

PALOMA SOLERA LAMA
 PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
 Avila, 12. Bajo Ext. Dcha.
 Tel/Fax: 915715077
 28020 MADRID.

SENTENCIA N° 2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN NOVENA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Ramón Verón Olarte

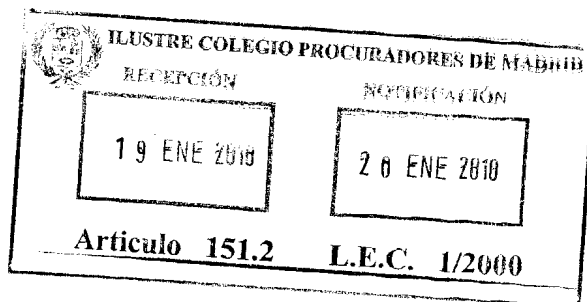
Magistrados:

D^a. Ángeles Huet de Sande

D. Juan Miguel Massigoge Benegiu

D. José Luis Quesada Varea

D^a. Berta Santillán Pedrosa



En la Villa de Madrid, a treinta de diciembre de dos mil nueve.

VISTO por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso contencioso-administrativo núm. 687/2003, promovido por la Procuradora Dña. Paloma Solera Lama, en nombre y en representación de D.

contra la desestimación presunta de su solicitud de indemnización de daños y perjuicios formulada al durante la tramitación de este recurso la Consejería de Sanidad y Consumo a dictado resolución expresa de fecha 21 de marzo de 2005 por la que se desestima la referida solicitud-. Han sido parte en autos la Comunidad de Madrid y como entidad codemandada representada por el Procurador D.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO. Los Servicios Jurídicos y la defensa de la entidad codemandada contestan a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

TERCERO. Habiéndose recibido el proceso a prueba y una vez practicadas las pruebas admitidas, se dio traslado a las partes para que presentaran escrito de conclusiones, y posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO. Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 29 de octubre de 2009.

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

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

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios formulada por D. ...

..., en relación con la asistencia medica prestada a Dña. ... Durante la tramitación de este recurso la Consejería de Sanidad y Consumo de la ... dictado resolución expresa de fecha 21 de marzo de 2005 por la que se desestima la referida solicitud.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto de este proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen de las alegaciones de las partes y del expediente administrativo:

- a) _____, de 28 años de edad, ingresa el día 16 de julio de 2001 en el Hospital _____ para cirugía electiva por obesidad mórbida.
- b) La intervención quirúrgica tiene lugar el día 17 de julio mediante laparotomía media supraumbilical; By pass gástrico con pie de asa a 1m. Anastomosis CEEA 28. No anillada. Colicistectomía profiláctica. Drenaje J-P subhepático.
- c) A la paciente se le traslada del quirófano a la Sala de Reanimación, donde permanece hasta el día 19 de julio, fecha esta en que se le traslada a la UCI.
- d) El día 19 de julio se le realiza gastrostomía percutánea bajo control radiológico para descompresión del remanente gástrico, extrayéndose 600 cc. de material hemático digerido y bilis. La paciente presenta dolor en hombro izquierdo, taquicardia, escasa respuesta a diuréticos, hipoventilación e hipoxemia. Con el diagnóstico de posible pancreatitis posquirúrgica es trasladada a la UCI el día 19 de julio.
- e) Durante su estancia en UCI se observa persistencia de oligoanuria sin respuesta a medidas y con deterioro progresivo de la función renal, balance hídrico positivo de 5.470 cc. Anemización, plaquetopenia y coagulopatía. Elevación de amilasa sérica. Además, comienza con taquipnea e ictericia, con disminución de la saturación de O₂. Con el diagnóstico de fracaso renal agudo de probable origen prerenal, fracaso multiorgánico y/o sepsis y/o pancreatitis aguda se decide realización de tránsito gastroeyunal urgente.
- f) Se decide iniciar hemodiálisis por la falta de respuesta al tratamiento de la insuficiencia renal.
- g) El día 20 de julio la paciente presenta empeoramiento de la función respiratoria progresiva. Se decide intervención quirúrgica urgente para descartar complicación abdominal. Y se encuentra abundante líquido seroso sin evidencia de hemoperitoneo, se comprueban todas las suturas sin que haya dehiscencia en ninguna de ellas; esteatonecrosis pancreática aguda no hemorrágica.
- h) La paciente regresa a la UCI donde se produce nuevo empeoramiento con desaturación, hipotensión y bradicardia severa refractaria. Fallece el día 20 de julio de 2001 a las 17:10 horas.

TERCERO. En el escrito de demanda presentado por los actores se solicita que se dicte sentencia por la que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración y que se les reconozca en concepto de indemnización de

daños y perjuicios la cantidad de 300.000 euros por la inadecuada asistencia medica prestada a : y que supuso su fallecimiento.

Los recurrentes en su calidad de padres, esposo y hermanos refieren que a : se le realizo, además, de un By-pass gástrico según la Técnica de Capella, una Colectectomía sin advertirlo previamente a la paciente. Y en relación con esta intervención quirúrgica entienden que se ha omitido el documento del consentimiento informado a la paciente que le hubiera permitido no solo consentir dicha operación sino también conocer los riesgos y las alternativas de la misma. Solo existe consentimiento informado para la Cirugía de Obesidad Mórbida.

Asimismo manifiestan que tras la intervención quirúrgica de obesidad mórbida la situación de la paciente empeoro y, sin embargo, los facultativos entendieron que eran normales los síntomas que tenia tras la practica de la intervención. Y que, a pesar de que la misma presentaba indicios de que se estaba desangrando y de que las analíticas revelaban una galopante anemización no se le transfundieron hemáties hasta las 14:45 horas del dia 19 de julio.

Concluyen que no se pusieron a disposición de la paciente todos los medios materiales de que disponía el Hospital en relación con el tratamiento, control y vigilancia de la paciente en el postoperatorio, y en especial de la pancreatitis aguda postquirúrgica.

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

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

La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, disposiciones que son plenamente aplicables al presente caso, dada la fecha de presentación de la reclamación.

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

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

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

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

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

a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.

c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.

d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

Por último, además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así en sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero y 1 de abril de 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122

de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tras la intervención quirúrgica de obesidad mórbida, como así mantiene la parte actora.

La contradicción entre las partes sobre las causas efectivas del fallecimiento de la _____, así como el carácter eminentemente técnico de la cuestión sometida a debate impone a este Tribunal tener en cuenta los informes periciales existentes que se han aportado por la actora y por la entidad codemandada con sus escritos de demanda y de contestación a la demanda, respectivamente, y que se han ratificado en vía judicial. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado.

En este caso figura en autos el informe pericial emitido a solicitud de la parte actora por el Doctor _____ -Medico especialista en Anatomía Patológica-, así como el informe emitido por el Doctor _____ - Medico especialista en Cirugía General y Aparato Digestivo-. Y también consta el informe pericial emitido a solicitud de la entidad codemandada por los doctores D. _____ Medico especialista en Cirugía General y Digestivo- y D. _____ - Medico Especialista en Cirugía General-.

Los actores apoyan su pretensión en que, según su criterio, ha sido incorrecta la actuación medica postoperatoria. Nada refieren en relación con la técnica empleada en la intervención quirúrgica de la Cirugía por obesidad mórbida.

En el informe pericial emitido por el Doctor _____ a instancia de los recurrentes se concluye que “la complicación quirúrgica (pancreatitis aguda posoperatoria) que ha llevado al fallecimiento de la paciente no es de las esperables ni de las inherentes a la propia intervención quirúrgica, lo que motiva que no venga reflejada en la hoja de C.I. sino de las que aparece cuando la técnica quirúrgica no se ha desarrollado correctamente siguiendo los canones de la BUENA PRAXIS”. No obstante, a pesar de dicha conclusión, no se recoge en dicho informe en que aspectos concretos la intervención quirúrgica de obesidad mórbida no ha cumplido las exigencias de la lex artis que ha causado la pancreatitis aguda, pues no puede olvidarse que la practica de la medicina conlleva unos riesgos que debe asumir quien admite su practica de tal modo que, solo cuando la misma incumple la lex artis puede afirmarse que se esta ante un daño antijurídico pues, en otro caso, se esta ante un riesgo propio de una intervención quirúrgica necesaria para la curación del paciente a quien corresponde asumir y aceptar dicho riesgo, como es el caso. Por lo que en este aspecto es incompleto dicho informe toda vez que nos encontramos ante una

conclusión medica que no va acompañada de las consideraciones médicas y técnicas que conduzcan a la misma por lo que no puede admitirse como tal. Por otro lado en dicho informe no se refiere que el tratamiento de la pancreatitis aguda fuera incorreto, al contrario refiere que recibió el tratamiento habitual cuando señala que: "la sintomatología que presentaba la _____ era por supuesto la que se admite como mas habitual....El tratamiento medico que recibió fue el analgésico habitual con reposición de líquidos y colóides, tratamiento de la hipocalcemia, antibioterapia e inhibitorio de la estimación secretora del páncreas. También se trato la insuficiencia respiratoria asociada; se practico a continuación una laparatomía para proceder a la extirpación del material necrótico y se estableció el drenaje adecuado. Se comprobó en todo momento la integridad de las anastomosis. A pesar de ello la paciente _____ presento una insuficiencia renal asociada y complicaciones cardiacas y sépticas que la llevaron al desarrollo de un fracaso multiorgánico y al exitus con fecha 20 de julio de 2001".

El informe emitido por el doctor Sr. _____ a instancia también de los actores tampoco se concluye que la pancreatitis aguda -que provoca finalmente el fallecimiento- tuviera su origen en una incorrecta técnica quirúrgica ni tampoco que fueran contrarias a la lex artis las decisiones medicas adoptadas una vez que se diagnostica tras la intervención quirúrgica.

Por el contrario en el informe pericial emitido a solicitud de la entidad codemandada se refiere que "la cirugía bariátrica es considerada de alto riesgo, con elevada morbilidad. Esta es derivada no solo del procedimiento en sí (habitualmente cirugía prolongada y que requiere varias anastomosis digestivas) sino también de las condiciones del paciente (obesidad y frecuentemente comorbilidades como HTA, diabetes y otras). La mortalidad operatoria esta entre el 1% y el 2%. La morbilidad entorno al 10%". Y en via judicial señala que la pancreatitis es una complicación de la cirugía de la obesidad sin relación con los dolores abdominales que presentaba la paciente tras la intervención y niega que hubiera ausencia de tratamiento medico. Al respecto se recoge en dicho informe que "se le realiza un TC abdominal (que objetiva distensión de remanente gástrico y cantidad no significativa de liquido) que conduce a una acción terapéutica (gastrostomía descompresiva). La mala evolución de la paciente obliga a intentar demostrar una complicación en relación con la anastomosis y en ultima instancia una laparotomía exploradora para descartar la existencia de algún problema tratable en relación con la cirugía, que solo objetiva la presencia de liquido libre peritoneal, pancreatitis aguda e integridad de las anastomosis". Y respecto de la gravedad de la pancreatitis aguda que sufre se refiere en dicho informe que: "La paciente presenta un cuadro clínicamente sugestivo de pancreatitis que a lo largo de su evolución desarrolla al menos cinco criterios de gravedad. Asimismo presenta insuficiencia renal y posteriormente fracaso multiorgánico (con fallo renal, hepático, respiratorio y hemodinámico)". Y se concluye que: "A la luz de todos los informes recibidos parece que el diagnostico mas posible es el de pancreatitis aguda postoperatoria, con al menos cinco criterios de gravedad (mortalidad del 40%) y desarrollo de fracaso multiorgánico, sin que los esfuerzos terapéuticos logren mantener con vida a la paciente....Se

puede asegurar que todos los profesionales que han tratado a la paciente en el Hospital , lo han hecho de acuerdo con la lex artis, sin que se observen signos de mala praxis en ninguna de las actuaciones”.

La inspección medica, al igual que los peritos de la entidad codemandada, refiere en su informe que “la paciente presento una pancreatitis aguda post-quirúrgica asociada a la cirugía bariátrica, con complicaciones sistémicas renales, respiratorias, cardiovasculares, shock, parada cardiorrespiratoria y exitus. Las actitudes diagnóstica y terapéutica de los facultativos de los Servicios de Cirugía General del Hospital es en todas las fases de evolución de la paciente fueron correctas y adecuadas al estado del conocimiento científico actual y a la lex artis ad hoc. No se ha encontrado relación causa-efecto entre la actuación medica y el resultado acaecido”.

Por tanto, en este caso, el daño alegado carece de la nota de la antijuridicidad ya que la actuación del servicio sanitario que asistió a la paciente se ajusta plenamente a las exigencias de la lex artis. La paciente conocía los riesgos de la intervención de obesidad mórbida pues en la hoja de consentimiento informado que firmo se reflejaba que dicha intervención podía acarrear diversas complicaciones-entre ellas, las anastomosis digestivas- que podían llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, incluyendo un riesgo de mortalidad. Las complicaciones surgidas durante el postoperatorio que desencadenaron el fallecimiento, entran dentro de los riesgos asumidos voluntariamente por la paciente y no obedecen a una mala practica medica sino a la complejidad característica, en ocasiones fatal, de este tipo de intervenciones.

La parte actora no concreta en su demanda en que ha consistido a su juicio esa incorrecta actuación medica contraria a la lex artis y que ha ocasionado el fallecimiento de la Sra. , pues como se ha referido en el anterior fundamento de derecho no estamos ante una responsabilidad objetiva de tal modo que, no es suficiente con que se haya producido una lesión en el paciente – como es el caso- sino que debe demostrarse que la misma se ha debido a una actuación medica que no ha cumplido las exigencias que impone la lex artis en la intervención concreta que se ha realizado a la paciente, pues en caso contrario estaríamos ante un daño que no tiene la consideración de antijurídico y, por tanto, no seria posible admitir la existencia de responsabilidad patrimonial al faltar una de las condiciones que, tanto legal como jurisprudencialmente, se impone, como ya se ha referido anteriormente.

De lo expuesto esta Sala no puede mas que mantener que, respecto a la praxis con la que se realizó la intervención, esta fue correcta, adecuándose en todas sus actuaciones a la buena practica medica, no existiendo indicio alguno de vulneración de la lex artis ad hoc, y que el fallecimiento por pancreatitis aguda posquirúrgica es una complicación de la intervención de obesidad mórbida que se realiza y que es independiente de una buena practica medica. Y que no puede calificarse por ello de daño antijurídico ya que es un riesgo o complicación de la intervención quirúrgica que puede aparecer pese a observar escrupulosamente las exigencias de la lex artis. No puede olvidarse que la medicina es de medios y no de

resultados y ello conlleva que no pueda calificarse como antijurídico cualquier resultado dañoso sino solo aquel que es contrario a las exigencias de la lex artis.

Por ello esta Sala rechaza que la asistencia medica y sanitaria prestada a la Sra. [redacted] por el Hospital [redacted] sea contraria a la lex artis.

En consecuencia, no se ha acreditado la concurrencia de uno de los requisitos necesarios para que pueda hablarse de responsabilidad patrimonial lo cual lleva a esta Sala a rechazar esta pretensión formulada por los recurrentes.

SEPTIMO.- Asimismo los actores refieren que se le practico a la paciente una colecistectomía profiláctica durante la intervención del by pass gástrico respecto de la cual la paciente desconocía su realización así como los riesgos y alternativas de la misma y ello vulnera el derecho de información.

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

Es reiterada la jurisprudencia (por todas, STS de 9 de marzo de 2005) que establece que *«Es evidente que la exigencia del consentimiento informado constituye una obligación impuesta por la Ley General de Sanidad cuyo artículo 10 expresa, como hemos recordado en Sentencia de 18 de junio de 2004, que toda persona tiene, con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho a que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; y finalmente a que quede constancia por escrito de todo su proceso.*

Está pues, por lo tanto, el consentimiento informado, como decíamos en aquella sentencia, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas y que en la fecha en que se produce la intervención quirúrgica a que da lugar a este proceso constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación.

Como decimos en aquella sentencia, la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Pero sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva

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

En el caso analizado el único documento del consentimiento informado que existe en el expediente administrativo se refiere a la cirugía de la obesidad mórbida. No consta nada sobre la posibilidad de que se le realizara también una colecistectomía pues la anotación que se realiza en la hoja de consulta del día 25 de enero de 2001- folio 42 del expediente administrativo- no permite presumir que la paciente tuviera, al menos, un conocimiento verbal de que se le iba a practicar también una colecistectomía al tratarse de meras anotaciones medicas que impiden concluir que la misma se comunicara a la paciente. Ello permite entender que se ha vulnerado el derecho de la paciente de consentir la practica de dicha técnica quirúrgica pues no puede obviarse que se trata de una colecistectomía profiláctica y no una decisión medica que se adopta durante el desarrollo de la operación quirúrgica que, lógicamente, impide la comunicación previa a la paciente o a sus familiares. Así, en el caso analizado no consta que se proporcionara a la paciente información verbal sobre los riesgos y complicaciones que podían derivarse de la intervención quirúrgica de colecistectomía profiláctica a la que se le sometió durante la cirugía de obesidad mórbida. Y la carga de la prueba de este extremo, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, correspondía a la Administración y no ha acreditado nada sobre ello. Por lo cual dado que no consta información verbal ni tampoco escrita de los riesgos y complicaciones derivados de la referida intervención quirúrgica tal omisión debe considerarse, con arreglo a reiterada doctrina del Tribunal Supremo, como un daño autónomo que ha afectado al derecho de autodeterminación del paciente que debe ser, por sí mismo, indemnizado, como tal daño moral autónomo.

Como establece la STS de 4 de abril de 2000, «Esta situación (se refiere la citada STS a la omisión del consentimiento informado) no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud. Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que esta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.»

En el caso de autos es este daño moral el único que debe ser indemnizado, sin que pueda ser objeto de indemnización el fallecimiento de la paciente pues, como hemos explicado en los anteriores Fundamentos, no se ha acreditado

ninguna infracción a la "lex artis" en los tratamientos y decisiones terapéuticas adoptadas.

El daño antijurídico que se ha padecido como consecuencia de la atención sanitaria es únicamente el daño moral autónomo consistente en la vulneración del derecho del paciente a ser informado de los riesgos y complicaciones derivados de la intervención quirúrgica que se le iba a practicar y de su derecho a decidir al respecto. Por ello, los concretos conceptos por los que los recurrentes reclaman la indemnización no pueden ser objeto de indemnización porque no traen causa directa de la ausencia de información.

Por ello esta Sala fija la indemnización de daños y perjuicios por este concepto en la cantidad total de 6.000 euros, cantidad esta que coincide con la que esta misma Sección ha fijado en supuestos idénticos al que ahora se examina. Cantidad que se fija como deuda de valor y, por tanto, actualizada al momento presente.

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

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora Dña. Paloma Solera Lama, en nombre y en representación de D.

contra la desestimación presunta de su solicitud de indemnización de daños y perjuicios formulada al durante la tramitación de este recurso la Consejería de Sanidad y Consumo (

l ha dictado resolución expresa de fecha 21 de marzo de 2005 por la que se desestima la referida solicitud-, y, en consecuencia, se les reconoce la cantidad total de 6.000 euros por los conceptos referidos en el fundamento séptimo de derecho de esta sentencia. Sin costas.

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

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ilma. Sra. D^a Berta Santillán Pedrosa. , Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma doy fe.