

**IGNACIO MELCHOR & ELISA ZABIA
PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES**

Santo Domingo de Silos, 8 1º D
28036 MADRID
ESPAÑA

Tlfs/Phone 91 5647666/Fax: 91 4113958 Móviles 629 01 78 32-629 82 80 12

E-Mail: despacho@melchorzabia.com

TRANSMISIÓN POR FAX

La información contenida en este fax es privada y confidencial, destinada únicamente para el destinatario. Si usted no lo es, no debe copiar, distribuir ni emprender acción alguna en relación con este fax. Si lo ha recibido por error, le rogamos lo notifique inmediatamente por teléfono a cobro revertido al indicado arriba y devuelva el original por correo a la dirección igualmente indicada. Los gastos de envío le serán reembolsados. Muchas gracias.

Fecha : 22 de Abril de 2008
Hojas/ Pages : 23 (incluida la carátula)
Destinatario / To : JOSE ANTONIO RAMOS MESONERO
Tlf. Dest: : 91 7903697

TEXTO:

Estimado compañero:

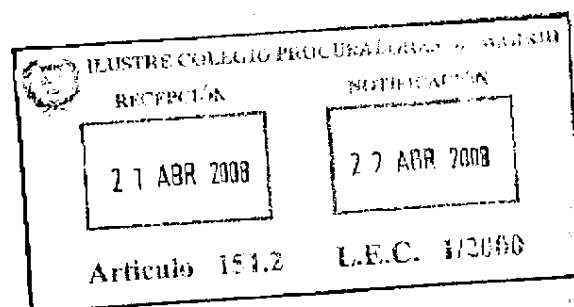
Adjunto te acompaño copia de la sentencia notificada en el día de hoy en el asunto de referencia.

Atentamente.

JDO. TRIBUNAL : TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SALA DE LO
CTCIOSO-ADMVO SECCION 9ª
Nº ASUNTO : 336/05
CLIENTE :
CONTRARIO :
PROCURADOR :
ASUNTO : RECURSO CONT ADMTVO
M/ REF : 177/05

177/05

REC. Nº 336/2005

SENTENCIA Nº 465**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION NOVENA****Ilmos. Sres.:****Presidente:****D.****Magistrados:****Dña.****D.****Dña.****D.****D.**

En la Villa de Madrid, a ocho de abril de dos mil ocho.

VISTO por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso contencioso-administrativo núm. 336/2005, promovido por el Procurador D. Ignacio Melchor de Oruña, en nombre y en representación de D. _____, contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios efectuada a la _____. Ha sido parte en autos la Administración demandada, la _____, y como entidades codemandadas "_____ " representada por el Procurador D. _____ y la entidad "Asepeyo Mutua de Accidentes de Trabajo y

REC. N° 336/2005

Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social n° 151" representada por la
Procuradora Doña

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó al demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, en el que suplica se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoquen los acuerdos recurridos.

SEGUNDO. La defensa de la así como la de las entidades codemandadas contestan a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

TERCERO. Habiéndose recibido el proceso a prueba se emplazó con posterioridad a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones y verificados quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO. Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 14 de febrero de 2008.

QUINTO. En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

REC. Nº 336/2005

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma.Sra. Dña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso contencioso administrativo tiene como objeto determinar si la resolución recurrida es o no conforme con el ordenamiento jurídico, interponiéndose el recurso ante este orden jurisdiccional contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios efectuada en fecha 7 de octubre de 2004 por D. por la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Universitario "12 de Octubre" de Madrid.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente la litis planteada deben destacarse los siguientes hechos:

- a) D. acudió en el mes de diciembre del año 2000 al Hospital "12 de Octubre" por presentar dolores en la rodilla izquierda. Y en enero del año 2001 se le diagnostica, mediante

REC. Nº 336/2005

resonancia magnética, rotura de menisco externo, fenómeno degenerativo en menisco interno y quiste de Baker.

- b) Para evitar las listas de espera se le deriva al Centro Monográfico que la Mutua de Accidentes Asepeyo tiene en Coslada (Madrid) donde se le interviene el día 22 de mayo de 2001. Y se le realiza meniscectomía externa por artroscopia.
- c) En fecha 20 de enero de 2002 el Sr. _____ acudió a Urgencias del Hospital 12 de Octubre refiriendo dolor en rodilla izquierda tras sufrir una caída de una altura de 4-5 metros y se emitió como juicio diagnóstico: contusión en rodilla izquierda.
- d) En fecha 4 de abril de 2002 se realiza una nueva resonancia magnética en su rodilla izquierda, diagnosticándose contusión ósea en el cóndilo femoral interno; rotura del cuerno posterior del menisco externo y muy probable también del menisco interno. Y se inicia estudio preoperatorio para artroscopia de rodilla izquierda y el paciente fue incluido en la lista de espera quirúrgica para la realización de una nueva artroscopia de rodilla izquierda por rotura de menisco externo de rodilla izquierda. Y en enero de 2004 es intervenido de la rodilla izquierda, practicándose una meniscectomía parcial y limpieza articular. Se hizo preciso evacuar un hemartros y un derrame articular en el postoperatorio. El proceso de rehabilitación se inicia en marzo, siendo dado de alta a primeros de junio, con balance articular normal y balance muscular funcional.
- e) En fecha 18 de noviembre de 2002 el Sr. _____ sufrió una nueva caída refiriendo dolor en cadera derecha y rodilla derecha tras caída causal sobre el lado derecho del cuerpo. Y en enero de 2003 se le practica resonancia magnética de rodilla derecha y se informa "compatible con una fisura casi horizontal en el asta posterior del menisco externo". Y en febrero de 2003 se le opera en el Hospital

REC. Nº 336/2005

Carlos III de la rodilla derecha realizándose artroscopia regularizadora del cuerpo menisco externo de rodilla derecha. Se inicia rehabilitación a mediados del mes de marzo y hasta finales de mayo, en que es dado de alta por rehabilitación funcional, con balances articular y muscular normales.

- f) Y las secuelas son: limitación de movilidad en ambas rodillas; dolor en ambas rodillas; dificultad para subir y bajar escaleras, atrofia muscular cuadricipital.

TERCERO.- En la demanda presentada el recurrente, Don _____, solicita que se le indemnicen los daños y perjuicios causados por la deficiente asistencia sanitaria recibida.

Afirma que se ha producido un error de diagnóstico y de tratamiento al tratar una lesión degenerativa de menisco como si se tratara de una lesión traumática cuyos tratamientos médicos son opuestos. Asimismo entiende que ha existido un excesivo retraso en el tratamiento de las lesiones que padecía ya que, de un problema de rodilla iniciado en el año 2000 hasta el año 2004, se han retrasando las tres intervenciones quirúrgicas realizadas.

Asimismo expresa que se ha vulnerado el derecho de información con respecto a la patología que presentaba y las posibilidades de éxito de las intervenciones que le fueron realizadas dado que la Administración ha omitido el trámite del consentimiento informado previo a las intervenciones quirúrgicas. Afirma que no se le ha informado de los riesgos de la intervención ni de las alternativas terapéuticas a la intervención quirúrgica.

REC. Nº 336/2005

Y por ello reclama la indemnización de daños y perjuicios que asciende a la cantidad de 143.658, 81 euros.

Por el contrario, tanto la _____ como las entidades codemandadas entienden que la asistencia sanitaria prestada al recurrente fue totalmente correcta y ajustada a la praxis médica. Incluso en la contestación a la demanda de la entidad Asepeyo se llama la atención sobre el hecho de que las lesiones que sufrió el actor con posterioridad a su primera intervención quirúrgica tienen su causa en los traumatismos de origen accidental que sufrió el actor sin que, por tanto, puedan ser imputadas a una mala praxis de la primera intervención quirúrgica.

CUARTO.- La cuestión objeto de debate consiste en determinar si en la actuación administrativa concurren los requisitos necesarios para que sea posible la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario.

La responsabilidad patrimonial de la Administración viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento

REC. N° 336/2005

de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, disposiciones que son plenamente aplicables al presente caso, dada la fecha de presentación de la reclamación.

Pues bien, el artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, haciendo referencia al régimen jurídico (sustancialmente igual al vigente) que sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado establecían los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (LRJAE) y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, constituyendo así un cuerpo de doctrina legal que figura sistematizada y resumida en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 10 de junio de 1986 y 10 de febrero de 1998.

Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo:

REC. N° 336/2005

- a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.
- b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.
- c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.
- d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

Por último, además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así en sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero y 1 de abril de 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la

REC. N° 336/2005

actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable.

Los anteriores principios permiten constatar el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual, debiendo subrayarse:

a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.



REC. Nº 336/2005

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquélla responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

Es también necesario que la reclamación se presente dentro del año siguiente al hecho que motive la indemnización, conforme a lo que establecía el artículo 40.3, inciso final, de la LRJAE y dispone el artículo 142.5 de la actual LRJPAC.

La jurisprudencia a que se ha hecho referencia exige, para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de la Administración, una relación directa, inmediata y exclusiva de causa o efecto entre la lesión patrimonial y el funcionamiento del servicio.

QUINTO.- A lo expuesto cabe añadir, la consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, según la cual, en las reclamaciones derivadas

REC. N° 336/2005

de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que conduciría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha Lex artis responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado. La existencia de este criterio de la Lex Artis se basa en el principio jurisprudencial de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación se concreta en prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad.

SEXTO.- Pasamos a examinar si en el supuesto de autos ha existido una actuación médica deficiente o inadecuada en la asistencia prestada a D.

, como así mantiene la parte actora.

REC. N° 336/2005

El actor funda su petición de responsabilidad patrimonial en el hecho de que las lesiones y secuelas que sufre han sido ocasionadas por una actuación médica que no se ajusta a las exigencias de la lex artis. En primer lugar considera que fue inadecuada e incorrecta la técnica utilizada en la primera intervención quirúrgica pues es propia de lesiones traumáticas pero no de las lesiones degenerativas como era su caso. Y como la técnica fue inadecuada ello ha sido determinante de la gravedad de las secuelas que sufre. Indica que un signo de que las lesiones en sus rodillas eran debidas a un proceso degenerativo es que su rodilla derecha tuvo idéntico diagnostico que su rodilla izquierda.

En el presente caso nos encontramos como fundamento de las pretensiones de las partes informes periciales aportados por ellas junto con sus escritos de alegaciones y que han sido ratificados en vía judicial. Y dado el carácter técnico de la cuestión sometida a consideración de este Tribunal se trata de determinar cual de los distintos informes, cuyas conclusiones son contrarias, contiene las razones que llevan a esta Sección a una mayor convicción sobre el acaecer de los hechos y las consecuencias técnicas de los mismos a fin de poder determinar si las secuelas que sufre el actor han sido causadas por una actuación medica contraria a la lex artis.

El recurrente basa su solicitud en el informe pericial emitido por el Doctor D.

Esta Sala no puede compartir las conclusiones que se recogen en dicho informe pues mantiene que hubo una inadecuada atención medica dado que los resultados obtenidos no fueron satisfactorios y el actor tuvo que soportar tres intervenciones quirúrgicas, a pesar de lo cual le han quedado al Sr.

importantes limitaciones funcionales en ambas rodillas. Concretamente en dicho informe se concluye lo siguiente: "el efecto terapéutico de una menisectomia suele ser completo, rápido e intenso es decir, el paciente mejora clínicamente tras la cirugía, no hay derrames articulares, no persiste la

REC. N° 336/2005

sintomatología y por supuesto, no se precisa realizar hasta tres cirugías para mejorar dicha sintomatología. Analizando todos los actos quirúrgicos llevados a cabo en el paciente debemos decir que, se ha actuado con una falta de pericia teniendo en cuenta que el tratamiento en todo momento debe buscar el menor riesgo yatrogeno del paciente y como se ha visto, con la mala evolución de su rodilla I, que preciso dos intervenciones y que continuo con los síntomas de forma prácticamente idéntica, se opero también la rodilla D, con los mismos datos clínicos y exploratorios, con la posible lesión degenerativa única como causa de sus síntomas y sin tener en cuenta el mal efecto sobre la rodilla I que debería haber hecho pensar a los especialistas que se estaba operando una imagen de RMN pero no una alteración clínica real. Como hemos visto, la primera cirugía no tenía una adecuada indicación medica, ya que no se puso en evidencia que las alteraciones meniscales pudieran ser las causantes ciertas de las molestias del paciente (no se efectuaron las adecuadas pruebas clínicas que confirmaran que la imagen de la RM efectivamente coincidiera con los síntomas del Sr.). Aun mayor fue la falta de adecuación quirúrgica de las otras dos cirugías efectuadas. La sospecha de que "algo iba mal" debería haber hecho recapacitar a los especialistas en este caso. Entendemos que el tratamiento quirúrgico realizado en ambas rodillas en tres ocasiones, no se ha adecuado a la situación propia del paciente.....sobre todo no se ha adecuado el estado quirúrgico sobre la lesión real ya que en ninguna de las tres cirugías se ha conseguido una mejoría clínica del paciente".

Como se ha indicado anteriormente esta Sala no puede compartir dicha conclusiones porque olvida dos datos esenciales que ponen en duda la veracidad de sus afirmaciones. En primer lugar, la actuación medica es una actuación de medios y no de resultados por lo que únicamente podrá reconocerse responsabilidad patrimonial si no se han puesto a disposición del paciente todos los medios terapéuticos y diagnósticos adecuados a su enfermedad con el fin de obtener la sanidad del enfermo, sanidad que se pretende pero que no siempre se

REC. Nº 336/2005

consigue y en estos casos no puede concluirse, como así mantiene el perito del actor, que estemos ante una actuación medica contraria a la lex artis si la asistencia sanitaria ha puesto a disposición del paciente de todos los medios técnicos que tenia a su alcance para obtener su curación. Como así ha sucedido en el caso del actor, o al menos, al actor no ha demostrado lo contrario. Nuevamente es incorrecta la conclusión del perito del actor cuando mantiene que la actuación médica ha sido contraria a la lex artis pues de haber sido adecuada la primera intervención quirúrgica no hubiera sido necesario que el actor soportara dos nuevas intervenciones quirúrgicas. Y sobre este aspecto, olvida el perito de la parte actora que las dos intervenciones quirúrgicas posteriores que se le realizaron, una en la rodilla derecha y otra en la rodilla izquierda, no se debieron a un proceso degenerativo, como así mantiene, sino a lesiones causadas por traumatismos accidentales y causales que sufrió el paciente por lo que, en ningún caso puede reprocharse que la primera intervención quirúrgica fuera inadecuada y que fuera la causa de que se realizaran las siguientes operaciones. Lo cierto es que las dos intervenciones siguientes se debieron a accidentes traumáticos.

Como ya se ha indicado esta Sala, por las razones antes expuestas, ha negado credibilidad a las conclusiones que se recogen en el informe del perito en que la parte actora ha basado su razonamiento de petición de responsabilidad patrimonial. Pero es que, además, en los informes periciales aportados por las entidades codemandadas contradicen técnicamente las conclusiones recogidas en el informe pericial de la recurrente. Así, en los informes periciales aportados por las entidades codemandadas se concluye que la técnica utilizada en la primera intervención quirúrgica fue adecuada al diagnostico de la lesión que sufría el actor en su rodilla izquierda. Concretamente, por la entidad ‘ ‘ se aporta informe pericial emitido por los Doctores D.

Médicos

Especialistas en Traumatología- en el que se afirma que: "La menisectomia parcial

REC. Nº 336/2005

efectuado por artroscopia es el tratamiento de elección en las meniscopatías siendo los resultados de las dos artroscopias satisfactorios. Hay que tener en cuenta que las rodillas presentaban cambios degenerativos previos a las intervenciones. Se ha demostrado que la meniscectomía total es perjudicial para la rodilla, de manera que actualmente la mayoría de cirujanos recomiendan la reparación meniscal o la meniscectomía parcial para tratar los desgarros meniscales, como así se efectuó en este caso. La ausencia de uno de los meniscos con la consiguiente pérdida de su función produce cambios negativos en la mecánica de la rodilla y puede conducir a la aparición de artrosis precoz y dolor".

Incluso en vía judicial al Doctor Sr. se le pregunta "si en base a las pruebas de diagnóstico realizadas, la técnica procedente a emplear era la de la artroscopia" y responde que si. Idéntica respuesta da cuando se le pregunta "si la intervención practicada al paciente, regularización del menisco, era la apropiada teniendo en cuenta las lesiones y edad del paciente" y también cuando se le pregunta "si el seguimiento postoperatorio y técnicas de rehabilitación empleadas por los facultativos tras la primera intervención fueron correctas y adecuadas".

Por el contrario, el perito de la parte actora en vía judicial en relación sobre si fue correcta la meniscectomía parcial de la rodilla izquierda que se practico al actor insiste en que: "el resultado no ha sido satisfactorio porque se realizo otra cirugía sobre la misma rodilla, el paciente tuvo que acudir en numerosas ocasiones al servicio de urgencias y aun a día de hoy no esta recuperado. Cree que la meniscectomía no era un tratamiento de elección". Mientras que el Sr. ante dicha afirmación expresa que en la rodilla izquierda existe una degeneración meniscal y la artroscopia estaba indicada.

Iguals conclusiones se recogen en el informe pericial emitido por el Dr.
a solicitud de la entidad codemandada "Asepeyo"

REC. Nº 336/2005

cuando afirma que: "se cumplieron de forma adecuada todos y cada uno de los requisitos que conforman la normopraxis asistencial". E incluso, en vía judicial, la parte actora le pregunta si "según los protocolos médicos de actuación, ante un fenómeno degenerativo como el diagnosticado, esta indicada la intervención quirúrgica de menisco." Y contesta que "sí, que es una persona joven con problemas de rodilla y lo lógico es intentar solucionarlo, dado que el calificativo de degenerativo es una apreciación de una imagen virtual (resonancia magnética)".

Por otra parte, debemos destacar que también se ha desvirtuado la afirmación del actor cuando señala que las dos intervenciones quirúrgicas posteriores que soporto se debieron a una incorrecta técnica utilizada en la primera. Como ya se ha indicado anteriormente las siguientes operaciones que sufrió el actor – dos, una en febrero de 2003 y otra en enero de 2004- no se debieron a una incorrección en la técnica utilizada en la primera intervención quirúrgica sino a lesiones causadas en sus dos rodillas por dos traumatismos sufridos por el actor con posterioridad a la primera operación y que debieron corregirse con dos intervenciones quirúrgicas autónomas del resultado obtenido en la primera intervención dado que la causa de las lesiones fue distinta. Sobre esta cuestión el Doctor Sr. resalta la siguiente conclusión: "Se documentan en fechas posteriores, al menos dos caídas de energía considerable con afectación de rodillas. Este dato es esencial, pues es causa suficiente para explicar la evolución posterior y el resultado final". También se afirma que: "para considerar la evolución posterior de ambas rodillas y emitir opiniones diagnósticas, no deben obviarse datos esenciales en la documentación aportada: al menos existieron 2 caídas posteriores a la actuación analizada, de energía considerable y que afectan a las rodillas. Pretender en una persona joven que todo lo que sucede en ambas rodillas es degenerativo ante una inequívoca evidencia traumática no se considera sostenible, no solo por criterios médicos sino incluso de elemental sentido común". Y sobre la trascendencia que tuvieron las dos caídas que sufrió el actor tras la primera

REC. N° 336/2005

intervención quirúrgica el perito Sr. contesta en vía judicial que los traumatismos violentos que sufrió el Sr. pudieron ser el origen de sus posteriores lesiones e intervenciones quirúrgicas.

Y el doctor Sr. expresa en vía judicial que hay dos caídas posteriores por lo que cualquier consideración debe hacerse en base a tal circunstancia, hay un traumatismo.

Por tanto, habiéndose rechazado los razonamientos que tiene en cuenta el recurrente para apoyar su petición de indemnización de daños y perjuicios debemos concluir que no existe relación de casualidad entre la actuación médica y las secuelas que soporta el actor en sus rodillas. En consecuencia, no se ha acreditado la concurrencia de uno de los requisitos necesarios para que pueda hablarse de responsabilidad patrimonial lo cual lleva a esta Sala a desestimar el presente recurso contencioso administrativo.

SEPTIMO.- La parte actora expresa también en su demanda que se ha omitido por parte de la Administración sanitaria el deber de información dado que no se le ha informado sobre las opciones quirúrgicas que podía tener ni tampoco de las secuelas que de las mismas podían derivarse.

Debemos tener en cuenta que al actor se le han practicado tres intervenciones quirúrgicas por lo que la información debe analizarse en relación con cada una de ellas.

Y ello nos remite a la doctrina jurisprudencial existente sobre el consentimiento informado.

REC. Nº 336/2005

Es reiterada la jurisprudencia (por todas, STS de 9 de marzo de 2005) que establece que *«Es evidente que la exigencia del consentimiento informado constituye una obligación impuesta por la Ley General de Sanidad cuyo artículo 10 expresa, como hemos recordado en Sentencia de 18 de junio de 2004, que toda persona tiene, con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho a que se le de 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, así como 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 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; y finalmente a que quede constancia por escrito de todo su proceso.*

Está pues, por lo tanto, el consentimiento informado, como decíamos en aquella sentencia, 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 a que da lugar a este proceso constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación.

Como decimos en aquella sentencia, 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. Pero 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

REC. Nº 336/2005

normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba».

Y en el caso analizado de las tres intervenciones quirúrgicas a que se sometió el actor el único documento de consentimiento informado es el relativo a la primera intervención realizada en fecha 22 de mayo de 2001 consistente en meniscectomía externa por artroscopia en rodilla izquierda. Así, consta en las actuaciones judiciales copia del consentimiento informado firmado por el actor en relación con la primera de las intervenciones quirúrgicas que se le practicaron. Documento que se ha aportado por la entidad codemandada "Asepeyo" junto con el escrito de contestación a la demanda.

No obstante, al actor se le practicaron dos nuevas intervenciones quirúrgicas. Una en febrero de 2003 consistente en artroscopia regularizadora del cuerpo menisco externo de rodilla derecha y otra en enero de 2004 afectando a su rodilla izquierda y consistente en meniscectomía parcial y limpieza articular. Respecto de estas dos intervenciones no existe prueba alguna de la existencia del consentimiento informado con la finalidad aludida ni siquiera de su información verbal al respecto (la carga de la prueba de este extremo, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, correspondía a la Administración y nada ha intentado su representación procesal en estos autos).

Y tal omisión debe considerarse, con arreglo a reiterada doctrina del Tribunal Supremo, como un daño autónomo que ha afectado al derecho de autodeterminación del paciente que debe ser, por sí mismo, indemnizado, como tal daño moral autónomo.

Como establece la STS de 4 de abril de 2000, *«Esta situación (se refiere la citada STS a la omisión del consentimiento informado) no puede ser irrelevante*

REC. Nº 336/2005

desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud. Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que esta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.»

En el caso de autos es este daño moral el único que debe ser indemnizado, sin que puedan ser objeto de indemnización los daños que se describen en la demanda pues, como hemos explicado en los anteriores Fundamentos, no se ha acreditado ninguna infracción a la "lex artis" en los tratamientos y decisiones terapéuticas adoptadas.

El daño antijurídico que por el actor se ha padecido como consecuencia de la atención sanitaria es únicamente el daño moral autónomo consistente en la vulneración del derecho del paciente a ser informado de los tratamientos recibidos y de su derecho a decidir al respecto. Por ello, los concretos conceptos por los que el actor reclama la indemnización – básicamente, limitaciones funcionales en sus rodillas- no pueden ser objeto de indemnización porque no traen causa directa de la ausencia de información.

Ahora bien, a la hora de determinar la concreta indemnización del daño moral padecido por el actor, cuestión siempre difícil, debemos tener en cuenta que han sido dos intervenciones quirúrgicas en las que se ha omitido la



REC. Nº 336/2005

información y por ello esta Sala fija la indemnización de daños y perjuicios por este concepto en la cantidad total de 12.000 euros, cantidad esta que coincide con la que esta misma Sección ha fijado en supuestos similares al examinado. Cantidad que se fija como deuda de valor y, por tanto, actualizada al momento presente.

OCTAVO.- No procede hacer declaración especial sobre costas, al no apreciarse temeridad ni mala fe en las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por promovido por el Procurador D. Ignacio Melchor de Oruña, en nombre y en representación de D. , contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios efectuada a la y, en consecuencia, se reconoce al actor la cantidad de 12.000 euros.

No se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

Así, por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

REC. N° 336/2005

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Dña. , Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia publica esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma, doy fe.