

**NOTIFICADA AL PROCURADOR
14-FEBRERO-2024**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO [ORD] - 000024/2021
N.I.G.: 46250-33-3-2020-0002987**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN 2**

SENTENCIA Nº 127/2024

Ilmos. Sres:

Presidenta:

D^a. ALICIA MILLÁN HERRANDIS

Magistrados:

D^a ANA MARÍA PÉREZ TÓRTOLA
D. RICARDO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO
D^a. M^a. JESÚS GUIJARRO NADAL
D. ALBERTO MANUEL IBÁÑEZ BARTUAL

En VALENCIA a seis de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO, por este Tribunal, el presente Recurso Contencioso-Administrativo nº 24/2021 promovido por _____ y _____ en materia de responsabilidad patrimonial, en el que han sido partes, los actores, representados por el Procurador de los Tribunales Carlos E. Solsona Espriú, siendo demandada, la GENERALITAT VALENCIANA, actuando a través de sus servicios jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación de la desestimación entendida por silencio administrativo de la reclamación formulada en representación de los hoy actores en fecha 19/12/2018 en virtud de la cual solicitaron fuese declarada tal responsabilidad patrimonial de la Administración e indemnizados aquellos ante los menoscabos derivados de lo que consideraron una defectuosa conducta sanitario asistencial (Exp.384/2018).

SEGUNDO.- Interpuesto el recurso con fecha de registro 29/12/2020 y una vez seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a los recurrentes para que formalizaran la demanda, lo que verificaron mediante escrito con ocasión del cual, tras argumentar, suplican el dictado de sentencia "que declare la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria y el derecho de mis mandantes a ser indemnizados con un principal de 267.410,45 €, a actualizar conforme al IPC acumulado desde la fecha de producción del daño hasta la fecha de la sentencia e incrementados con intereses de demora (..) hasta el efectivo pago".

Contestó a tal demanda, la Abogada de la Generalitat, a través de escrito en el cual, tras alegar oportunamente, interesa el dictado de sentencia desestimando la demanda formulada de contrario.

TERCERO.- La cuantía del recurso fue establecida en 267.410,45 € en virtud de resolución de 12/5/2021.

CUARTO.- Recibido el proceso a prueba y practicada la propuesta y admitida, fue concedido trámite de conclusiones a las partes, quedando los autos pendientes para votación y fallo, señalándose finalmente a tal efecto el 6/2/2024.

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

Actuó como ponente el magistrado Ricardo Fernández Carballo – Calero, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo, como quedó parcialmente advertido, la impugnación de la desestimación entendida por silencio administrativo de la reclamación formulada en representación de los hoy actores en fecha 19/12/2018 en virtud de la cual solicitaron fuese declarada tal responsabilidad patrimonial de la Administración e indemnizados aquellos ante los menoscabos derivados de lo que consideraron una defectuosa conducta sanitario asistencial (Exp.384/2018)

La demanda, razona a tal efecto que concurrió una deficiente atención sanitaria en el proceso asistencial no informado realizado en el Hospital General Universitario de Alicante en cuanto en fecha 16/6/2014 sería sometida a cirugía consistente en "discectomía L4-L5, laminectomía y artrodesis posterolateral instrumentada L4-S1" con tórpida evolución y necesidad de reintervención el 29/7/2015, la cual adjetiva como igualmente no informada y tardíamente realizada, y donde se comprobó la rotura de ambos tornillos sacros. Presenta la co-actora radiculopatía crónica y lumbalgia post-operatoria incapacitante para su profesión habitual y no susceptible de tratamiento quirúrgico, reclamando ella la cuantía de 217.410,45 E y su cónyuge la propia de 50.000 €

La administración demandada, entiende, por su parte no se ha alcanzado a acreditar por la actora que se hubiese debido actuar en forma diferenciada a la acreditada en el expediente, poniendo de relieve que "la demandante tuvo conocimiento en todo momento de las intervenciones que se iban a practicar y de los riesgos existentes" siendo además correctos "el diagnóstico, las intervenciones quirúrgicas y el seguimiento posterior". Impugna subsidiariamente la cuantía reclamada.

SEGUNDO.- En materia de responsabilidad sanitaria, en tanto modalidad de la genérica responsabilidad patrimonial, ha de partirse de lo prevenido en el Art. 43 de la propia CE que, como es sabido, reconoce " el derecho a la protección de la salud" disponiendo a continuación que " Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios"; así, estas precisiones no pueden dejar de ponerse en relación con el Art. 106.2 de la norma normarum al rezar " Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Estas referencias derivan en el desarrollo legal efectuado actualmente por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo Art 32 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 (..) " especificando que " 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 partiendo de estos parámetros normativos (en su anterior equivalencia del Art.139 de la Ley 30/92, aplicable al caso en tanto instruido inicialmente el expediente con anterioridad al 1/10/2016) se ha consolidado en la exigencia de entender que tal responsabilidad es de carácter objetivo y directo y para que surja el reconocimiento de la misma, se exige, además de la interposición conforme al oportuno plazo procesal, que concurran una serie de requisitos que pueden sintetizarse en los siguientes:

- 1) hecho imputable a la Administración,
- 2) lesión o perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas,
- 3) relación de causalidad entre hecho y lesión, y
- 4) que no concurra fuerza mayor.

A ello debe añadirse que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de incidir en la importancia de la *lex artis*, como parámetro trascendental para evaluar la eventual responsabilidad de la administración en el ámbito del servicio sanitario alcanzando a manifestar, con profusa cita jurisprudencial, que "la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración" (Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 29-6-2011, rec. 2950/2007). Por lo demás vista la perspectiva argumental de la demanda, es oportuno recordar como en el caso de la pérdida de oportunidad "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. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, 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". (Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 27-9-2011, rec. 6280/2009, Pte: Martí García, Antonio).

Por lo demás, cabe recordar que la ausencia de consentimiento informado supone la privación al paciente "del conocimiento suficiente de la intervención que iba a soportar y de los beneficios que de ella derivarían, pero también de las consecuencias que la misma podría producir en forma de complicaciones posibles, aun realizándose las intervenciones conforme a la *lex artis*" (TS en S. Sala 3ª, sec. 4ª, S 12-11-2010, rec. 5803/2008, Pte: Martínez-Vares García, Santiago)

TERCERO.- Trasladando pues el esquema normativo y jurisprudencial anterior al caso que se nos plantea y valorando las pruebas desplegadas en actuaciones se hace imprescindible destacar que la actora nacida el 4/1/1988, fue intervenida en el Hospital General de Alicante el 16/6/2014 (laminectomía de L4-L5, discectomía y artrodesis lumbo-sacra con reducción de la listesis) ante espondilólisis L5 con listesis L5-S1 grado I y hernia discal L4-L5 (sumado a radiculopatía L5 derecha) tras cuadro clínico identificado en abril de 2013 de dolor lumbar de larga evolución de tipo mecánico que en diciembre de 2013 empeoró con caídas frecuentes e irradiación del dolor a MM.II (Fs.167, 192, 205 y concordantes Exp.). En fecha 29/7/2015 resultó nuevamente intervenida (retirada de fijador vertebral) tras cuadro doloroso lumbar con síndrome de espalda fallida y sospecha de aflojamiento de tornillo pedicular sacro, revelándose rotos los dos tornillos inicialmente implantados.

Sostiene la demanda que la inicial intervención quirúrgica no fue debidamente informada a la paciente y tal reproche ha de verse adverbado, por obvias razones atinentes a

la distribución de la carga probatoria, pues en el expediente no consta debidamente informada tal intervención quirúrgica (ni la propia de retirada de la fijación) y los riesgos vinculados a la misma. Por lo demás la pericial judicial desplegada en actuaciones en garantías plenas de inmediación y contradicción puso de relieve en relación con la crítica realizada en la demanda al proceso asistencial ulterior al post-operatorio que producido el fracaso de la artrodesis L4-L5-S1 en septiembre de 2014 (ingreso de la paciente en urgencias debido al episodio agudo de paresia en MM.II con caída al suelo) se debió estudiar a la misma indagando el origen de ese cuadro clínico súbito, sin que fuera asumible, pues las pruebas radiológicas dinámicas posteriores de imagen así lo evidencian, que se considerase tal artrodesis como consolidada con ocasión de la intervención quirúrgica - tampoco informada- tendente a la retirada del fijador vertebral, toda vez que la misma "sólo estaba consolidada en el segmento L4-L5 pudiendo ser los tornillos rotos la causa del fracaso de los injertos óseos bilaterales que garantizaban la fijación lumbar (en el segmento crítico L5-S1)" (vid pericial judicial ampliatoria)

CUARTO.- Lo anterior es suficiente para acoger parcialmente la perspectiva de la demanda pues si bien la Sala no asume propiamente que las intervenciones quirúrgicas no estuvieran indicadas o fuesen mal ejecutadas (la pericial judicial no es convincente en tales extremos pues obvia en relación al primer aspecto, que el cuadro clínico identificado en abril de 2013 de dolor lumbar de larga evolución de tipo mecánico empeoró con caídas frecuentes e irradiación del dolor al MID ya en diciembre de 2013 - Fs.167, 192, 205 y concordantes Exp-sin profundizar en el segundo aspecto más allá de indicar "que los tornillos *no debían* ser los adecuados") si se advernan tales intervenciones como no informadas generando ante ello un menoscabo indemnizable.

Por lo demás, la contundencia y documentación de la pericial judicial reseñando que, frente a lo indicado por el cirujano actuante en la segunda intervención, relativo a que la artrodesis estaba consolidada "cuando realmente sólo estaba consolidada la fijación del segmento L4-L5" (lo que se cohonestaba con la rotura de los tornillos) informando que la actuación terapéutica no debiera ser la simple retirada de la fijación cuanto, tras ello, la colocación de otros tornillos "más consistentes y apropiados (..) o, en su caso, incrementar el injerto óseo en la zona fracturada L5-S1" – como actitud terapéutica que se debe tomar para resolver tal dolencia" orientan a la Sala a considerar afirmativamente la declaración de responsabilidad pretendida en tanto privada la actora de la información que resultaba menester y de la oportunidad, siquiera temporal, del tratamiento quirúrgico que el perito judicial pone en relación con el íter asistencial de referencia.

QUINTO.- Obviamente la perspectiva hasta aquí asumida, está lejos de compadecerse con la cifra indemnizatoria alcanzada en la demanda – en tanto parte de una inicial actuación recusable y de un menoscabo total que pone en relación con tal entendimiento – intervención quirúrgica no precisada, perjuicio estético moderado derivado, periodo de curación, etc. Por lo demás no se asume por su falta de acreditación el menoscabo moral reclamado por el co-actor más allá de su mera alegación sobre la base de extremos impropiamente acreditados resultando, la cifra reclamada por la co-actora (70.000 €), claramente excesiva en su cuantificación.

Lo anterior, sumado a las circunstancias subjetivas y objetivas del caso, con especial consideración a la pericial judicial desplegada en el proceso, en tanto apunta a alternativas quirúrgicas vinculadas a la situación de la actora, orientan a la Sala al establecimiento en favor de la recurrente de una cifra indemnizatoria que tome en consideración no sólo la falta de oportunidad en la realización de una reintervención quirúrgica a relacionar con la efectiva falta de consolidación siquiera parcial de la artrodesis inicialmente practicada cuanto con la privación de verse informada tal paciente de las alternativas, riesgos y beneficios que las intervenciones quirúrgicas de referencia, en especial la primera, comportaban. Tal cifra la establecemos en la cuantía prudencial de 50.000 €, actualizada por todos los conceptos a la fecha en que la presente sentencia es dictada y que comprende los menoscabos físicos (síndrome de espalda fallida) y morales vinculados a las omisiones de referencia.

SEXTO.- Sin especial pronunciamiento en materia de costas, conforme el Art.139.1 LJCA.

En atención a lo expuesto

FALLAMOS

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE el Recurso Contencioso-Administrativo nº. 24/2021 promovido por _____ y _____ en impugnación de de la desestimación entendida por silencio administrativo de la reclamación formulada en representación de los hoy actores en fecha 19/12/2018 (Exp.384/2018)

2º) Declaramos la responsabilidad patrimonial de la administración autonómica sanitaria y como situación jurídica individualizada de _____ su derecho a ser indemnizada en la cuantía 50.000 €.

3º) Intereses del Art.106.2 LJCA y sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación en los términos de los Arts.86, 89 y concordantes de la LJCA.

A su tiempo, y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

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

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma, certifico. Valencia, en la fecha arriba indicada.