



Roj: STSJ MU 468/2014 - ECLI:ES:TSJMU:2014:468
Id Cendoj: 30030330012014100177
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Murcia
Sección: 1
Nº de Recurso: 161/2011
Nº de Resolución: 143/2014
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: INDALECIO CASSINELLO GOMEZ PARDO
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.MURCIA SALA 1 CON/ADMURCIA SENTENCIA: 00143/2014

RECURSO nº 161/2011

SENTENCIA nº 143/2014

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA
SECCION PRIMERA**

Compuesta por los Ilmos. Sres.:

Dña. Maria Consuelo Uris Lloret

Presidenta

D. Indalecio Cassinello Gómez Pardo

D. José María Pérez Crespo Payá

Magistrados

Ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

S E N T E N C I A Nº 143/14

En Murcia, a veintiocho de febrero de dos mil catorce.

En el RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO nº 161/2011, tramitado por las normas de PROCEDIMIENTO ORDINARIO, en cuantía de 280.000 euros, en materia de responsabilidad patrimonial.

Demandantes : DOÑA Esmeralda y DON Onesimo , DOÑA Nicolasa y DON Vicente , representados por la Procuradora Doña Belén Hernández Morales y dirigidos por el Letrado Don José Moreno Vázquez.

Demandada : CONSEJERIA DE SANIDAD de la COMUNIDAD AUTONOMA DE LA REGION DE MURCIA, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Codemandada : MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., representada por el Procurador Don José Augusto Hernández Foulquí y dirigida por el Letrado Don Damián Mora Tejada.

Acto administrativo impugnado: Orden de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, de fecha 23/11/2010, dictada por delegación por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se desestima la reclamación de Responsabilidad Patrimonial deducida por los recurrentes a consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a Doña Esmeralda a raíz de una intervención quirúrgica realizada en el Hospital Fundación de **Cieza** el día 24/2/2004.

Pretensión deducida en la demanda: Que se dicte sentencia declarando la nulidad de la Orden impugnada y condenando a la administración demandada y a la codemandada al pago de las indemnizaciones, intereses y costas reclamadas.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Indalecio Cassinello Gómez Pardo, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El presente recurso contencioso administrativo se interpuso el día 9/2/2011, y admitido a trámite, y previa reclamación y recepción del expediente, la parte demandante formalizó su demanda, deduciendo la pretensión a que antes se ha hecho referencia.

SEGUNDO .- La Administración y Aseguradora comparecida se opusieron al recurso interesando su desestimación, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO .- Ha habido recibimiento del recurso a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones y cuya valoración se hará en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

CUARTO .- Presentados escritos de conclusiones por las partes se señaló para la votación y fallo el día 21/2/2014, quedando las actuaciones conclusas y pendientes de sentencia.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Mediante la demanda rectora del procedimiento Doña Esmeralda y sus hijos Don Onesimo, Doña Nicolasa y Don Vicente impugnan la Orden de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, de fecha 23/11/2010, dictada por delegación por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se desestima la reclamación de Responsabilidad Patrimonial deducida por los recurrentes a consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a la Sra. Esmeralda a raíz de una intervención quirúrgica realizada en el Hospital Fundación de Cieza el día 24/2/2004, interesando de la Sala se dicte Sentencia declarando la nulidad de la Orden impugnada y condenando a la administración demandada a indemnizar a D^a. Esmeralda en la cantidad de 250.000,00 euros o la cantidad que resulte acreditada a lo largo del procedimiento; y a sus hijos, conjuntamente, en la cantidad de 30.000 euros en concepto de daños morales, sumas que deberán verse incrementadas con los correspondientes intereses moratorias legales desde la fecha de la reclamación administrativa y condenando asimismo, solidariamente, a la aseguradora MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS Y REASEGUROS, S.A. al pago de las anteriores cantidades que deberán incrementarse respecto de esta con el correspondiente recargo por mora previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

En apoyo de sus pretensiones alega en síntesis que la Sra. Esmeralda, a la edad de 76 años de edad, fue remitida desde su médico de cabecera al Hospital de Cieza, por presentar "dolor lumbar de carácter leve-moderado, con irradiación a miembro izquierdo", dolencia que no le limitaba su autonomía ya que desde que había enviudado vivía sola y podía hacer por sí misma las tareas propias de un ama de casa, diagnosticándosele en el Servicio de Traumatología del citado Hospital de escoliosis lumbar degenerativa, siendo sometida en febrero de 2004 a una intervención de laminectomía y artrodesis lumbar, intervención que no resultó satisfactoria al producirse complicaciones derivadas de la misma consideradas riesgos típicos, de los que no se le informó ni a ella ni a su familia con anterioridad a la intervención, causándosele una agravación de su situación previa, quedándole las siguientes secuelas:

- a) Lesión radicular L4 severa y L5 muy severa derechas, y lesión del ganglio raquídeo.
- b) Afectación radicular de pie derecho, llegando a producir parálisis de la dorsiflexión del pie derecho.
- c) Importantes dolores de localización lumbar y en miembros inferiores por los que la Sra. Esmeralda recibe tratamiento en unidad del dolor.
- d) Depresión reactiva a la situación física derivada del fracaso de la intervención quirúrgica.
- e) Incapacidad permanente absoluta, precisando ayuda de tercera persona para la realización de la mayoría de actividades básicas de la vida diaria.

Alegan en su demanda que no existía ninguna razón de urgencia que justificara la citada intervención quirúrgica a la que se sometió la Sra. Esmeralda en la creencia errónea, provocada por la información suministrada por el facultativo responsable de la intervención (Dr. Celso), de que la mejoría de su situación

sería inmediata, así como a la ausencia de información sobre los riesgos derivados de la operación concreta a la que iba a ser sometida.

Para acreditar la situación previa de la Sra. Esmeralda y posterior a la intervención quirúrgica acompañan a la demanda como doc. nº 1 un informe médico, de fecha 26/5/2011, suscrito por D. Heraclio, médico de cabecera de D^a. Esmeralda, adscrito al Centro de Salud de Cieza, en el que se dice: "Paciente atendida por mí desde mi incorporación a este Centro de Salud en julio de 1998, tras ser atendida por mí en diferentes ocasiones y por diferentes motivos, en una de estas ocasiones, concretamente en enero de 2004 acude a consulta por dolor lumbar de carácter leve-moderado con irradiación a MI izquierdo, por lo que es derivada al traumatólogo. Es este momento la paciente presentaba autonomía plena, podía asistir a la consulta sin necesidad de acompañante, sólo lo hacía con un pequeño bastón que le aportaba seguridad. En ese momento vivía sola y no necesitaba ayuda de una tercera persona para el desarrollo de su vida cotidiana."

Y añaden que dicho informe entra en contradicción con el emitido por el Dr. Celso, médico responsable de la intervención de columna realizada a D^a. Esmeralda, de fecha 14/9/2005 (folio 86 del exp. adv.), en el que se dice que "Presentaba incapacidad para la deambulación según relataba la paciente", afirmación esta que no se corresponde con la realidad, ya que de haber sido cierta su incapacidad así lo habría reflejado dicho facultativo como observación propia y no como mera manifestación de la paciente, y alegan que no existe, al margen de este, ningún informe previo en el que se haga constar que Doña Esmeralda estuviera limitada en cuanto a su autonomía, como viene a reconocer el informe del Servicio de Geriátrica de fecha 8/7/2005 (folio 20 y doc. nº 2 de la demanda), que en el apartado "modo de vida y situación funcional previa", se dice literalmente que "previo a la intervención no podemos precisar su nivel de autonomía al no encontrarlo descrito en informes médicos previos".

Asimismo indican que en el Informe del Dr. Celso no se hace referencia alguna al informe de EMG de fecha 23/3/2004 en el que se objetiva la lesión neuronal derivada de la intervención, y tampoco consta el mismo en el historial clínico remitido por el Hospital de Cieza, siendo la única copia obrante en el expediente la aportada por esta parte en la Reclamación Administrativa formulada (folio 15).

Continúan en su demanda relatando que la propia administración demandada reconoce que la intervención quirúrgica resultó un fracaso, si bien lo justifica al considerar que los padecimientos de la recurrente constituyen un riesgo típico descrito en este tipo de intervenciones, considerando correcta en términos médicos la actuación médica llevada a cabo.

Manifiestan que el daño neurológico causado es objetivable mediante la comparación de las pruebas de electromiografía realizadas antes de la intervención (folio 13) y después de la intervención (folio 15), lo que justifica tanto el cuadro doloroso en zona lumbar y pie derecho, así como la parálisis de pie derecho, lo que queda asimismo corroborado por el cúmulo de documentos médicos obrantes en el historial clínico del Hospital de Cieza (folios 85 a 271), como de la Unidad del Dolor del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (folios 36 bis a 84) y que la secuela psiquiátrica deriva asimismo de la intervención quirúrgica, afectando negativamente en la vida de la Sra. Esmeralda, ya que con anterioridad a dicho acto médico únicamente se hace alusión esporádica a ella en algún informe.

Consideran que las secuelas derivadas de la intervención le producen a la Sra. Esmeralda una incapacidad permanente absoluta, impidiéndole realizar por sí sola la mayoría de actividades básicas de la vida diaria, precisando ayuda de tercera persona, quedando la misma acreditada por los siguientes documentos obrantes en el expediente administrativo:

- Informe del Servicio de Geriátrica antes referido (doc. nº 2) de 8/7/2005 (folio 20).
- Informe de fecha 23/1/2006 emitido por el Departamento de Bienestar Social del Ayuntamiento de Cieza (folio 26-27).
- Historial remitido por la Unidad del Dolor del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (folios 38 a 84), siendo periódicas las visitas al hospital para recarga de la bomba de morfina de la que es portadora, necesaria para mitigar en alguna medida los fuertes y constantes dolores que padece.

Manifiesta que es un hecho aceptado por la propia administración que las dolencias y situación incapacitante derivada de las mismas es consecuencia del fracaso de la intervención.

Alegan asimismo que la ausencia de consentimiento informado constituye una infracción de la Lex Artis, manifestando que fue el propio cirujano que practicó la intervención el que animó a la Sra. Esmeralda para que se sometiera a la misma, minimizando los riesgos que podía conllevar (hasta el punto de ni siquiera advertirlos),

así como asegurando a la familia la mejoría inmediata de la paciente, limitándose esta y su hija a firmar el correspondiente documento-formulario que obra a los folios 171-172 del expediente administrativo, en el que ni se hacen constar cuales sean los tratamientos alternativos existentes, ya que está en blanco el espacio destinado al efecto y en el que únicamente se describen como riesgos los propios de cualquier intervención quirúrgica, sin referencia alguna a los riesgos típicos de intervenciones de columna vertebral, ni mucho menos a los específicos de la intervención a que se sometería D^a. Esmeralda , que únicamente conocieron tras emitirse el informe del Servicio de Inspección Médica del Servicio Murciano de Salud (folios 320 a 331) en el que asimismo se hace constar el alto porcentaje de insatisfacción en sus resultados (superior al 60%). Con el fin de destacar la deficiente información facilitada en el consentimiento informado que suscribieron adjunta un formulario de consentimiento informado de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología para una intervención de laminectomía (doc. nº 4), pudiendo concluirse sin género de dudas tras su comparación, que el documento de consentimiento suscrito por la paciente y su hija no advertía de ninguno de los riesgos propios de una intervención de columna.

Concluyen en este aspecto indicando que de haber sabido la Sra. Esmeralda los graves riesgos que comportaba la intervención no los habría asumido, ni sus hijos se la habrían aconsejado y consideran inadmisibles las argumentaciones contenidas en el informe emitido por el Servicio de Inspección Médica (folio 330), ya que suponen convertir el derecho del paciente en una carga, pretendiendo trasladar a éste la obligación de buscar más información de la que le ha sido facilitada.

Finalmente manifiestan que las lesiones y secuelas que sufre la Sra. Esmeralda tienen su origen directo en la intervención quirúrgica a que fue sometida, siendo el daño neurológico causado un riesgo típico de la misma del que no fue advertida y que, sin perjuicio de su patología previa, la lesión neurológica derivada de la intervención le ha colocado en la situación de incapacidad absoluta y necesidad permanente de ayuda en que actualmente se encuentra.

Por lo que se refiere a las indemnizaciones solicitadas manifiesta que estas han sido calculadas aplicando analógicamente el baremo del anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, vigente en el momento de ocurrencia de los hechos de los que nace la responsabilidad de la administración demandada, es decir, el correspondiente al año 2004, desglosándolas del siguiente modo:

A).- Para doña Esmeralda

a) Por secuelas físicas y psíquicas (Algias postraumáticas lumbares con lesión radicular; Algias en miembros inferiores y Parálisis que afecta a pie izquierdo; Agravamiento de depresión previa): 60.000,00 euros

b) Por días de incapacidad hasta estabilidad: 20.000,00 euros

c) Por situación de incapacidad:

- Incapacidad Permanente Absoluta incluidos daños morales: 120.000 euros.

- Necesidad de ayuda de 3ª persona: 50.000,00 euros

B).- Para los 3 hijos conjuntamente: Daños morales para familiares cercanos: 30.000,00 euros

Por último, interesan sea declarada la responsabilidad de la aseguradora MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., en su condición de responsable civil directo, como aseguradora de la actividad sanitaria de la administración demandada, debiendo devengarse a cargo de dicha aseguradora el recargo por mora previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha de la reclamación administrativa.

SEGUNDO .- A dichas pretensiones se opone la CONSEJERÍA DE SANIDAD, que interesa se dicte Sentencia desestimando íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto y absolviendo a la Consejería de Sanidad y al Servicio Murciano de Salud de todas las pretensiones de la demanda.

En su contestación, tras rechazar los hechos alegados en la demanda, da por reproducidos los que se recogen en la Orden de 23 de noviembre de 2010 obrante en el expediente administrativo y los diversos informes obrantes en el expediente, añadiendo que al folio 191 del expediente consta la información facilitada a D^a. Esmeralda , en el que expresamente se hace constar, entre otros, el riesgo de "recidiva y posibilidad de nueva intervención" y asimismo se remite en su oposición al contenido del Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y la Orden que pone fin al procedimiento que dan cumplida respuesta a todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y ello sin perjuicio de poner de manifiesto el cambio de discurso de la demanda respecto a la reclamación administrativa.

Finalmente, en cuanto a la valoración entiende que resulta desproporcionada, al no tenerse en cuenta el estado neurológico previo de la paciente, de progresivo empeoramiento, manifiestamente incapacitante y necesariamente doloroso.

TERCERO .- Asimismo se opone a la demanda la compañía aseguradora MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. que interesa se dicte sentencia por la que se inadmita el recurso acogiendo la excepción de extemporaneidad y subsidiariamente, entrando a valorar el fondo de la cuestión objeto de debate, , que se desestime el mismo.

A tales fines alega:

A).- En cuanto a la extemporaneidad de la reclamación manifiesta que ésta fue interpuesta el día 6/7/2006, cuando la intervención quirúrgica se produjo el 24/2/2004 y que la fecha de estabilización de sus secuelas (2/11/2005) señalada en el extemporáneo informe médico aportado por los recurrentes, ha sido buscada de propósito para eludir el cumplimiento del plazo prescriptivo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/92 , causándosele además indefensión a la Administración al presentarse dicho informe cuando esta ya había contestado a la demanda.

B).- Por lo que se refiere al fondo del asunto alega que según señalan los informes médicos que obran en el expediente administrativo, la actuación de los servicios sanitarios en los que recibió tratamiento la Sra. Esmeralda fue conforme a los protocolos establecidos, y a la Lex Artis ad hoc, no produciéndose en ningún caso una "negligente asistencia sanitaria" tal y como afirma gratuita y erróneamente la parte actora, remitiéndose a tales fines al informe de la Inspección de Servicios Sanitarios (folio 327 del EA), en el que se consigna:

"1. El daño reclamada por la paciente era previo a la intervención quirúrgica que se le practicó el 24-2-2004, según informe de la Resonancia Magnética Nuclear (RMN) del 24-07-03, que evidenció una espóniloartrosis lumbar evolucionada y una espondilolistesis grado II en los segmentos L4 y L5, junto a una hernia discal central entre L2-L3. Dichas lesiones coexistían con una Lesión Radicular S1 izquierda de grado leve, en estadio agudo de evolución, responsable de la parálisis de 1º dedo, según informe del Electromiograma realizado el 9-9-2003 (Pag.13).

2. Es aceptable que la situación de la paciente se agravara en el postoperatorio, tal y como se describe en las Consideraciones Médicas expuestas, según las cuales, el 60% de los procesos quirúrgicos de columna (hernias discales, artrosis o listéis) no obtienen los resultados satisfactorios esperados, siendo esta insatisfacción directamente proporcional a la edad del paciente y al número de intervenciones a que se haya sometido. Las complicaciones surgidas durante el postoperatorio de Dª Esmeralda y que agravaron su situación están contempladas en el Documento de Consentimiento informado suscrito por ella antes de la Intervención:".

Destaca la Aseguradora que la paciente durante el prolongado postoperatorio motivado por su avanzada edad, dejó de acudir a las consultas de revisión pautadas, sometiéndose a tratamiento en centros privados, no solicitando control médico alguno durante el año posterior a la cirugía invasiva a la que se sometió, lo que sin duda influiría en el agravamiento de su situación. (Folio 331 del EA)

Manifiesta que en todo caso resulta a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa no existe responsabilidad sanitaria y que en el caso que nos ocupa, no es posible establecer dicha relación causal.

Seguidamente niega que la recurrente no fuera suficientemente informada de las posibles consecuencias ya que a los folios 171 y 172 del expediente administrativo consta el documento de consentimiento informado suscrito por ella y por su hija, siendo incierto que fuera "animada por el cirujano que practicó la intervención para que se sometiera a la misma, minimizando los riesgos (hasta el punto de ni siquiera advertirlos) así como asegurando a la familia la mejoría inmediata de la paciente", considerando tales afirmaciones inciertas, muy graves, temerarias, carentes de toda prueba e ilógicas ya que no resulta razonable que el médico le asegurara a un paciente octogenario la recuperación de forma indubitada e inmediata de una intervención quirúrgica tan invasiva como la que es objeto del presente procedimiento.

Reitera que consta documentado el consentimiento informado y que la recurrente debe asumir, por tanto, las consecuencias de sus decisiones; y que dicho documento ha sido objeto de valoración por los Servicios de Inspección sanitaria, considerando estos que en el mismo se recogían las complicaciones derivadas tras la operación a la Sra. Esmeralda , discrepando de este modo de las conclusiones a las que llega la Dra. María Consuelo , en su informe médico de parte aportado fuera de plazo, en el cual se aporta

como ANEXO un modelo de consentimiento informado de la página web de Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología (SECOT) creado en agosto del 2010, pretendiendo compararlos pese a mediar entre uno y otro modelo 6 años de diferencia, plazo especialmente amplio en relación con un tipo de cirugía tan especializada como es la de "laminectomía y artrodesis lumbar" sujeta a constantes variaciones tanto en los protocolos de ejecución como en la denominación de los elementos intervinientes en la misma.

Concluye este apartado indicando que la actuación de los recurrentes va exclusivamente dirigida a obtener un beneficio económico, ya que, según establecen los informes de la inspección sanitaria, resulta aceptable que una persona de edad tan avanzada como la recurrente (83 años) no obtuviera los resultados quirúrgicos que esperaba, pese a que la actuación médica fuera conforme a la "lex artis", añadiendo que de no haberse sometido a la intervención es muy probable que hubiese terminado igual o en peor estado.

C).- Por lo que respecta a las indemnizaciones solicitadas manifiesta que resultan arbitrarias y desmesuradas y que su petición en la demanda carecía de todo soporte al no venir esta acompañada de informe médico alguno que las sustentara, presentándose este de forma extemporánea, siendo en todo caso el cálculo realizado incorrecto por los siguientes motivos:

- En cuanto a los días de incapacidad y los puntos de secuelas, indica que la parte actora no ha justificado ni determinado en debida forma los anteriores conceptos que reclama, adoleciendo el extemporáneo informe presentado de razonamiento suficiente acerca de los mismos, remitiéndose a tales fines a los informes de la inspección médica.

- Por lo que se refiere a la reclamación de 120.000 euros por la supuesta situación de incapacidad permanente absoluta, indicar igualmente que su reclamación carece de justificación por idénticos motivos.

- Y que carecen de justificación las indemnizaciones solicitadas de 50.000 euros por ayuda de tercera persona y de 30.000 euros por daños morales a sus tres hijos, resultando incompatibles entre sí ambas reclamaciones.

CUARTO .- Centrados así los términos del debate la primera cuestión a resolver es la relativa a la extemporaneidad de la demanda alegada por la Aseguradora codemandada y esta Sala únicamente puede compartir los acertados argumentos que al respecto se contienen en el Dictamen emitido por el Consejo Jurídico de la Región, de fecha 8/11/2010, que aparece unido al expediente a los folios 382 y siguientes y que conducen a la desestimación de la causa de inadmisibilidad.

En dicho Dictamen se indica lo siguiente:

"La única reclamación cuya fecha de presentación consta en el expediente es la de 6 de septiembre de 2006. En tal fecha, ya había transcurrido más de un año desde que las lesiones o secuelas imputadas a la actuación sanitaria se habían estabilizado, pues ya en marzo de 2004 se habían diagnosticado tanto la lesión radicular en segmento L4-L5 y la lesión del ganglio raquídeo como la parálisis de dorsiflexión de pie derecho. Del mismo modo, el síndrome depresivo era preexistente a la intervención, como también lo era el dolor, si bien, éste parece intensificarse tras la cirugía, lo que obliga a la paciente a acudir a la Unidad del Dolor del Hospital "Virgen de la Arrixaca" el 21 de septiembre de 2004, donde se le implanta una bomba intratecal el 8 de febrero de 2005. A partir de esta fecha ya no se aprecia evolución alguna del cuadro lesional, lo que permite considerarlo estabilizado, pues el ingreso de la paciente en Geriátrica en mayo de 2005 se debe a las mismas lesiones ya descritas y a la existencia de barreras arquitectónicas en su domicilio e imposibilidad del sistema público de salud para asumir el tratamiento rehabilitador a domicilio. En consecuencia, la reclamación presentada el 6 de septiembre de 2006 sería extemporánea, pues el dies a quo del cómputo del plazo prescriptivo lo sitúa la Ley (art. 142.5 LPAC) en el momento de determinación del alcance de las secuelas.

Ahora bien, no puede dejar de advertirse que un año antes, el 7 de septiembre de 2005, la interesada ya formula reclamación ante el propio Hospital (folio 22 del expediente), como acredita el sello de la Fundación hospitalaria estampado en el aludido documento. Lo que no consta en el expediente es el momento en que dicha reclamación es presentada ante el centro sanitario, pues carece de fecha de registro, y tampoco fue remitida al SMS por el centro para su tramitación.

Ello no obstante, considera el Consejo Jurídico que ha de atribuirse al indicado escrito efecto interruptivo de la prescripción del derecho a reclamar en base a las siguientes consideraciones:

a) El Hospital ante el que se presenta la reclamación, si bien no es Administración Pública, sí que actúa en la gestión y prestación del servicio como agente instrumental de aquélla, verdadera titular del servicio sanitario. Por ello, aunque SMS y Fundación Hospital de Cieza gocen de personalidades jurídicas diferentes

e independientes entre sí, a los ojos del paciente destinatario del servicio se confunden, de modo que, al reclamar ante el Hospital que prestó la asistencia es dable entender que los interesados consideren que están reclamando ante el ente verdaderamente responsable.

b) En el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, el plazo para instarla tiene como principio inspirador la utilización del criterio pro actione, al amparo de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española, que supera una interpretación formalista, como ha destacado la STS, Sala 3ª, de 25 de febrero de 1998. Receptora de este principio es la interpretación flexible, antiformalista y favorable al perjudicado que viene realizando el Consejo de Estado en el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción (por todos, Dictamen 795/2008). En el mismo sentido este Consejo Jurídico (Dictamen 21/2008), cuando señala que de la aplicación de los indicados criterios resulta obligado ser flexible en cuanto al rigor en la estimación de los defectos procesales o formales y evitar que se produzcan situaciones de desamparo.

c) En cuanto al momento en que el escrito fue presentado por la paciente y que, al parecer, no fue objeto de contestación expresa por el Hospital, ha de advertirse que, apenas una semana después de la fecha consignada en el indicado escrito, el 14 de septiembre de 2005, se emite por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital el informe (folio 24 del expediente) solicitado en el primer suplico de la reclamación y que, al parecer, se había venido reiteradamente pidiendo por la interesada desde seis meses antes, por lo que existe un indicio de que el escrito de reclamación se presentó antes de esta fecha y, en consecuencia, dentro del plazo de prescripción."

QUINTO .- Despejada esta primera cuestión, antes de entrar a examinar el fondo del asunto se debe indicar que el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, previene, en su párrafo 1º que 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, añadiendo a renglón seguido que serán requisitos para ello que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Dicho principio tiene además reflejo constitucional en el artículo 106.2 de nuestra Carta Magna, que establece 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 en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 29/6/06 y por lo que se refiere a los requisitos que han de concurrir para que nazca la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, tiene declarado que: "Como es sabido, la jurisprudencia (por todas sentencias de 24 de julio de 1999, recurso contencioso-administrativo núm. 380/1995), viene reiteradamente exigiendo para apreciar responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, según el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado y los 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa (y hoy, artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común), que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor".

Así pues, para que nazca dicha responsabilidad se precisa que concurren los siguientes requisitos::

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación 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.

Y en materia de responsabilidad sanitaria es constante la jurisprudencia que declara que la atención médica exigible de los servicios públicos no es una prestación de resultados sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner a disposición del ciudadano todos los medios a su alcance para conseguir su curación cualquiera que sea el resultado del tratamiento.

Por tanto no resulta suficiente para que se origine la responsabilidad sanitaria la existencia de una lesión o perjuicio derivados de la atención de los servicios médicos de naturaleza pública, ya que lo único que le es exigible a la Administración es que la actuación médica sea conforme a la "Lex Artis ad hoc", como modo de determinación de cual sea la actuación médica correcta y ello con independencia del resultado producido, ya que no le resulta posible, ni a la ciencia, ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002 , y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial utiliza este criterio como parámetro que permite determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de una enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004 , entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado".

A modo de resumen en relación con la antijuricidad del daño, el Tribunal Supremo en Sentencia de 2-11-2011 , declara que "La Sentencia de 3 de julio de 2007 (STS, Sala 3ª, Sección 6ª de 3 de julio de 2007, recurso 4576/03) reitera que "la actividad médica y la obligación profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la 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 manera más ilimitada posible". Ello determina, por tanto, que en aquellos casos en los que la técnica se acomoda al estado del saber el riesgo se traslada al afectado, desapareciendo la antijuricidad en caso de resultado dañoso. La sentencia mencionada, señala, en este orden de cosas, que "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 esta 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 este, hoy recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ". Es decir, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión, que llevaría a una objetivación de la responsabilidad más allá de los límites de lo razonable, siendo preciso acudir al criterio de la "lex artis", como parámetro para la determinación de la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido".

Finalmente se debe indicar que, en supuestos como el presente, en el que resultan necesarios especiales conocimientos científicos y técnicos para dirimir la controversia suscitada, el resultado de la prueba pericial practicada adquiere una determinante y especial relevancia, debiendo estar los peritos, en todo caso, en posesión del título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste, según dispone el artículo 340 de la LEC , prefiriéndose los Dictámenes de Especialistas sobre los demás y la pericial judicial sobre los informes periciales que puedan ser aportados por las partes interesadas.

SEXTO .- Sentado lo anterior, no siendo objeto de discusión la corrección de la técnica y práctica de la actuación quirúrgica, que no se cuestiona en ninguno de los informes médicos aportados por los actores, ni que la Sra. Esmeralda padezca las dolencias que denuncia en su demanda, la cuestión nuclear a decidir en el procedimiento es la relativa a si prestó o no su consentimiento informado.

A tal fin, 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, en su artículo 4º regula el "Derecho a la información asistencial", disponiendo en su apartado primero que "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará

verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias", añadiendo el citado precepto en su apartado 2º que "La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad", disponiendo finalmente en su apartado 3º que "El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle".

Y, en su artículo 8º, dispone que "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 art. 4, haya valorado las opciones propias del caso" (apartado 1º); "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" (apartado 2º); "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" (apartado 3º); "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" (apartado 4º) y "El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento" (apartado 5º).

Su artículo 10 se refiere a las "Condiciones de la información y consentimiento por escrito", disponiendo, en su apartado 1º, que "El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica referente a las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones.

Por lo que se refiere a las consecuencias de la falta de consentimiento informado, constante jurisprudencia, de la que puede ser citada a título de ejemplo la STS de 2 de noviembre de 2.011 (recurso 3.833/2.009), sostiene 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.

En este sentido la STS de 15 de junio de 2011 (recurso 2.556/2.007), declara 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", aclarando dicho alto Tribunal en reiteradas Sentencias que 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.

Y en cuanto a su valoración, la STS de veintitrés de marzo de 2.011 (recurso 2.302/2009), declara que "Sobre esta cuestión es jurisprudencia hartamente conocida de esta Sala la relativa a la dificultad inherente a la indemnización del daño moral, por todas las sentencias 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". En este mismo sentido la STS de 12 de noviembre de 2.010 (recurso 5.803/2.008) declara 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".

A la luz de dicha doctrina, no siendo objeto de discusión la corrección de la técnica y practica quirúrgica, ni del postoperatorio producido, lo que es expresamente reconocido incluso por la propia perito de la parte actora al prestar su declaración testifical ante la Sala y constando acreditado que los padecimientos de la Sra. Esmeralda derivan de una complicación o riesgo inherente a la propia intervención quirúrgica realizada el 24/2/2004 consistentes, según EMG de 23/3/2004, en "lesión radicular L4 severa y L5 muy severa derechas en estado agudo de evolución" y no a la evolución degenerativa de sus dolencias anteriores, que según EMG del año anterior, consistían en la "afectación de la raíz S1 izquierda", la primera conclusión que se ha de extraer, a la luz de las Sentencias anteriormente reflejadas, es que únicamente procedería fijar indemnizaciones a favor de los recurrentes por daño moral y únicamente en el supuesto de acreditarse que no existió consentimiento, debiendo ser rechazadas las pretensiones indemnizatorias solicitadas por los restantes conceptos.

Examinado el consentimiento informado firmado por la Sra. Esmeralda y por su hija Doña Nicolasa , obrante a los folios 171 y 172 del expediente se comprueba que el mismo resulta claramente insuficiente, al consignarse en él únicamente los riesgos genéricos de toda intervención quirúrgica, esto es, la posibilidad de suspensión de la intervención por alergia a anestésicos locales; la posibilidad de molestias dolorosas durante la intervención y después de la misma; la infección de la herida; hemorragia; dehiscencia de la sutura; rechazo de material quirúrgico; cicatriz patológica y recidiva y posibilidad de nueva intervención.

Su carácter genérico, apreciado por la Sala, también es destacado por Doña María Consuelo , Especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica y emisora del Dictamen obrante en autos, emitido a instancias de los actores, ratificado a presencia judicial y sometido a contradicción, e incluso esta circunstancia es admitida por el propio Doctor autor de la intervención, quien al prestar declaración como testigo reconoció su carácter genérico, alegando que era el modelo comúnmente utilizado en el año 2003, lo que no constituye excusa suficiente teniendo en cuenta que era él el obligado a realizarlo y documentarlo por escrito según lo antes expuesto y por cuanto a dicha fecha ya había entrado en vigor 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 a la que antes se ha hecho referencia, que entró en vigor, según su Disposición Final Única a los seis meses de su publicación que se produjo en el B.O.E. de 15/11/2002.

Nada se indica en él en relación con los riesgos específicos de la intervención de descompresión por laminectomía y artrodesis postero lateral instrumentada L3-S1 practicada y en concreto sobre los mas graves e inherentes a dicha intervención, tales como el riesgo de pérdida de vida, de afección radicular, de pérdida de fuerza y/o de movilidad de las piernas y/o aumento de los dolores, pese que se trataba de una cirugía que, en sentir de la testigo perito que depuso en autos especialista en cirugía traumatológica, comportaba muchos riesgos, especialmente en pacientes con edades por encima de los 70 años ya que en ellos se produce un porcentaje de aumento de los citados riesgos por encima del 60%, al tratarse de una intervención que se realizaba cerca de la médula espinal y de las raíces lumbares.

Y tampoco contiene indicación alguna sobre la necesidad de la intervención, ni se hace referencia a los posibles tratamientos alternativos menos invasivos, que a juicio de la perito informante resultaban preferentes dada la edad de la paciente.

Por tanto, sólo cabe concluir que dicho consentimiento escrito resultaba claramente insuficiente, pues en el mismo no se contiene referencia alguna a los riesgos específicos de la intervención quirúrgica y a los derivados de las circunstancias personales de la paciente, ni motivación alguna sobre las causas por las que no se adoptaban otras alternativas terapéuticas menos agresivas, información que esta Sala considera de carácter básico y relevante para que dicha señora, tras conocer los riesgos de la cirugía, pudiera tomar una decisión voluntaria y libre asumiendo las posibles consecuencias no deseadas de la intervención quirúrgica.

En conclusión, vistas las graves deficiencias del Consentimiento Informado prestado y acreditado en el caso que nos ocupa que los padecimientos de la recurrente no derivan de mala praxis quirúrgica, procede fijar a su favor una indemnización de 60.000 euros, a título exclusivo de reparación del daño moral derivado de la privación de su derecho a decidir y asumir los riesgos y complicaciones inherentes a la intervención a la que se sometió, ya que tales deficiencias constituyen en todo caso una mala praxis ad hoc, desestimando sus restantes pretensiones indemnizatorias.

Por lo que se refiere a las cantidades reclamadas por sus hijos, también por daño moral, ascendentes de forma conjunta a 30.000 euros, considera la Sala que las mismas han de ser desestimadas, ya que como ellos



mismos reconocen no convivían con su madre ni antes, ni después de la intervención siendo esta atendida por dos personas contratadas a fin de que la atienden en sus necesidades diarias.

SEPTIMO .- Por último, procede condenar a la Administración demandada al pago de los intereses legales de demora contados desde que se hizo la reclamación administrativa, hasta su efectivo pago y ello de conformidad con lo previsto en el art. 141.3 de la Ley 30/92 en relación con los arts. 45 y 36.2 de la L.G.P., contabilizándose estos conforme al interés básico del Banco de España según el tipo fijado anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, a fin de conseguir la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos por la recurrente, sin que resulten de aplicación al caso las disposiciones de la Ley de Contrato de Seguro.

OCTAVO .- Siendo parcial la estimación del recurso no ha lugar a hacer expresa condena en costas al no apreciarse que concurren las circunstancias previstas en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción .

En atención a todo lo expuesto y por la autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española,

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Doña Esmeralda , contra la Orden de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, de fecha 23/11/2010, dictada por delegación por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se desestima su reclamación de Responsabilidad Patrimonial a consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a raíz de la intervención quirúrgica realizada en el Hospital Fundación de **Cieza** el día 24/2/2004, anulando dicho acto por no ser conforme a derecho, condenando solidariamente a la Administración demandada y a su Compañía Aseguradora Mapfre Seguros de Empresas Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. a indemnizarla en la suma total de 60.000 euros por el daño moral originado, junto con sus intereses desde la fecha de la reclamación administrativa, desestimando sus restantes pretensiones indemnizatorias así como las deducidas por sus hijos Don Vicente , Don Onesimo y Doña Nicolasa ; sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.