



Roj: **STSJ CL 3009/2012 - ECLI: ES:TSJCL:2012:3009**

Id Cendoj: **47186330032012100341**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **08/06/2012**

Nº de Recurso: **2883/2008**

Nº de Resolución: **1089/2012**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA ANTONIA LALLANA DUPLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD VALLADOLID**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 003**

**VALLADOLID CASTILLA-LEON C/ ANGUSTIAS S/N**

*SENTENCIA: 01089 /2012*

Número de Identificación Único: 47186 33 3 2008 0108033

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002883 /2008 LP**

Sobre RESPONS. PATRIMONIAL DE LA ADMON.

De: D/ña. Jose Pablo

Abogado: MIGUEL DE LIS GARCIA

Contra: CONSEJERIA DE SANIDAD

Representante: LETRADO COMUNIDAD(SERVICIO PROVINCIAL)

**SENTENCIA Núm. 1089**

**ILTMOS. SRES. :**

**PRESIDENTE**

DON AGUSTÍN PICÓN PALACIO

**MAGISTRADOS:**

DOÑA MARÍA ANTONIA LALLANA DUPLÁ.

DON FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ

DON FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

En Valladolid, a ocho de junio de dos mil doce.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, el presente recurso en el que se impugnan:

La desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 6 de junio de 2006 ante la Gerencia de Salud de Área de Salamanca, de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, en solicitud de indemnización de daños y perjuicios por los daños causados al actor por la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario de Salamanca.

La Orden de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2009, que, aún extemporáneamente, desestimó de forma expresa la anterior reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. Jose Pablo .

Son partes en dicho recurso:



Como recurrente: D. Jose Pablo , representado por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Rodríguez Monsalve, y bajo la dirección del Letrado D. Miguel de Lis García.

Como demandada: La Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (Consejería de Sanidad) representada y defendida por Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña MARÍA ANTONIA LALLANA DUPLÁ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Interpuesto y admitido a trámite el presente recurso y recibido el expediente administrativo, la parte recurrente dedujo demanda con base en los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, solicitó de este Tribunal, dicte sentencia por la que, estimando el recurso se realicen los siguientes pronunciamientos:

1.- Se condene a la demandada, Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León a indemnizar a don Jose Pablo en la cantidad de 82.449 , por los perjuicios irrogados, por una deficiente asistencia, con vulneración de la LEC Artis ad hoc.

2.- La expresa condena en costas.

**SEGUNDO** .- En el escrito de contestación de la Administración demandada, con base en los hechos y fundamentos de derecho expresados en el mismo, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestime el presente recurso, con expresa imposición a la recurrente de las costas del recurso.

**TERCERO** .- El procedimiento se recibió a prueba con el resultado que figura en los autos.

**CUARTO** .- Presentados los escritos de conclusiones por las partes, se declararon conclusos los autos y se señaló para votación y fallo del presente recurso el pasado día siete de junio.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León ha aportado a los autos junto con el escrito de conclusiones la Orden de 18 de junio de 2009 de la Consejería de Sanidad por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don Jose Pablo en fecha 8 de junio de 2006. De dicha documentación se ha dado traslado a la parte actora mediante diligencia de ordenación de 25 de mayo de 2011, con el resultado que figura en los autos

**QUINTO** .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, salvo los plazos en ella fijados por causa del volumen de pendencia y trabajo que soporta la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO** .- El objeto del presente recurso se concreta en determinar si la actividad administrativa impugnada consistente en la Orden de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2009, que, aún extemporáneamente, desestimó de forma expresa la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. Jose Pablo , el 6 de junio de 2006 ante la Gerencia de Salud de Área de Salamanca, de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, en solicitud de indemnización de daños y perjuicios por los daños causados al actor por la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario de Salamanca, es -o no- conforme con el ordenamiento jurídico.

Ha de indicarse que si bien el recurso interpuesto inicialmente en contra la desestimación presunta de la referida reclamación de responsabilidad patrimonial, no se amplió formalmente frente al acto, la Orden de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2009, que, aún extemporáneamente, desestimó de forma expresa la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. Jose Pablo , no dando cumplimiento a lo dispuesto en la LJCA, art. 36.1º que establece que si antes de la Sentencia se dictare o conociere la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde con el que sea objeto del recurso, la relación prevista en el art.34, el actor podrá solicitar, dentro del plazo que señala el art. 46, la ampliación del recurso. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido, aplicando el principio pro actione, solicitudes de ampliación implícitas ( S.T.S. 10/Diciembre/91 ), y ha deducido la existencia de la solicitud de ampliación del propio contenido de la demanda, cuando en los hechos de la misma se hace referencia al acto expreso y se manifiesta la disconformidad con el "quantum" indemnizatorio" establecida en aquél por la Administración demandada, entendiendo, en tal caso, ampliado el recurso contra el acto expreso y referida a este la anulación decretada en la sentencia de instancia ( S.T.S. 5/Diciembre/2002 ); similar situación concurre en el presente caso, a la vista del escrito de alegaciones presentado por la representación del actor en fecha 6 de junio de 2011 en el que se opone al informe del Consejo Consultivo prestado en el expediente, y del que ha de deducirse también su oposición a la citada Orden que resuelve de conformidad con aquél, y de la que ha tenido conocimiento en virtud del traslado acordado mediante diligencia de 25 de mayo de 2011.



Del expediente administrativo, de las pruebas practicadas y de las alegaciones vertidas en los escritos forenses de las partes quedan acreditados los siguientes extremos de interés para la resolución de este pleito:

En el año 1999 a 2000 el paciente don Jose Pablo (nacido el NUM000 -1976) se nota un bulto en escápula izquierda, acude al médico de cabecera y el mismo le remite al dermatólogo. En la consulta de este especialista del día 27 de noviembre de 2000, consta que el paciente consultó al dermatólogo "porque el médico de cabecera le ha visto una escápula un poco más grande y ha diagnosticado una hiperostosis que quizás pueda corresponder a un efecto secundario del **Roacutan**", que tomaba para tratamiento de su acné nódulo-quístico. Se suspende el **Roacutan** y se envía al traumatólogo.

El día 30 de noviembre de 2000 el paciente acudió a la consulta externa de traumatología del doctor Domingo del Hospital Universitario de Salamanca. Se le realizó historia "paciente que refiere abultamiento en la escápula izquierda, precisando que viene con esta problemática desde hace año y medio, pero no tanto desde ahora. No dolor, no alteraciones funcionales. Se solicita analítica, RX y TAC".

El 19 de diciembre de 2000 se confirma en Rx simple de escápula hiperostosis. Primitiva o secundaria.

El 12 de enero de 2001 en informe de medicina nuclear de gammagrafía ósea con HDP-99m de Tc, se visualiza un foco interactivo en ángulo súpero-interno de escápula izquierda. Resto de la exploración sin alteraciones.

El 12 de enero de 2001 tiene consulta en traumatología.

El 22 de enero de 2001 se le realiza un TAC.

El 29 de enero de 2001 le realizan una Resonancia Magnética.

Se incorpora el paciente a la lista de espera quirúrgica con cargo Don Domingo , de Servicio de traumatología, el 2 de febrero de 2001.

El 6 de febrero de 2001 se le realiza un preoperatorio, con placa de tórax, analítica y electrocardiograma.

En informe del Servicio de Radiodiagnóstico de 7 de febrero de 2001 se informa una Resonancia Magnética de escápula izquierda que había sido realizada el 29 de enero de 2001: "A nivel del ángulo súpero-interno de la escápula, se aprecia un osteocondroma, identificándose adyacente al mismo una colección líquida muy bien delimitada de 3 cm. de diámetro máximo que puede corresponder a bursitis. En el resto del estudio no se aprecia otros hallazgos de interés.

Se finalizó el estudio preanestésica el día 13 de febrero de 2001.

Se avisó para intervención el día 14 de febrero y el paciente "renunció voluntariamente/no acepta la intervención", por lo que con esa misma fecha fue excluido de la lista de espera.

El paciente tenía programada desde el día 7 de febrero de 2001 una consulta de revisión con el traumatólogo doctor Domingo para el día 15 de febrero de 2001. El paciente no acudió a esta consulta de revisión. (f. 43 del exp. Adv).

La madre del paciente acudió a la consulta del doctor Domingo diciendo que su hijo no deseaba intervenir y dado que la mayor de edad, era él que tenía que tomar esa decisión.

Consta una anotación en la consulta del día 12 de enero de 2001 (última fecha que acudió el paciente a consulta de traumatología) de que acudiera si presentaba algún problema o revisión al año.

Consta que el paciente y la familia fueron informados de forma verbal del resultado de los estudios complementarios realizados. Consta que fue informado el paciente, a través de su familia, de que acudiera a consulta si presentaba algún problema o revisión al año.

Consta que no se presentó a la firma del paciente un consentimiento informado de la intervención quirúrgica prevista.

No consta que fuese informado el paciente del riesgo mínimo, pero conocido, de que el osteocondroma pudiera malignizarse; riesgo posteriormente materializado.

El 7 de diciembre de 2004 se realizó informe del Servicio de Anatomía Patológica, a petición de un PAAF por el doctor Torcuato , del Centro de Salud de Castro Prieto, en el cual se refleja " *la exploración de la región supraclavicular izquierda donde se palpa una zona amplia de consistencia pétreo y superficie y micronodular. En región infraescapular izquierda se palpa una tumoración de aproximadamente 5 x 5,5 cm. que presenta el mismo aspecto a la palpación, que el descrito en la región supra clavicular. Se intenta realizar PAAF pero no es posible ya que la aguja no penetra en la región por su consistencia pétreo. Se aconseja extirpación de esta tumoración para estudio anatomopatológico* ".



El 8 de febrero de 2005 acude a consulta de traumatología donde se realiza la historia clínica que contiene: -Refiere tumoración desde hace años (visto en 2000). Molestias-dolor si le aprietan. Refiere que quizás haya aumentado algo de tamaño. No antecedente traumático. -Exploración: Inspección: asimetría de hombros, tumoración en región escapular izquierda. Tumoración dura de 10 x 10 cm, con otra tumoración en ángulo inferior de la escápula, del tamaño de una nuez pétreo de consistencia no doloroso, desplazable. No dolor. Movilidad

El 10 de junio de 2005 consulta traumatólogo en el que se analizan las pruebas así: -gammagrafía (realizada el 11 de febrero de 2005), -analítica (realizada el 17 de febrero de 2005), -Rayos X. (efectuado el 10 de junio de 2005). -TACL. -Juicio diagnóstico: mismo diagnóstico diferencial: Degeneración ¿? De osteocondroma (tiene otra ¿? en piel). Miositis osificante.

El 9 de junio de 2005 el informe de RM de región escapular izquierda y pared torácica dice: "A nivel de la escápula izquierda se visualiza una lesión osteocondral excéntrica que presenta un diámetro máximo de 9 cm. y muestra una zona periférica cartilaginosa que sobrepasa los 3 cm. de espesor en algunas zonas...".

El 16 de junio de 2005 se le realizó al paciente el estudio preoperatorio y firma el consentimiento informado de la anestesia.

El 22 de junio de 2005 se elabora el consentimiento informado que se entrega al paciente y firma.

El 7 de julio de 2005 el paciente ingresa en el servicio de Traumatología, siendo intervenido el día 8 de un condrosarcoma secundario en escápula izquierda, realizándosele "escapulectomía parcial marginal (incluyendo en la resección músculo trapecio, 2/3 mediales del supraespinoso, infraespinoso, subescapular, serrato anterior, romboides mayor y menor, elevador de la escápula y escaleno posterior) más reconstrucción con colgajo del músculo dorsal ancho. El paciente permanece hospitalizado hasta el 26 de julio de 2005 que es dado de alta hospitalaria ante la evolución y los controles postoperatorios satisfactorios.

El 18 de julio del 2005 es visto por el servicio de rehabilitación, realizándose tratamiento de rehabilitación con el paciente en régimen ambulatorio hasta el día 17 de enero de 2006 en que causa alta en rehabilitación por estabilización en la recuperación de miembro superior izquierdo con una situación final de:

-Balance muscular de hombro y escápula izquierda 0 global.

-Limitación articular de hombro con un balance articular de 120 para abducción y 150 de antepulsión.

-Severa limitación de la abducción activa de hombro.

-Balance muscular para codo a 4 y normalidad en resto de miembro superior.

Con posterioridad ha sido valorado por el Servicio de Traumatología del Hospital Universitario de Salamanca siendo conforme informe de 26 de febrero de 2009 dicho control negativo para la recidiva o metástasis de la enfermedad, hasta la última consulta constatada en dicho informe de 2 de diciembre de 2008.

Conforme el informe pericial del doctor Arcadio , de fecha 30 de marzo de 2009, aportado al proceso como prueba pericial junto con el escrito de demanda, el paciente a la exploración presenta las siguientes escuelas:

Cicatriz amplia en S desde zona clavicular hasta cintura, postquirúrgica, con área hipertrófica e hiperpigmentadas que en su zona superior.

Impotencia funcional de hombro izquierdo:

Movilidad activa:

Abducción de 30°.

Elevación anterior de 30°.

Rotaciones al 25%.

Movilidad pasiva:

Abducción 120°.

Elevación anterior 150°.

Balance muscular hombro y escápula izquierda 0.

Balance muscular codo de 4.

Rayos X.: extirpación escápula izquierda con exéresis musculatura y trasposición.



Psicológicamente: Se muestra ansioso, angustiado, muy preocupado, entiende que es un problema grave y que tiene un pronóstico sombrío.

Diagnóstico: Osteofibrosarcoma de escápula izquierda intervenido. Trastorno ansioso depresivo.

La Orden impugnada de 18 de junio de 2009, de la Consejería de Sanidad por la que se resuelve desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don Jose Pablo en fecha 8 de junio de 2006 refiere que se cuestiona la asistencia médica en dos momentos diferentes, de una parte respecto al inicial diagnóstico, información y valoración del osteocondroma, en el año 2001, y de otra parte respecto al retraso en la cirugía durante el año 2005. Sobre el diagnóstico información y propuesta quirúrgica en el año 2001, indica que es palmario que el 12 de enero de 2001 al paciente se le propuso venir a revisión si hay problemas o al año, por ello no puede imputarse abandono o desidia por parte del Servicio de Traumatología del Hospital Universitario de Salamanca; recuerda que también consta en el registro informático una consulta para el 15 de febrero a traumatología a la que no acudió. Es pues el propio paciente quien decide no intervenir y quien no continúa con las revisiones y consultas programadas. Con respecto a la ausencia de información sobre las posibilidades de que la tumoración malignizara, conforme al informe de la Inspección se mantiene que fue informado el paciente de su diagnóstico, de las posibilidades terapéuticas y de la necesidad de revisiones periódicas como consta en la Historia. Sobre la conducta asistencial en el año 2005 se mantiene que no se observa ninguna anomalía significativa ni retraso en la valoración de las pruebas y decisiones adoptadas.

**SEGUNDO** - En la demanda formulada en este recurso la parte actora fundamenta la indemnización que reclama en la responsabilidad patrimonial de la Administración por indebida asistencia médica, alegando que en el año 2001, tras realizar diferentes pruebas, hacer preoperatorio, le indicaron que tenía un osteocondroma, sin importancia y que se lo podía quitar por estética. No le informaron para nada de que ese tipo de dolencia puede malignizarse. Es pues lógico que si le informan de que la lesión es benigna, rechace la operación. Cosa o situación muy distinta hubiera sido que le hubieran indicado que esa dolencia puede evolucionar mal, que puede generar en un cáncer, en cuyo caso es evidente que el paciente hubiera pasado por el quirófano. También alega que en la segunda fase de la asistencia recibida que se remonta a diciembre del 2004 ha habido una demora de 7 meses desde que se hizo diagnóstico hasta que se practicó la intervención, lo que supone un grave riesgo de propagación de la metástasis. En concreto alega que: a) no consta en la historia clínica la información que obligatoriamente se debería haber facilitado el paciente en febrero de 2001; b) no refiere tampoco el consentimiento informado para la operación que no se llevó a efecto, por cuanto al ser informado de la benignidad del bulto y no ponerle de relieve las posibles evoluciones de dicha dolencia; c) no se recoge en ninguna parte de la historia clínica la información que el bulto se puede convertir en un cáncer de las características y agresividad del que padece. La falta de información es una evidente mala praxis; si se le hubiese informado debidamente se habría operado del problema entonces simplemente estético y poco complicado que hubiese evitado la operación en el segundo plazo mucho más agresiva y con secuelas y limitación de la funcionalidad del hombro. En la demanda concreta la reclamación en: a) Limitación de la movilidad, pérdida de fuerza y funcionalidad del hombro izquierdo en 30 puntos y trastorno ansioso depresivo 5 puntos, que en aplicación del baremo supone el 34 puntos de secuelas, a razón de 1.539,30 por punto supone la cantidad de 52.336,20 .

b) Perjuicio estético de 10 puntos a razón de 854,64 , lo que hace un total de 8.546,90 .

c) Días de hospitalización 19, a razón de 65,48 , hace un total de 1.244,12 .

d) Días improductivo 382, a razón de 53,20 , suponen 20.322,40 .

e) No se hace valoración del retraso en la intervención; daño moral en cuanto a la elevación del riesgo, por cuanto llegada esta fecha no se ha cumplido aun el periodo de ventana.

Por todos estos conceptos, indicando que se trata de un joven deportista de 29 años de edad al que se le ha partido la vida, reclama un total de 82.449,60 .

Se alega en la demanda que concurren los presupuestos de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración del artículo 139 de la Ley 30/92 y centra su pretensión en la existencia de una mala praxis asistencial dada la ausencia total de información de cualquier naturaleza al paciente, aparte de consentimientos debidamente informados de las pruebas médicas realizadas; resultando que el actor ha carecido de cualquier información veraz y suficiente sobre el diagnóstico y tratamiento, así como de las alternativas. Añade que se burló la Ley 41/2002 que regula la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y tampoco se observó lo dispuesto en la Ley 14/86, de 25 de abril que regula el derecho de los pacientes a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud toda la información disponible... de la que se dejará constancia razonada en la historia clínica por el médico y el paciente deberá ser expresamente informado.



El Letrado de la Administración demandada en el escrito de contestación a la demanda niega que concurren los presupuestos de la acción entablada. En relación con la consideración de la actora de que existió una ausencia total de información al respecto de que la tumoración benigna detectada en el año 2001 podría llegar a malignizarse, reitera el informe elaborado por la Inspección médica que figura en el expediente administrativo y su conclusión de que en definitiva en el año 2001 no se observa falta de información, ya que al paciente se le diagnosticó, y se le recomendó una intervención quirúrgica, que el paciente rechazó tras realizarse el preoperatorio; y se le pautaron revisiones a las que no acudió. Destaca que figura en el informe Don Domingo que: " *con el paciente desde el principio se estableció un trato especialmente personalizado (dada su amistad con otros profesionales del Hospital y por su posible patología), acudiendo tanto el enfermo como su familia sin estar previamente citado en varias ocasiones, motivo por el que alguna de las actuaciones médicas no figuran en la historia clínica al no disponer de la misma en ese momento..., tanto al paciente como la familia fueron informados debida y puntualmente de forma verbal del resultado de los estudios complementarios realizados* ". Los motivos que llevaron al actor a tomar la decisión de no intervenir en el año 2001 son ajenos a la Administración, sin que exista responsabilidad patrimonial cuando se decide voluntariamente no someterse a una intervención programada y se incumplen las revisiones pactadas. De entenderse producido algún daño en este caso sólo sería imputable al propio actuar del demandante. Así el hipotético nexo causal se habría roto

Tras constatar la Administración demandada que no se efectúa alegación alguna en los fundamentos de derecho de la demanda sobre el segundo tema, se opone a que hubiera existido retraso alguno, en concreto la demora de siete meses en la práctica de la intervención quirúrgica realizada el 8 de julio de 2005. Finalmente se opone a la cuantificación de la indemnización realizada la demanda.

**TERCERO** .- Esgrimida en la demanda una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración ha de indicarse que el art. 139 de la Ley 30/92 dispone textualmente: " 1. *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas...* " y el art. 141.1 dice que " *Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley* " .

Dichos preceptos establecen, en sintonía con el art. 106.2 de la CE, un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral.

Por tanto para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración es preciso:

Que se aprecie una relación de causalidad entre la acción/omisión y el resultado lesivo.

Que el daño sea antijurídico, o, lo que es lo mismo, que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo y ello supone: a) que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y b) que el ordenamiento no imponga al perjudicado expresamente el deber de soportar el daño.

Que el daño sea indemnizable: a) daño efectivo; b) evaluable económicamente; y c) individualizable en relación a una persona o grupo de personas.

En este sentido cabe recordar, entre otras, la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de noviembre de 1998 (RJA 9920).

**CUARTO** .- En materia de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación médica, el criterio básico utilizado es el de la Lex Artis, de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: la obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo. Por ello, la Lex Artis constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos, imponiendo al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental a la hora de delimitar la responsabilidad en este ámbito, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión sino también la infracción de dicha Lex Artis. Si sólo bastara la lesión se incurriría en una excesiva objetivación de la responsabilidad. Al respecto cabe citar la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 en la que se recuerda:



" Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano ".

Y también en lo que se refiere a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la exigencia del consentimiento informado establecido en el artículo 10.5 y 6 de la Ley General de Sanidad 14/86 , y al que la parte actora se refiere en su demanda, se recuerda que el apartado quinto del art. 10 de la Ley General de Sanidad de 1986 , aplicable por el tiempo en que ocurrieron los hechos aquí examinados, dispone que todo paciente tiene 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 ". Y el apartado sexto del mismo precepto legal da derecho al paciente " 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 cualquier intervención ". De esta necesidad de consentimiento informado quedan exceptuados varios supuestos (riesgo para la salud pública, incapacidad del paciente, y urgencia), que no son relevantes para la resolución del presente asunto. Ello significa que toda intervención quirúrgica exige el previo consentimiento informado, lo que presupone poner al corriente al paciente -o a quien pueda dar el consentimiento por él- de las características y alcance de la operación proyectada. No basta, así, que haya consentimiento, sino que éste ha de ser informado y, por consiguiente, suficientemente preciso y detallado.

El Tribunal Supremo ha señalado que el defecto del consentimiento informado se considera como un 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 ( STS de 1 de febrero de 2008, recurso 2033/2003 ).

Y en la sentencia del TS de 2 de enero de 2012, rec de cas. 6710/2010 , con cita de la del mismo Tribunal de dos de noviembre de 2011 se mantiene que: "b) Que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente (a tener por cierta en el caso de autos ante la duda no despejada sobre el cabal cumplimiento de aquella obligación) constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria ( sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002 , 26 de febrero de 2004 , 14 de diciembre de 2005 , 23 de febreroy10 de octubre de 2007 , 1 de febrero y 19 de junio de 2008 , 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo,19 y 25 de mayoy4 de octubre de 2011 ). Como se dijo en la Sentencia de esta Sala de diecinueve de diciembre de dos mil nueve, recurso de casación de unificación de doctrina 257/2006 , el consentimiento informado no puede convertirse en un trámite rutinario, burocrático, carente de la relevancia que ha de tener como es que el paciente ha de asumir la existencia de diferentes escenarios al tratamiento. Ello va más allá de formularios estereotipados puesto que implica que el médico ha de observar tanto la capacidad del paciente de entender la información que se le ofrece como la situación concreta en la que se encuentra y las posibilidades de éxito, fracaso, mejoría, etc. Es una compleja relación que requiere análisis caso por caso atendiendo a las circunstancias concurrentes."

**QUINTO** .- Ciñéndonos al supuesto de autos, del expediente administrativo -en el que figura la historia clínica, y también diferentes informes médicos como el informe emitido por el Jefe del Servicio de Traumatología el doctor Lucio en fecha 4 de julio de 2006, así como el informe de la Inspección médica emitido por don Serafin en fecha 15 de enero de 2006, igualmente el informe prestado por el Coordinador de Admisión del Hospital Universitario de Salamanca don Juan Ramón de fecha 11 de enero de 2007, que figuran folio 47 del mismo (en el que se comunican los datos que figuran en los registros informáticos del Servicio de Admisión, datos que no constan en la historia clínica), y especialmente teniendo en cuenta el informe prestado por don Domingo médico adjunto de traumatología, que asistió al paciente en las consultas y revisión del año 2000 y 2001, que figura al folio 45 del expediente administrativo-, y de las pruebas practicadas en autos, testifical pericial de don Arcadio , especialista en medicina legal y forense, que se ha ratificado en la comparecencia celebrada el 20 de septiembre de 2000 en el informe pericial unido con la demanda, así como la declaración del testigo perito, el Inspector Médico don Serafin , que se ha ratificado, en comparecencia celebrada en la misma fecha 20 de septiembre de 2010, en su informe que figura en el expediente administrativo, consta acreditado que concurre el único título de imputación de la responsabilidad patrimonial esgrimida en la demanda, que concierne a la ausencia del debido consentimiento informado al paciente respecto de la intervención quirúrgica que le fue propuesta, inicialmente aceptada por el paciente y posteriormente rechazada.



De los datos que figuran en la historia clínica, del resultado de las pruebas practicadas cabe llegar a la conclusión que se dio una parcial información al paciente, aunque no completa, como era necesario. Está acreditado que el paciente fue diagnosticado de osteocondroma frente a lo que se propuso cirugía que inicialmente fue aceptada y, posteriormente rechazada. Está acreditado que se dio información al paciente a través de su familia de que el paciente acudiera a revisión si presentaba algún problema o al año. No está acreditado que se indicase al paciente con anterioridad a la fecha en que fue llamado para realizar la intervención quirúrgica ni con posterioridad, del riesgo mínimo, pero conocido, de malignización de la tumoración que presentaba, posteriormente materializado.

Para valorar las particulares circunstancias en la atención sanitaria prestada al paciente es preciso tener en cuenta que como se indica en el informe del doctor Domingo con el citado paciente desde el principio se estableció un trato especialmente personalizado por las circunstancias que indica, *"acudiendo tanto el enfermo como su familia sin estar previamente citado en varias ocasiones, motivo por el que alguna de las actuaciones médicas no figuran en la historia al no disponer de la misma en ese momento. Prueba de ello es la solicitud de inclusión en la lista de espera quirúrgica y de consulta preoperatoria, que fue realizada en los primeros días de febrero de 2001 o la realización del TAC y de la RMN, que se efectuaron los días 22 y 29 de enero del 2001 respectivamente, exploración esta última que confirmó la lesión benigna (osteocondroma) que presentaba en aquel momento el paciente"*.

Así al actor de le puso en lista de espera con anterioridad al diagnóstico definitivo de su dolencia, realizando las pruebas del preoperatorio y optando finalmente por no realizar la intervención quirúrgica.

Hubo por consiguiente un diagnóstico inicial que fue informado al paciente, se le practicaron numerosas pruebas, se le ofreció una intervención quirúrgica, y tras ser informado de que su dolencia era una lesión benigna, sin que conste que se le informara del riesgo de malignización de la tumoración, rechazó la intervención quirúrgica.

Mantiene la parte actora que en ningún caso se le indicó al paciente el riesgo, aunque mínimo, muy grave de que pudiera malignizarse la tumoración que presentaba, riesgo posteriormente materializado.

Es indudable que una información correcta del diagnóstico de su enfermedad, de sus posibilidades terapéuticas conforme a la normativa aplicable por razones cronológicas Ley 14/86, exigía informar al paciente de la referida complicación. Esta cuestión no se discute, brevemente hacemos referencia al informe emitido por el doctor Lucio que figura al folio 14 del expediente administrativo que recoge como comentario final que: *"la complicación que ha presentado el paciente está descrita desde finales del siglo XIX en trabajos y tratados de patología quirúrgica, cirugía ortopédica"*. Es evidente que ha habido una información incompleta al paciente, con trascendencia fundamental en relación con la dolencia finalmente sufrida por el paciente (condrosarcoma secundario en escápula izquierda).

Alegada la falta de una información rigurosa, y completa al paciente sobre su diagnóstico, y tratamiento terapéutico, y alternativas, antes de la decisión adoptada por el paciente de no realizar la intervención quirúrgica es carga de la Administración acreditar lo contrario, que sí existió un necesario consentimiento informado. Del examen de las pruebas practicadas no cabe entender acreditado este hecho.

Respecto a la anotación que figura en la historia clínica de la consulta del día 12 de enero del 2001, en la que figura venir a revisión si hay problemas o al año. La propia lectura del contenido de esa anotación médica que figura en la historia es en principio incongruente con el relato fáctico de lo acaecido, pues no se puede olvidar que el paciente fue inscrito en la lista de espera de la intervención pocos días después. La única explicación a esta anotación se encuentra en el informe prestado por el doctor Domingo que figura al folio 45 del expediente administrativo que textualmente indica: *"recuerdo que la madre acudió diciendo que su hijo no deseaba intervenir y dado que la mayor de edad, era él el que tenía que tomar esa decisión, motivo por el que probablemente anote, en la consulta del día 12-0101 (última fecha que acudió a consulta, ya que la que tenía programada para el 15 del 2001 no se presentó) que acudiera si presentaba algún problema o revisión al año. Tanto el paciente como la familia fueron informados debida y puntualmente de forma verbal del resultado de los estudios complementarios realizados. No he vuelto a tener ningún contacto con este paciente desde las fechas indicadas hasta que participe como segundo cirujano en la intervención quirúrgica del condrosarcoma secundario que realizó el doctor Alberto en julio de 2005"*. Así, del contenido de este informe, en relación con las consideraciones del informe pericial del doctor Arcadio, prestado a instancia de la parte actora, que no cuestiona la realidad de esta prevención, se considera cierta la advertencia dada al paciente, al menos a través de su familia, de la necesidad de revisiones si surgen problemas o al año.

Concorre por consiguiente la defectuosa asistencia médica que se imputa a la Administración. Si bien en la valoración de la misma, y, por consiguiente, en la indemnización que posteriormente se fija, no puede desconocerse que las irregularidades del proceso asistencial, cuanto menos en la necesaria constatación





de la misma en la historia clínica, han sido en buena parte propiciadas por el mismo paciente, que acudía a consulta sin cita previa; además, habiendo aceptado inicialmente la práctica de una intervención quirúrgica, renunció el paciente a la misma, y no acudió a la revisión programada para el día 15 de febrero de 2001. Por otra parte, consta que el paciente fue informado de que acudiera a consulta si presentaba algún problema o al año; haciendo caso omiso de esta recomendación; si bien en la valoración de esta última conducta también se tiene en consideración la falta de información del paciente sobre el riesgo de malignización del tumor.

Así, ha de concluirse que los únicos daños indemnizables en el presente caso son los morales por la imposibilidad de ejercitar el paciente su derecho de autodeterminación y decidir que se le practicase o no la intervención, al no haber expuesto el médico al paciente los riesgos que comportaba la no extirpación del tumor benigno del osteocondroma; es decir se privó al paciente de tomar la decisión que en uso de su autonomía y dignidad personal considerase más oportuna. También es indemnizable la falta de información al paciente, una vez decidida su no intervención del riesgo de malignización del tumor.

La indemnización de tal daño moral, a la vista de las concretas circunstancias del caso, se cuantifica teniendo como inicial criterio de referencia las secuelas del paciente antes reseñadas, recogidas en el informe pericial del doctor D. Arcadio , así como el periodo de incapacidad y demás conceptos, en relación con el Baremo del RDL 8/2004, actualizado por Resolución de 24 de enero de 2012, en la suma ponderada a la vista de la especiales circunstancias del caso ya reseñadas de 27.000 , suma actualizada a la fecha de esta resolución

**SEXTO** .- Los razonamientos precedentes llevan a la estimación parcial del recurso; sin que proceda hacer expreso pronunciamiento en materia de costas, según el tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo núm. 2883/08, interpuesto por la representación de D. Jose Pablo , y anulamos por su disconformidad con el ordenamiento jurídico la Orden de 18 de junio de 2009 impugnada, y declaramos el derecho del actor a ser indemnizado por la Administración demandada en la suma de veintisiete mil euros (27.000 ), más el interés desde la fecha de notificación de esta sentencia que dispone el art. 106.2 de la Ley de la Jurisdicción ; y desestimamos las restantes pretensiones de la demanda. Sin costas.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Esta sentencia es firme, contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la ltma. Sra. Magistrada Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.

**DILIGENCIA** : Seguidamente se procede a cumplimentar la no tificación de la anterior resolución. Doy fe.