



**T. S. J. CASTILLA-LEON CON/AD
VALLADOLID**

**SENTENCIA: 01529/2015
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
VALLADOLID**

N. I. G: 47186 33 3 2012 0100581

PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000280 /2012

Sobre: RESPONS. PATRIMONIAL DE LA ADMON.

De D./ña

LETRADO JOSE ANTONIO RAMOS MESONERO, ,

PROCURADOR D./D^a. GONZALO RODRIGUEZ ALVAREZ, ,

Contra D./D^a. ZURICH ESPAÑA CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, CONSEJERÍA DE SANIDAD

LETRADO

PROCURADOR D./D^a. MARIA ROSARIO ALONSO ZAMORANO,

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO CON SEDE EN VALLADOLID. SECCIÓN B DE REFUERZO**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Francisco Javier Pardo Muñoz.

D. Francisco Javier Zatarain y Valdemoro

D. Óscar Luís Rojas de la Viuda

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 280/2.012.

RESOLUCIÓN RECURRIDA: Desestimación por silencio administrativo de la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial formulada el 06 de septiembre de 2011 contra la Junta de Castilla y León en el ámbito de la responsabilidad sanitaria.

S E N T E N C I A N° 1529/15

En la ciudad de Valladolid, a 01 de julio de 2015.

Vistos los autos correspondientes al recurso contencioso-administrativo sustanciado en esta Sala y tramitado conforme a las reglas del procedimiento ordinario, sobre responsabilidad patrimonial sanitaria, a instancia de Dña., D. y D., que actúan en este proceso representado por el Procurador D. Gonzalo Álvarez y asistido por el letrado Sr. Ramos Mesonero, siendo demandada la Junta de Castilla y León, representada y defendida, a su vez, por el letrado adscrito a su servicio de asesoría jurídica así como la Asegurador Zurich, representada por la procuradora Dña. Rosario Alonso Zamorano y defendido por el letrado Sr. Asensi Pallares.

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente mencionada presentó escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid contra la resolución mencionada en el encabezamiento de esta resolución el 16 de marzo de 2012.

SEGUNDO.- Que previos los oportunos trámites, la parte recurrente formalizó su demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando sentencia estimatoria del recurso interpuesto y las declaraciones correspondientes en relación con la actuación administrativa impugnada.

TERCERO.- Que asimismo se confirió traslado a la Administración demandada para contestación a la demanda, lo que se verificó, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, la parte terminó suplicando el mantenimiento de la actuación administrativa recurrida. Tras la celebración de la prueba propuesta por la codemandada el día 24 de enero de 2014 se dio a las partes trámite para conclusiones.

CUARTO.- Continuando el recurso por sus trámites, se señaló, para votación y fallo del asunto, el día 30 de junio de 2015, en que se reunió, al efecto, la Sala.

QUINTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

VISTOS .- Siendo Magistrado Ponente nombrado en Comisión de Servicio D. Óscar Luís Rojas de la Viuda se dicta la presente.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del procedimiento. Posición jurídica de la parte demandante.

Tras haber visto la actora desestimada su reclamación de responsabilidad patrimonial en la vía administrativa por medio de silencio administrativo, si bien hay que decir que consta en el expediente resolución expresa de fecha 1 de agosto de 2013, notificada el día 21 de agosto de 2013 al letrado de la parte actora y este no ha solicitado la ampliación ni hecho ninguna manifestación al respecto, solicita ahora en vía judicial se reconozca su derecho al cobro de la cantidad de 106.556,846 euros más intereses legales desde la fecha de su reclamación por el fallecimiento de D., y ello con fundamento en los siguientes títulos de imputación:

A) *Retraso en el diagnóstico* en relación con su primera visita a urgencias donde sólo se realiza una radiografía abdominal cuando se le podía haber hecho una aortografía con contraste, una tomografía computerizada, una resonancia magnética o una ecografía. Se critica que la abdominalgia inespecífica no es un diagnóstico y que, dados los antecedentes del paciente, su edad y el resultado de la radiografía que relata la existencia de un engrosamiento de pliegues en colón transversal la realización de más pruebas es esencial.

B) *Error en el diagnóstico* cuando se diagnostica hernia inguinal izquierda dado que de la ecografía ya se debió de diagnosticar un aneurisma abdominal aórtico en zona inguinal izquierda, máxime cuando existía una pared edematosa y grasa hipercogénica que sólo puede ser fruto de presión por una masa desde el interior.

C) *Violación de la Lex Artis* dado que el paciente, antes de entrar en el quirófano se encontraba con su aneurisma de aorta abdominal indemne y durante la operación el aneurisma de aorta abdominal se rompe bien al separar el intestino y el peritoneo que servía de sujeción o por rotura yatrogenica intraoperatoria.

En relación con los fundamentos de derecho recuerda que no es necesario probar de forma exhaustiva la relación de causalidad y las distintas teorías en relación con la facilidad probatoria citando sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se violó el deber de la demandada de cumplir con el consentimiento informado y cita la doctrina del daño desproporcionado.

SEGUNDO.- Principios generales de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

En general, y como tiene dicho este mismo Tribunal Superior de Justicia, por ejemplo en la sentencia de la sección 3 de 06 de junio de 2014, sentencia número 1201/2014, recurso: 74/2011, ponente: Francisco Javier Pardo Muñoz, los principios que rigen en la responsabilidad patrimonial administrativa, más en concreto, en la responsabilidad sanitaria y el consentimiento informado pueden resumirse así:

"Con carácter general es necesario tener en cuenta (por todas, STS de 15 de enero de 2008) que " la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución , sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa , que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido" .

Ello no obstante, la STS de 17 de abril de 2007 señala que " Sobre la existencia de nexo causal con el funcionamiento del servicio, la jurisprudencia viene modulando el carácter

objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir... la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convertida a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico... Aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla".

Más específicamente, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando (SSTS Sala 3ª, de 25 de abril , 3 y 13 de julio , 30 de octubre de 2007 , 9 de diciembre de 2008 , ó 29 de junio de 2010) " que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál 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.

Es igualmente constante jurisprudencia (Ss. 3-10-2000 , 21-12-2001 , 10-5-2005 y 16-5-2005 , entre otras muchas) que la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible.

La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002 , por referencia a la de 22 de diciembre de 2001 , señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto ". Son los denominados riesgos del progreso como causa de justificación del daño, el cual ya la jurisprudencia anterior venía considerando como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la lex artis, entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica

en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

La STS de 10 de julio de 2012 reproduce dicha doctrina señalando que " Frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencias de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año , el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex artis, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles ", señalando la STS de 25 de febrero de 2009 que " Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de lex artis, ha de considerarse asimismo que la disposición de medios, que, por su propia naturaleza, resulta limitada, no es exigible con un carácter ilimitado a la Administración que, lógicamente y por la propia naturaleza de las cosas, tiene un presupuesto determinado y, en definitiva, solamente podrá exigirse responsabilidad cuando se hubiere acreditado, bien que ha incumplido la ley, no manteniendo en el centro sanitario un servicio exigido por ésta, o bien cuando se acredite por parte de la actora que existe una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario en la prestación del servicio. Porque aceptar otra cosa supondría que cada centro hospitalario habría de estar dotado de todos los servicios asistenciales que pudieran exigirse al mejor abastecido de los mismos en toda la red hospitalaria, lo que resulta contrario a la razón y, en definitiva, a la limitación de medios disponibles propia de cualquier actividad humana; otra cosa sería si no existiese un centro de referencia dentro de un área que permita la asistencia en un tiempo razonable ", o que "... ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de lesión antijurídica, sino como lamentable realización de un riesgo conocido e inherente a la propia dolencia previa que la demandante tiene obligación de soportar " (STS de 24 de mayo de 2011).

La STS de 11 de abril de 2014 reitera la negativa a calificar sin más la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario como responsabilidad objetiva: « Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se la producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria ».

Estamos pues 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 sólo 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.

Por lo que se refiere por otro lado a la doctrina sobre el consentimiento informado las SSTs de 13 de julio y 23 de octubre de 2007 y 1 de febrero de 2008 resumen la doctrina sobre la cuestión declarando que:

"A efectos teóricos haremos referencia a la reiterada jurisprudencia de esta Sala respecto a la exigencia de consentimiento informado estando vigente la Ley General de Sanidad 14/86. Por todas, citaremos la Sentencia de 20 de abril de 2.007 donde decimos:

"El art. 10 de la Ley General de Sanidad 14/86 , 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...

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 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). 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.

Esta Sala igualmente ha señalado con absoluta nitidez que el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la "lex artis" y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, pero obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado".

En relación con la cuestión de una posible información excesiva la STS de 5 de diciembre de 2012, en un supuesto en el que la parte recurrente pretendía que se reconsiderase la relación causal entre la lesión -hematoma subdural- y la actividad sanitaria prestada para así configurar la falta de expresión en el documento firmado de la posibilidad de sufrir un "hematoma subdural", señaló que " Hemos dicho en multitud de ocasiones que la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone - por exceso- contravenir los principios de la norma, ya que el mismo no se adapta a la claridad, concreción y exigencia de adaptación a los conocimientos de aquellos que lo reciben. Por tanto, la expresión de la posibilidad de un hematoma subdural cuando el mismo es un término médico, específico dentro del campo de las lesiones neurológicas, no puede suponer la vulneración del derecho a una información completa y detallada a la que tiene derecho todo paciente o familiar, en su caso, - artículo 4.1 y 4.2 de la Ley 41/2002, 14 de noviembre -".

Sobre la exigencia de que el consentimiento conste por escrito la STS, Sala 1ª de 29 de julio de 2008, señala que " El consentimiento informado, por su propia naturaleza, como ha quedado expuesto al examinar el motivo primero de casación, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que la exigencia de forma escrita por parte de la LGS tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente.

En consonancia con este principio, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor ad probationem (a los efectos de la prueba) (SSTS 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 noviembre 1998; 2 de noviembre de 2000; 2 de julio de 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000, 10 de febrero de 2004, 10 de febrero de 2004, rec. 768/1998 y 29 de septiembre de 2005 rec. 189/1999), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS de 29 de mayo de 2003), como exige hoy la LAP. La falta de forma escrita no determina por sí, en consecuencia, la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene el art. 10.5 y. 6 LGS, vigente en el momento de los hechos.

Esta jurisprudencia es acorde con la seguida por la Sala Tercera de este Tribunal (verbigracia, SSTS, Sala Tercera, de 4 de abril de 2000 y 3 de octubre de 2000), y con la seguida por la Corte de Casación de Francia, Cámara Civil, de 4 de abril de 1995".

En interpretación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, las SSTS de 27 de septiembre de 2011 y 26 de marzo de 2012 señalan que " La importancia del consentimiento informado se vislumbra al haber sido plasmado en el Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respeto a la aplicación de la medicina y la biología, de 4 de abril de 1997 que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Y en el mismo queda establecido que un derecho del paciente es conocer los riesgos y consecuencias de una intervención quirúrgica. No establece diferencias entre riesgos raros o riesgos frecuentes, ni tampoco si sus consecuencias son graves o son leves. Por ello debe comprender los posibles riesgos conocidos que puedan derivar de la intervención las posibles complicaciones y las probables secuelas ", añadiendo que según la regla general del artículo 5 " Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de

que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento... En el momento presente 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)...

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 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 fin, la STS 4 de diciembre de 2009 contiene un repaso de la doctrina sobre el particular, pudiéndose obtener las siguientes conclusiones: (1) el consentimiento

informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, de suerte que el defecto del consentimiento informado es considerado por la jurisprudencia como incumplimiento de la "lex artis" en cuanto constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario; la falta del consentimiento constituye por sí un supuesto de antijuridicidad; (2) sin embargo, no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad pues se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo. En el supuesto de intervención enteramente satisfactoria para el paciente e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una reclamación, pero caso de producirse estaría condenada al fracaso. Supuesto distinto al anterior es aquel en el que no obstante ajustarse la intervención de manera absoluta a la "lex artis", el paciente sufre una secuela previsible; en estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento, y ello aún cuando se trate de complicaciones propias de las intervenciones quirúrgicas no imputables a una actuación médica incorrecta, salvo en aquellos supuestos de actuaciones médicas conformes con la "lex artis" en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o fuerza mayor, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, al considerar que el consentimiento y la información que la precede debe ajustarse a estándares de razonabilidad y, por tanto, no cabe desde esa premisa exigir una información que abarque hipótesis que se alejan del acto médico; (3) a falta del documento relativo a su prestación, incumbe a la Administración por inversión en la carga de la prueba la acreditación sobre el cumplimiento de las formalidades que exige el consentimiento informado, que comprenden, entre otros aspectos, no sólo los riesgos inherentes a la intervención sino también los posibles tratamientos alternativos; y (4) supuesto que la producción del daño colateral, inherente al riesgo normal de la intervención, no pueda imputarse al mal arte del facultativo, respecto de las consecuencias jurídicas de tal carencia en el consentimiento informado lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, debiendo ponderarse sólo el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenía.

Existen distintos factores o criterios objetivos que deben ser considerados a la hora de determinar el contenido del deber de información del médico, entre los que deben evaluarse los siguientes: la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir información. Es obvio que cuanto más urgente sea una intervención, menor será el caudal informativo exigible al médico. Por el contrario, cuanto más novedosa y peligrosa sea una actuación médica, o más grave una enfermedad, mayor será la exigencia de la información facilitada al paciente. Por último, es importante destacar que cuanto menos necesaria sea una intervención, mayor rigor resultará exigible en la información que se facilite al paciente, lo que se evidencia, de forma muy especial, cuando se trata de intervenciones propias de la cirugía estética, en las que el cirujano debe advertir a su cliente de todos los riesgos sin excepción, incluso los mínimos.

Y sobre la no identificación en estos casos entre el daño moral indemnizable y el resultado dañoso o perjudicial la STS de 2 de octubre de 2012 insiste en su doctrina al señalar que " Los motivos deben ser rechazados, por cuanto pretenden que la omisión o deficiencia del deber de información al paciente constituye la misma e indiferenciada infracción de la lex artis que la resultante por la prestación defectuosa de la terapéutica, de manera contraria a nuestra doctrina, de la que es último ejemplo la Sentencia de 24 de julio 2.012 (recurso 2.040/2.011), o la de 3 de abril de 2.012 (recurso 1.464/2.011), en la que con cita de la de 2 de noviembre de 2.011 (recurso 3.833/2.009), declaramos que "tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo

se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (...)"

Por ello, en Sentencia de 15 de junio de 2011 (recurso 2.556/2.007), hemos declarado en lo que atañe a este recurso que "La aceptación de la inexistencia del mismo (del consentimiento informado) otorga el derecho a la indemnización no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico sino por que se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometida".

Lo que a su vez especificamos en la Sentencia de 23-3-2.011 (recurso 2.302/2009) al afirmar que: "Sobre esta cuestión es jurisprudencia harto conocida de esta Sala la relativa a la dificultad inherente a la indemnización del daño moral, por todas la sentencia de 6 de julio de 2.010, recurso de casación número 592/2.006 y que expresa que "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (S.S. del T.S. de 20 de julio de 1.996, 26 de abril y 5 de julio de 1.997 y 20 de enero de 1.998, citadas por la de 18 de octubre de 2.000), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso".

O, en la de 12 de noviembre de 2.010 (recurso 5.803/2.008) que mantuvo que: "esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir, que sin razón alguna le fue sustraída, así Sentencias de 20 y 25 de abril , 9 de mayo y 20 de septiembre de 2.005 y 30 de junio de 2.006 . Es igualmente cierto que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo".

Y es claro que en este caso así sucedió. No en vano la Sala de instancia acordó indemnizar la inexistencia del consentimiento por escrito porque de ese modo se privó al paciente del conocimiento suficiente de la intervención que iba a soportar y de los beneficios que de ella derivarían, pero también de las consecuencias que la misma podría producir en forma de complicaciones posibles, aún realizándose las intervenciones conforme a la lex artis. Y efectivamente las mismas se produjeron ignorando el paciente el alcance que podrían suponer para su posterior estado de salud.

Por ello, la falta del derecho a la información del paciente constituye en todo caso una mala praxis ad hoc, pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial y a la consiguiente indemnización si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente. Pero en el bien entendido que el deber de indemnizar el daño moral que comporta la falta de consentimiento informado en ningún caso puede ser confundido ni asimilado con la indemnización de los perjuicios derivados del acto quirúrgico, como pretende el recurso en los motivos que por ello desestimamos "

"El ejercicio por la parte actora permite recordar, brevemente, que la jurisprudencia - SSTS de 26 marzo y 3 julio 2012 - determina que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la administración requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , requiera: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Ya, en el ámbito sanitario, se evidencia por la doctrina y la jurisprudencia que la intervención de la administración constituye una obligación de medios actuando conforme a la "lex artis". Así en la STS de 9 octubre 2012 (rec. 40/2012) se recoge que, «Así lo hemos reiterado en nuestra sentencia de 2 de noviembre de 2.011 (recurso 6.236/2.007), en la que, con referencia a las de 14 de octubre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.001, expusimos que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre , redactado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto".»

Y así, a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Como señala la jurisprudencia - SSTS de 25 mayo 2010 y 7 marzo 2011 -, han de ponerse «los medios precisos para la mejor atención». Más recientemente en la STS de 30 abril 2013 se insiste en que, «la jurisprudencia de esta Sala utiliza el criterio de la lex artis como delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria; así la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2011 (Rec. 3536/2007) cuando habla, citando otras sentencias anteriores, de que la responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente.»

En relación con el supuesto concreto de la omisión del consentimiento informado en el caso de urgencia, de la posibilidad de obtener el consentimiento por representación y del deber de que se obtenga el consentimiento de forma escrita u oral, debe traerse a colación el artículo 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece:

“Artículo 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.
2. El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará 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 sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

...” (en el mismo sentido puede verse sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, sección 3 del 13 de marzo de 2015, sentencia: 502/2015, recurso: 553/2013 entre otras muchas).

Con base en los mismos debe descartarse, por no ser aplicables al supuesto de hecho, algunos de los argumentos expuestos por la actora en sus fundamentos de derecho por no tener relación con el concreto supuesto de hecho, en concreto los motivos relacionados con la falta de consentimiento informado (el supuesto incumplimiento del deber de recabar el consentimiento informado no tiene ninguna relación con el resultado luctuoso, teniendo en cuenta que todos los expertos

afirman que la operación era necesaria y adecuada, sin que hubiera otro tratamiento para la dolencia, sin perjuicio de lo que se dirá seguidamente sobre el diagnóstico, y porque fue en la propia operación para tratar la hernia inguinal cuando aparecieron los indicios de que los síntomas podrían tener otra procedencia distinta) o la doctrina del daño desproporcionado (referida a los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención y los padecimientos que se trata de atender, lo cual no es el caso como se acaba de explicar), sorprendiendo a esta Sala que, por el contrario, no se cite la jurisprudencia más esencial y, por otro lado, que es de aplicación al caso en relación con la responsabilidad de la administración en el ámbito sanitario y el cumplimiento de las reglas generales de la “Lex Artis”.

TERCERO.- Examen de los títulos de imputación referidos al diagnóstico. En concreto el retraso y el error en el mismo antes del momento de la preparación de la intervención. Desestimación del motivo.

Para resolver adecuadamente esta cuestión, debe partirse de los indicios de riesgo que podía presentar el paciente de sufrir lo que a la postre provocó el fallecimiento del paciente y motivo por el que se formula la reclamación, es decir, que indicios poseían los médicos responsables del servicio de que el paciente podía sufrir un aneurisma de aorta abdominal y no otro u otras dolencias. A tal fin deben examinarse sus antecedentes personales, factores de riesgo, edad y, sobre todo, los datos que se han obtenido de la anamnesis (relatos del paciente sobre los síntomas, signos clínicos, resultados de la exploración física por parte del médico). Solamente sí, con ese estudio, podemos deducir indicios razonables de que el paciente sufría un aneurisma de aorta abdominal o, al menos, indicios de una dolencia no explicable con otra enfermedad más probable que podría llevar a tener que pedir más pruebas complementarias para hallar la misma, podremos hablar de error en el diagnóstico o retraso en el mismo.

Entrando en esta primera parte del análisis D. era un paciente de 67 años que entró en urgencias el 27/09/10 a las 4:40 horas con dolor inguinal izquierdo sufrido desde hace ocho horas antes, habiéndose agravado las molestias en las últimas dos últimas horas con vómitos y náuseas. Sus antecedentes personales son hipoacusia degenerativa, síndrome vertiginoso y operado de herniorrafia bilateral. No tenía hipertensión, cardiopatías de ninguna clase, hiperlipidemia ni diabetes, aunque sí es cierto que consta era fumador de 20 cigarrillos al día que en principio no constaba en los antecedentes personales. Debe llamar la atención la Sala en relación al antecedente de la herniorrafia bilateral dado que es un indicio muy importante que ya hace sospechar la posibilidad de existencia de una hernia inguinal y el hecho de que ser fumador, aunque incrementa el riesgo, lo incrementa en una variedad casi infinita de enfermedades, muchas relacionadas con el sistema cardio-respiratorio. La exploración física en el tórax que se realizó por dos veces y en dos momentos distintos, daba lugar a pensar en la existencia de hernia inguinal “En la región inguinal izquierda se aprecian zonas aumentadas de tamaño, leve dolor a la palpación sin aumento de temperatura, eritema o fluctuación” por lo que se considera, en principio una hernia fácilmente reducible. A pesar de ello se le hace analítica de sangre, bioquímica que son normales y radiografía del abdomen donde se detecta heces y aire y tórax sin alteraciones. Conforme con ello los indicios hacían sospechar razonablemente que los síntomas provenían de una hernia inguinal, que realmente existía, se hicieron las pruebas conformes al protocolo para tratar de confirmar el diagnóstico y, por ende, no se puede apreciar ninguna violación de la lex artis que pueda traer como consecuencia el resultado luctuoso. Afirmo la actora que se le pudieron hacer más pruebas, pero, como se ha explicado, las pruebas complementarias deben estar motivadas por indicios o sospechas que deben ser confirmadas o descartadas por esas pruebas; ni tan siquiera el informe médico de la actora afirma que se le hubieran tenido que hacer esas pruebas a mayores puesto que se refiere a pruebas que debieron hacerse antes de la intervención respecto a lo cual entraremos a conocer después.

Asevera ese informe que ya la radiografía debió mostrar imágenes calcificadas secundarias a procesos arteroescleróticos, en la mayoría de las ocasiones, si se observan con detenimiento, pero no afirma haber examinado las radiografías y tampoco que en este caso sea así. El perito que declaró en la vista afirmó que la radiografía se solicita para confirmar el diagnóstico solicitado y que en el momento de realizar la radiografía no existía ni líquido ni vicio en ese momento no vio ningún indicio de la enfermedad. También afirma el informe médico de la actora que la existencia de engrosamiento de pliegues en el colon transversal podría ser un indicio de que existía alguna otra dolencia, pero, dado que los dos peritos negaron en la vista cualquier relación entre el mismo y el aneurisma e incluso que sea motivo de ingreso (minuto 16:56 del Cd), que de la documental no se deduce que el informante haya examinado las imágenes, que no explica en absoluto que relación podría existir entre un aneurisma de aorta abdominal que aun se encuentra intacto y ese engrosamiento que, en principio, demostraría una dolencia en el tracto y que ni siquiera sabemos que motivo tiene para poner en duda la afirmación del médico de que ese engrosamiento es normal o benigno, debemos descartar que ese hallazgo en la radiografía fuera un indicio que obligara a realizar más pruebas y, desde luego, se descarta totalmente lo que en este caso es más importante, que del mismo se pudiera deducir que existía un aneurisma.

Tras haber sido suministrado a D. tratamiento sintomático, es dado de alta, aunque vuelve a ingresar ese mismo día a las 11:43 con los mismos síntomas. Tras una nueva exploración y realización de ecografía abdominal completa (folio 87, aunque las conclusiones se limitaron a la zona por la que fue solicitada), resultando que la misma confirma la hernia inguinal, posiblemente indirecta, conteniendo el saco herniano un asa intestinal con pared edematosa y grasa hiperecogénica inflamada. No existía en ese momento líquido libre abdominal. No existen dudas entre los peritos que, habida cuenta de la enfermedad diagnosticada lo indicado era la intervención quirúrgica. Aquí la documental de la actora vuelve a afirmar que la pared edematosa y la grasa hiperecogénica inflamada sólo puede provenir de una presión por una masa en el interior, pero nuevamente el informe vuelve a adolecer del problema de que el doctor que lo realizó no examinó la ecografía (o al menos no lo afirma y se basa en las menciones de los doctores, cosa que no se pudo conformar al no haberse solicitado prueba por la actora) y que tampoco pone de manifiesto ni la relación de la pared edematosa y la grasa hiperecogénica inflamada del saco de la hernia con el aneurisma de aorta abdominal, es decir, si es lo primero es indicio de lo segundo por ser frecuente o si hay otras causas frecuentes presión, o, incluso, la falta de relación entre la hernia inguinal y la pared edematosa y la grasa hiperecogénica. A falta de esto, dado que la localización de estos elementos es el asa y el saco herniano, lo lógico es pensar que el origen es la hernia y no la enfermedad cardiovascular que se encuentra en la parte inguinal. En todo caso la misma parte demandante deja de tener en cuenta esta cuestión en conclusiones, pasando a centrar su análisis al momento posterior de la ecografía, cuando se produce las alteraciones en la tensión arterial como indicadores de la necesidad de practicar nuevas pruebas.

En resumen, el actor padecía realmente y de forma indiscutible una hernia inguinal y todos los datos, síntomas e indicios parecían conducir a la existencia de la misma, sin que hubiera sido exigible a los doctores ni solicitar más pruebas complementarias ni un diagnóstico más temprano conforme con esos indicios, por lo que debe descartarse el retraso o error en el diagnóstico en este primer momento.

CUARTO.- Examen de los títulos de imputación referidos al diagnóstico. En concreto el retraso y el error en el mismo antes del momento de la preparación de la intervención. Estimación parcial del motivo.

En relación con este motivo, la discusión se centra en el momento en que se produjo la rotura del aneurisma, dado que la actora afirma que se rompió durante la operación, cosa que los dos peritos niegan absolutamente dado que la operación se

realizaba en una parte del torax totalmente distinta. La conclusión que extrae la sala es que el aneurisma se rompió antes de la operación, mientras estaba siendo preparado para la misma, y en vi.....ancia. En este sentido el informe de la actora considera que dado que el paciente se encontraba hemodinámicamente estable antes de la operación y que cuando se realiza la incisión hacía la hernia ya descubren contenido hemático y líquido hemorrágico libre, la conclusión que alcanza el informe es que fue en la operación cuando se rompe el aneurisma. No obstante, la Sala considera acertadas las manifestaciones de ambos peritos en la vista cuando afirmaron que estando interviniendo en la zona inguinal no se puede producir la rotura de un aneurisma de aorta abdominal. Desde luego resulta complejo saber en qué momento concreto se rompe la aorta porque sí bien es cierto que hay una cierta estabilidad hemodinámica también lo es que sufre tres episodios de hipotensión, uno de ellos, el último más acusado, en concreto a las 16:00 horas y que se le transfunden varias bolsas de sangre, lo cual pudo variar la situación del aneurisma; el suministro de opiáceos pudo afectar, asimismo, a la situación de hipotensión. No obstante incluso el perito de la demandada reconoce que, tras el tercer episodio, existían indicios para haber solicitado más pruebas, aunque, recuerda, dado que a las 17:30 se le diagnostica un aneurisma de aorta abdominal por medio de una prueba intraoperatoria, poca diferencia habría existido entre una y otra prueba. Por lo tanto, es cierto que existió una violación de la Lex Artis por la falta de realización de nuevas pruebas antes de la operación, retraso de una hora y media donde el diagnóstico podía haberse anticipado, por lo que, conforme con la teoría de la pérdida de la oportunidad, supone la imposición de responsabilidades a la demandada.

Como se dijo, por ejemplo, en la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 27 de julio de 2012, sección tercera, recurso 2810/2008 entre otras:

"Las SSTS de 16 de enero de 2012 y 16 de febrero de 2011 recuerdan, con cita de la STS de 23 de setiembre de 2010 que la " privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" - sentencias de siete de setiembre de dos mil cinco , veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias ", insistiendo, con cita de la STS de 7 de julio de 2008 , en que " acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas".

La STS de 11 de junio de 2012 recuerda que la "pérdida de oportunidad", como señala la STS de 19 de octubre de 2011 , « se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo ».

Así pues, en la fijación de la indemnización a conceder, en su caso, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que sea posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

La sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 20 de julio de 2012, sección tercera, recurso 1983/2008

“En lo que respecta a la llamada doctrina de la pérdida de oportunidad, la misma ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , así como en las de 4 y 12 de julio de 2007 , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable.

Sobre esta cuestión la STS de 12 de julio de 2007 , tras declarar que " hubo un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, error que se produjo por una evidente mala praxis médica, al no tener en cuenta padecimientos de aquel, que hubieran debido ser necesariamente considerados por su gravedad, en función de los síntomas con los que aquel acude a la consulta médica ", añade que " Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado ", entendiéndose la STS de 12 de marzo de 2007 que, en estos casos, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable.

La SSTS de 16 de enero de 2012 y 16 de febrero de 2011 recuerdan, con cita de la STS de 23 de setiembre de 2010 que la " privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" - sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco , veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias ", insistiendo, con cita de la STS de 7 de julio de 2008 , en que " acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación.

Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas".

La STS de 11 de junio de 2012 recuerda que la "pérdida de oportunidad", como señala la STS de 19 de octubre de 2011 , « se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo ».

Así pues, en la fijación de la indemnización a conceder, en su caso, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que sea posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente".

Para valorarla debe tenerse en cuenta que el índice de mortalidad en esta situación es muy alto (80-90% según el informe de la actora), porcentaje que, habida cuenta de la gravedad del paciente, los antecedentes una dolencia similar y el tiempo transcurrido se recoge en el 10%. Aplicando el baremo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor tiene un carácter meramente orientador, no vinculante (sentencia del Tribunal Supremo 9 de junio de 2009, recurso de casación nº 1822/2005, a la que se hace referencia en la sentencia de este tribunal de 10 de abril de 2015 entre muchas otras) la demandada deberá indemnizar a las actoras en la cantidad de 10.600 euros, más los intereses legales desde el día de la reclamación administrativa (6 de septiembre de 2011). En relación a la intervención quirúrgica y actuaciones posteriores, ninguna negligencia se observa que pueda ser imputable a la demandada, sino que, habida cuenta de la situación y la falta del debido diagnóstico, en la intervención se actuó correctamente.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no procede imponer las costas a las partes en tanto que la sentencia ha sido parcialmente estimatoria. Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dña., D. y D. contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial formulada el 06 de septiembre de 2011, y, de conformidad con lo expuesto, debo condenar y condeno a la Junta de Castilla y León a indemnizar a los actores en la cantidad de 10.600 euros, con los intereses legales desde el día de su reclamación en vía administrativa, sin perjuicio de los intereses del artículo 106.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y todo ello sin realizar especial pronunciamiento respecto de las costas.



Así por esta nuestra sentencia, contra la que, por razón de la cuantía, no cabe recurso ordinario de casación pero sí, junto con los demás requisitos establecidos en los artículos 96 y 97 LJCA, el de unificación de doctrina, que deberá interponerse en esta Sala para ante el Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y devuélvase el expediente administrativo, al Órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución. Así por esta sentencia, juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de la misma, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.