

Resumen

El TS, que ha lugar al recurso de casación, anula y deja sin efecto la sentencia impugnada, y, en su lugar, declara el derecho del recurrente a que por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid se le abone en concepto de indemnización la suma de 50.000 euros, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de indemnización, ya que no cabe considerar que no hubo, como hace la Sala de instancia, quebranto del consentimiento informado por el hecho de que lo hubiere suscrito, puesto que lo que falta en el primer documento es la ausencia de una eventual complicación de la intervención con su subsiguiente secuela para que el paciente, por lo que, ejerciendo su derecho a la toma de decisiones, hubiera decidido aceptar o no la intervención a la vista de una posible consecuencia lesiva grave aunque fuere de acaecimiento infrecuente pero no improbable.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

art.3 , art.8.2 , art.8.3

Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

art.10

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ASISTENCIA SANITARIA

RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Consentimiento informado

Indemnización procedente

SANIDAD

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Damnificado; Desfavorable a: Admón. autonómica (funciones ejecutivas),Mutuas/Aseguradoras

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.3, art.8.2, art.8.3 de Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Aplica art.10 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Cita D 14/2005 de 27 enero 2005

Cita Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Cita D 145/2002 de 1 agosto 2002

Cita Ley 12/2001 de 21 diciembre 2001. Ordenación Sanitaria de C.A. Madrid

Cita Ley 4/1999 de 13 enero 1999. Modificación L 30/1992, Régimen Jurídico de Administraciones Públicas

Cita art.88.1, art.95.2, art.139.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.139 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Cita art.24.1, art.106 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 julio 2008 (J2008/181993)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 noviembre 2010 (J2010/348341)

Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 junio 2011 (J2011/145765)

Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 septiembre 2011 (J2011/218374)
Citada en el mismo sentido por STSJ Aragón Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 julio 2011 (J2011/219960)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 27 septiembre 2011 (J2011/222533)
Citada en el mismo sentido por STSJ Extremadura Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 septiembre 2011 (J2011/223316)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 7 diciembre 2011 (J2011/292751)
Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 febrero 2011 (J2011/40801)
Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado por STS Sala 3ª de 24 abril 2012 (J2012/109380)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 18 junio 2012 (J2012/133284)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 25 junio 2012 (J2012/135417)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 24 julio 2012 (J2012/159240)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 9 octubre 2012 (J2012/222121)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 enero 2012 (J2012/3325)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 febrero 2012 (J2012/74555)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STS Sala 3ª de 25 marzo 2010 (J2010/45296)
Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 17 marzo 2010 (J2010/21758)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STS Sala 3ª de 22 octubre 2009 (J2009/265772)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STS Sala 3ª de 1 febrero 2008 (J2008/17250)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado STS Sala 3ª de 16 enero 2007 (J2007/1983)
Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 18 octubre 2005 (J2005/166124)
Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 20 septiembre 2005 (J2005/144828)
Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 22 junio 2005 (J2005/113861)
Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 13 marzo 2003 (J2003/6795)
Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 12 marzo 2002 (J2002/5645)

Bibliografía

Citada en "Autonomía del Paciente. Consentimiento Informado"

ANTONIO MARTI GARCIA
CELSA PICO LORENZO
ENRIQUE LECUMBERRI MARTI
RICARDO ENRIQUEZ SANCHO
SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA
SEGUNDO MENENDEZ PEREZ
SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de junio de dos mil diez.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 4637/2008 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª María del Carmen Giménez Cardona en nombre y representación de Dª Valle contra la sentencia de fecha 1 de julio de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª en el recurso núm. 602/05 EDJ 2008/181993, seguido a instancias de Dª Valle contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los Servicios Sanitarios, ampliado a la resolución expresa de 30 de marzo de 2007. Ha sido parte recurrida la Comunidad de Madrid representada por el Letrado de la Comunidad de Madrid y Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros representada por el Procurador de los Tribunales D. Federico J. Olivares de Santiago.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 602/05 seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª, se dictó sentencia con fecha 1 de julio de 2008 EDJ 2008/181993 , que acuerda: "Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo. Sin costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución EDJ 2008/181993 a las partes, por la representación procesal de Dª Valle se prepara recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 27 de octubre de 2008 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida EDJ 2008/181993 resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros formaliza con fecha 9 de junio de 2009 escrito de oposición interesando la desestimación del recurso, con costas.

QUINTO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid formaliza con fecha 15 de junio de 2009 escrito de oposición interesando la desestimación del recurso, con costas.

SEXTO.- Por providencia de 10 de mayo de 2010 se señaló para votación y fallo el día 23 de junio de 2010, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. Dª Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Dª Valle interpone recurso de casación 4637/2008 contra la sentencia desestimatoria de fecha 1 de julio de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª en el recurso núm. 602/05 EDJ 2008/181993 , deducido por aquella contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los Servicios Sanitarios, ampliado a la resolución expresa desestimatoria de 30 de marzo de 2007.

Identifica la sentencia EDJ 2008/181993 el acto impugnado en su PRIMER fundamento al tiempo que recoge la pretensión actora y la oposición administrativa.

En el SEGUNDO plasma los hechos probados. "1º Que la actora venía siendo atendida en el Servicio de Ginecología del Hospital Clínico de San Carlos desde el 30 de septiembre de 1998.

2º Que la fue diagnosticada un quiste vaginal, y por el Servicio de Cirugía General es valorada el 18-06-1999 señalando como hallazgos, lesión quística en pelvis, detrás de la vejiga y anterior a útero y vagina.

3º El 02-06-2004, tras estudio ecográfico, la recurrente manifiesta su deseo de operarse por razones deportivas, programándose la intervención para el 09-08-2004, y firmando el correspondiente consentimiento.

4º En la intervención ginecológica vía vaginal se produjo una apertura vesical amplia, acudiendo al quirófano el urólogo de guardia que procedió al cierre de la vejiga en lo posible.

5º El 10-08-2007 fue reintervenida la actora por el Servicio de Urología procediéndose a la reconstrucción cervico-vesical y cistorrafia posterior longitudinal con reimplantación ureterovesical bilateral, siendo dada de alta el 13-09-2004" (sic).

Ya en el TERCERO expone el contenido del art. 106. CE EDL 1978/3879 así como del art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 , LRJAPAC.

Subraya que la "obligación médica es una obligación de medios y no de resultados, que si bien el resultado pretendido ha de perseguirse con la máxima diligencia y con todos los medios puestos al alcance de la Medicina, y teniendo en cuenta al actuar conforme la lex artis, puede verse fallido por la condición de la propia naturaleza humana; todo lo cual obliga al examen de cada caso en concreto.

En el supuesto de autos, está admitida la relación causal entre la intervención de extirpación del quiste vaginal y la complicación surgida de apertura vesical; pero si cierto es lo anterior, también lo es que concurren los consentimientos exigidos (folios 43 y 44, 58 y 59 del expediente), y que el actuar médico fue conforme a la lex artis, ya que así consta en los informes obrantes en autos, sin que haya informe que lo contradiga, de forma que falta de antijuricidad, pues la lesión en vejiga es un riesgo inherente a toda intervención que se haya en el tabique vesicovaginal, y, fue correcto el abordaje de la lesión que evolucionó favorablemente".

SEGUNDO.- 1.- Un primer motivo al amparo del art. 88.1. d) LJCA EDL 1998/44323 por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por vulneración del art. 10 y siguientes de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 14/1986 de 20 de abril; Ley de Autonomía del Paciente y la doctrina jurisprudencial sobre el consentimiento informado (recogida, entre otras, por las sentencias de fecha 26 de febrero de 2004; 20 de abril, 22 de junio de 2005, 20 de septiembre y 9 de noviembre de 2005) por entender que la Sala no ha valorado correctamente la prueba obrante en autos, en relación con la falta de información facilitada a la paciente.

Afirma que de la lectura del documento de consentimiento informado de la operación de la extirpación del quiste vaginal que provocó la lesión objeto del procedimiento y que fue aportado en autos se desprende que se trata de un documento genérico donde no contiene mención alguna a la lesión que le provocaron a la paciente (apertura vesical).

Subraya que, el documento aportado con los números 58 y 59 se refiere a la segunda operación que realizaron a la paciente para intentar remediar los efectos de la primera.

Insiste en que un consentimiento genérico implica falta de consentimiento informado.

1.1. Objeta el motivo el letrado de la Comunidad de Madrid poniendo de relieve que en realidad discute la valoración de la prueba.

1.2. La defensa de la aseguradora pide la inadmisión del recurso conforme al auto de 13 de abril de 2009 al tratarse de un asunto cuya competencia correspondía a los juzgados de lo contencioso administrativo.

En cuanto al fondo pide su desestimación al constituir reiteración del contenido del escrito de conclusiones. Insiste en que en el expediente consta el consentimiento informado a la paciente debidamente firmado por ésta por lo que la jurisprudencia invocada no resulta de aplicación.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA EDL 1998/44323 por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE EDL 1978/3879 y jurisprudencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de junio de 2005 EDJ 2005/113861 , al haber infringido la Sala de instancia el principio de igualdad de armas y colocar a la parte recurrente en una clara situación de indefensión, al tener que probar un hecho negativo: la falta de información recibida.

Aduce que la información verbal ha de constar en el expediente clínico lo que aquí no acontece por lo que invoca la STS de 22 de junio de 2005.

2.1. También pide su desestimación la defensa de la Comunidad de Madrid pues no se cita ni la norma procesal infringida ni el acto procesal causante de indefensión. Pone de relieve que la parte pudo practicar toda cuanta prueba interesó.

3. Un tercer motivo al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA EDL 1998/44323 por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate por vulneración del artículo 106 de la Constitución EDL 1978/3879 y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 , modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero EDL 1999/59899 ; Ley 26/1984 y la doctrina jurisprudencial recogida en distintas sentencias (entre otras, la STS de 20 de septiembre EDJ 2005/144828 y 18 de octubre de 2005 EDJ 2005/166124 y 13 de marzo de 2003) EDJ 2003/6795 , se considera que la Sala no ha valorado correctamente la responsabilidad objetiva de la administración; la relación causal entre su actuación y el resultado dañoso y la existencia de un daño antijurídico.

Sostiene que la sentencia acredita la relación causal y ausencia de información por lo que estamos frente a un daño antijurídico conforme a STS 12 de marzo de 2002 EDJ 2002/5645 . y 20 de septiembre de 2005 EDJ 2005/144828 .

3.1. También este motivo es rechazado por la administración que interesa su desestimación.

4. Un cuarto motivo lo titula indemnización respecto al que cita amplia jurisprudencia sobre reparación integral interesando el abono de 200.000 euros por daños morales.

4.1. Finalmente la defensa de la administración pide la inadmisión del motivo al faltar el motivo en que se ampara.

TERCERO.- Antes de resolver sobre los motivos debemos examinar la objeción procesal de la aseguradora personada como parte recurrida.

Para ello resulta oportuno recordar el contenido del FJ 2º de la STS de 17 de marzo 2010, recurso de casación 553/2008 EDJ 2010/21758 :

"La Ley de la Asamblea de Madrid 12/2.001, de 21 de diciembre EDL 2001/50678 , de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid creó en el art. 78.2 el Instituto Madrileño de la Salud (hoy Servicio Madrileño de Salud, Decreto 14/2005, de 27 de enero EDL 2005/949)" como una Entidad de derecho público que acoge los recursos y funciones traspasados del Instituto Nacional de la Salud, en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y que tiene como objetivo último la dirección y gestión de los mismos" y añade en el art. 79 que "tiene naturaleza jurídica de Ente de derecho público, (...) adscrito a la Consejería de Sanidad" y "le atribuye personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines". Y en el núm. 2 de ese precepto afirma la Ley citada que "el Instituto Madrileño de la Salud se sujetará con carácter general al derecho privado, y actuará con sujeción al derecho público agotando, en su caso, sus actos la vía administrativa, cuando ejerza potestades administrativas por atribución directa o delegación, así como en cuanto a su régimen de patrimonio y en materia de responsabilidad patrimonial ante terceros por el funcionamiento de sus servicios".

De esa norma puesta en relación con el art. 8.3 de la Ley de la Jurisdicción se deduce que los actos de ese Ente en materia de responsabilidad patrimonial que sean objeto de recurso contencioso administrativo deberán impugnarse ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo correspondiente, y las Sentencias que por ellos se dicten serán susceptibles de recurso de apelación salvo en los supuestos a que se refiere el art. 81.1. a) y b) entre los que no se encuentra el aquí discutido".

En este supuesto es evidente que la reclamación administrativa efectuada en 23 de septiembre de 2004 ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid no debía ser conocida por los juzgados de lo contencioso-administrativo sino por la Sala de instancia. Había entrado en vigor del Decreto 145/2002, de 1 de agosto EDL 2002/31223 , por el que se establece el régimen jurídico del Instituto Madrileño de la Salud, posteriormente derogado por el Decreto 14/2005, de 27 de enero EDL 2005/949 .

No se acoge la causa de inadmisibilidad.

CUARTO.- El primer motivo de casación se apoya en la infracción del artículo 10 de la Ley 14/1986, de 20 de abril, Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 relativo al consentimiento informado, así como la jurisprudencia que interpreta los preceptos relativos a la necesidad de información sobre el proceso, diagnóstico y alternativas así como a la libre elección entre las opciones que presente el médico. Añade también la Ley de autonomía del paciente aunque no invoca precepto alguno.

Parte el art. 10 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 14/86, de que todos tienen los derechos que a continuación expresa respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias. En concreto los apartados 5, 6 y 11.

5.«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».

6.«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.

11. a que quede constancia por escrito de todo su proceso».

Se trata de unas normas en las que todavía no teníamos una definición legal de su significado sino sólo de su contenido como actualmente acontece tras la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre EDL 2002/44837 derogando aquellos preceptos.

Mas la importancia del consentimiento informado se vislumbra al haber sido plasmado en el Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respeto a la aplicación de la medicina y la biología, de 4 de abril de 1997 que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Y en el mismo queda establecido que un derecho del paciente es conocer los riesgos y consecuencias de una intervención quirúrgica. No establece diferencias entre riesgos raros o riesgos frecuentes, ni tampoco si sus consecuencias son graves o son leves. Por ello debe comprender los posibles riesgos conocidos que puedan derivar de la intervención las posibles complicaciones y las probables secuelas.

Artículo 5. Regla general.

Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

En el momento presente partimos de que consentimiento informado supone "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud" (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre EDL 2002/44837 , Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). También es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002 EDL 2002/44837).

No obstante la inaplicación al supuesto presente de la antedicha norma, resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del "consentimiento escrito del usuario" (art. 10.6. Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 , 14/1986, art. 8.2. Ley 41/2002 EDL 2002/44837) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

Se ha dicho en la sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 EDJ 2007/1983 que "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 EDL 1986/10228 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)".

QUINTO.- Y una constante jurisprudencia (sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 EDJ 2007/1983 , 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003 EDJ 2008/17250 , de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008 EDJ 2009/265772 , sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) EDJ 2010/45296 insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales como aquí se invoca respecto a la primera intervención. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque si existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento.

En el documento de consentimiento informado para la extirpación de quiste vaginal de fecha 30 de junio de 2004 nada se expresa acerca de riesgos específicos, consecuencias y posibles secuelas de la operación a realizar, mientras en el consentimiento suscrito el 10 de agosto de 2004 se consignan como riesgos específicos de la intervención de intento de cateterización ureteral, revisión quirúrgica mediante laparotomía suprapúbica, reinserción de vejiga y revisión pública, los de hemorragia, infección, fístula vésico- vaginal e incontinencia.

No cabe, por tanto, considerar que no hubo, como hace la Sala de instancia, quebranto del consentimiento informado por el hecho de que lo hubiere suscrito.

Lo que falta en el primer documento es la ausencia de esa eventual complicación (apertura vesical) de la intervención con su subsiguiente secuela para que el paciente, ejerciendo su derecho a la toma de decisiones, hubiera decidido aceptar o no la intervención a la vista de una posible consecuencia lesiva grave aunque fuere de acaecimiento infrecuente pero no improbable.

El contenido del consentimiento informado comprende transmitir al paciente, es decir a la persona que requiere asistencia sanitaria todos los riesgos a los que se expone en una intervención quirúrgica precisando de forma detallada las posibilidades, conocidas, de resultados con complicaciones. De esa manera se refuerza el derecho a la autonomía del paciente. Así se lleva a cabo con ocasión de la segunda intervención quirúrgica.

Se acoge el motivo.

SEXTO.- La estimación del motivo conlleva, conforme a lo establecido en el art. 95.2.d) LJCA EDL 1998/44323 , resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate, sin necesidad de resolver sobre el resto.

Partimos de ha habido quebranto de la "lex artis" en la prestación del consentimiento informado al no haber sido informada la paciente adecuadamente de los posibles riesgos derivados de la intervención quirúrgica.

Y esta Sala viene admitiendo (por todas Sentencia 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008 EDJ 2009/265772 , con cita de otras anteriores, reiterada en la de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) EDJ 2010/45296 que en determinadas circunstancias la antedicha infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir.

También reitera esta Sala que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre otras, los días de hospitalización (40 días), tras la segunda intervención para reconstrucción cervicovesical y la cistorrafia (sutura) longitudinal con reimplantación de ambos uréteres en la vejiga.

En este supuesto, establecemos en la suma de 50.000 euros actualizada a la fecha de esta Sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de esta indemnización.

SEPTIMO.- Al estimarse el recurso de conformidad con lo prevenido en el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa EDL 1998/44323 no procede hacer expresa condena en costas al recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLO

1º Ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de Dª Valle contra la sentencia desestimatoria de fecha 1 de julio de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª en el recurso núm. 602/05 EDJ 2008/181993 , deducido por aquella contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los Servicios Sanitarios, ampliado a la resolución expresa desestimatoria de 30 de marzo de 2007 que anulamos y dejamos sin efecto.

2º Estimamos el recurso contencioso administrativo deducido por la representación procesal de Dª Valle ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª, recurso núm. 602/05, contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los Servicios Sanitarios, ampliado a la resolución expresa desestimatoria de 30 de marzo de 2007 1802/04, que anulamos por no ser conforme con el Ordenamiento Jurídico y declaramos el derecho del recurrente a que por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid se le abone en concepto de indemnización la suma de 50.000 euros actualizada a la fecha de esta Sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de indemnización.

No hacemos expresa condena en costas en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Dª Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042010100326