

**Resumen**

*El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ del Principado de Asturias que desestimó el recurso interpuesto en relación con la solicitud de resarcimiento económico por daños. La Sala considera que el defecto u omisión del consentimiento informado no es indemnizable si no concurre el elemento del daño antijurídico, y en el presente supuesto, no descubre la afirmación de un daño o perjuicio concreto que de modo causal se conecte a la inexistencia del consentimiento.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común  
art.10.5

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

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO ..... 2  
FUNDAMENTOS DE DERECHO ..... 2  
FALLO ..... 3

**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
    - Daño efectivo
      - Prueba, en general
      - Prueba insuficiente o inexistente
    - No procede la indemnización

**FICHA TÉCNICA**

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

Procedimiento:Recurso de casación

**Legislación**

Aplica art.10.5 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

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

Cita art.218 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

**Jurisprudencia**

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 sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Requisitos en general por STS Sala 3ª de 19 enero 2011 (J2011/4021)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 19 junio 2008 (J2008/97603)

Cita en el mismo sentido 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 23 febrero 2007 (J2007/10592)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 14 diciembre 2005 (J2005/289144)

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 26 febrero 2004 (J2004/7534)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 26 marzo 2002 (J2002/15243)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 4 abril 2000 (J2000/9963)

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 veinticuatro de febrero de dos mil diez.

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por D. Blas, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Begoña Fernández Pérez-Zabalgaitia, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de fecha 24 de marzo de 2008, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los daños y perjuicios sufridos a resultas del funcionamiento de los servicios de la Administración Sanitaria.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Cayetana de Zulueta Luchsinger.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 986/2005 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, con fecha 24 de marzo de 2008, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso interpuesto por la Procuradora Sra. González Rubín, en nombre y representación de D. Blas, en relación con la solicitud de resarcimiento económico por daños. Sin imposición a ninguna de las partes de las costas causadas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia ha preparado recurso de casación la representación procesal de D. Blas, interponiéndolo en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, denunciando la infracción de los artículos 68,69 y 70 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el artículo 218 de la LEC EDL 2000/77463 , en cuanto se omite solventar, aunque sea mínimamente, los argumentos esgrimidos por la parte recurrente como fundamento de la tutela solicitada habiéndose producido efectiva indefensión a la misma.

Segundo.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, siempre que la normativa infringida pertenezca al Derecho estatal o comunitario (artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción), habiéndose infringido el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 14/86, que fue expresamente alegado y citado en la demanda sin que se haya resuelto nada sobre el mismo ni en sentido estimatorio ni desestimatorio.

Y termina suplicando a la Sala que "...dicte sentencia por la que, casando la impugnada resuelva de acuerdo con las pretensiones deducidas por esta representación en el escrito de demanda y, en definitiva, estime la misma en los términos que quedaron concretados en el escrito rector".

TERCERO.- La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...en su día dicte sentencia desestimando el recurso, confirmatoria de la recurrida con expresa imposición de costas".

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 10 de diciembre de 2009 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 16 de febrero de 2010, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la reclamación por responsabilidad patrimonial que el hoy recurrente en casación presentó ante la Administración, afirmó, después de indicar que había sido sometido a dos intervenciones quirúrgicas en el año 1983, "que en alguna de ellas se

seccionó alguna de las venas que riegan la parte afectada de la médula espinal, de tal manera que con el tiempo tal zona fue perdiendo progresivamente el riego hasta llegar a secarse por completo, produciendo después las consecuencias que han quedado descritas".

Dictada resolución desestimatoria e interpuesto recurso jurisdiccional contra ella, abandonó el actor en su escrito de demanda esa afirmación, alegando de modo central o sobre todo que el diagnóstico médico realizado en marzo de 1983, año de la primera intervención, fue equivocado, al interpretar mal los síntomas y no utilizar los medios adecuados, siéndolo igualmente su persistencia o no rectificación en 1987, año de la segunda, constituyendo esos errores la causa de que no se detectara antes la patología real, para la que ya no tiene tratamiento eficaz. Así, decía literalmente en el hecho séptimo de su demanda lo siguiente: "La clave de la cuestión sometida hoy a la consideración de la Sala radica en que los síntomas con los que el paciente, hoy reclamante, fue diagnosticado de hernia discal lumbar no correspondían a ningún tipo de hernia, sino a una malformación arteriovenosa a nivel de médula y cono medular. Cuando en 1983, y posteriormente 1987, fue diagnosticado de hernia, no se habían practicado las pruebas diagnósticas correspondientes para descartar otro tipo de patología, concretamente resonancia nuclear magnética o tomografía axial computerizada. De haberse utilizado cualquiera de estos medios diagnósticos se hubiera detectado con facilidad la malformación arteriovenosa que presenta a nivel de médula y cono medular. Actualmente ya no existe tratamiento eficaz ni es posible intervenir por la edad del paciente ya que cualquier intento de embolización podría producir una paraplejia completa con empeoramiento notable de la motilidad hasta la parálisis absoluta de los miembros inferiores y pérdida completa de los esfínteres, siendo el único origen del deterioro que sufre. Existió error en la interpretación de los síntomas, y falta de utilización de medios diagnósticos, y ello genera obviamente responsabilidad en la administración sanitaria".

Alcanzada por la Sala de instancia en su sentencia la conclusión de que "la técnica y los protocolos empleados en el diagnóstico y las intervenciones de los años 1983 y 1987 fueron los exigidos y correctos", de suerte que la actuación médica lo fue "de acuerdo con la lex artis", se abandona ahora en este recurso de casación aquella alegación central, trayendo a colación que en el escrito de demanda se invocó también que "no consta la existencia de consentimiento informado en ninguna de las tres intervenciones quirúrgicas a que fue sometido", omitiendo aquella Sala, pese a ello, todo pronunciamiento sobre esa cuestión (primer motivo de casación, en el que al amparo del art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción(LJ) se denuncia un vicio de incongruencia omisiva); y que la inexistencia de dicho consentimiento informado en la intervención de 1987, no en las otras dos, en las que no la considera relevante por las razones que expone, infringió el art. 10.5 de la Ley 14/1986, General de Sanidad (LGS), aplicable por razones temporales (segundo y último motivo de casación, en el que al amparo del art. 88.1.d) de la LJ denuncia la infracción de ese artículo de la LGS).

SEGUNDO.- En el hecho séptimo duplicado del escrito de demanda, no en el séptimo que antes hemos transcrito, y en su fundamento de derecho V, que reproduce ahora el escrito de interposición, suscitó el actor, en efecto, aquella cuestión de la inexistencia de consentimiento informado, que la Sala de instancia, influida tal vez por el núcleo central de lo alegado en aquel escrito y por aquella expresión que hablaba de "la clave de la cuestión", no trata en su sentencia. Procede por ello acoger el primero de los motivos de casación.

TERCERO.- Pero no el segundo, pues en la alegación que en él se hace no descubrimos la afirmación de un daño o perjuicio concreto que de modo causal se conecte a la inexistencia del consentimiento; y menos aún si detenemos nuestra atención en la solicitud inicial del reclamante, en la que afirmó que con posterioridad a la intervención "estuve aproximadamente 13 años con un nivel de vida aceptable".

Partiendo de ello, debe recordarse que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la sentencia de 4 de abril de 2000 EDJ 2000/9963 ), a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento del daño antijurídico (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002 EDJ 2002/15243 , 26 de febrero de 2004 EDJ 2004/7534 , 14 de diciembre de 2005 EDJ 2005/289144 , 23 de febrero de 2007 EDJ 2007/10592 , 1 de febrero EDJ 2008/17250 y 19 de junio de 2008 EDJ 2008/97603 , o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 y 30 de junio de 2009).

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

## FALLO

HA LUGAR, sólo por estimación del primero de sus motivos, al recurso de casación que la representación procesal de D. Blas interpone contra la sentencia de fecha 24 de marzo de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en el recurso núm. 986 de 2005. Casamos dicha sentencia, pero mantenemos el pronunciamiento de desestimación de dicho recurso núm. 986 de 2005. Sin imponer las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042010100090