

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 5450/2011, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Comunidad de Madrid, a través de sus servicios jurídicos, y por QBE Insurance (Europe) Limited, representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril, contra la sentencia de treinta de junio de dos mil once, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en los autos número 582/2009.

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida en este recurso de casación D. Fernando, representado por el Procurador D. Alberto Collado Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en los autos número 582/2009, dictó sentencia el día treinta de junio de dos mil once, cuyo fallo dice: "Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por Don Fernando, representado por el procurador Don Alberto Collado Martín, contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad ya referenciada, la cual revocamos, y en consecuencia declaramos el derecho del recurrente a que se le indemnice en la cantidad de 300.000 euros, a cuyo pago condenamos a la Administración demandada. Sin condena en costas".

SEGUNDO.- La representación procesal de los recurrentes preparó el recurso de casación y la Sala de instancia tuvo por preparado el mismo, acordando el emplazamiento de las partes.

Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala, y formulado escrito de interposición por la representación procesal de los recurrentes, la Sección Primera acordó por Providencia de veintinueve de febrero de dos mil doce, 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 del escrito de oposición.

TERCERO.- D. Fernando presentó escrito de oposición el 31 de mayo 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 dos de octubre dos mil doce, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de impugnación estima parcialmente la demanda en base, sustancialmente, al siguiente razonamiento: “Uno de los elementos del concepto de Lex artis ad hoc es el consentimiento informado (SSTS de 25 de abril de 1.994 y 24 de mayo de 1.995), habiendo sido calificado por tal motivo como un pilar básico esencial en el que se ha de desenvolver la actividad médica.

La vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de dicha Lex artis. Forma parte de toda actuación asistencial constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los profesionales médicos, antes con la Ley 14/1986 General de Sanidad, y ahora, con mayor precisión con la Ley 41/1992, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, que constituye el marco normativo actual, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

Su exigencia debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción a la Lex artis (STS. 19 de noviembre de 2007) pues una cosa es que la actuación sanitaria se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico.

El art. 8 de la Ley 41/2002 exige que el consentimiento se presente por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa para la salud del paciente.

El art. 3 define el consentimiento informado como 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 su salud.

Debe señalarse que el deber de información resulta inexcusable en las actuaciones en las que exista un determinado porcentaje de posibilidades de resultado lesivo, como parece ser que ocurría en el caso examinado en este recurso: de sumamente compleja y laboriosa y de importantes riesgos potenciales, califica la intervención la Inspección Médica y el perito judicial señala en su informe que es una cirugía laboriosa e importante, aunque considera que el riesgo de lesión medular no es elevado.

Es evidente que en este caso no se ha evidenciado el documento escrito del consentimiento informado, aunque pudiera haber existido, y no se ha acreditado la existencia de una información adecuada a la cirugía que comprendiera los graves riesgos que la intervención llevaba consigo.

Por otro lado, de los medios probatorios existentes en el recurso, esta Sección no puede llegar a la conclusión de que en los propios actos médicos de las dos primeras cirugías, y también en las restantes, se produjera una mala praxis.

Pero sí resulta evidente que se ha producido un daño al paciente, de modo que la lesión causada por un riesgo inherente a la intervención deviene en antijurídica, y que por no haber mediado la información al paciente, este debe ser indemnizado, indemnización que debe atender a retribuir el daño moral causado al paciente precisamente por la pérdida de oportunidad del derecho del paciente a decidir lo que crea más oportuno en orden a la actuación médica.

Con toda la dificultad que una valoración de este tipo tiene al no haber parámetros objetivos a los que ajustarse, siendo inevitable la subjetividad -como han dicho diversas sentencias del Tribunal Supremo: SSTS. 20.7.1996, 21.4.1998 y 13.7.2002- esta Sección considera razonable la condena a la Administración demandada a pagar al recurrente la cantidad de 300.000 euros, lo que supone la estimación parcial de la demanda”.

La sentencia resalta el informe de la Inspección médica, en los siguientes términos: “El informe de la Inspección Sanitaria de 17 de noviembre de 2008 que obra en el expediente administrativo (folios 468 a 475), aportado en soporte digital, precisa en el apartado de "Consideraciones Médicas" que la situación clínica era la de una cifosis congénita que presentaba compromiso morfológico claro de médula a nivel de la angulación y que comienza a dar signos de sufrimiento respiratorio, situación en la que sin lugar a dudas la solución es quirúrgica, ya que es necesario detener el progresivo crecimiento de la patología y los signos respiratorios y de déficit neurológico que inexcusablemente y sin corrección quirúrgica iban a presentarse.

Añade el informe que ha sido imposible encontrar el documento firmado de consentimiento del paciente, aunque deduce que con toda probabilidad existió consentimiento informado y en todo caso suficiente información sobre el riesgo de lesión medular.

En cuanto al daño medular refiere que lo más probable es que se produjera directamente por la descompresión en la primera intervención de 13 de septiembre de 2006, al liberar un cordón medular comprimido durante años, y que el empeoramiento detectado subsiguiente a la segunda intervención pudo ser resultado de la infección de la herida quirúrgica, con formación de abscesos e inflamación que pudo comprometer la médula espinal.

Señala también el informe que el análisis del manejo de clínica emergente en cada momento, profilaxis antibiótica previa a la intervención, antibioterapia empírica de cobertura amplia, cultivos frecuentes y antibiogramas resulta intachable desde el punto de vista de la Lex artis profesional y sin embargo se ha producido una complicación con importantes secuelas definitivas, que incluso considerando como típico el riesgo de déficit neurológico de esa intervención, se concreta en un resultado inferior al esperado.

En sus "Conclusiones" el informe precisa que es presumible la conformidad y suficiente información del paciente y sus familiares para la realización de la intervención quirúrgica, sumamente compleja y laboriosa y de importantes riesgos potenciales porque no existía ninguna otra alternativa terapéutica con posibilidades razonables de éxito.

En cuanto a la planificación de la intervención y desarrollo de la misma se considera adecuada, aunque se produjeron complicaciones, infección de la herida quirúrgica y daño neurológico periférico con un resultado objetivo inferior al esperado.

Por último entiende que el importante grado de discapacidad que afecta al recurrente con carácter previsiblemente definitivo está parcialmente vinculado a la actuación asistencial, a pesar de no haber encontrado ninguna actuación inadecuada que afecte a la Lex artis profesional, por lo que se considera recomendable la aceptación por la Administración de cierta responsabilidad objetiva.

Por su parte el informe del perito médico designado judicialmente a instancia de la parte actora (Folios 122 y sigs. de los autos), señala que la intervención estaba indicada objetivamente no mencionándose nada que la desaconsejara.

Para este perito el paciente quedó paraparéxico a partir de la primera intervención, donde se hizo monitorización intraoperatoria, y se realizó la segunda intervención con este déficit, empeorando la lesión medular con la infección.

Señala también este informe que aunque es una cirugía laboriosa e importante, el riesgo de lesión medular no es elevado, siendo aún menor y, sobre todo más controlable, desde la introducción sistemática de la MIN en estas intervenciones. Los datos conocidos de resultados de la cirugía ortopédica correctiva de escoliosis y cifoescoliosis dorsales en edades juveniles, en cuanto a complicaciones neurológicas son verdaderamente alentadores. El porcentaje de los riesgos de complicación neurológica en la cirugía ortopédica de raquis dorsal, dista muchísimo de la cifra que se cita por el Dr. L. en su informe.

Concluye el informe señalando, tras la descripción del estado del recurrente, la opinión que le merece la desaparición del documento de consentimiento informado, así como que muchos de los aspectos comentados en la asistencia del recurrente se apartan de criterios de actuación adecuados a la Lex artis ad hoc para la patología que sufría".

SEGUNDO.- La letrada de la Comunidad de Madrid formula al amparo del artículo 88.1.d) (desiste del anunciado por el c), los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 8 de la Ley 41/2002, por cuanto aduce que la sentencia recurrida condena por daño moral por inexistencia de consentimiento informado que ha supuesto pérdida de oportunidad del paciente para decidir lo más oportuno en orden a la actuación médica, sin tener en cuenta que la jurisprudencia de la Sala admite la información verbal al

paciente (STS 7.04.11, entre otras) y, esta información es reconocida por el informe de la inspección médica y, por otro lado, es significativo que en el planteamiento de la demanda no se hace referencia alguna a tal déficit de consentimiento informado, lo que presupone que sí existió tal consentimiento firmado; asimismo, nadie ha negado su existencia de forma que la pericial sólo habla de "responsabilidad por negligencia en la custodia de documentación esencial"; y, es claro que la falta de consentimiento informado, de apreciarse, no supuso pérdida de oportunidad, dado que no había alternativa médica posible (informe de la inspección y consideraciones médicas del mismo).

Segundo.- Infracción de los artículos 106 CE en relación con los artículos 139 y 141 de la Ley 30/92, motivado en la cuantía de la condena por daño moral. La revisión de la cuantía se admite por la jurisprudencia cuando resulte arbitraria, desproporcionada o ilógica (SSTS, 16.03.10 rec. 5528/2005, de 9.02.10 rec. 858/2007, o de 15.06.11 rec. 3246/2007) y, en este caso, así es por la propia cuantificación máxima y más exigente del propio recurrente que por la falta de consentimiento estableció 70.000 euros; por no haber existido falta de consentimiento (como hemos expuesto en el motivo anterior), sino violación de deber de custodia; y, porque la ausencia de consentimiento informado no ha supuesto la falta de información, no suponiendo en ningún caso pérdida de oportunidad por no existir alternativas a la intervención supuestamente practicada sin consentimiento informado lo que puede conducir a la reducción de la indemnización según recoge la jurisprudencia de la Sala; además, la sentencia reconoce no existir mala praxis en las intervenciones y, en fin la cuantía está muy alejada de la reconocida por la Sala por daño moral por falta de consentimiento informado (SSTS entre otras, de 14.12.10 rec. 1633/2008).

El representante legal de la Cía. aseguradora QBE Insurance formula por el cauce del artículo 88.1 apartado d) de la LRJCA, los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del artículo 24 CE y de la jurisprudencia que lo interpreta en relación con la apreciación de la prueba realizada por la sentencia de instancia y la omisión en la misma de extremos de hecho obrantes en las actuaciones que son relevantes para apreciar si se ha infringido pro dicha sentencia el ordenamiento jurídico.

La mercantil recurrente considera que la sentencia establece la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria en clara infracción de las reglas de la sana crítica por haber llevado a cabo la apreciación de la prueba practicada de modo arbitrario e irrazonable obviando la consideración de hechos fundamentales acreditados en autos lo que supone infracción denunciada en interpretación de la jurisprudencia del TS.

Así la sentencia omite en la valoración de hechos declarados probados extremos de máxima relevancia en cuanto a la consideración de la existencia de información trasladada al paciente sobre la intervención, pues de la historia clínica y del informe de la inspección médica resulta palmariamente acreditada la suficiente información.

Segundo.- Infracción de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/92 y el artículo 106.2 CE y jurisprudencia interpretativa en relación con los requisitos de necesaria concurrencia para apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración (señaladamente el de antijuridicidad de la actuación administrativa, en conexión con la obligación de información al paciente y su consentimiento), y en relación asimismo con la determinación de la indemnización procedente.

Aduce la aseguradora recurrente que derivado del motivo anterior no puede entenderse actuación antijurídica dada la suficiente información prestada. Así lo señalan numerosas SSTs, entre otras muchas citadas, de 20.04.05 y 14.10.02. Por otra parte coincide con la Administración demandada en poner de manifiesto que la sentencia descarta la mala praxis (FD 6º) por lo que el daño no es antijurídico resultando de aplicación la doctrina sobre inexistencia de responsabilidad por falta de información sin antijuridicidad del daño.

Tercero.- Infracción de los 139 y 141 Ley 30/1992, y jurisprudencia que los interpreta en relación con la determinación de la indemnización procedente en aquellos supuestos en que ha de valorarse el daño moral por ausencia de información. Este motivo se articula con carácter subsidiario.

Arguye este recurrente que la sentencia debió valorar el daño moral para determinar la indemnización y no el daño material, lo que supone de acuerdo a nuestra jurisprudencia la reducción de la indemnización a abonar.

TERCERO.- En cuanto 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, 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, 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).

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, 14/1986, art. 8.2. Ley 41/2002) 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 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 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 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, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) 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, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1. CE 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, 25 de marzo de 2010, rec. casación 3944/2008), 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 si existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento".

En el presente caso, los motivos de impugnación -salvo el referido a la cuantía de la indemnización, que luego examinamos- deben ser desestimados, pues la información ofrecida al paciente no está documentada, por lo que debemos considerar que la información, de forma entendible y concreta respecto de las específicas secuelas que podía acarrear la operación, no se constata que se halla ofrecido. No se ha

documentado que se halla ofrecido cumplida información respecto de las posibles secuelas que podría acarrear la operación -varias- a que fue sometido el paciente.

Y la ausencia de consentimiento informado, en este caso y dados los límites propios de este recurso, genera responsabilidad de la administración, como ya hemos señalado, debiendo desestimarse los motivos de impugnación que, en definitiva pretenden una nueva valoración respecto de la efectuada en la instancia.

Procede desestimar el primer motivo alegado por la Comunidad de Madrid y los dos primeros motivos que alega la entidad aseguradora, restando por examinar lo referido a la cuantía de la indemnización otorgada.

CUARTO.- En relación con la cuantía otorgada por la sentencia de instancia, en base a la falta de consentimiento informado, hemos señalado en reiteradas resoluciones, como es el caso, que dicha omisión o insuficiencia puede dar lugar a indemnización, si bien ésta viene ligada a la existencia o no de mala praxis médica. Así, Respecto de la cuantía hemos señalado en nuestra sentencia de fecha 20 de marzo de 2012, recurso 2757/2010: "Pues bien, debemos comenzar afirmando que es reiterada la doctrina de nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de quince de noviembre de dos mil dos, catorce de abril y dieciséis de mayo de dos mil tres, y dos de marzo de dos mil cuatro, que la cuantificación de la indemnización es una cuestión de hecho que corresponde fijar al Tribunal de instancia y por lo tanto, sólo podría tener acceso a la casación esta controversia en la forma en que los hechos declarados como probados por la sentencia impugnada sean combatidos a través de la invocación de normas o jurisprudencia sobre la apreciación de las pruebas, o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contraria a la lógica, irracional o arbitraria. Así lo hemos afirmado en nuestra sentencia de 21 de mayo de 2010".

En supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado, hemos fijado indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 euros, y confirmado indemnizaciones mayores otorgadas por las Salas de instancia en función de las circunstancias del caso concreto. En este sentido la parte recurrida cita la sentencia de 21 de marzo de 2007 (recurso 7394/2002). En todo caso las cuantías obedecen a la casuística, en función de las consecuencias lesivas.

En el presente caso se fija la cuantía en 300.000,- euros, que la Sala entiende proporcionada a la entidad de las lesiones sufridas. Recoge la sentencia que el paciente quedó paraparético a partir de la primera intervención, donde se hizo monitorización intraoperatoria, y se realizó la segunda intervención con este déficit, empeorando la lesión medular con la infección. Entidad de las lesiones y edad del paciente (19 años), relacionadas con la falta de consentimiento que, entendemos, debe llevar a confirmar la indemnización concedida. Apreciamos, en definitiva, que ésta es proporcional por las secuelas padecidas, la pérdida de oportunidad que refleja la sentencia y en función del riesgo que afrontó el paciente, sin la debida información constatada.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien la Sala de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero del citado precepto limita el importe máximo a percibir por los honorarios del Letrado de la parte recurrida a la cantidad de tres mil euros (3.000 €), que satisfarán por mitad cada una de las partes recurrentes.

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid, a través de sus servicios jurídicos, y por QBE Insurance (Europe) Limited, representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril, contra la sentencia de treinta de junio de dos mil once, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en los autos número 582/2009, con expresa condena a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación dentro de los límites señalados en el fundamento jurídico quinto de ésta, nuestra sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.- Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.