

Id Cendoj: 28079130062005100014

Organo: Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso.

Sede: Madrid

Sección: 6

Nº de Recurso: 166/2004

Fecha de Resolución: 200501 18

Procedimiento: CONTENCIOSO

Ponente: MARGARITA ROBLES FERNANDEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

**Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.
Consentimiento informado**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Enero de dos mil cinco.

Vista por la Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 166/04 que ante la misma pende de resolución interpuesto por la representación procesal de Dña.Alicia contra sentencia de fecha dictada el 8 de octubre de 2,003 en el recurso 927/2001 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo parte recurrida el Excmo.Sr.Abogado del estado en la representación que ostenta y la representación procesal de Mapfre Industrial, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva que copiada literalmente dice: "Fallamos: Desestimamos el recurso contencioso-administrativo promovido por D^a Alicia, contra la desestimación presunta de la reclamación administrativa deducida y a la que se hace referencia en el encabezamiento de esta sentencia, por venir ajustada a Derecho la resolución presunta impugnada. Sin hacer expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- La representación procesal de D^a Alicia presentó escrito interponiendo recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia anteriormente citada, en el que formuló sus consideraciones fácticas y jurídicas y terminó suplicando a la Sala de instancia eleve los autos a esta Sala a fin de que dicte sentencia conforme a su recurso, declarando la responsabilidad del Ministerio de Sanidad y Consumo,

condenando a la Administración por los daños en la cuantía de 35,349,42 euros más los intereses legales de dicha cantidad.

TERCERO.- Admitido el recurso a trámite, se concede a la parte recurrida el plazo de treinta días a fin de que formalicen su oposición, verificándola mediante escrito en los que tras exponer los motivos de oposición que considera oportuno, se opuso al recurso interpuesto,

CUARTO.- La Sala de instancia dictó Providencia por la que se tiene por evacuado el trámite de oposición al recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto, acordándose elevar las actuaciones y expediente a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala se ordena formar el rollo de Sala.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia el día 12 de Enero de dos mil cinco, en cuyo acto tuvo lugar su celebración,

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Margarita Robles Fernández, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERA.- Por la representación de D^a Alicia se interpone recurso de casación para unificación de doctrina contra Sentencia de 8 de Octubre de 2.003, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Rec. Contencioso Administrativo 927/01) en la que se desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por aquella contra desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante el Instituto Nacional de la Salud por importe de 35.349,42 euros más intereses legales por daños que la Sra. Anega imputaba a la defectuosa asistencia sanitaria que fue objeto en el Hospital Gutiérrez Ortega de Valdepeñas.

La Sentencia de instancia desestima el recurso contencioso administrativo al entender que no habría quedado acreditada que las secuelas con que resultó la actora pudieran ser imputadas a la Administración sanitaria, señalando que el tratamiento aplicado fue el habitual y adecuado a la lesión ósea que presentaba, no apreciando errores ni negligencia en la asistencia médica recibida. En cuanto al consentimiento informado el

Tribunal "a quo" dice: "Aunque no obra en el expediente consentimiento informado por escrito del acto quirúrgico de reducción de la fractura, es lo cierto que la reclamante no hizo constar esta circunstancia al efectuar la reclamación administrativa previa, ni al formular la denuncia que motivó la incoación del procedimiento penal, por lo que no puede darse por acreditado que la Intervención se practicara sin su consentimiento y sin haber recibido información de clase alguna sobre su naturaleza y alcance".

La recurrente alega como Sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Supremo el 4 de Abril de 2.000 en el recurso de casación 8065/95 y entiende que existe identidad con la Sentencia impugnada al tratarse en aquella de una acción de responsabilidad patrimonial, por mala praxis médica en la que según la recurrente también se habría obviado el consentimiento informado. En la Sentencia de contraste se recoge que la ausencia del consentimiento es una omisión de la "lex artis ad hoc" que determinaría la responsabilidad de la Administración y considera la actora que la Sentencia de instancia incurre en grave error al transmitirte toda la carga de la prueba respecto a la existencia de consentimiento informado.

SEGUNDO.- El art.96 de la ley jurisdiccional dispone en su apartado 1) que el recurso de casación para la unificación de doctrina se da exclusivamente cuando existen pronunciamientos distintos entre las sentencias de contraste y la recurrida respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

La esencia del Recurso de Casación para la Unificación de doctrina regulado en los artículos 96 y siguientes de la ley jurisdiccional, exige que la sentencia recurrida sienta una doctrina que entre en contradicción con la establecida en las sentencias de contraste. El propio "nomen iuris" del recurso así lo impone y de su finalidad también se deriva, ya que de lo que se trata es de evitar que prospere una interpretación jurídica contraria a la que se ha consolidado en anteriores sentencias dictadas en idénticas situaciones, en mérito a hechos, fundamentos de derecho y pretensiones sustancialmente iguales. Para ello es preciso que el Tribunal "a quo" declare expresamente la doctrina, cuya errónea aplicación se trata de corregir a través de este recurso y por tanto es esencial que se justifiquen no sólo las identidades entre la Sentencia impugnada y las sentencias que se citan de contraste, sino también que se exponga la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida, como fundamento de la pretensión impugnatoria.

La Sentencia de esta Sala de 4 de Abril de 2.000, citada por la recurrente

como Sentencia de contraste señala: "Debemos partir de las afirmaciones fácticas de la sentencia, en la cual se declara, en el terreno de la valoración probatoria que no puede ser combatida en casación, que los representantes legales del interesado aceptaron la propuesta de intervención. Sin embargo se precisa que no se ha demostrado que no se hubiese informado por los médicos a quienes debían decidir en el caso acerca del riesgo mínimo que se corría con la intervención,

Tal como mantiene la representación procesal de la parte recurrente, la falta de demostración de este último extremo equivale a tener por probado el incumplimiento de este deber, en virtud del principio de la carga de la prueba. Para sentar esta conclusión debemos partir de lo que dispone la Ley General de Sanidad. Su artículo 10 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 y que en la fecha en que se produce la intervención quirúrgica que da lugar a este proceso constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal pone de manifiesto el carácter consustancial que el elemento de la información tiene con la prestación de consentimiento en relación con la disposición de los datos personales, pues en el artículo 3.h) define el consentimiento del interesado como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen» y en el artículo 11.3 dispone que «Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la

información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar».

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."

De lo anterior resulta que en el caso de autos el consentimiento antes transcrito no es suficiente para tener por cumplido el requisito establecido por la Ley General de la Sanidad antes citados y así lo viene a confirmar posteriormente la Ley 41/2002, en su artículo 10."

De lo basta aquí transcrito resulta evidente que la Sentencia impugnada al referirse al consentimiento informado en la manera que se ha expuesto incurre en contradicción con lo resuelto en la Sentencia de contraste sobre la carga de la prueba del consentimiento informado, sin que pueda aceptarse la conclusión del Tribunal "a quo" de que aún cuando no exista constancia escrita ni de ningún género de que el consentimiento se hubiera efectivamente prestado, debe concluirse que si lo fue, no resultando aceptables las deducciones que a tal efecto realiza la Sala de instancia pues a la Administración hubiera incumbido acreditar que informó y solicitó el consentimiento de la paciente, y más cuando debe realizarse en los casos de fracturas desplazadas una reducción que ha de practicarse siempre con anestesia y de las que resultan altos índices de fracaso en el tratamiento de dichas fracturas.

En definitiva pues, la doctrina de la Sala de instancia en relación a la acreditación de la existencia del consentimiento informado debe ser corregida, debiendo concluirse que no se ha probado que la Sra. Alicia hubiera prestado su consentimiento para la realización de la intervención quirúrgica que sufrió, por lo que el recurso de casación para unificación de doctrina debe ser estimado.

TERCERO.- La actora en su recurso añade en su argumentación que la falta de consentimiento informado por sí sola, supone por sí misma un *daño* moral grave, distinto y ajeno al daño derivado de la intervención, que por tanto daría lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración con independencia de los concretos resultados de la intervención quirúrgica, tesis esta sostenida por la Sentencia de contraste de 4 de Abril de 2.000.

La estimación, como se ha dicho del recurso de Casación para unificación de doctrina interpuesto, determina la necesidad de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate. Queda acreditado y así lo reconoce la propia Sentencia de instancia que recoge que: "La Sra. Alicia acude el 9/01/1998 al Hospital Gutiérrez Ortega por traumatismo causal, apreciándose fractura de Colles desplazada y colocándose férula de escayola. Al día siguiente, bajo anestesia, radiación y monitorización se procede en quirófano a la reducción y aplicación de yeso con el diagnóstico prequirúrgico de fractura de Colles desplazada, durando la intervención cinco minutos. El día 11 de enero

acude al hospital por inflamación y dificultad para mover los dedos, y al día siguiente solicitó asistencia en urgencias por un cuadro similar.

El día 3 de marzo se retira el yeso, El día 20 de marzo, a la vista de las limitaciones funcionales residuales, es remitida a Rehabilitación, que ante la persistencia de limitaciones funcionales pese a los ejercicios de rehabilitación, solicita valoración por Unidad de Mano en centro especializado.

Acude al Hospital Virgen de la Torre el 1/04/1998 donde se diagnostica secuela de fractura de Calles, deformidad postraumática del radio con acortamiento e inclinación dorsal, lesión del TECC, Pseudoartrosis cubital y anquilosas de la articulación radio-cubital (letal. El 20/04/1998 se practica osteotomía correctora del radio con injerto dorsal de cresta ilíaca. Al 5/10/1998 presentaba consolidación completa del radio e incorporación del injerto flexión dorsal a 40 grados, flexión palmar a 25 grados y pronosupinación a 150 grados, con tenosinovitis de FPL, por lo que se le cita en 6 meses para valoración definitiva y posible reiterada del material de osteosíntesis caso de persistir tenosinovitis.

En informe de 15-/02/1999 practicado por el Médico Forense de Valdepeñas, después de consignar que tras 56 días de inmovilización se comprobó la existencia de consolidación en posición viciosa con importante repercusión funcional, para paliar la cual se practicó osteotomía radial con posterior tratamiento rehabilitador, se recoge que a consecuencia de las lesiones descritas y de las complicaciones que en el curso evolutivo de aquellas parecieron la paciente ha precisado tratamiento médico, quirúrgico y rehabilitador, ha estado incapacitada para sus ocupaciones habituales durante 270 días y han quedado secuelas definitivas, que en conjunto suponen un perjuicio estético ligero y una limitación funcional del antebrazo izquierdo de intensidad leve, y que son: cicatrices lineales de origen quirúrgico en las caras anterior y posterior del antebrazo izquierdo y en la región ilíaca, limitación de 15 grados en [a supinación y de 10 grados en la pronación del antebrazo izquierdo, y ligera inclinación cubital de la muñeca izquierda.

La limitación funcional que presenta en la mano izquierda supone un grado de discapacidad del 15 por 100, según dictamen técnico facultativo de 21/09/2000, emitido en expediente de minusvalía."

CUARTO.- De lo basta aquí expuesto debe concluirse que en el caso de autos además de la ausencia de consentimiento informado, queda evidenciado que las secuelas con las que resultó la Sra. Alicia trajeron su

causa en la primera intervención quirúrgica practicada y en la ulterior inmovilización con yeso para la consolidación de la fractura que determinaron la consolidación viciosa. Es obvio, por tanto, que acreditada la causación del resultado lesivo y las secuelas expuestas derivadas de una intervención quirúrgica para cuya práctica no se solicitó el consentimiento de la actúa, informándose de los riesgos que de ella pudieran derivarse, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Debe, pues, fijarse la indemnización procedente para lo que habrá de tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 141 de la Ley 30 de 1.992, de 26 de noviembre, en la redacción dada al mismo por la Ley 4 de 1999, de 1:3 de enero, ya en vigor cuando se pronunció la Sentencia que constituye el objeto del recurso, precepto que señala en el particular que nos interesa que "la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado". Y que "la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los Intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria".

Pues bien atendiendo los días de lesiones que se han expuesto, sufridas por la recurrente, así como las secuelas definitivas también descritas, parece ponderado otorgar la cantidad de 35.349'42 euros en concepto de responsabilidad patrimonial, cantidad que se establece con referencia al día en que se formula reclamación en vía administrativa, y que habrá de actualizarse a la fecha de la sentencia de instancia, con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y sobre esas sumas convenientemente actualizadas, y de acuerdo con ese mismo artículo y apartado, se abonarán los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria y en el artículo 106.2 y 3 de la ley de la jurisdicción.

QUINTO.- La estimación del recurso de Casación para Unificación de Doctrina comporta que no proceda hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la instancia y en la tramitación del presente recurso (art. 139 Ley Jurisdiccional).

FALLAMOS

Que debemos declarar y declararnos haber lugar al recurso de Casación para unificación de doctrina interpuesta por la representación de D^a Alicia, contra la Sentencia de 8 de Octubre de 2.003 dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el Recurso Contencioso Administrativo 927/01 que casamos y anulamos. En su virtud, estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Alicia contra desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial que anulamos por no ser conforme a derecho y declaramos la existencia de responsabilidad patrimonial y el derecho de D^a Alicia a ser indemnizada por dicha Administración en la suma de 35.349'47 euros, cantidad que se establece con referencia a la fecha de la reclamación en vía administrativa y que se actualizará a la fecha de la Sentencia de instancia con arreglo al índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística y sobre esas sumas actualizadas se abonarán los intereses que procedan por demora en el pago de la Indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria y en el Art. 106.2 y 3 de la ley de la jurisdicción.

En cuanto a las costas no se hace expresa imposición de las mismas a ninguna de las partes, ni en la instancia, ni en este recurso de Casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excmo.Sra.Magistrada Ponente Doña Margarita Robles Fernández, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.