

Id Cendoj: 28079130062010100182  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
 Sede: Madrid  
 Sección: 6  
 Nº de Recurso: 5546/2005  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
 Ponente: OCTAVIO JUAN HERRERO PINA  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. ASISTENCIA SANITARIA. FALTA DE  
 CONSENTIMIENTO INFORMADO. INDEMNIZACIÓN PROCEDENTE.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil diez.

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la Procuradora Dña. Isabel Alfonso Rodríguez en nombre y representación de D. Alejo , contra la sentencia de 16 de mayo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso 1854/02, en el que se impugna la resolución del Conseller de Sanidad de 18 de septiembre de 2002, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en relación con la asistencia sanitaria prestada. Ha sido parte recurrida la Generalitat Valenciana representada por el Letrado de sus servicios jurídicos

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2005 , objeto de este recurso, contiene el siguiente fallo:

"Primero.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Alejo contra la resolución del Conseller de Sanidad de 18 de septiembre de 2002 por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por aquél presentada.

Segundo.- Confirmar la resolución recurrida.

Tercero.- No hacer pronunciamiento expreso en materia de costas."

**SEGUNDO** .- Notificada dicha sentencia se presentó escrito por la representación procesal de D. Alejo manifestando su intención de preparar recurso de casación, que se tuvo por preparado mediante providencia de 9 de septiembre de 2005, emplazando a las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO** .- Con fecha 30 de septiembre de 2005 se presentó escrito de interposición del recurso, haciendo valer cinco motivos al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción* , solicitando que se case y anule la sentencia recurrida con los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho.

**CUARTO**.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida para oposición, solicitando la Generalitat Valenciana la desestimación del recurso y que se declare conforme a derecho la sentencia recurrida.

**QUINTO**.- Conclusas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 28 de abril de 2010, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Octavio Juan Herrero Pina** , Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recoge la referencia a la situación que dio origen a la reclamación de responsabilidad patrimonial, señalando que: " *El recurrente, que sufría dolores en ambos hombros, fue diagnosticado de osteoartritis acromio-clavicular izquierda, siendo intervenido en diciembre de 1998 para realizarle una resección de la extremidad distal de la clavícula de 18 mm, no teniendo mejora tras dicha intervención, sino un empeoramiento, siendo de nuevo intervenido el agosto de 1999 de una acromioplastia y extirpación de calcificación en el espacio subacromial, mejorando algo su situación anterior, pero continuando el dolor en el hombro con los movimientos de elevación y rotación, movimientos esenciales en su profesión de escayolista*" .

Fundando el recurrente su pretensión indemnizatoria en que la primera de las intervenciones no era necesaria y además no se le indicó las posibles secuelas de la intervención o posibles alternativas terapéuticas, por lo que no existió consentimiento informado, la Sala de instancia mantiene que el recurrente dio su consentimiento para la intervención, no siendo verosímil que lo diese sin ser informado adecuadamente, aunque no lo fuese por escrito, siendo evidentes los riesgos de una resección de clavícula y, valorando la pericial aportada por la parte, entiende que: " *En definitiva, la discrepancia esencial es de considerar que las actuaciones llevadas a cabo en las dos intervenciones deberían haberse llevado a cabo en una sola, y que la resección ha sido excesiva.*

*Sin embargo ello no es suficiente para considerar que las intervenciones quirúrgicas no fueron adecuadas, pues fueron precedidas de estudios radiográficos precisos que ponía de manifiesto el alcance de las lesiones, sin perjuicio de que con una intervención quirúrgica, aun habiendo sido realizada de forma técnicamente correcta, no siempre se obtiene el resultado deseado, además de los posibles efectos de la tardanza, por motivos personales del recurrente, en iniciar la rehabilitación tras la primera intervención ."*

**SEGUNDO.-** No conforme con ello, el interesado interpone este recurso de casación, en cuyo primer motivo, formulado como los demás al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción* , se alega la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del *art. 24.1* de la Constitución, por infracción de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba en cuanto a la consideración de que el paciente fue informado adecuadamente de la intervención y prestó válidamente su consentimiento, entendiéndose que ello no puede deducirse de las afirmaciones de la sentencia en el sentido de que no es verosímil que diese el consentimiento sin ser informado adecuadamente y ser evidentes los riesgos de una resección de clavícula, afirmaciones voluntaristas que no tienen soporte probatorio alguno, hechas al margen de cualquier consideración del material probatorio que consta en autos.

En el segundo motivo se alega la infracción del *art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y la jurisprudencia de la Sala, por vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, en cuanto al hecho de dar por probado que el paciente prestó adecuadamente su consentimiento informado para la intervención, cuando la carga de dicha prueba corresponde a la Administración y esta la incumplió, señalando que la propia Administración se refiere al consentimiento respecto de la aplicación de la anestesia y posibles transfusiones, así como la intervención de 1999, pero nada dice de la intervención de 11 de diciembre de 1998.

En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción del *art. 10.5 de la Ley General de Sanidad* y de la jurisprudencia de la Sala, por falta de consentimiento informado que la Ley exige, con constancia escrita, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas, así como sus riesgos y complicaciones, incurriendo en un caso de mala praxis, produciendo un resultado dañoso, al no tener mejora tras dicha intervención sino un empeoramiento.

**TERCERO.-** Los tres motivos vienen plantear la falta de consentimiento informado en cuanto a la realización de la primera intervención a la que se sometió el recurrente el 11 de diciembre de 1998 y son susceptibles de un examen conjunto. En tal sentido y como se reconoce en la propia resolución impugnada, no existe un documento específico al respecto, refiriéndose únicamente los consentimientos en relación con la administración de anestesia y una posible transfusión sin que en relación con la intervención haya otra documentación que la referencia en la hoja de petición quirúrgica programada de la historia clínica, tras la indicación del diagnóstico y el procedimiento de resección 1,5-2 cm clavícula, que el paciente está informado de la decisión del facultativo y da su conformidad a la intervención, firmada por el recurrente.

En esta situación no puede entenderse satisfecha la exigencia legal del adecuado consentimiento informado, pues, como señala la sentencia de 20 de abril de 2005, con referencia a la de 4 de abril de 2000 , "toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias, y 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 o escrita sobre el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el *apartado 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad* vigente en el momento de la realización de la prueba, así como a la libre elección entre las opciones que le presenta el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, de conformidad con lo que dispone el apartado 6 de dicho precepto excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones en, cuyo supuesto el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; y, finalmente, a que quede constancia por escrito de todo su proceso."

Es cierto que dicha exigencia ha de ser objeto de una interpretación razonable, como señala la sentencia de 4 de abril de 2000, ya que la aplicación del precepto 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 perjuicio de que tal exigencia legal tenga virtualidad para invertir la regla general sobre la carga de la prueba. Es cierto, por lo tanto, que no puede descartarse el cumplimiento de la exigencia de información adecuada para un consentimiento fundado por el hecho de que se produjera de forma verbal, pero en todo caso es preciso que se acredite que la información fue completa y satisfacía las exigencias legales que permitan a los interesados una decisión fundada en el adecuado conocimiento de la situación, los riesgos y alternativas posibles y tal acreditación, en esos casos, corre a cargo de la Administración por inversión de la carga de la prueba, según la jurisprudencia de esta Sala que se refleja en la sentencia citada y las de 25 de abril de 2005 que se refiere a la anterior y la de 1 de febrero de 2008, entre otras.

En este caso falta toda indicación de riesgos, alternativas y demás consecuencias que la intervención en cuestión podían suponer para el recurrente, incumpliendo claramente el contenido y alcance que el *art. 10 de la Ley General* de sanidad establece para el adecuado consentimiento del paciente, lo que lleva a la estimación del tercer motivo de casación.

Por otra parte, falta toda justificación sobre la posible existencia de la adecuada información verbal, cuya acreditación, en su caso, corresponde a la Administración según la jurisprudencia uniforme de esta Sala que antes se ha reflejado y, finalmente, siendo precisa tal acreditación resultan contrarias a las reglas de la sana crítica las apreciaciones de la Sala de instancia en el sentido de considerar no verosímil que diese su consentimiento sin ser informado adecuadamente, siendo evidentes los riesgos de una recesión de clavícula, con lo que viene a presumir, sin ninguna referencia a elementos probatorios que lo permitan, la existencia de una información que ha de acreditarse suficientemente por la Administración, además de liberar a esta de dicha carga probatoria, con lo que se incurre en las infracciones de las reglas de la sana crítica y de la carga de la prueba que se denuncian en los motivos primero y segundo.

En consecuencia han de ser estimados estos tres primeros motivos de casación.

**CUARTO.-** En el cuarto motivo de casación se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del *art. 24.1* de la Constitución, por infracción de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba, en cuanto a la interpretación del informe pericial aportado por la parte, rechazando la conclusión a la que llega la Sala de instancia, de que lo que en definitiva dice el perito es que las dos intervenciones deberían haberse llevado a cabo en una sola, lo que resulta incompatible con la idea manifestada por el perito de que la primera intervención se reserva para casos en que la situación es más desastrosa. Discrepa igualmente de la referencia de la Sala a los posibles efectos de la tardanza, por motivos personales del recurrente, en iniciar la rehabilitación tras la primera intervención.

También este motivo de casación debe ser estimado, pues, aun cuando falta una concreta cita de los preceptos que disciplinan la valoración de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica cuya infracción se denuncia por el recurrente, es lo cierto que la Sala de instancia llega a unas conclusiones sobre el alcance de la referida prueba pericial que no pueden considerarse como el resultado lógico y razonable de las apreciaciones del perito, sintetizadas en sus conclusiones, según las cuales: la primera intervención realizada el 11 de diciembre de 1998 dio como resultado el empeoramiento de la situación previa del lesionado; no es achacable al lesionado el mal resultado por el retraso en el inicio de la rehabilitación, que por su parte pudo comenzar un mes antes; tampoco puede aceptarse que este retraso sea el causante de las lesiones que determinaron la necesidad de la segunda intervención; la segunda

intervención está totalmente en dependencia de la primera y el diagnóstico que la motivó está en total correlación con aquella; el estado actual de paciente es consecuencia de todo el proceso seguido, en especial de la primera intervención cuyo resultado fue fallido y que empeoró la situación previa del paciente. Todo ello tras indicar que la recesión clavicular fue excesiva o que la calcificación y tendinitis causante no existían antes de la primera intervención y son una consecuencia y complicación de ella y habiendo mantenido en aclaraciones que esa primera intervención se reserva para casos en que la situación es más desastrosa, pues con tal intervención siempre quedan secuelas, por lo que inicialmente suelen llevarse a cabo otro tipo de intervenciones con menos secuelas. Deducir de estas apreciaciones y por la sola referencia del perito a que en la primera intervención pudieron corregirse otras afectaciones que ya presentaba el lesionado, que "en definitiva, la discrepancia esencial es de considerar que las actuaciones llevadas a cabo en las dos intervenciones deberían haberse llevado a cabo en una sola, y que la recesión ha sido excesiva", no se corresponde con un examen lógico y fundado del informe pericial, que pone de manifiesto el mal resultado de la primera intervención, que considera reservada para casos más desastrosos, la referencia a intervenciones con menos secuelas, el empeoramiento de la situación previa del recurrente y la relación de la segunda intervención con el resultado de la primera, de manera que podrá discreparse de tales apreciaciones del perito, pero lo que resulta ilógico es atribuirle al mismo una apreciación de la situación y efectos que no se desprende de una valoración razonable del informe.

**QUINTO.-** En el quinto motivo se denuncia la infracción del *art. 106.2* de la Constitución y los *arts. 139, 140 y 141 de la Ley 30/92* y la jurisprudencia de esta Sala, refiriéndose a la relevancia del elemento de la antijuridicidad del daño en la exigencia de responsabilidad patrimonial, alegando que el hecho de que la recesión realizada en la primera intervención fuera excesiva junto con el resultado dañoso que le ha sido producido, determina que estemos ante un daño antijurídico que no tiene el deber de soportar.

Ciertamente y en relación con el carácter de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cabe hacer referencia a la doctrina general que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)".

En este caso, a la falta de consentimiento informado que se denuncia en los tres primeros motivos, añade el recurrente la forma o mejor el alcance de la recesión de clavícula llevada a cabo en la primera intervención, que el perito considera excesiva, intervención a la que atribuye como consecuencia el empeoramiento respecto de su situación previa e incluso el perito se refiere a la relación de la segunda intervención con los efectos de la primera, empeoramiento que se recoge en la sentencia recurrida y que, según la parte, no puede ampararse en el hecho de que no siempre se obtiene el resultado deseado, pues una cosa es que no se garantice el resultado que se persigue en la salud del paciente y otra que el resultado de la intervención lleve al empeoramiento en la situación previa. Ciertamente en este caso y frente a las afirmaciones de la parte recurrente y el perito sobre la improcedencia de la primera intervención en los términos que se llevó a cabo, que tienen un carácter genérico y no se acompañan de datos técnicos que permitan apreciar la solidez de tales apreciaciones para el caso concreto, existen los pronunciamientos de los demás informes sobre el éxito de la intervención en su técnica quirúrgica y la adopción de la decisión de intervenir tras los estudios pertinentes, lo que no permite tener por justificada mala praxis respecto de tal intervención. Sin embargo, sucede que en este caso, como ya se ha visto antes, falta una información previa al paciente sobre la existencia de ese concreto riesgo, que le permita decidir al respecto y asumir de manera documentada tales consecuencias, ante lo cual ha de concluirse que el recurrente no tenía el deber de soportar el resultado lesivo que, por lo tanto, es antijurídico.

En consecuencia y desde este punto de vista también este motivo de casación debe ser estimado.

**SEXTO.-** La estimación de los motivos de casación lleva a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según establece el *art. 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción*, a cuyo efecto ha de atenderse a la valoración de los distintos elementos de prueba de que se dispone en las actuaciones, que además del informe pericial antes examinado incluyen otros que ya se reflejan en la resolución administrativa impugnada, como los emitidos por el Médico Inspector, inicial de 12 de diciembre de 2000 y complementario de 24 de abril de 2001, y la Dra. Estela y el Dr. Mateo emitidos el 23 de abril de 2001, así como la documentación existente, especialmente la historia clínica del paciente. Del examen de todos ellos se desprende que la primera intervención a la que fue sometido el recurrente no solo no produjo el resultado que se perseguía para su salud sino que empeoró su situación, lo que se indica con claridad en el informe aportado al proceso y objeto de la correspondiente ratificación y aclaraciones, y se refleja en los

informes valorados por la Administración en la resolución impugnada, aunque se atribuye al retraso en la rehabilitación imputable al lesionado por razones personales (viaje a Cuba), no obstante, el perito procesal analiza esta circunstancia y razona suficientemente al respecto, señalando que en cualquier caso el retraso en el comienzo de la rehabilitación solo originaría un retraso en la recuperación, pero no la aparición de la tendinitis y la calcificación, como es más que evidente.

Por otra parte, ante la discrepancia sobre la relación de ambas intervenciones, aun cuando en los informes examinados en la resolución impugnada se dice que se trata de procesos y padecimientos distintos, el informe pericial ratificado en el proceso, razona que la primera intervención no obtuvo una solución de las lesiones del hombro sino, por el contrario, el empeoramiento del dolor, constatando la aparición de lesiones secundarias a dicha intervención que no existían antes, calcificación del manguito rotator y tendinitis causante, que entiende consecuencia y complicación de ella, puesto que entre ambas el paciente no desarrolló ninguna actividad laboral o física que pudiera producirla.

Se discrepa igualmente en dichos informes sobre la corrección de la intervención, que se sostiene en los informes que se refieren al éxito desde el punto de vista de la técnica quirúrgica, sin embargo, lo que se cuestiona por el recurrente y el perito procesal, es que la recesión era excesiva y se reserva para supuestos más desastrosos. Ya hemos indicado antes que estas apreciaciones no resultan justificadas por datos y aportaciones técnicas del perito que desvirtúen la correcta ejecución de la intervención y las valoraciones y pruebas llevadas a cabo por los médicos intervinientes para justificar la decisión de intervenir y por lo tanto, no se justifica la mala praxis al respecto.

Sin embargo, no ha de olvidarse que en este caso la parte funda la antijuridicidad del daño también en la falta del adecuado consentimiento informado, que como reconoce la jurisprudencia constituye una mala praxis ad hoc, que si bien no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente (Ss. 26-2-2004, que cita la de 26-3-2002), si se produce tal responsabilidad cuando del acto médico resulta un daño, como sucede en este caso, al producirse un empeoramiento de la situación del recurrente, que no tiene el deber de soportar al no haber sido informado de los riesgos de la intervención y posibles alternativas y, en consecuencia, no haber asumido los mismos.

En estas circunstancias y apreciada la responsabilidad patrimonial en relación con ese concreto daño, empeoramiento de la situación del recurrente, queda por determinar la indemnización procedente, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta la falta de precisión y alcance de este empeoramiento, pues si bien el perito en el ratificación procesal del informe señala que antes de la primera intervención aunque con molestias podía desarrollar su trabajo y que después quedó peor y el dolor sí le impedía ejercer su profesión (el perito habla de incapacidad parcial para su profesión, aunque ha obtenido la declaración de incapacidad total para la profesión habitual), no puede perderse de vista que el mismo perito reconoce que la segunda operación ha paliado algo los efectos de la primera y, por otra parte, que ambas intervenciones responden a unos padecimientos previos del recurrente, respecto de los cuales el Inspector Médico, en su informe, señala que no se puede determinar si tales molestias previas hubieran evolucionado de manera que, en un plazo de tiempo hubieran incapacitado al paciente para el desarrollo de su actividad laboral si no se hubieran practicado dichas intervenciones. Valorando tales circunstancias, las personales como la edad de 36 años a la que se sometió a la primera intervención y los padecimientos físicos y psíquicos a que se refiere en la demanda, la Sala estima en una ponderación del alcance de tal empeoramiento en la medida y solo en la medida que se entiende imputable a la actuación médica en cuestión, que debe fijarse como reparación de los perjuicios la cantidad de 50.000 euros, que se establece actualizada al momento de la sentencia de instancia, que devengará los intereses del *art. 106.2 de la Ley de la Jurisdicción* .

**SEPTIMO.-** No ha lugar a hacer una expresa condena en las costas de este recurso ni de la instancia.

## **FALLAMOS**

Que estimando los motivos invocados, declaramos haber lugar al recurso de casación 5546/05, interpuesto por la representación procesal de D. Alejo contra la sentencia de 16 de mayo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso 1854/02 , que casamos. Y en su lugar estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha representación procesal contra la resolución del Conseller de Sanidad de 18 de septiembre de 2002, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, en el sentido de declarar el derecho del recurrente a ser indemnizado en concepto de responsabilidad patrimonial por los hechos en cuestión en la cantidad de 50.000 euros, que se fija actualizada al momento de la sentencia de instancia y que devengará los intereses del *art. 106.2 de la Ley de la Jurisdicción* . Sin que haya motivos para una expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Octavio Juan Herrero Pina** , estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.