



Roj: **STSJ CL 4125/2012 - ECLI: ES:TSJCL:2012:4125**

Id Cendoj: **47186330032012100470**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **27/07/2012**

Nº de Recurso: **2810/2008**

Nº de Resolución: **1473/2012**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

**VALLADOLID C/ ANGUSTIAS S/NNNN**

**Sección: 3ª**

**SENTENCIA: 01473/2012**

65595

Número de Identificación Único: 47186 33 3 2008 0107837

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002810 /2008**

Sobre RESPONS. PATRIMONIAL DE LA ADMON.

De Yolanda

Representante: MANUEL CALLEJA VILLARRUBIA

**Contra CONSEJERIA DE SANIDAD, ZURICH ESPAÑA CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS**

Representante: LETRADO COMUNIDAD (SERVICIO PROVINCIAL), JAVIER MORENO ALEMAN

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO

Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ

Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

En Valladolid, a veintisiete de julio de dos mil doce.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, ha pronunciado la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 1473/12**

En el **recurso contencioso-administrativo núm. 2810/08** interpuesto por **doña Yolanda**, representada por la Procuradora Sra. Monsalve Rodríguez y defendida por el Letrado Sr. Callejo Villarrubia, contra **Orden de 4 de septiembre de 2008 de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León por la que se desestima la reclamación de 22 de julio de 2004**, siendo parte demandada **la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León**, representada y defendida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, con intervención de **la sociedad Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Alonso Zamorano y defendida por el Letrado Sr. Moreno Alemán, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Ha sido **ponente** el Magistrado don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ, quien expresa el parecer de la Sala.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2008 doña Yolanda interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden de 4 de septiembre de 2008 de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León por la que se desestima la reclamación de 22 de julio de 2004 por los daños y perjuicios sufridos por negligencia y mala asistencia médica recibida.

**SEGUNDO.-** Por interpuesto y admitido el presente recurso y recibido el expediente administrativo, la parte actora dedujo en fecha 20 de enero de 2009 la correspondiente demanda en la que solicitaba la anulación de la resolución recurrida por no ser conforme a Derecho, declarando la responsabilidad patrimonial de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, y el reconocimiento de su derecho a ser indemnizada por las lesiones y secuelas sufridas en la cantidad de 40.141,83 €, condenando a la demandada al pago de dicha cantidad, más la actualización y el interés legal que proceda y de aplicar el artículo 106 y 141.3 de la Ley 30/92, con todo lo demás que se procedente en Derecho, incluida la expresa condena en costas a la parte demandada.

**TERCERO.-** Una vez se tuvo por deducida la demanda, confiriéndose traslado de la misma a la parte demandada para que contestara en el término de veinte días, mediante escrito de fecha 18 de marzo de 2009 la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León se opuso a las pretensiones actoras solicitando la desestimación del recurso y la imposición de costas a la parte recurrente.

Asimismo, mediante escrito de 25 de mayo de 2009 la sociedad Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., se opuso a la demanda solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada por ser conforme a Derecho.

**CUARTO.-** Contestada la demanda se fijó la cuantía del recurso en 40.141,83 €, recibándose el proceso a prueba, practicándose la que fue admitida con el resultado que obra en autos, presentando las partes sus respectivos escritos de conclusiones, y quedando las actuaciones en fecha 8 de junio de 2011 pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó el día 26 de julio de 2012.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites marcados por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque no los plazos en ella fijados dado el volumen de trabajo y la pendencia que existe en la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-Orden impugnada y posiciones de las partes.**

La Orden de 4 de septiembre de 2008 de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, objeto del presente recurso contencioso-administrativo, desestimó la reclamación formulada por doña Yolanda en fecha 22 de julio de 2004, por entender, en esencia, que ha existido información verbal suficiente -no cuestionada en la reclamación- que completa el no muy preciso (en la determinación de los posibles riesgos) documento de consentimiento informado firmado por la paciente en relación con la discectomía C5-C6 y somatoartrodesis con injerto autólogo de cresta ilíaca y osteosíntesis con placa atornillada, con intubación orotraqueal, que se llevó a cabo el día 8 de julio de 2003 por facultativo especialista del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital Río Hortega de Valladolid, en cuyo transcurso se ocasionó una perforación puntiforme en tercio superior de esófago y absceso cervical con colección purulenta localizada que fue apreciada durante la intervención quirúrgica practicada de urgencia en el Hospital Clínico el día 10 de julio de 2003 tras realizar TAC que informó de la existencia de mediastinitis, derrame pleural bilateral y enfisema subcutáneo; que el seguimiento postoperatorio se ha acomodado a la lex artis sin que pueda objetivarse un **retraso** significativo desde que se manifestaron los síntomas -disfagia y disfonía los días 8 y 9 de julio de 2003 y posteriormente en la mañana del día 10 contenido salivar en el drenaje de la herida, con pauta de TAC urgente y con su resultado traslado también urgente al Hospital Clínico- hasta que se procedió al diagnóstico y tratamiento de la complicación, por lo que el paciente tiene el deber jurídico de soportar el daño; y que tampoco parece suficientemente acreditado el daño y su entidad, pues una vez surgida la complicación era obligado proceder a la intervención quirúrgica para limpieza y sutura de la perforación por lo que el hipotético **retraso** hubiese condicionado un mayor riesgo en una intervención que finalmente resultó satisfactoria, obedeciendo las secuelas físicas -cicatrices- a la propia complicación, no al pretendido **retraso**, y en igual sentido las secuelas psíquicas -aunque no se aportan informes-, aún asumiendo que el mayor riesgo pudiese incidir, agravándolo, su sufrimiento.

Doña Yolanda formula demanda de responsabilidad patrimonial contra la Administración autonómica en reclamación de 40.141,83 €, alegando que la información que se le proporcionó fue claramente insuficiente y en modo alguno pueden considerarse como informaciones del riesgo de resultar lesionada en el esófago y de sufrir una infección gravísima que puede conllevar la muerte en 72 horas, pues en otro caso no habría esperado



dos días para montar la que montaron en el hospital; que el facultativo especialista Dr. Teofilo incurrió en un error médico al seccionar el esófago en la operación de cervicales por lo que, siendo una complicación de las más habituales, debió extremar el cuidado, incurriendo posteriormente en un error más grave como fue el abandonar, desasistir y no preocuparse de su paciente pese a los evidentes síntomas que manifestaba desde que fue operada -disfagia completa para sólidos y líquidos; el agua que bebía o el yogur se le salía por la herida, supuraba pus continuamente, tenía el tórax amoratado, le dolía la garganta al tragar-, y sólo cuando su marido se puso histérico y perdió los nervios fue cuando apareció el doctor, que esa misma mañana había pasado por la habitación sin tener en cuenta sus quejas y sin explorarla, y en igual sentido el otorrinolaringólogo al que esa misma mañana le pareció todo dentro de la normalidad, habiendo omitido las enfermeras y los médicos de guardia el deber de auxilio y de socorro, tratándola como si fura una cuentista y una pesada, sin tomarla en serio, viendo con impotencia cómo perdía la vida sin que nadie le hiciera caso, salvo su marido y su hija; y que sufre trastorno para la deglución así como trastorno adaptativo reactivo a secuelas, con varias cicatrices secundarias a la segunda intervención, perjuicio estético importante y un tiempo de curación de 591 días de los que 21 fueron de hospitalización y 30 impeditivos para su actividad habitual de ama de casa, siendo el resto no impeditivos, acompañando informe pericial.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León sostiene la conformidad a Derecho de la Orden impugnada y alega que obran en el expediente los documentos de consentimiento para la intervención quirúrgica y para la anestesia debidamente firmados por la paciente, además de las explicaciones pertinentes que le dio personalmente el cirujano, como consta en su informe, remitiéndose en cuanto a la intervención realizada a los informes de los facultativos, de la Inspección Médica, de la aseguradora y del Médico Forense, en base a los cuales se puede afirmar que la producción de una perforación esofágica se presenta como uno de los eventuales peligros derivados de la intervención, de lo que la recurrente fue informada a su satisfacción y advertida, por lo que de producirse el resultado se trata de una lesión no antijurídica que la actora tenía el deber jurídico de soportar, no siendo determinante de indemnización ni resarcimiento patrimonial; y que para el supuesto de que prosperase la reclamación se rechaza la cantidad solicitada pues no aparece justificada la atribución de los puntos por perjuicio psicológico y estético, no apareciendo los perjuicios económicos en la normativa de accidentes de circulación a que se refiere la demanda, no habiéndose acreditado en cuanto a su realidad y efectividad los daños **morales**, que en todo caso estarían incluidos en el resto de los **conceptos** por los que se solicita indemnización.

Finalmente, la aseguradora Zurich también se opone a la demanda alegando que faltan los requisitos que determinan la aparición de responsabilidad patrimonial de la Administración pues el daño sufrido por la paciente carece de la nota de antijuridicidad ya que la actuación del servicio sanitario se ajustó plenamente a la *lex artis ad hoc*, careciendo de sustento científico las afirmaciones de la demanda -el informe pericial de especialista en valoración del daño corporal no entra a peritar la praxis asistencial del caso-; que la intervención de hernia discal se encontraba perfectamente indicada atendiendo a la clínica manifestada y objetivada, sin que se constataste incidencia alguna en su ejecución atribuible a una impericia de los cirujanos y anestelistas intervinientes; que durante el postoperatorio se constató la materialización de una complicación asociada a la técnica quirúrgica aplicada (perforación esofágica puntiforme), diagnosticándose de forma inmediata (48 horas tras la cirugía) cuando los síntomas no enmascararon la realidad de la misma, procediéndose a un abordaje terapéutico absolutamente diligente y correcto dado que la clínica que refería la paciente de dolor y dificultad para tragar (disfagia) es común y normal en los postoperatorios de dicha intervención quirúrgica y no son signos sospechosos de la perforación que padecía, llegándose a solicitar valoración por el Servicio de Otorrinolaringología, quienes no constataron nada anormal en la exploración, lo que pone de manifiesto la suma prudencia con la que actuaron los responsables que atendían el seguimiento de la paciente, visitándola el cirujano ese mismo día por la tarde y constatando en ese momento salida de líquido por la herida que mojaba la gasa, nuevo síntoma que no estaba presente y que sin duda fue el que indicó la sospecha de perforación, ordenando de manera inmediata y diligente la realización de un TAC que permitió confirmar el diagnóstico y derivarla a un centro hospitalario con Servicio de Cirugía Torácica; que, en definitiva, pese a que los profesionales siguieron las correctas indicaciones reconocidas por la ciencia médica y pese a la pericia de los mismos, nos encontramos ante un riesgo descrito de la técnica anestésica de la intubación en el curso de un procedimiento de anestesia general (introducción del tubo en la tráquea) en la medida que es inevitable en el estado actual de la ciencia, lo que determina que el daño no pueda ser tildado de antijurídico, estando debidamente informada la paciente de forma escrita y verbal; y que son excesivas las cantidades reclamadas pues no tienen en consideración los baremos jurisprudencialmente aplicables partiendo de la Ley 30/95.

**SEGUNDO.-Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, en el ámbito de la Administración sanitaria: consentimiento informado y pérdida de oportunidad.**

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, convierta 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 medica 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 todas 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 citada STS de 10 de julio de 2012 recuerda que " En otros términos, que la Constitución determine que "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derechos 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", lo que es reiterado en la Ley 30/1992, RJAPyPAC, con la indicación que "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas", no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento".

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, debiendo no obstante recordarse la denominada doctrina del daño desproporcionado como conformadora de responsabilidad patrimonial ( SSTS de 20 de junio de 2006, ó 6



de febrero y 10 de julio de 2007 ) 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. En este sentido las SSTS, Sala 1ª, de 23 de octubre de 2008 y 8 de julio de 2009 , señalan que el daño desproporcionado, o resultado "clamoroso", es "aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" de la relación de causalidad y la presunción de culpa" , si bien la STS 2 de enero de 2012 matiza en los casos " donde el resultado se presenta como una opción posible no es posible aplicar la doctrina del daño desproporcionado, ya que el resultado insatisfactorio se relaciona con la intervención y tratamiento aplicado ".

En fin, la STS, Sala 3ª, de 23 de febrero de 2009 -citada en la de 18 de diciembre de 2009- resume sintéticamente la doctrina en este ámbito señalando 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. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso [ sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005, 20 de marzo de 2007 y 26 de junio de 2008 ]. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud ( artículo 43, apartado 1, de la Constitución ), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [ artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social ] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios ( artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992 ); nada más y nada menos.

Esta peculiar configuración exige de quien reclama que justifique, al menos de modo indiciario, que se ha producido por parte de las instituciones sanitarias un mal uso de la lex artis. Esta prueba puede ser, como acabamos de indicar, la de presunciones, admitida actualmente en nuestro derecho por el artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, de modo que si, a partir de circunstancias especiales debidamente probadas y acreditadas, se obtiene, mediante un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano, que el daño que sufre el paciente resulta desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica, cabrá presumir que ha mediado una indebida aplicación de la lex artis.

En tales hipótesis, una vez 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. De otra forma se desconocerían las especialidades de la responsabilidad pública médica y se trasladaría 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», aplicada por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas" .

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".*

*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".*

*Por su parte, la STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 2007 señala que " si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar una decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir, es necesario que el documento en que se presta el consentimiento por el paciente no constituya un simple documento de consentimiento informado genérico, sino que se adecue a las necesarias exigencias de concreción en cuanto a la específica operación quirúrgica a la que aquel paciente va a ser sometido", añadiendo la STS de 12 de diciembre de 2006 que " La redacción dada posteriormente por la Ley 41/2002 a su artículo*



10, aun cuando no aplicable por razones temporales al caso de autos, sí sirve para confirmar la interpretación que ha venido realizando este Tribunal en cuanto a la exigencia de detalles en la información que ha de darse al paciente".

En este sentido, la STS, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 2007, señala que "la información exigible sobre los riesgos de una determinada intervención, cuya finalidad es que el paciente pueda decidir libremente someterse o no a ella con el mayor grado posible de conocimiento, no puede ser otra que la fundada en el estado de la ciencia médica en el momento inmediatamente anterior a la práctica de la intervención de que se trate, ya que de otra forma, es decir si como parece pretender el recurrente hubiera de informarse también al paciente de riesgos no asociados por la ciencia médica a esa misma intervención, se estaría vulnerando asimismo su libertad de decisión poniéndole a las posibilidades de su curación unas trabas no sustentadas en opinión científica alguna", insistiendo la STS de 27 de diciembre de 2011 que "no hay que olvidar que el consentimiento informado tiene por objeto asegurar la autonomía de decisión del paciente, que pueda así estar informado sobre los riesgos -y también las ventajas- que pueda suponer determinada intervención, de forma que le sea dable discernir la conveniencia de someterse a la misma, o bien de acudir a tratamientos alternativos, o incluso a cuidados paliativos".

A este respecto cabe recordar que el artículo 8 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, en materia de consentimiento informado señala que "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 art. 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".

El artículo 9 de dicha ley, sobre límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, establece, en lo que ahora interesa, que "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".

Y el artículo 10, sobre condiciones de la información y consentimiento por escrito, de la establece que "1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.





d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente", y el artículo 4 señala que "1. 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.

2. 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".

En interpretación de la normativa estatal 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*

Como ya hemos apuntado, la STS Sala 3ª de 23 de febrero de 2007 recuerda su doctrina de que " *el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la lex artis ad hoc y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario* ", añadiendo la STS de 25 de marzo de 2010 que " *no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Así la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar* " y que " *Por ello, una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento* ". Ello no obstante, y como indica la sentencia de 26 de febrero de 2004 , " *aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no es lo menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 , que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad* ", lo que reitera la STS de 1 de febrero de 2008 al señalar que " *obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado* ", añadiendo que " *Esta exigencia de consentimiento informado se extiende también como decimos entre otras muchas en nuestra Sentencia de 2 de Marzo de 2005 a los tratamientos alternativos que puedan darse al margen de la intervención que se practique, exigiéndose que el paciente dé su consentimiento a la realización de esta, una vez que haya sido debidamente informado de las posibilidades alternativas que hubiese al tratamiento quirúrgico* " y que " *Ha de tenerse en cuenta que la indemnización procedente debe resarcir la imposibilidad que se derivó para la paciente de poder optar ante distintos tratamientos alternativos para hacer frente a la afectación que padecía, eligiendo libre y voluntariamente aquel que ella, una vez conocedora de los riesgos y expectativas de resultados de todos ellos, hubiera considerado el más conveniente* ", significando la STS de 30 de junio de 2009, Sala 1ª, que a los efectos indemnizatorios no debe " *equipararse la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico* ".

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.

Sobre la exigencia de información respecto de cada intervención médica la STC Sala 2ª, de 28 de marzo de 2011, tras señalar que " *la regulación legal -que obedece a las exigencias constitucionales- implica, de acuerdo con el contenido propio del derecho fundamental, que, en principio, cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar* ", declara que la asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física ( art. 15 CE ), no tutelando las resoluciones judiciales ese derecho al rechazar la pretensión del demandante ateniéndose a criterios no previstos legalmente (como el de la edad del paciente o la previa realización de otro cateterismo once años antes, con acceso, además, por vía distinta) a la hora de ponderar las circunstancias del caso, e interpretando y aplicando las normas concernidas de manera contraria a la mayor efectividad del derecho.

Por otro lado, la STS de 2 de enero de 2012, en relación a la información sobre la concreta técnica quirúrgica declara que " *Las exigencias de información previa no pueden calificarse como un derecho genérico y absoluto. Hemos dicho en múltiples ocasiones que la información no puede ser ilimitada o excesiva, so pena de producir el efecto contrario, atemorizante o inhibitor y que ha de ofrecerse en términos comprensibles, claros y adaptados al usuario de la asistencia. Por tanto, es un derecho que ha de ponerse en relación con los datos en concreto que se han de transmitir y la finalidad de la misma en cuanto al conocimiento de los riesgos y alternativas existentes primero según el estado de la técnica... el deber de información previa, según lo previsto en aquel entonces el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, no determina que la información haya de comprender ya la técnica quirúrgica compleja, salvo que la misma resulte relevante para los riesgos o complicaciones que se puedan producir, puesto que ello corresponde al profesional médico y que difícilmente puede explicarse en términos sencillos y profanos...* ", reiterando tanto la exigencia de un resultado dañoso o perjudicial causalmente atribuible al acto médico al margen de su acomodación o no a la praxis médica, como la doctrina sobre el **concepto** indemnizable en el sentido de que " *sólo debemos fijar la indemnización necesaria para reparar el daño **moral** al que nos hemos referido en el anterior fundamento de derecho quinto, y no por toda la entidad o extensión del daño, puesto que de lo contrario se produciría un exceso de indemnización por **conceptos** que no integran la responsabilidad patrimonial* ".

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.

Finalmente, 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 ", entendiendo 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.*

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 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 afirmar 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», aplicada 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.

### **TERCERO.-Hechos e informes relevantes.**

Del expediente administrativo -incluida la historia clínica- y pruebas practicadas durante el proceso podemos obtener los siguientes elementos fácticos e informes médicos relevantes:

**a)** A raíz de una cervicobraquialgia del miembro superior izquierdo, y con 46 años de edad, la actora fue diagnosticada de hernia discal cervical a nivel C5-C6, siendo intervenida quirúrgicamente en la mañana del día 8 de julio de 2003 por el Dr. Teofilo , facultativo especialista del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital "del Rio Hortega" de Valladolid, realizándose bajo anestesia general -intubación orotraqueal sin dificultad, f.8- una discectomía C5-C6 y somatoartrodesis con injerto autólogo de cresta ilíaca y osteosíntesis con placa atornillada, transcurriendo la intervención sin que se apreciara alteración respecto a la técnica habitual, según se desprende del informe de la intervención (f.7) y de los informes clínicos, concluyendo a las 10,40 horas (f.10).

En la historia clínica figura un documento firmado el 26 de febrero de 2003 por la paciente para su inclusión en lista de espera para tratamiento quirúrgico (f. 2), así como documento firmado en la misma fecha de "Información para intervención quirúrgica" en el que se hace constar que será intervenida de hernia discal C5-C6 por el procedimiento quirúrgico de discectomía y artrodesis y en el que se añade que "Entiendo que hay una serie de riesgos o complicaciones más frecuentes, tanto en la intervención como en el postoperatorio, relacionados con infección, coagulación de sangre, hemorragia, reacción alérgica... Así mismo, otras menos frecuentes pero de mayores consecuencias e incluso irreversibles" (f.3). También consta el oportuno consentimiento informado para la anestesia (f.4 y 5).

En la hoja de observación de enfermería se hace constar, por la mañana y tras la cirugía "pendiente de tolerancia a las 20 h"; por la tarde, "Pasa la tarde muy vomitosa y nauseosa, pese a los dos primperanes puestos. No ha iniciado tolerancia, valorar esta noche. Diuresis"; y por la noche, "No ha tomado nada (por miedo) pero no ha devuelto" (f.15).



**b)** Según la Inspección Médica el día siguiente 9 de julio, primero del postoperatorio, la paciente refirió disfagia y disfonía -sobre esta cuestión volveremos más adelante-, síntomas que se consideran habituales en el postoperatorio de este tipo de intervención quirúrgica.

El Dr. Norberto , integrante del grupo de médicos del Servicio de Traumatología al que le correspondía la visita matutina a los pacientes hospitalizados, hace constar en su informe de 7 de septiembre de 2004 (f.11) que esas mañana revisaron cuidadosamente los datos clínicos de constantes del enfermo, evolución durante la noche, informes sobre curas, observación de los drenajes -tanto de la herida cervical como de pelvis funcionaban correctamente y su contenido era exclusivamente de un mínimo exudado serosanguinolento sin pus ni saliva-, añadiendo que "Sólo refería molestias de dolor moderado en la herida, disfagia y disfonía que son habituales en el postoperatorio inmediato de este tipo de pacientes. Por lo que tras comprobar que el vendaje y collarín que tenía colocados no comprimían excesivamente el cuello de la paciente se informó en este sentido a los familiares, sin que durante el resto de la mañana se observara una evolución distinta a la antes señalada".

Por la tarde se solicitó por una enfermera la presencia del Médico de Guardia, acudiendo el Dr. Simón , facultativo especialista del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica quién, según informe de 7 de septiembre de 2004 (f.10) evaluó a la paciente, no apreciando ninguna alteración significativa salvo la referida disfagia y dolor cervical, y solicitó una única radiografía de columna cervical en proyección lateral que completaba el estudio radiográfico ya realizado. El Dr. Simón también refiere que en ningún momento le dijo que "se me salía el agua por las gasas", no siendo requerido por este motivo en toda su jornada de guardia; que la paciente le mostró un resto de expectoración con una pequeña cantidad de mucosidad y algún resto puntiforme sanguinolento, considerándolo habitual tras intervenciones con intubación orotraqueal.

En la hoja de observación de enfermería de ese día 9 de julio se hace constar, por la mañana "Curo, retiro drenajes de cuello y cadera. Se la levanta, se marea algo, pero bien. A última hora la bajan a Rx"; y por la tarde "La piden una Rx Lat de cuello. Vista la Rx anterior por el Dr. Simón pero es A P. Se queja mucho la enferma de que no puede tragar y que esta mañana se lo comentó a los médicos". Sobre la cuestión de la radiografía también haremos ulteriores consideraciones.

**c)** El día siguiente 10 de julio la paciente continua refiriendo disfagia intensa por lo que se solicita interconsulta al Servicio de O.R.L. por "disfagia y esputos con sangre", informando tras la exploración de orofaringe y laringoscopia indirecta, su situación como "dentro de la normalidad" (f.7 y f.12).

Según el informe del Dr. Teofilo (f.13 y 14), tras significar que el primer día (9 de julio) la paciente refería "disfagia y disfonía, situación que se interpreta como habitual en el postoperatorio de este tipo de intervenciones", a lo largo de la mañana del día 10 de julio -que continuaba refiriendo disfagia intensa- la paciente presentó drenaje abundante por la herida quirúrgica por lo que revisada ésta -al terminar su jornada quirúrgica habitual y no por requerimiento familiar- se objetiva contenido salivar y se sospecha una perforación esofágica, solicitándose con carácter urgente interconsulta al Servicio de Cirugía General por el motivo de "exudado de la herida tras deglución" (f.18), y tras practicar una TAC (f.252), se informa de la existencia de mediastinitis, derrame pleural bilateral y enfisema subcutáneo y se traslada a la paciente de forma inmediata al Hospital Clínico ingresando a las 18,34 horas, donde es intervenida con carácter urgente por el Servicio de Cirugía Torácica, durante la que se apreció la existencia de una perforación puntiforme en tercio superior de esófago y absceso cervical con colección purulenta localizada, realizándose desbridamiento de absceso cervical y limpieza y sutura de la perforación con refuerzo mioplástico de digástrico, colocándose lavados pleurales y sonda de alimentación de yeyunostomía (f.182).

Tras la reparación quirúrgica de las lesiones la paciente evolucionó favorablemente, con alta hospitalaria el 29 de julio, realizándose un esofagograma en fecha 18 de septiembre de 2003 que se informa como "esófago de morfología, peristaltismo y pliegues dentro de la normalidad. No se observan estenosis, defectos de repleción ni imágenes sugerentes de fugas" (f.278), siendo dada de alta, sin secuelas esofágicas, en octubre de 2003.

En la hoja de observaciones de enfermería no existe anotación del día 10 de julio hasta la tarde en que se pide scanner y Rx, pendiente de traslado al clínico. "Le ha pasado a las 16#00 horas".

Por otro lado, están incorporados al expediente y al proceso los siguientes informes médicos:

**a)** Informe del Médico Forense de 14 de enero de 2004 emitido para el Juzgado de Instrucción **nnnn**° 4 de Valladolid con motivo de las Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 3517/2003-A -que concluyeron con auto de sobreseimiento de 16 de enero de 2004 -, en el que, en esencia, se considera que las posibles complicaciones quirúrgicas generales del abordaje anterior en las intervenciones de hernia discal que se describen en los tratados médicos quirúrgicos pueden ser: perforación esofágica, perforación traqueal, neumotórax, lesión del conducto torácico, lesión vascular y lesiones nerviosas; que por lo que respecta a las complicaciones relacionadas con el esófago hay que tener en cuenta que el esófago es un conducto



músculo-mucoso que se extiende desde el introito esofágico situado a nivel de la 6ª vértebra cervical hasta el cardias (orificio superior del estómago) situado a nivel de la 11ª vértebra torácica, que tiene tres porciones: cervical, torácica y abdominal; que la porción cervical está en relación por delante con la tráquea, a ambos lados con la conjuntiva carótida y su contenido vásculo-nervioso y por detrás con un espacio conjuntivo situado entre la fascia prevertebral y la fascia bucofaríngea; este espacio está en continuidad con el llamado "mediastino posterior" (de importancia quirúrgica por la posibilidad de difusión de infecciones); que al estar el esófago situado profundamente entre otros órganos y por su relación ya descrita con la fascia prevertebral, es relativamente frecuente la lesión accidental de este conducto visceral por traumatismos externos en el curso de operaciones quirúrgicas que se realizan sobre estas vísceras o en sus inmediaciones, como puede ocurrir en operaciones del mediastino, en operaciones del pulmón, en hernias de hiato o en abordaje por vía anterior de los cuerpos vertebrales cervicales con el fin de realizar artrodesis (caso éste último que nos ocupa); que la disfagia (dificultad a la deglución) y disfonía (alteración de la fonación) son signos o síntomas frecuentes en el postoperatorio de este tipo de intervención de hernia discal, por la interrelación entre estas estructuras descrita anteriormente; que la salida al exterior de contenido salivar a través de la herida quirúrgica es característico de la alteración ó perforación esofágica (cervical); que la perforación del esófago puede desencadenar una mediastinitis aguda en corto espacio de tiempo (por la relación ya descrita del esófago y el mediastino) como ocurrió en el caso que nos ocupa; que es de vital importancia en este tipo de complicaciones un diagnóstico precoz y la instauración de un tratamiento en el menor tiempo posible para el pronóstico de dicha afección; que, por ello, se considera totalmente correcto que ante la sospecha de dicha perforación esofágica (el 2º día del postoperatorio) se realizara urgentemente un T.A.C y tratamiento quirúrgico urgente para la sutura de dicha perforación y limpieza de la colección purulenta realizándose en el Centro más adecuado y equipado para dicho evento; y que por todo ello, y teniendo en cuenta que la perforación esofágica es un riesgo y/o complicación que puede suceder durante la intervención quirúrgica de artrodesis cervical (por abordaje anterior), y teniendo en cuenta también que dicha intervención se realizó en todo momento bajo el consentimiento informado de la paciente (constan documentos en autos) en el que se advierte ya de los riesgos y/o complicaciones posibles, se considera que el Equipo médico del Hospital Río Hortega realizó el diagnóstico precoz de dicha complicación, indicando la necesidad de un tratamiento urgente quirúrgico que se realizó por el Equipo de Cirugía Torácica del Hospital Clínico (a las pocas horas del diagnóstico), desarrollándose el postoperatorio con normalidad, siendo su evolución y pronóstico favorable, como consta en fecha de alta médica hospitalaria (29/07/03).

**b)** Informe de la Inspección Médica de fecha 25 de octubre de 2004 en el que se concluye que el diagnóstico de la complicación surgida en el curso de la intervención realizada a doña Yolanda -consistente en una perforación puntiforme en el tercio superior que dio lugar a la formación del absceso cervical- se realizó adecuadamente en tiempo y forma así como su tratamiento quirúrgico urgente, con evolución posterior favorable y siendo dada de alta hospitalaria en fecha sin secuelas de las complicaciones de la perforación esofágica, no apreciando negligencia en la actuación de los traumatólogos, anestesistas, ni en el seguimiento del postoperatorio en ninguno de los hospitales.

**c)** Informe colegiado emitido a instancia de la aseguradora Zurich en fecha 20 de enero de 2005 por sendos especialistas en neurocirugía que, en esencia, consideran que todas las actuaciones médicas realizadas en este paciente tanto a nivel diagnóstico como de tratamiento quirúrgico han sido totalmente correctas; que la perforación esofágica puntiforme es una complicación ocasional y posible de cualquier cirugía cervical, no achacable a una mala técnica quirúrgica; que frente a la reclamación de una falta de atención en el periodo postquirúrgico la paciente fue valorada en más de cinco ocasiones por diversos especialistas, incluyendo su cirujano y la exploración de una ORL, todo ello en 48 horas; que no hay ninguna justificación en la reclamación del paciente pues se ha logrado diagnosticar y tratar de forma exitosa, en tan sólo 48 horas, una complicación tan difícil de diagnosticar y de tratar como es una perforación puntiforme esofágica, que en muchas ocasiones puede permanecer oculta y causar una sepsis mortal; y que no ha existido ninguna actuación médica negligente dado que la paciente fue diagnosticada y tratada de forma correcta de una complicación posible en cirugía cervical. Y

**d)** Informe sobre valoración de secuelas del Dr. Enrique , especialista en valoración del daño corporal y en cirugía general y aparato digestivo, que se acompaña con la demanda en el que aprecia un trastorno para la deglución (disfagia sobre todo en sólidos) ocasionado por la compresión extrínseca del material de osteosíntesis colocado -que valora como secuela de estenosis y obstáculo a la deglución-; cuadro síndrome ansioso depresivo o trastorno adaptativo reactivo a las secuelas que presenta; y perjuicio estético de grado moderado derivado de varias cicatrices secundarias a la segunda intervención quirúrgica.

De la ratificación a presencia judicial por el perito de la aseguradora y la declaración del testigo-perito cirujano que realizó la segunda intervención de urgencia, se desprenden entre otras las siguientes consideraciones: que la perforación de esófago es una complicación descrita pero rara e infrecuente (1 por mil), y se puede



producir al separar y comprimir mediante separadores potentes con pinzas el esófago y la tráquea, sin que el cirujano se percate de ello en ese momento ya que no sale líquido, siendo lo normal que se descubra a los 2, 3 ó 4 días, o a la semana; que el acto operatorio no describe complicaciones, insistiendo en que la complicación se detecta después; que no es infrecuente que tras intubación y retracción de tráquea y esófago el paciente presente dificultad para tragar y dolor, siendo ello habitual, así como la expulsión de líquido que puede ser de la propia herida, no habiendo síntomas claros y evidentes y no siendo posible otra actitud terapéutica ese día 9 de julio; que el diagnóstico fue precoz e impecable, pues se diagnosticó en 48 horas una complicación que no es fácil de detectar y que esos síntomas -dolor, afonía y dificultad para tragar, que es lo normal- suelen mejorar; que recibió cinco visitas médicas en dos días, y los síntomas no eran para afirmar "taxativamente" la presencia de una perforación; que desde el año 2003 los consentimientos informados han ido evolucionando pues ahora se ponen los riesgos más frecuentes y en los infrecuentes -lesión de esófago- no se pone porcentaje; que no les constan otras secuelas objetivas; que sólo al segundo día cuando se vio que el líquido que podía no corresponder a seroma es cuando se sospecha de la lesión; y que la mortalidad seciente a la complicación se incrementa exponencialmente con el transcurso del tiempo, operándose en este caso en horas desde el diagnóstico.

**CUARTO.-Aplicación de la anterior doctrina al presente caso. Información suficiente. Inexistencia de mala praxis en la intervención. Desatención en el seguimiento de la complicación. Daño moral por relativa pérdida de oportunidad. Estimación parcial.**

Entrando en el examen de cada uno de los reproches asistenciales que se formulan en la demanda, cabe señalar lo siguiente:

I) Sobre la invocada insuficiencia en el consentimiento informado.

Aunque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.1 de la LJCA la parte actora puede en su escrito de demanda alegar en justificación de su pretensión indemnizatoria cualquier motivo que proceda, haya sido o no planteado ante la Administración -en este caso la eventual insuficiencia del consentimiento informado en relación con el riesgo de perforación esofágica seciente a la intervención de discectomía C5-C6 y artrodesis-, motivo no suscitado durante la sustanciación de la reclamación, sin embargo, el silencio sobre esta cuestión en sede administrativa permite considerar acreditada la suficiencia de la información suministrada a la actora acerca de los riesgos conocidos asociados a la intervención, pues no discutiéndose por nadie que, en efecto, la perforación esofágica es una complicación descrita en la literatura para este tipo de intervenciones quirúrgicas, podemos significar lo siguiente:

a) En la reclamación administrativa que dio lugar a la apertura y sustanciación del expediente de responsabilidad patrimonial y en relación a la información recibida, la actora únicamente hizo referencia a que no sabía "exactamente en qué consistió dicha intervención, mas que fue de cervicales", para posteriormente reprochar mala praxis en el traumatólogo al no extremar el cuidado y haber seccionado el esófago en la operación "cuando esta posibilidad es de las más habituales en este tipo de operaciones". Es decir, la actora menciona expresamente la complicación sufrida como una de las más habituales pero sin que, correlativamente, efectúe el más mínimo reproche acerca del supuesto desconocimiento previo de dicho riesgo.

b) A la vista del contenido de la reclamación, en su informe el traumatólogo señala que "En relación a la falta de información sobre la técnica quirúrgica, existe un consentimiento informado firmado por la paciente tras las explicaciones pertinentes en la consulta que yo personalmente le di el 26/2/2003". Es cierto que el facultativo no especifica si entre dichas "explicaciones pertinentes" se encontraba o no la relativa a los riesgos de perforación esofágica, pero dicha omisión es congruente con el concreto reproche que le estaban efectuando sobre la cuestión que, como hemos dicho, iba exclusivamente referido a la técnica quirúrgica, ámbito al que según la doctrina expuesta no se extiende en principio el consentimiento informado, aparte de que este aspecto no ha sido objeto de controversia en sede jurisdiccional.

c) En su posterior escrito de alegaciones la actora ya no discutió ningún extremo referido al consentimiento informado y explicaciones complementarias referidas en el informe del facultativo -ni sobre la técnica ni sobre los riesgos-, insistiendo en que "... si es una de las complicaciones de esta operación con más motivo para cuidar que no ocurra", centrandolo en el hecho mismo de haberse causado la perforación así como en el deficiente seguimiento posterior.

En su segundo escrito de alegaciones (f. 72 a 79), con crítica del informe forense, la reclamante vuelve a incidir en que "El hecho de que un enfermo preste su consentimiento informado o de que toda intervención quirúrgica lleve aparejada riesgos y complicaciones no significa que estemos ante una carta en blanco en la actuación de facultativos y sanitarios ni que toda su actuación quede amparada por este ritual", reiterando la falta de atención y cuidado en la propia intervención y en el seguimiento posterior. Y



**d)** Es sólo tras el dictado de la Orden desestimatoria en la que se incluye una amplia motivación sobre la relevancia del consentimiento informado, la falta de precisión del documento firmado y la conclusión acerca de la existencia de una información verbal suficiente -admitida en la doctrina- cuando, por primera vez y aunque con carácter residual, la actora incluye en su demanda el motivo referido a la insuficiencia de la información recibida sobre las posibles complicaciones. Esta variación de estrategia, aunque jurídicamente admisible, pone sin embargo de manifiesto la escasa credibilidad del hecho sobre el que se fundamenta pues, hemos de insistir, en ningún momento anterior a la mención por la Administración sobre la naturaleza no muy precisa del consentimiento la actora efectuó protesta o reserva alguna acerca de que no conociera previamente el riesgo de perforación, riesgo que, precisamente, motivó su reclamación pero por otras causas, todo lo cual arrastra la desestimación de este motivo de impugnación por considerar acreditada la suficiencia de la información ofrecida sobre riesgos y complicaciones de la operación, incluida la de perforación de esófago, valorando conjuntamente el documento firmado y las explicaciones complementarias, todo ello en función de los antecedentes descritos.

## **II) Sobre la supuesta mala praxis en la intervención quirúrgica al causar la perforación esofágica.**

En conexión con lo que acabamos de manifestar, nadie ha discutido que la perforación de esófago es una complicación típica, aunque infrecuente o rara, de la cirugía cervical que se realizó a la actora; así lo refieren todos los informes médicos obrantes en autos, incluido el del médico forense, pudiendo producirse de forma inadvertida en cualquier procedimiento quirúrgico cervical, siendo muy difícil de diagnosticar de forma precoz porque se trata normalmente de perforaciones mínimas (punciones puntiformes) que asocian un escape lento de secreciones y el desarrollo tardío de abscesos periesofágicos que sólo cuando son de un gran tamaño van a generar dolor disfagia o infección sistémica (sepsis), y aunque es cierto que el hecho de que una complicación esté descrita en la literatura no puede sin más descartar la potencial concurrencia de mala praxis médica en la propia intervención, sin embargo, no obra aquí la más mínima prueba directa, indirecta o indiciaria sobre que un supuesto mayor cuidado en la cirugía hubiera podido evitar la complicación, no detectada durante la misma, la cual se desarrolló sin incidencia alguna o alteración respecto a la técnica habitual, según se desprende del informe de la intervención y de los informes clínicos. La afirmación de mala praxis está pues huérfana de toda prueba.

## **III) Sobre la desatención en el seguimiento de la complicación. Relativa pérdida de oportunidad.**

Aunque en varios de los informes clínicos se menciona que la paciente el día 9 de julio refería disfonía, síntoma que -con dolor y dificultad para la deglución- se considera habitual en este tipo de intervenciones con intubación traqueal y en cirugías cervicales que conllevan retracción del esófago y de la tráquea, lo cierto es que, negado este síntoma por la actora y su familia, no consta en la historia clínica que las quejas de la paciente se refirieran a trastorno alguno de la voz. Habida cuenta pues que no se corresponde con la realidad, no se explica la mención por primera vez a este síntoma -del que se hace eco la Inspección Médica- en los informes clínicos emitidos tras la reclamación, salvo, quizá, que con ello se pretenda relativizar los síntomas que sí padecía para envolverlos con otros -que no padecía- pero habituales, normales, de este tipo de cirugías. Desde luego, la no coincidencia entre la historia clínica y los informes secundarios sólo es imputable a la propia Administración sanitaria.

Asimismo hemos de significar la controvertida cuestión referida a qué tipo de radiografía pretendió solicitar -y realmente solicitó- el traumatólogo de guardia el día 9 de julio, pues mientras en su informe dice que lo interesado fue una radiografía de columna cervical en proyección lateral, sin embargo, en la hoja de solicitud consta "Rx: AP columna C5-C6" (f.250), discrepancia por lo demás reflejada en la hoja de observación de enfermería de ese día en que consta "La piden una Rx Lat de cuello. Vista la Rx anterior por el Dr. Simón pero es AP". Esta Sala desconoce el alcance real de la discrepancia en orden a una mayor precocidad o no del diagnóstico ya que no fue objeto de especial interrogatorio a los facultativos intervinientes, pero sí se deja constancia de ello como un elemento más de la disparidad fáctica sobre aspectos concomitantes a la atención aflorados en el proceso.

Así las cosas, y aprovechando al máximo las ventajas de la inmediatez, esta Sala alcanza la plena convicción de que las continuas quejas relatadas por la actora y su familia a partir del día 9 de julio no fueron suficientemente atendidas -o atendidas con el exigible cuidado- por el servicio sanitario y es que, aún admitiendo la dificultad de diagnosticar en tan corto tiempo una lesión esofágica al ser los síntomas compatibles con la normalidad tras una intervención de cervicales, debemos poner de manifiesto lo siguiente:

**a)** No es que la actora tuviera mera dificultad para tragar (disfagia) sino que padecía total imposibilidad para la deglución, tanto de líquidos como de sólidos; de hecho, el día 8 por la noche se hizo constar que no había tomado nada ("por miedo"); desde luego, el servicio de enfermería no podía conocer la lesión de esófago que ya se había producido en la intervención quirúrgica de la mañana, pero parece incuestionable que la imposibilidad





de tragar "por miedo" no fue correctamente interpretada; no se trata pues de que la dificultad en la deglución se agravara progresivamente sino de que la gravedad del síntoma -imposibilidad absoluta de tragar por dolor- se encontraba presente desde el inicio mismo del postoperatorio.

**b)** A partir del día 9 de julio al anterior síntoma se sumó la exudación de líquidos -el agua que le decían que tenía que beber- bajo el collarín, empapando los apósitos, incluso con mancha de sangre; a este respecto debemos señalar que el equipo de traumatología en su visita matutina apreció exudado serosanguinolento -aunque mínimo, según el informe- y el traumatólogo de guardia reconoce en su informe que por la tarde se le mostró un resto de expectoración con una pequeña cantidad de mucosidad y algún resto puntiforme sanguinolento, que consideró normal tras intubación orotraqueal; ahora bien, es importante destacar que la hoja de enfermería deja constancia de que la paciente se queja "mucho" de que no puede tragar, que sin duda el traumatólogo de guardia acudió a petición de las enfermeras precisamente por mor de las quejas evidentes de la paciente, y que el especialista apreció una pequeña cantidad de mucosidad, líquido -como la saliva o pus- que no parece propio de la herida y que unido a reiterados los requerimientos de la paciente y familiares -declarados con grandes dosis de verosimilitud en prueba testifical, y corroborados por la historia clínica- debieron alertar al servicio sanitario, al menos desde la tarde/noche del día 9 de julio, de que algo no iba del todo bien, no debiendo conformarse con la Rx cervical AP que finalmente se realizó. Y

**c)** Por último, al día siguiente 10 de julio la actora continuó refiriendo la imposibilidad de tragar por lo que se solicitó interconsulta al Servicio de O.R.L. por "disfagia y esputos con sangre"; es cierto que la exploración de orofaringe y laringoscopia indirecta por el especialista fue informada como "dentro de la normalidad", pero parece claro que lo que se exploró fue la faringe y la laringe, no el esófago; es decir, aún en la mañana del día 10 de julio los facultativos no sospecharon siquiera, ni trataron de descartar, una posible lesión de esófago y ello pese a que los síntomas -compatibles con la normalidad, pero también con una grave lesión descrita en la literatura- no mejoraban, sospecha que sólo se inició al apreciarse al mediodía contenido salivar en el drenaje de la herida quirúrgica con petición de interconsulta a Cirugía General por "exudado de la herida tras deglución", descripción que no viene sino a coincidir con las continuas quejas de la paciente y de su entorno familiar.

En definitiva, la Sala llega a la conclusión de que transcurrieron algunas horas -en todo caso menos de 24 horas- desde que debió comenzar a sospecharse la presencia de una lesión incompatible con la manifestada normalidad, tardanza que representa una relativa aunque cierta pérdida de oportunidad de que el diagnóstico hubiera podido ser más precoz y los acontecimientos hubieran podido desarrollarse de otra manera, sin tanta gravedad inicial como la acontecida -aunque la paciente finalmente fue dada de alta sin secuelas esofágicas secuentes a la complicación-, todo lo cual integra un daño **moral** indemnizable que no se identifica desde luego con las secuelas que se alegan -no ligadas causalmente al **retraso**- y que sí comprende en este caso la sensación de impotencia ante los continuos requerimientos asistenciales del paciente, no atendidos con el suficiente celo, y de angustia ante el anunciado -y no cristalizado- mal pronóstico, daño que se valora global y estimativamente a esta fecha en la suma de 9.000 €.

#### **QUINTO.-Costas procesales.**

No se aprecia la concurrencia de ninguna de las circunstancias reguladas por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la condena en costas, lo que nos lleva a no efectuar especial pronunciamiento sobre costas procesales.

**VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

**ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Yolanda contra la Orden de 4 de septiembre de 2008 de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, que se anula por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, condenando a la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León a que abone a la actora la suma de 9.000 €, actualizada a esta fecha, y sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales, dejando el original en el libro correspondiente.

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

**PUBLICACIÓN.-** Publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.