

Resumen

El TS estima el recurso de casación y reconoce el derecho del actor a ser indemnizado por las secuelas padecidas como consecuencia de una intervención sin que se le hubiese informado de los posibles tratamientos alternativos. Examinado el alcance y contenido del consentimiento informado y atendiendo al historial clínico del paciente, la Sala considera que la Administración sanitaria debió informar a la recurrente sobre los tratamientos alternativos, no limitándose a la prescripción del más agresivo de ellos, concluyendo que del defecto de consentimiento ha de considerarse incumplida la "lex artis" y al existir un resultado lesivo, debe procederse a su valoración atendiendo al estado de la paciente, al propio estado de evolución de sus padecimientos y al objeto de resarcimiento que consiste en no poder optar ante distintos tratamientos alternativos.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

art.139 , art.141

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

art.10.5 , art.10.6

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.106.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	9

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ASISTENCIA SANITARIA

RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

CUESTIONES GENERALES

Alcance y delimitación

FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Requisitos en general

Consentimiento informado

Cuantía de la indemnización

En general

Indemnización procedente

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Damnificado; Desfavorable a: Administración estatal (funciones ejecutivas),Mutuas/Aseguradoras, Servicio sanitario estatal

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.139, art.141 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Aplica art.10.5, art.10.6 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Aplica art.106.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal

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

Cita art.24, art.106 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo de 9 julio 2008 (J2008/240670)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 octubre 2008 (J2008/289970)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 junio 2009 (J2009/155368)

Citada en el mismo sentido por STSJ Aragón Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 abril 2009 (J2009/216128)

Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general por STS Sala 3ª de 22 octubre 2009 (J2009/265772)

Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Alcance y delimitación por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 diciembre 2009 (J2009/321272)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 septiembre 2009 (J2009/331309)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 octubre 2009 (J2009/331410)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 diciembre 2009 (J2009/355089)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 noviembre 2009 (J2009/370415)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 febrero 2009 (J2009/54505)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 marzo 2009 (J2009/98974)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4 marzo 2010 (J2010/100561)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 febrero 2010 (J2010/100569)

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 29 junio 2010 (J2010/140122)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 24 febrero 2010 (J2010/14275)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 mayo 2010 (J2010/167464)

Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 julio 2010 (J2010/172287)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 mayo 2010 (J2010/175361)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 julio 2010 (J2010/176550)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 julio 2010 (J2010/176551)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 septiembre 2010 (J2010/212338)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 19 octubre 2010 (J2010/226192)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 septiembre 2010 (J2010/229766)

Citada en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN por STS Sala 3ª de 25 octubre 2010 (J2010/233397)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 octubre 2010 (J2010/239601)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 julio 2010 (J2010/248120)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 noviembre 2010 (J2010/289842)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 noviembre 2010 (J2010/298345)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 octubre 2010 (J2010/302453)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 noviembre 2010 (J2010/302462)

Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 noviembre 2010 (J2010/304363)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 noviembre 2010 (J2010/308535)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 noviembre 2010 (J2010/318495)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 diciembre 2010 (J2010/348205)

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 Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 noviembre 2010 (J2010/348371)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 junio 2010 (J2010/351160)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 diciembre 2010 (J2010/352571)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 diciembre 2010 (J2010/352591)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 diciembre 2010 (J2010/352595)

Citada en el mismo sentido por STSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 noviembre 2010 (J2010/352781)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 diciembre 2010 (J2010/355013)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 diciembre 2010 (J2010/359715)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 noviembre 2010 (J2010/362566)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 25 marzo 2010 (J2010/45296)

Citada en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN por STS Sala 3ª de 4 mayo 2010 (J2010/62100)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 enero 2010 (J2010/68985)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 marzo 2010 (J2010/77537)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 abril 2010 (J2010/91049)

Citada en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN por STS Sala 3ª de 25 mayo 2011 (J2011/103938)

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 País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 marzo 2011 (J2011/175908)

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 22 marzo 2011 (J2011/19804)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 enero 2011 (J2011/21185)

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 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 STSJ La Rioja de 17 octubre 2011 (J2011/230916)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 30 septiembre 2011 (J2011/231610)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 10 octubre 2011 (J2011/237698)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 septiembre 2011 (J2011/238621)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 septiembre 2011 (J2011/238625)

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 19 octubre 2011 (J2011/249365)

Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - Prueba por STS Sala 3ª de 2 noviembre 2011 (J2011/249374)

Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 abril 2011 (J2011/249913)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 22 noviembre 2011 (J2011/282223)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 7 diciembre 2011 (J2011/287800)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 7 diciembre 2011 (J2011/292751)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 diciembre 2011 (J2011/296113)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 septiembre 2011 (J2011/301231)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 noviembre 2011 (J2011/324719)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 diciembre 2011 (J2011/325718)

Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 febrero 2011 (J2011/40801)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 19 mayo 2011 (J2011/99874)

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 STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 febrero 2012 (J2012/12985)

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 22 junio 2012 (J2012/135419)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 24 julio 2012 (J2012/159240)
Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 junio 2012 (J2012/198021)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 2 octubre 2012 (J2012/216779)
Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 febrero 2012 (J2012/22171)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 9 octubre 2012 (J2012/222121)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 9 octubre 2012 (J2012/226001)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 13 abril 2012 (J2012/65350)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 febrero 2012 (J2012/74516)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 3 abril 2012 (J2012/77111)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 16 mayo 2012 (J2012/95845)
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 23 octubre 2007 (J2007/195022)
Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 20 marzo 2007 (J2007/18139)
Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 7 marzo 2007 (J2007/15872)
Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 16 marzo 2005 (J2005/76818)
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 2 marzo 2005 (J2005/40739)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 31 octubre 2003 (J2003/152891)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 31 octubre 2000 (J2000/42007)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 22 marzo 1995 (J1995/1445)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 2 noviembre 1993 (J1993/9811)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 5 junio 1989 (J1989/5684)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 29 mayo 1989 (J1989/5485)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 19 enero 1988 (J1988/10193)
Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general STS Sala 3ª de 7 junio 1988 (J1988/4893)

Bibliografía

Citada en "El ¿nuevo? Consentimiento informado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 febrero 2009"
Citada en "Autonomía del Paciente. Consentimiento Informado"

En la Villa de Madrid, a uno de febrero de dos mil ocho.

Visto por la Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 2033/03 que ante la misma pende de resolución interpuesto por la representación procesal de Dª Inmaculada contra sentencia de fecha 15 de enero de 2003 dictada en el recurso 521/01 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo parte recurrida la representación procesal de "Seguros M. Industrial, S.A.S." y el Abogado del Estado en la representación que ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la parte dispositiva del siguiente tenor:

"Fallamos.- Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo número 521/01, interpuesto por D^a Inmaculada, representada por el Procurador de los Tribunales D. Javier Huidobro Sánchez Toscano, contra la resolución a virtud de silencio del Ministerio de Sanidad y Consumo que desestima su pretensión de responsabilidad patrimonial, resolución que declaramos conforme a derecho; sin condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia la representación procesal de la Sra. Inmaculada, presentó escrito ante la Audiencia Nacional de preparando el recurso de casación contra la misma. Por Providencia la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación articulado en un único motivo al amparo de lo dispuesto en el art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por vulneración del art. 106.2 CE EDL 1978/3879 , art. 139 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 , así como la jurisprudencia aplicable.

Solicitando finalmente sentencia estimatoria, que case la recurrida resolviendo en los términos interesados en el recurso.

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplaza a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalicen escrito de oposición.

QUINTO.- Evacuado el trámite conferido, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 30 de enero de 2008, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a Margarita Robles Fernández,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de D^a Inmaculada, se interpone recurso de casación contra Sentencia dictada el 15 de enero de 2003 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la misma contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que por importe de 35 millones de pesetas había formulado, al entender que las secuelas por las que reclama, se produjeron por la deficiente práctica de una intervención quirúrgica que se le realizó y respecto de la cual alega además que no se le informó sobre los posibles tratamientos alternativos a dicha intervención.

La Sala de instancia después de transcribir las conclusiones del Inspector Médico y del especialista Dr. Donato razona en los siguientes términos:

"Sexto.- El informe de INSALUD, basado en la historia clínica, se presenta convincente, al igual que el extendido por el Dr. Donato, presentado por la Compañía Aseguradora, con contenido y conclusiones coincidentes.

En estas circunstancias, el éxito de la pretensión exigía que la parte actora acredite ese mal hacer que la recurrente imputa a la Administración, lo que precisaría de una cuidada prueba pericial que la parte actora no ha planteado, de modo que la predicada mala praxis queda huérfana de prueba. Considera la Sala que las intervenciones se han presentado en cada momento como aconsejables, y que no se ha probado, ni a nivel de indicios, una mala praxis, lo único cierto es que, desgraciadamente, el resultado no ha sido el deseado, mas la atención ha sido continuada y conforme al estado de la ciencia."

En relación a la necesidad de consentimiento informado y la doctrina de esta Sala sobre tal cuestión, señala:

"Octavo.- Expuesta la doctrina, pasamos a aplicarla al supuesto de autos.

Al folio 55 del expediente obra impreso que recoge la declaración de la paciente, en la que autoriza al Médico para que le dé toda la información necesaria, al entender que se encuentra capacitada para comprenderla, señala que se le explica satisfactoriamente la naturaleza y propósitos de la intervención, y sus posibles riesgos y complicaciones, entre estos riesgos posibles aparecen manuscritos cinco, y, ya impresa, la posibilidad de que cualquier complicación no controlable pueda inducir a la muerte, para terminar expresando de modo claro su autorización. La declaración está firmada por la paciente y a continuación, también impresa, aparece la declaración del Médico, quien firma el día de la intervención, 19 de febrero de 1999.

Al folio 57 obra información y consentimiento para la intervención del día 23 del mismo mes. Obra manuscritas los particulares relativos a la intervención, y riesgos, así como firmas y fechas.

La aplicación de la doctrina expuesta en el precedente fundamento lleva a la Sala a considerar que ha existido suficiente información, escrita y verbal, máxime si lo ponemos en relación con el rechazo que la paciente hizo en otros momentos a concretas intervenciones y tratamientos, rechazo que no puede considerarse sea caprichoso sino fruto de una ponderación de beneficios perseguidos y riesgos a correr, que necesariamente debieron facilitarle."

SEGUNDO.- Por la representación de la actora se formula un único motivo de recurso, al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por supuesta vulneración del art. 106 de la Constitución EDL 1978/3879 , y 139 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 .

Alega la misma que el 25 de agosto de 1994 se le diagnosticó un cáncer de mama del que fue operada y sometida a quimioterapia, detectándose en 1995 una metástasis en parte de la columna vertebral. En el "Hospital I." de Badajoz se le recomendó que, con carácter preventivo y para evitar una ulterior paraplejia, se operase de la columna vertebral. Pese al carácter preventivo y profiláctico de tal

intervención quirúrgica, que tenía como finalidad evitar que en el futuro tuviese paraplejía, y que se realizó el 22 de febrero de 1999, salió del quirófano con la paraplejía que se pretendía evitar, con todas las consecuencias inherentes a esta, además de una infección de la herida quirúrgica y una profunda depresión para la que precisa tratamiento psiquiátrico.

La actora rechaza la tesis de la sentencia que mantiene que incumbía a ella la prueba de una mala praxis médica, cuando resulta claro, y así lo reconoce el INSALUD, que entró en el quirófano para prevenir una ulterior lesión, es decir, con carácter preventivo, y salió de la operación con la secuela que se pretendía evitar, lo que hubiera exigido una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que fuese la Administración la que probase que no se vulneró la "lex artis".

Añade además que no se le informó de tratamientos alternativos a la intervención y ello pese a que el propio Inspector Médico reconoce que el tratamiento definitivo de su padecimiento es la radioterapia y que la cirugía tiene cada vez un carácter más restringido, aludiendo igualmente a un tratamiento con corticoides. Se habría vulnerado así el art. 10.5 y 6 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 14/1986, al no dársele conocimiento de aquellos otros tratamientos posibles, habiendo optado la Administración sanitaria, sin informarle de las distintas opciones, por el tratamiento más agresivo, lo que se compadece mal con el carácter preventivo de la intervención que se le iba a realizar.

TERCERO.- A efectos de la adecuada resolución del motivo de recurso formulado, resulta necesario hacer unas previas consideraciones. Es sabido que la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico, tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 , sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución EDL 1978/3879 al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Asimismo, a los fines del art. 106.2 de la Constitución EDL 1978/3879 , la jurisprudencia (sentencias de 5 de junio de 1989 EDJ 1989/5684 y 22 de marzo de 1995 EDJ 1995/1445), ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, cuya concurrencia la Sala de instancia niega en el caso de autos.

Es además jurisprudencia reiteradísima que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria. Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia, baste al efecto la referencia a la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero EDJ 1988/10193 y 7 junio 1988 EDJ 1988/4893 , 29 mayo 1989 EDJ 1989/5485 , 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993 EDJ 1993/9811 , 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 EDJ 2000/42007 y 30-10-2003 EDJ 2003/152891).

Es igualmente doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 20 de marzo de 2007 (Rec.7915/2003) EDJ 2007/18139 , 7 de marzo de 2007 (Rec.5286/03) EDJ 2007/15872 y de 16 de marzo de 2005 (Rec.3149/2001) EDJ 2005/76818 que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente.

CUARTO.- También y con carácter previo hemos de referirnos a la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala en relación a la exigencia del consentimiento informado establecido en el art. 10.5 y 6 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 14/86 aplicable al caso de autos y al que la actora se refiere en su motivo de recurso.

Por todas citaremos la Sentencia de 23 de octubre de 2007 EDJ 2007/195022 donde decimos:

"El art. 10 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 14/86, 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.

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 EDL 1999/63731, 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 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 exigir 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.

Esta Sala igualmente ha señalado con absoluta nitidez que el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la "lex artis" y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, pero obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado."

Esta exigencia de consentimiento informado se extiende también como decimos entre otras muchas en nuestra Sentencia de 2 de marzo de 2005 (Rec.8125/2000) EDJ 2005/40739 a los tratamientos alternativos que puedan darse al margen de la intervención que se practique, exigiéndose que el paciente dé su consentimiento a la realización de esta, una vez que haya sido debidamente informado de las posibilidades alternativas que hubiese al tratamiento quirúrgico.

QUINTO.- Hecho este planteamiento genérico y para la resolución del motivo de recurso es necesario partir del hecho tenido por probado en la sentencia que resulta del historial médico de la paciente, que la misma tenía un cáncer metastásico de cinco años de evolución, presentando un síndrome de compresión medular, complicación que afecta casi al 20% de los pacientes con afectación neoplásica de la columna vertebral, siendo el carcinoma de mama el tumor que más produce esa complicación.

La propia Inspección médica señala que el tratamiento de la compresión medular debe considerarse como una emergencia en la que no caben retrasos, pues la pérdida de deambulación se asocia con un acortamiento de la supervivencia. Respecto a los tratamientos posibles la misma Inspección se refiere al carácter restrictivo de la cirugía acompañando distintos estudios médicos sobre el síndrome de compresión medular y el carácter controvertido de la técnica quirúrgica en el tratamiento de esa compresión. Se pronuncia en los siguientes términos:

"Una vez diagnosticado se suelen usar corticoides a altas dosis (no existen datos que demuestren qué dosis o qué esquemas son los óptimos) Si se sabe que tiene muchos efectos secundarios.

Después hay que decidir si el enfermo va a recibir radioterapia, cirugía o una combinación de estas, ya que no existen estudios que demuestren que una opción es mejor que las otras.

En cuanto a la cirugía, el papel de la laminectomía en el tratamiento de la compresión medular es controvertido, ya que aunque descomprime no elimina el tumor y parece que aumenta la inestabilidad de la columna... Estas técnicas conllevan importante morbilidad y mortalidad.

El tratamiento debe iniciarse con corticoides inmediatamente. El tratamiento definitivo es en la mayor parte de los casos, la radioterapia.

La cirugía tiene hoy indicaciones más restringidas: documentada histológicamente cuando no existe diagnóstico inicial, cuando la clínica no mejora con radioterapia o ya la zona fue irradiada, en casos de inestabilidad de la columna para su fijación y si existe compresión nerviosa por hueso después de una fractura. La intervención habitual es la laminectomía descompresiva".

No obstante, posteriormente dice que la paraplejía de la actora se hubiese producido, aunque la intervención quirúrgica de 22 de febrero de 1999 no se hubiese realizado y que esta únicamente adelantó un resultado inevitable.

SEXTO.- En el documento relativo al consentimiento informado (folio 55 del expediente) consta la información referente a los riesgos que pueden derivarse de la laminectomía descompresiva que se practicó, entre los que se encontraba la paraplejía, así como los consentimientos prestados para ulteriores intervenciones efectuadas, para paliar las infecciones que se derivaron de aquella (tuvo que ser reintervenida la paciente por infección de la herida quirúrgica el 23 de febrero de 1999 y el 16 de abril de 1999), pero no consta que se le informase de un posible tratamiento alternativo con radioterapia, aceptando el propio Servicio de Traumatología del Hospital que únicamente se le informó que consideraban la laminectomía descompresiva como la técnica "indicada" para evitar "la inminente complicación secundaria a evolución natural de su metástasis", intervención que ya se le propuso en 1997, pero que entonces fue rechazado por la paciente, que vuelve a requerir la asistencia médica, dos años después, cuando se reinstaura el cuadro doloroso.

Así las cosas debe tenerse por probado como hace la Sala de instancia, que a la actora se le informó solo de los concretos riesgos que podían derivarse de la intervención quirúrgica, uno de los cuales era la paraplejía, pero la propia Inspección Médica reconoce que los estudios médicos consideraban el tratamiento quirúrgico una técnica controvertida en relación al síndrome de compresión medular inclinándose por la radioterapia y prescribiendo la técnica quirúrgica solo para supuestos muy concretos.

La Administración ha probado que se informó a la paciente únicamente de los riesgos que podían derivarse de la laminectomía descompresiva, entre los que como hemos dicho se encontraba la paraplejía, pero sin embargo, no ha probado como debía, en función de cuanto antes se ha argumentado en relación a la carga de la prueba, que se hubiese informado a la actora de los tratamientos alternativos que podían aplicarse, y que los propios estudios médicos consideraban más seguros, como el tratamiento con radioterapia, y más si como la propia Inspección Médica reconoce en su Informe, la paraplejía hubiera sido en todo caso inevitable con o sin intervención quirúrgica, inevitabilidad de la que no se informó a la paciente, que precisamente se sometió a aquella para tratar de evitarla, asumiendo la paraplejía como un riesgo y no una consecuencia de la operación.

Si la propia Administración sanitaria visto el Informe de la Inspección, consideraba inevitable la paraplejía, con mucha más razón hubiera debido informar a la recurrente sobre los tratamientos alternativos, no limitándose a la prescripción del más agresivo de ellos, que no hubiera podido conseguir los objetivos para cuya práctica dio aquella su consentimiento.

Debe concluirse pues, que se ha vulnerado el art. 10.5 y 6 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 14/96 aplicable al caso de autos, al no haberse informado a la actora de todos los tratamientos alternativos ante el padecimiento que sufría y no puede olvidarse que según la reiterada jurisprudencia de esta Sala, el defecto del consentimiento informado que hubiera exigido una información a la paciente de todas las técnicas de tratamiento como sus consecuencias, ha de considerarse incumplimiento de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario, habiéndose además ocasionado en el caso de autos un resultado lesivo derivado de la actuación médica realizada sin el necesario consentimiento, por cuanto con independencia de la paraplejía que se produjo a la paciente inmediatamente concluida la intervención quirúrgica, (que la propia Administración acepta, nunca hubiera conseguido los objetivos para los que fue pautada) aquella determinó unas infecciones en la herida quirúrgica que obligaron a la actora a someterse a nuevas intervenciones.

SÉPTIMO.- Estimado el motivo de recuso de casación formulado, debe fijarse la indemnización procedente para lo que habrá de tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 141 de la Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada al mismo por la Ley 4 de 1999, de 13 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".

Ha de tenerse en cuenta que la indemnización procedente debe resarcir la imposibilidad que se derivó para la paciente de poder optar ante distintos tratamientos alternativos para hacer frente a la afectación que padecía, eligiendo libre y voluntariamente aquel que ella, una vez conocedora de los riesgos y expectativas de resultados de todos ellos, hubiera considerado el más conveniente.

Ha de tenerse igualmente en cuenta la edad de la paciente, 59 años y el propio estado de la evolución de sus padecimientos. A la vista de todas estas circunstancias parece ponderado fijar en 60.101,21 euros la cantidad a otorgar a la demandante, que deberá entenderse ya actualizada, sin perjuicio de los intereses que puedan proceder en su caso por demora en el pago de la indemnización que se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General presupuestaria.

OCTAVO.- La estimación del recurso de casación interpuesto determina, en aplicación el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, que no proceda un especial pronunciamiento ni en cuanto a las costas causadas en la instancia, ni en la tramitación del recurso de casación interpuesto.

FALLO

Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de D^a Inmaculada contra Sentencia dictada el 15 de enero de 2003 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que casamos y anulamos.

En su lugar debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de contencioso administrativo interpuesto por D^a Inmaculada contra desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, y en su lugar declaramos el derecho de la Sra. Inmaculada a ser indemnizado en la cantidad ya actualizada de 60.101,21 euros, la cual devengará en su caso intereses por demora en el pago de dicha cantidad. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento ni en cuanto a las costas causadas en la instancia, ni en la tramitación del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- José Manuel Sieira Miguez.- Agustín Puente Prieto.- Octavio Juan Herrero Pina.- Margarita Robles Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia en el día de la fecha por la Excma. Sra. Ponente D^a Margarita Robles Fernández, estando la Sala reunida en audiencia pública, de lo que como Secretario, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130062008100061