

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

● ● ● ● ● J S L

Rollo de apelación nº 133/2013

Parte apelante: M T B S

Representante de la parte apelante: J S L

Parte apelada: INSTITUT CATALA DE LA SALUT

Representante de la parte apelada: J F B

PROCURADOR DE BARCELONA

SENTENCIA Nº 1009/2013

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. J B M

MAGISTRADOS

Dª M J M G

D. L F G V

En la ciudad de Barcelona, a ocho de octubre de dos mil trece

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA), constituida para la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente Sentencia.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Doña M J M G , quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 01/03/2013 el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 3 de Barcelona, en el Recurso Ordinario seguido con el número 502/2011, dictó Sentencia desestimatoria del recurso interpuesto contra la desestimación de reclamación por responsabilidad patrimonial. Sin expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección.

TERCERO.- Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 7 de octubre de 2013.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a M T B S interpuso recurso de apelación contra la Sentencia N^o64/13 del Juzgado Contencioso-Administrativo N^o3 de Barcelona de 1 de Marzo de 2013 desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación de indemnización solicitada a la Administración en virtud de responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento del servicio público en la prestación de asistencia médica a la misma.

SEGUNDO.- Mostraba aquella su disconformidad con la resolución judicial indicada en base a una serie de motivos tales como la incorrecta valoración de la prueba realizada por la sentencia de instancia, al haber quedado excluido de valoración el informe pericial presentado a su instancia, la existencia de alternativas terapéuticas, la evitación del daño con la utilización de medios adecuados y por

último la falta de prestación de consentimiento informado.

Solicitaba finalmente la estimación del recurso, la revocación de la sentencia y el reconocimiento de la indemnización solicitada en su día.

TERCERO.- La parte apelada Institut Català de la Salut interesó por el contrario la confirmación de la sentencia al ser la misma ajustada a derecho al no concurrir los presupuestos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, rebatiendo cada uno de los motivos expuestos en el recurso de apelación.

CUARTO.- Este Tribunal ha llevado a cabo una valoración conjunta de las alegaciones y razonamientos jurídicos que se contienen en el recurso de apelación y en el escrito de oposición al mismo, en relación con la sentencia impugnada, legislación y jurisprudencia aplicable llegando a la conclusión de que el primero debe prosperar según los razonamientos que seguidamente se expondrán.

Debe señalarse en primer lugar que la responsabilidad de las Administraciones Públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no sólo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el artículo 24 de la Constitución, sino también de modo específico, en el artículo 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.

Por su parte el artículo 139-1 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, añade el apartado 2, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Se configura pues, un sistema de responsabilidad patrimonial de las

Administraciones Públicas, que tiene como presupuestos o requisitos, conforme a una reiterada jurisprudencia: a) Que el particular sufra una lesión de sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica ; b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla ; c) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ; y d) Que por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo Sala Tercera, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

QUINTO.- La primera de las alegaciones vertidas en el escrito de apelación, es la relativa a la incorrecta valoración de la prueba efectuada por la juez de instancia en tanto excluyó directamente, negando así cualquier valor, el informe pericial aportado por la entonces actora y emitido por el Dr C , desconociendo la experiencia de este en la materia.

No existe controversia en cuanto a la especialidad médica de los peritos intervinientes, teniendo aquel la de Educación Física y del Deporte, y la perito de la Administración, Dra V , la de Traumatología y Cirugía Ortopédica.

Así se refiere en la sentencia, que el primero, (en respuesta a las aclaraciones que le fueron solicitadas) había colaborado durante ocho años con el Dr E de M en la Clínica Quirón de Barcelona en intervenciones de colocación de prótesis totales de cadera, mientras que a la segunda en su especialidad, le avalaba una experiencia de 25 años.

Seguidamente, refiere en este aspecto la juez a quo, que tanto por titulación como por experiencia profesional, las conclusiones efectuadas por la Dra V debían imponerse omitiendo sin embargo cualquier razonamiento sobre el por qué de esta aseveración.

Este Tribunal debe discrepar de dicha consideración, en tanto la especialidad de Educación Física y del Deporte que lógicamente conlleva conocimientos de las ciencias médicas relacionadas con la actividad deportiva, necesariamente debe englobar los relativos a traumatología y cirugía ortopédica, estrechamente vinculados con tal actividad, como así se puede comprobar si se consulta la información que proporciona la tecnología actual al alcance de cualquier

ciudadano.

Pero es que además, no repara la sentencia en la circunstancia de que si el Dr C , careciera de formación en traumatología, difícilmente podría pensarse que hubiera podido colaborar activamente en intervenciones quirúrgicas tan específicas y tan íntimamente relacionadas con la misma, tales como la colocación de prótesis de cadera.

Es por ello que resulta lógico poner en un plano de equivalencia en cuanto a conocimiento de la materia a tratar a ambos peritos, por lo que en modo alguno podía quedar descartado y fuera de toda consideración el informe técnico del Dr C , que debió ser tenido en cuenta como un medio probatorio mas a la hora de resolver la litis junto con el de la Dra V , que pese a su incuestionada experiencia profesional no concretó si dentro del amplio campo que abarca la traumatología, había realizado intervenciones como la que aquí debe analizarse y que precisamente si han sido llevadas a cabo por el Dr C .

Concorre por tanto en este sentido, error en la valoración de la prueba, en tanto no fue completa, por no haber considerado la juzgadora los datos y conclusiones alcanzadas por el perito de la ahora apelante Dr C y que como posteriormente se verá, afectan de forma relevante al análisis de la actuación médica sometida a debate y por ello a su solución en orden a determinar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEXTO.- Entrando ya de lleno en esta, no ha sido tampoco discutido en la instancia que la Sra B padecía una coxartrosis invalidante de la cadera izquierda, secundaria a una displasia de cadera, sometiéndose al recambio de la misma, mediante colocación de prótesis, siendo intervenida en Noviembre de 2008 por el Dr C , facultativo que en el año 2006, si bien en el ámbito de la medicina privada, le realizó idéntica operación en la cadera derecha.

Ya en aquel entonces se produjo una complicación en la cirugía consistente en una lesión neurológica.

Y nuevamente en la última operación, se detecta en el postoperatorio una impotencia funcional, una complicación neurológica como consecuencia de una lesión nerviosa consistente en una axonotmesis del nervio crural y del CPE causante de paresia o limitación del movimiento, entre otras secuelas.

En la sentencia se recogen las conclusiones de la perito Sra V y así, por lo que aquí interesa, se parte de la corrección del diagnóstico y del tratamiento como única opción para solventar el dolor y corregir la grave limitación de la extremidad y a sabiendas de que se pudiera producir idéntica complicación neurológica como la sufrida dos años antes y que ciertamente se volvió a dar como consecuencia de la técnica quirúrgica.

Aunque la entonces recurrente hubiera sufrido un daño, según la sentencia, este no se debió a un funcionamiento anormal del servicio público ya que no se le había dispensado una asistencia deficiente ni se produjo mala ejecución de la técnica quirúrgica.

Según manifiesta la apelante, en plena disconformidad con estas afirmaciones, no existiendo duda que la lesión ocasionada tenía su origen en las maniobras quirúrgicas, y siendo conocedor el cirujano de la displasia de la paciente y los antecedentes de riesgo de la otra cadera, este resultaba previsible y como tal se pudo evitar con una correcta praxis médica que sin embargo no se dio causándose un daño que hubiera sido evitable mediante el empleo de técnicas o métodos a tener en cuenta en la intervención como la monitorización neurofisiológica intraoperatoria o las tenotomías u osteotomías.

Se produjo así una falta de medios puestos a disposición de la paciente causante de graves secuelas.

Llegados a este punto, conviene hacer un inciso únicamente para aclarar que no será objeto de estudio por este Tribunal la cuestión relativa a si la colocación de la prótesis era la única alternativa posible o si por el contrario existían otras alternativas terapéuticas como la rehabilitación y el tratamiento farmacológico.

Y ello porque se trata de una cuestión nueva que no fue planteada en la instancia y que por tanto excede del ámbito del recurso de apelación, pues sólo se debatió sobre la ejecución de la técnica aplicada, diferente a su conveniencia, los riesgos existentes, y el diagnóstico y tratamiento de la secuela.

No obstante, no cabe duda alguna en este aspecto que ambos peritos coinciden en afirmar, y mas en concreto el Dr C que la técnica indicada, la prótesis, fue correcta (Folio N°3 del informe) y es que no puede obviarse que la

paciente presentaba un proceso degenerativo por artrosis que le producía un desgaste de la articulación (al igual que en la otra cadera) cursando con dolor y limitación de la movilidad.

Sentado lo anterior y volviendo a la cuestión principal, será preciso ahora determinar si la praxis médica se ajustó a lo que era esperable atendido el caso concreto, cobrando así máxima importancia los informes periciales.

SÉPTIMO.- Es bien sabido que la prueba pericial, y también las declaraciones de especialistas llamados al proceso, están dedicadas a complementar los conocimientos del Juez o Tribunal en el momento de adoptar una decisión cuyos fundamentos o contenidos técnicos hagan necesaria la ayuda de un experto en cada una de las materias científicas que pueden presentarse.

Ahora bien, dicha prueba pericial no puede vincular al órgano jurisdiccional de forma terminante, sino que como una prueba más, debe ser valorada en función de las circunstancias que concurren en cada caso.

En las controversias jurídicas, donde aparece un presupuesto fáctico con efectos jurídicos suficientes para fundamentar una acción resarcitoria, pero que cuenta con distintas opiniones de especialistas médicos, es cuando la función interpretativa se pone a prueba, con el fin de discernir la posible existencia de los requisitos de la relación de causalidad.

Ello resulta complicado cuando, como en el caso presente, dichos dictámenes llegan a conclusiones contradictorias, debiendo tener en cuenta que una vez que se produce, por desgracia, un daño o perjuicio, en muchas ocasiones no es difícil dar una explicación de lo que se debería haber hecho en cada momento.

Respecto a las pruebas periciales tal como expone el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de julio de 2000, en el supuesto de diversos informes periciales o de técnicos peritos en la materia, es procedente un análisis crítico de los mismos debiendo el órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en los informes de acuerdo con la sana crítica, debiéndose entender la fuerza probatoria de los mismos en la mayor fundamentación y razón de ciencia aportada y debiéndose conceder, en principio, prevalencia, a aquéllas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional.

Y en el supuesto de autos como se expondrá, la misma se da en mayor medida en el dictamen del Dr C , pues una vez depurados sus razonamientos, aparece dotado de mayor fuerza convincente por las reflexiones y explicaciones que ofrece, por los datos y fuentes empleadas extrayendo sin lugar a dudas o, al menos, con suficientes garantías de razonabilidad, que en la actuación médica realizada a la paciente se produjo un deficiente funcionamiento del servicio público.

Se dice en el informe de este facultativo, que estos casos de caderas con displasia, presentan cambios anatómicos en los cuales la rigidez de las partes blandas obligan a una manipulación cuidadosa de la extremidad afectada, especialmente en la reducción de la prótesis, y el propio cirujano que realizó la intervención, Dr C , reconoció que la reducción fue dificultosa (lo que se corrobora en la hoja de protocolo quirúrgico obrante en el expediente administrativo Folio N°74 vuelto).

Durante el acto quirúrgico, y en el transcurso de alguna de las maniobras, por estiramiento, manipulación excesiva o rotaciones sobre la pierna, según el perito, se produjo la lesión neurológica que califica de "iatrogénica", es decir, producida por efecto mismo de la acción médica, por la operación.

Nuevamente se confirma esta afirmación, tras la lectura del informe de asistencia emitido el 10 de Mayo de 2010 por el Dr C (citado en el informe pericial), y en el que se dice que *"la lesión nerviosa es fruto, seguramente, de maniobras de estiramiento preoperatorias"*.

El informe de la Dra V , si bien alude a esta lesión neurológica, resulta opaco en cuanto a la concreción de la causa por la que se produjo, limitándose a señalar indirectamente que factores de riesgo como los que concurrían podían favorecer que el nervio ciático sufriera una elongación durante la intervención.

No hay duda por tanto, pues ninguna otra causa se apunta, que durante el proceso quirúrgico se produjo la citada lesión.

Descrita la específica patología que presentaba la paciente, debe hacerse seguidamente alusión al riesgo por no ser este tema baladí.

Como se ha mencionado, aquella era exactamente la misma que unos años antes padeció la Sra B y por la que se sometió a idéntica operación en la que

también se produjo una lesión como la antes descrita.

El Dr C indica que el riesgo de afectación quirúrgica oscila entre el 0'67-3'7% en cirugías protésicas estándar que se eleva hasta el 5'8% en casos en que como este concurre una displasia de cadera.

La Dra C reproduce los mismos porcentajes en cuanto al riesgo citados que eleva a un 7'5% en los casos de cirugía de revisión.

Si bien acto seguido califica la lesión de los nervios periféricos como una complicación infrecuente y no previsible, en un apartado anterior de su informe describe entre los riesgos mas graves y "frecuentes" durante el acto quirúrgico, "*las lesiones nerviosas del nervio ciático, obturador o crural*" lo cual no deja de ser una contradicción.

Como también lo es, el referir como un factor de riesgo sobreañadido, (incrementándolo por tanto), el sexo femenino y las malformaciones de cadera que condicionan una alteración en la anatomía de la misma y que según señala, requieren manipulaciones algo mas agresivas para poder llevar a cabo la sustitución articular, con mas riesgo de lesiones en las estructuras nobles.

Resulta incuestionable el elevado riesgo que se daba en la intervención a efectuar a la paciente de que se produjese una complicación como la que al final aconteció.

Y si bien en este punto hay coincidencia en los dictámenes de ambos peritos, la diferencia entre uno y otro, es que el Dr C tiene en consideración el antecedente de la operación de la otra cadera, mientras que la Dra V lo omite.

Esta experiencia previa con resultado también negativo, necesariamente hubiera tenido que conllevar la adopción de las máximas precauciones por la altísima posibilidad de que este se reprodujera haciendo que el riesgo se convirtiera en "previsible".

Y no se olvide que lo que es previsible según el Diccionario de la Real Academia Española es "que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales".

A criterio del Dr C que consta en el informe ampliatorio, atendidas las características de la paciente, las posibilidades de que se diera nuevamente esta complicación eran muy elevadas y muy posibles.

Considera que la operación de la otra extremidad, no tenía por qué añadir un riesgo por sí misma, pero si era una señal de alarma a tener muy en cuenta por la sensibilidad de la anatomía de la paciente.

Reconoce a su vez, que la cirugía en estos casos, no es una ciencia de resultados, pero si de medios en los que el cirujano debe extremar todas las precauciones posibles para evitar complicaciones o resultados desproporcionados, y en este supuesto durante la intervención no se adoptaron las medidas oportunas ni aplicó un esmero adecuado en el tratamiento de las partes blandas y en las tracciones ejercidas sobre la extremidad.

Entre estas, cita (en respuesta a preguntas aclaratorias) que hubiera parecido ideal el uso de monotorización neurofisiológica intraoperatoria y conveniente la valoración por el servicio de neurofisiología y una planificación conjunta con la cirugía.

La Dra V , también en su dictamen aclaratorio se limitó a responder en relación a este extremo que *“se ha de entender que se extremarían al máximo las precauciones para intentar que no apareciera idéntica complicación”*, lo cual no deja de ser una mera suposición sin valorar en momento alguno esta cuestión.

Puede concluirse tras esta exposición, que en la asistencia sanitaria aplicada a este concreto supuesto enjuiciado, se aprecia un incumplimiento de medios ya que en función de lo sucedido en la primera intervención de cadera practicada a la apelante (que por cierto se ejecutó por el mismo cirujano), de las complicaciones que entonces surgieron, y del elevado riesgo de que las misma se volvieran a dar, hubiera sido lo procedente y adecuado aplicar durante la operación aquellas otras técnicas, que existen y se han descrito por el perito Dr C , que hubieran podido contribuir a evitar el resultado lesivo acaecido.

La deficiente prestación del servicio no se produce en función del resultado, lo cual debe quedar claro, pues se desconoce si este finalmente se habría producido igualmente, sino por no haberse aplicado aquellos medios o técnicas que hubieran

podido contribuir a su evitación.

El Tribunal Supremo en muchas ocasiones ha afirmado que la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación de resultados, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (Sentencias de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

El título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo sino que radica singularmente en supuestos como el aquí analizado, en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo que puede producirse por el incumplimiento de la *lex artis a quo* o por defecto, insuficiencia, o falta de servicio que es lo que aquí sucedió.

OCTAVO.- Se denuncia también en el recurso de apelación la indebida valoración del consentimiento informado en la sentencia de instancia que nuevamente acoge la conclusión de la perito de la Administración.

En la resolución indica la juez a quo que la paciente firmó el documento obrante en el Folio N°52 del expediente administrativo, siendo este un documento aceptable en tanto según la Dra V era asumible que con el antecedente quirúrgico de la otra cadera y la complicación neurológica surgida, la paciente estuviese informada de las posibilidades de que aconteciese igual complicación.

No debía desconocerse que se había solicitado que la intervención se llevase a cabo por el mismo cirujano que intervino la cadera contralateral.

Sirva a modo de adelanto, que las afirmaciones de la perito, son del todo inasumibles.

Hay que destacar la relevancia que se ha asignado a la información y al consentimiento previos a la realización de cualquier actuación médica, regulación de estos aspectos que se realiza en nuestro ordenamiento esencialmente, en la Ley 41/2002, reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que actualiza y completa la

regulación contenida en la Ley 14/1986 General de Sanidad.

Entre los principios básicos que enuncia la Ley en su artículo 2 figura la exigencia, con carácter general, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, *"que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada"*, y que *"se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley"* (apartado 2).

Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4).

El artículo 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarles a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el artículo 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el artículo 9.1).

Por lo que se refiere al consentimiento informado, el artículo 8 prevé que *"toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso"*, y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito.

Como excepción se permite llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento en supuestos tasados (artículo 9.2).

Y es que las actuaciones médicas llevan implícitas una posibilidad de afeción a la integridad personal protegida por el artículo 15 de la Constitución en la medida en que éste tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo, de manera que es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad del derecho dentro de ese ámbito, coherenciándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica.

Esa garantía de la efectividad del derecho en el ámbito médico implica que cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes se ha efectuado del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho.

La información básica que debe proporcionarse según gira en torno a cuatro puntos sustanciales: 1) las consecuencias relevantes que la intervención origina con seguridad; 2) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; 3) los riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y estado de la ciencia directamente relacionados con la intervención y 4) las contraindicaciones (artículo 10 de la Ley 41/2002).

La interpretación de las exigencias legales impuestas en los artículos 4 y 8 de la Ley requieren que la información se proporcione de forma verbal, salvo en casos previstos en el apartado 2º del artículo 8 relativos a intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores (como sería este el caso) y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, en cuyo caso se requiere la prestación del consentimiento por escrito.

Aplicando al supuesto concreto la doctrina antes expuesta sobre los requisitos que debe cumplir el consentimiento informado, y que se contienen en el artículo 4 de la ley 41/2002, debe concluirse en contra de lo sostenido en la sentencia de instancia, que en este supuesto no se informó a la apelante sobre la intervención que se le iba a realizar y mas en concreto sobre los riesgos y consecuencias que de la misma se pudieran derivar, lo cual resultaba aún mas exigible atendido el antecedente de lo acontecido con la anterior intervención de la cadera derecha.

Viene a afirmar la Dra V de forma simplificada que como la Sra B era conocedora de lo sucedido en la primera operación de cadera ya estaba informada de los riesgos y complicaciones que la segunda le podía acarrear.

La hoja de consentimiento informado obrante en el Folio N°52 de 22 de Noviembre de 2007, es un mero modelo ciclostilado que en el apartado de riesgos se indica "varios (*s'expliquen*)".

Era precisa en este caso, una información adecuada no sólo sobre la forma en que habría de ejecutarse la operación sino principalmente de cuales eran sus

riesgos y posibles consecuencias, y aún sobre la posibilidad de poder acudir a otras técnicas de forma que una vez recibida y valorada por la paciente, esta pudiera emitir su consentimiento en debida forma, con plena conciencia y habiendo valorado la conveniencia de someterse a aquella.

Del documento señalado, no cabe siquiera intuir que la Sra B fuera consciente, porque así se le hubiera informado, de que atendida la patología que presentaba en la cadera, idéntica a la otra ya intervenida, existía un serio riesgo, una posibilidad elevada, que ambos peritos han reconocido, de que se volvieran a reproducir las mismas consecuencias y de las que el Dr C debía ser bien consciente.

Sólo siendo poseedora de ese adecuado conocimiento, podría haber tenido una real percepción de su situación y de los riesgos que podía afrontar.

Cómo no ha quedado acreditado que así fuese, tampoco lo está que tuviera la opción de renunciar a la intervención o de optar por otro tipo de terapias menos agresivas aunque no conllevaran la solución a su problema.

Por el contrario, y con esta indebida actuación, se le obligó a asumir un riesgo cuyo alcance desconoció.

Es cierto que un defecto en la prestación del consentimiento no genera responsabilidad en todo caso habiendo declarado en la actualidad el Tribunal Supremo en una evolución de su doctrina, que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento del daño antijurídico (entre otras, las Sentencias de 26 marzo de 2002, 26 de febrero de 2004 o de 14 diciembre de 2005 o 1 de febrero y 19 junio de 2008) que aquí sin embargo se da.

NOVENO.- Acreditada la responsabilidad patrimonial de la Administración queda por analizar la indemnización que resulta procedente conceder a la apelante.

Tal y como ha declarado la doctrina la reparación debe comprender todos los daños alegados y probados por el perjudicado, comprendiendo el denominado pretium doloris (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984, 7 de octubre o 1 de diciembre de 1989), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados(Sentencia del Tribunal Supremo

de 23 de febrero de 1988).

A la hora de efectuar la valoración, la Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988 o 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la Sentencia de 3 de enero de 1990, derive de una "apreciación racional aunque no matemática", pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se *"carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso"*, aun reconociendo, como hace la Sentencia de 23 de febrero de 1988, *"las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas"* en una suma dineraria.

Todo ello no obsta, que como ha considerado dicho Tribunal es objetivo y razonable el cálculo de la reparación de los daños personales en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración mediante el uso de los baremos de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor, ahora bien, tal sistema de valoración es de mera referencia con el fin de introducir un criterio de objetividad en la fijación del "quantum" indemnizatorio, pero sin que aquél tenga que aplicarse puntualmente ni menos deba considerarse de obligado y exacto cumplimiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero, 28 de junio, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, entre otras).

Es así admisible incluso la fijación de una indemnización global a tanto alzado, que no produce indefensión, ni vulnera el deber constitucional de fundamentar las sentencias (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1997, o 20 de enero de 2000 y sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000 de 29/junio), pues como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2002 y 24 de Enero de 2006, con cita de las de de 16 de mayo de 2000, de 14 de octubre de 2002 y de 20 de enero de 2003: *"la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales"*.

En el mismo sentido la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 10 de

abril de 2008, reconoce que la extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce lo dispuesto en los artículos 106-2 de la Constitución y 139-1 de la Ley 30/1992 al principio de la reparación "integral".

De ahí que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o el lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil) aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado pretium doloris (sentencias del Tribunal Supremo 16 de julio de 1984 ; 7 de octubre o 1 de diciembre de 1989), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SSTS 23 de febrero de 1988 y 10 de febrero de 1998).

Examinados los importes indemnizatorios solicitados y debidamente desglosados en el informe pericial del Dr C y en demanda se estima prudente y adecuada atendidas las secuelas que han quedado a la apelante reconocerle una indemnización de XX.XXX euros mas los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa.

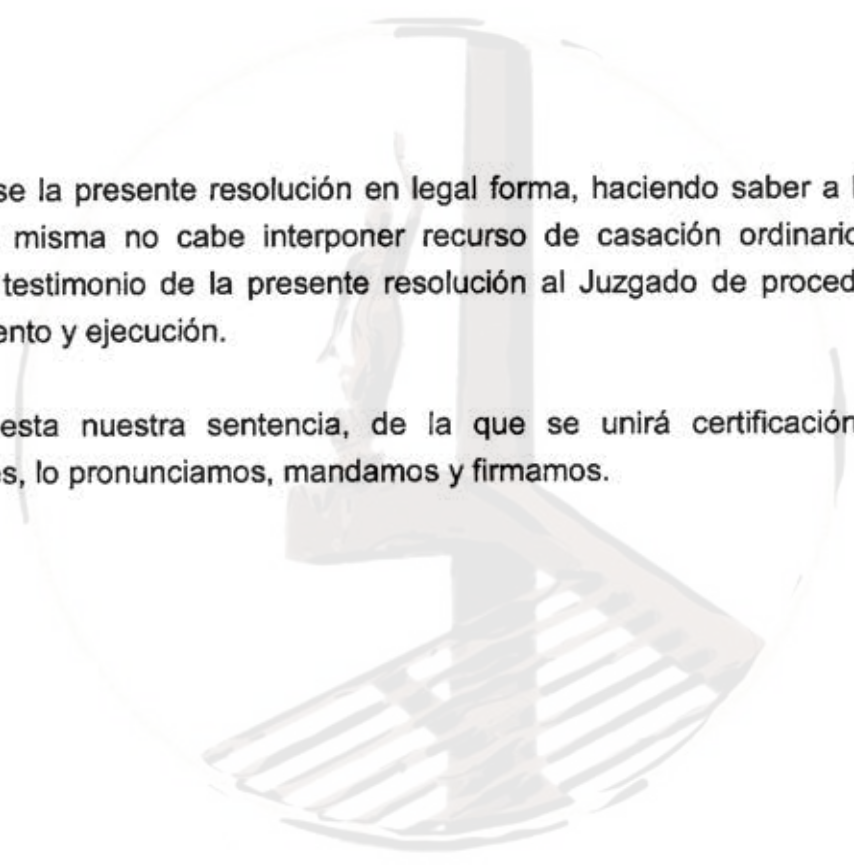
DÉCIMO.- Todo lo dicho debe conllevar a la estimación del recurso interpuesto revocando la sentencia de instancia en los términos expuestos y sin hacer imposición de costas.

FALLAMOS

1.- Que debemos ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la apelante contra la Sentencia N°64/13 del Juzgado Contencioso-Administrativo N°3 de Barcelona de 1 de Marzo de 2013 que revocamos.

2.- Condenar a la Administración y a la entidad aseguradora ZURICH a que indemnicen a aquella en la cantidad de XX.XXX euros mas los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa hasta su cumplido pago.

3.- No hacer imposición de costas.



Notifíquese la presente resolución en legal forma, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe interponer recurso de casación ordinario, y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

SERVICIOS
JURÍDICOS
VERDÚN S.L.

JOSÉ AZNAR LUISA BLANCO MATILDE BARRABÉS



PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente / la Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 17 de octubre de 2.013, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.

SERVICIOS
JURÍDICOS
VERDÚN S.L.

JOSÉ AZNAR LUISA BLANCO MATILDE BARRABÉS