unida a los autos.

En cuanto a los motivos, y en relación al primero rechaza la práctica de esa prueba por innecesaria porque la misma está en los autos, folio 33. E insiste en el hecho de que el escrito reproduce lo alegado en la instancia.

La aseguradora personada opone al primer motivo su no admisión porque no concreta en qué vicios incurrió la sentencia ni que normas procesales se infringieron. La cita de los preceptos que menciona es insuficiente a esos fines. E igualmente rechaza que se solicite retroacción de actuaciones que es innecesaria.

Antes de seguir adelante con el conocimiento del motivo conviene afirmar que como propone el Sr. Abogado del Estado no ya el motivo sino el recurso en sí debería ser inadmitido. La razón que nos lleva ha hacer esa afirmación es que el escrito de interposición no lleva a cabo en puridad una crítica de la sentencia de instancia sino que se limita a reproducir los argumentos que exhibió en la demanda y en conclusiones hasta el punto que los reproduce prácticamente en su integridad.

Dicho esto no podemos por mas que convenir con la demandada y codemandada en que tal y como expuso la sentencia, de la prueba resulta que las intervenciones que padeció la recurrente no guardan relación entre sí, son independientes una de otra, no hubo reintervención sino segunda intervención y se efectuaron conforme a la lex artis.

En cuanto al consentimiento informado se ajustó a las características de la primera intervención que es para la que se prestó, y recogió las alternativas terapéuticas existentes, y las posibles complicaciones que podrían producirse, entre las que se encuentra la fibrosis postquirúrgica, que no es propiamente una complicación en cuanto tal, sino una consecuencia de la intervención fruto de la cicatrización de toda intervención, y que adquiere una u otra dimensión y produce unos u otros problemas según las circunstancias del paciente, con consecuencias siempre generalmente dolorosas tal y como se explica en el informe pericial.

Por lo que hace a que se practique la intervención por neurocirujano o traumatólogo a la que se da evidente trascendencia en el recurso carece de ella, por que como se explica en el informe del perito esas intervenciones siempre delicadas dada la naturaleza de la zona sobre la que se opera, la realiza quien está preparado para desarrollar la técnica que precisan, e, indistintamente, puede llevarla a cabo tanto un traumatólogo como un neurcirujano.

Ello sin olvidar el modo improcedente en que se plantea el motivo que invoca el apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, para luego cuestionar la valoración de la prueba lo que solo puede realizarse por el apartado d) del mismo ordinal y precepto de la Ley Jurisdiccional citada.

CUARTO.- La recurrente formula un segundo motivo con igual amparo que el anterior por "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte".

Afirma que la sentencia conculca los artículos 24.1 y 2 CE EDL 1978/3879, y 238 LOPJ. EDL 1985/8754 Asegura que "la sentencia de origen nos genera indefensión pues hace una interpretación ilógica de la prueba practicada.

La sentencia incurre en error patente en la valoración de la prueba y en las intervenciones quirúrgicas practicadas.

La parte actora se remite al folio 33 de los Autos, puesto que dicho documento en modo alguno puede entenderse como documento de consentimiento informado "ad hoc". La actora reproduce ese documento al final del escrito de interposición de la casación.

La defectuosa valoración de la prueba se infiere de la documental obrante. El documento fechado en Zaragoza el 8/2/2001 del profesor Valeriano ".

Refuta este motivo el Sr. Abogado del Estado por que no se práctica una reintervención sino una nueva intervención en un nivel distinto por otra hernia diferente de la inicialmente tratada e intervenida.

A su vez la aseguradora se opone conjuntamente a los motivos segundo y tercero que reproducen el anterior y pretende valorar la prueba lo que no es procedente invocando los vicios de la sentencia o del proceso del apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción.

Para rechazar este motivo sería bastante con remitirnos al anterior. El mismo insiste en las mismas cuestiones, reproduciendo lo sostenido en la instancia e incidiendo como en el anterior en un error evidente al plantear una indebida valoración de la prueba a la que tilda de arbitraria e ilógica por el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción cuando esa cuestión no tiene otro cauce en casación que no sea el del apartado d) de ese ordinal y precepto.

QUINTO.- El tercer motivo insiste, también, en la infracción del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción por "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte".

Y afirma que la sentencia conculca idénticos artículos 24.1 y 2 CE EDL 1978/3879, y 238 LOPJ EDL 1985/8754 "toda vez que la sentencia de origen nos traslada la totalidad del "onus probandi" y nos lleva al terreno de la probatio diabólica pues es la contraparte la que tiene que probar la existencia correcta del consentimiento informado y no nosotros que habíamos aducido su inexistencia o al menos su existencia completa (sic) y ajena al rigorismo formal que supone la existencia de un conocimiento cabal-consecuencias del acto quirúrgico.

La parte actora ha sufrido indefensión a retomar ante el TC, puesto que ya en su demanda aducía el tema del consentimiento informado-inexistencia del mismo o existencia incompleta, de tal manera que le correspondía a la contraparte haber probado su existencia.

La sentencia conculca la regla "rex ipsa loquitur". La cosa habla por sí sola. La actora fue atendida indebidamente en Ciudad Real por traumatología, pero resulta que el "Protocolo" del mismo Hospital refería que las hernias de disco se derivasen fuera de Ciudad Real. La evolución posterior tras la primera intervención en Ciudad Real no ha sido buena y eso evidencia la actuación ajena a normopraxis, puesto que indebidamente, algo tuvo que fallar en Ciudad Real y lo primero que falló, es que la actora fue atendida en traumatología de Ciudad Real en unas fechas en las cuales el "Protocolo", tal como veremos en documento interno de 22/6/2004, firmado por el Director Médico, decía explícitamente que las hernias de disco se operaban todas fuera de Ciudad Real, por lo que aquí hubo una actuación singular ajena a normopraxis puesto que también se invoca la teoría de la pérdida de la oportunidad dado que a la actora le podrían haber ido mejor las cosas si hubiera sido atendida fuera de Ciudad Real en congruencia con el Protocolo".

La defensa del Estado afirma que el mismo carece de fundamento puesto que la prueba que se dice inexistente está en el expediente y en los autos.

Tampoco este motivo resiste el más leve análisis en cuanto al modo en que se plantea y al contenido del mismo. La regla que se dice infringida cuando afirma que los hechos hablan por sí solos no puede ser más contundente tal y como resulta de la sentencia, en contra de lo que afirma el motivo.

La sentencia afirma sin género de duda que la intervención fue conforme a la lex artis y en cuanto al consentimiento informado es igualmente contundente en cuanto a que se ajustó a lo que cabía esperar para una intervención como la que se iba a practicar. Por otra parte la referencia a la carga de la prueba carece de razón de ser por que desde el primer momento el documento estuvo a disposición de la Sala y obraba en el expediente de modo que resulta incomprensible que se afirme que hay que retrotraer actuaciones para practicar esa prueba.

SEXTO.- El cuarto motivo se acoge al apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

Según el motivo la sentencia no respeta la jurisprudencia de esta Sala, sentencia dictada en unificación de doctrina de 18 de enero de 2005, recurso de casación num. 166/2004 EDJ 2005/3745 que reproduce.

Para el Sr. Abogado del Estado ocurre en este supuesto como con el segundo de los motivos y el tercero puesto que reproduce los anteriores y pretende valorar la prueba lo que no es procedente invocando los vicios de la sentencia o del proceso del apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción.

En cuanto a este motivo la aseguradora niega que la sentencia que se cita sea de aplicación porque el supuesto de hecho es completamente distinto al aquí contemplado.

También este motivo debe rechazarse. Se funda en que la sentencia de instancia desconoce la jurisprudencia de esta Sala para lo que cita una sentencia que contempla una situación diametralmente distinta a la que resolvió la sentencia aquí recurrida. En la sentencia que se cita la Sala se enfrentó a un supuesto en que el no existió consentimiento informado mientras que en el que examinó la Sala de instancia en este supuesto, si existió consentimiento y la sentencia declaró que el mismo se ajustaba a las circunstancias y condiciones exigidas por la norma que lo regula.

SÉPTIMO.- El quinto y último motivo se plantea también al amparo del apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

Considera que la sentencia infringe el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 y las sentencias que cita que lo interpretan.

Según el motivo "la actora fue intervenida desde la ajeneidad (sic) al protocolo, pues la nota interior refiere que todos los pacientes se intervenían fuera de Ciudad Real. En el mismo sentido hubo conculcación del derecho a la información y las cosas salieron mal en la primera intervención, tal como se infiere del informe del profesor Valeriano".

La actora da por reproducido todo lo antedicho en su demanda respecto a la ausencia de consentimiento informado y la sentencia de origen conculca la del TS de 18/1/2005 EDJ 2005/3745 e inexplicablemente la sentencia procedente de la Audiencia Nacional toma en consideración y en lo que respecta al consentimiento informado, referencias jurisprudenciales muy improcedentes en la Unificación de Doctrina planteada por el TS en la sentencia de 18/1/2005 ".

De igual modo "la parte actora también invoca la teoría de la pérdida de la oportunidad y la conculcación de la teoría o jurisprudencia que asume esa teoría de la pérdida de la oportunidad. En tanto en cuanto que la actora hubiera sido intervenida por un neurocirujano "ab initio" en congruencia con el Protocolo que nos refiere el documento fechado el 22/6/2004, evidentemente las posibilidades de la primera intervención hubieran sido mucho mejores, pero indebidamente al abordaje quirúrgico de Ciudad Real lo hizo Traumatología en ajeneidad (sic) al propio Protocolo".

En relación con el último de los motivos la defensa del Estado pone de manifiesto en el escrito de oposición que el informe pericial de parte es contrario a lo pretendido por la recurrente en tanto que expresa que la operación tanto la podían practicar traumatólogos como neurocirujanos y que la misma se ajustó a la lex artis.

Se opone al quinto motivo la aseguradora por que ninguno de sus argumentos los tomó en cuenta la sentencia de instancia que los rechazó, y que en todo caso fueron adecuadamente valorados por la sentencia de instancia.

Insiste el motivo en los planteamientos ya rechazados. La intervención se llevó a cabo por quien estaba indicado para hacerla puesto que conocía la técnica necesaria para ello. Se ajustó a la lex artis y así resulta del informe pericial prestado en la instancia y no hubo pérdida de oportunidad puesto que se ofrecieron alternativas terapéuticas y se aceptó la intervención una vez convenientemente informada la paciente de las características de la misma y las posibles complicaciones.

OCTAVO.- Al desestimarse el recurso de conformidad con lo prevenido por el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede hacer expresa condena en costas a la recurrente, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el núm. 3 del artículo citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros. (3.000 Eur.), que la misma habrá de satisfacer por mitad a razón de mil quinientos euros a la Administración del Estado y a Mapfe Industrial S.A.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

FALLO

No ha lugar al recurso de casación núm. 497/2007, interpuesto por la representación procesal de D. ^a Fidela, frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de veintidós de noviembre de dos mil seis, pronunciada en el recurso num. 925/2001, que desestimó el mismo deducido contra la desestimación presunta del Ministerio de Sanidad y Consumo de la reclamación de responsabilidad patrimonial "derivada de intervención quirúrgica por hernia discal a que fue sometida en el Complejo Hospitalario de Ciudad Real el 9 de enero de 1997, la cual, según manifiesta, se realizó a nivel L4-S1, cuando la hernia había sido informada a nivel L5-S1, y haber sido realizada por traumatólogos en lugar de por neurocirujanos" que confirmamos, y todo ello con expresa condena en costas a la recurrente con el límite fijado en el fundamento de Derecho octavo de esta Sentencia

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042011100410