



Roj: **STS 2444/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2444**

Id Cendoj: **28079130052018100269**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **26/06/2018**

Nº de Recurso: **191/2017**

Nº de Resolución: **1084/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JUAN CARLOS TRILLO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 15102/2015,**
STS 2444/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.084/2018

Fecha de sentencia: 26/06/2018

Tipo de procedimiento: REC. CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA

Número del procedimiento: 191/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: EAL

Nota:

REC. CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA núm.: 191/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1084/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde



D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Jose Juan Suay Rincon
D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 26 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina que con el número 3884/15 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador don Pedro Ballenilla Ros, en nombre y representación de doña Gema , contra la sentencia de fecha 30 de octubre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Primera, con sede en Málaga, en el recurso contencioso administrativo número 1010/2011 . Siendo parte recurrida <<Mutua Fraternidad Muprespa>>, representada por la procuradora doña Ana Calderón Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva que copiada literalmente dice:

<<Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador de los Tribunales D. Pedro Ballenilla Ros, en nombre y representación de Doña Gema , sin que proceda hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales>>.

Con fecha 1 de septiembre de 2016 se dictó auto cuyos fundamentos de derecho segundo y tercero son como sigue:

<<SEGUNDO.- Pues bien sentado lo anterior y teniendo en cuenta que, tal y como se señalaba anteriormente, por la recurrente se vino a invocar la falta de información al paciente, hemos de señalar que la doctrina jurisprudencial sobre el derecho de información en el específico ámbito de la asistencia sanitaria, recogido en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente , que dispone que "el supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud", así como en el artículo 8.3 de la precitada Ley , que impone que al mismo se incorpore información sobre los posibles riesgos.

Entre muchas otras, la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012 , con cita de la de 26 de marzo del mismo año , declaraba lo siguiente:

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

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener se puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos".

../.. Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el 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 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 a quien pretende exigirla de la Administración)".

Y una constante jurisprudencia (Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 , 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003 , de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008 ,



sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) insiste en que el deber de obtener el del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7º) en su STC 34/2011 de 28 de marzo de 2011 , estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1.CE que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el , (sic) sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad".

Nuestra jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, rec. Casación 4637/2008 , 25 de marzo de 2010 , rec. Casación 3944/2008), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.

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

Además hemos desvinculado la falta o insuficiencia de la existencia de mala praxis, pues el defecto constituye, en sí mismo, mala praxis.

Así lo acabamos de afirmar en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007 y las que en ella se citan".

Diremos también, refiriéndonos a la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo , ya citada, que en ella se consideró que la ausencia o el defecto no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo (entre otros, auto del Tribunal Constitucional 333/1997 , con cita de sus sentencias 25/1981 , 53/1985 y 129/1989 y de su auto 382/1996).

Hemos de añadir a lo anterior que el artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, al regular las condiciones de la información y por escrito, dispone que la misma comprenda: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención ; y d) Las contraindicaciones.

La jurisprudencia que ha interpretado el precepto citado, expresada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012 , ha venido matizando que " (...) 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".

TERCERO.- Sentado lo anterior hemos de analizar si la intervención quirúrgica realizada en Madrid por el Dr. Amador lo fue con la debida y previa información al paciente.

La resolución de dichas cuestiones pasa por examinar los elementos probatorios aportados al proceso y por valorarlos en su conjunto y según las reglas de la sana crítica. - Y así nos encontramos con que, constan en el expediente administrativo, concretamente en el folio 26, el documento de consentimiento informado que para la referida intervención quirúrgica firmó la recurrente; consta igualmente en el folio 47 que dicho documento se le entregó a la misma para su firma con fecha 29 de septiembre, es decir 20 días antes, más o menos, de la intervención quirúrgica. Y que dicho documento le fue presentado para su firma en esa fecha y además en la consulta previa a la intervención constando en el documento que la misma ha sido informada de los riesgos y consecuencias que dicha intervención pudiera ocasionar y de las alternativas de riesgo que existirían en el caso de no operarse.... Luego de dicha firma se deduce que en la consulta que mantuvo con el Dr. Amador , este facultativo le informó, tal y como ella firmó, de tales riesgos y consecuencias.



Destacar, asimismo, que el deber de información al paciente no es tan exhaustivo que haya de descender a especificar concreciones exageradas.

En consecuencia, consideramos que el paciente tuvo información suficiente y eficaz para garantizar su derecho de auto-determinación, es decir, que el procedimiento quirúrgico se llevó a cabo previa prestación de su libre, voluntario y consciente, manifestado en el pleno uso de sus facultades después de haber recibido la información adecuada, así lo recoge el documento que firmó, por lo que no puede concluirse que, en este aspecto, se haya producido un incumplimiento de la *lex artis* ni, en consecuencia, una manifestación de funcionamiento anormal del servicio público sanitario que pudiera dar lugar a una indemnización por este concepto. Lo que determina que, tampoco, el examinado argumento impugnatorio esgrimido por la parte recurrente, puede ser acogido, y, por ende, la sentencia dictada por esta Sala que completamos mediante el presente auto; habrá de quedar inalterable en cuanto a su contenido dispositivo. Si bien el contenido del presente auto se integrará en la sentencia>>.

Y con la siguiente parte dispositiva: <<La Sala acuerda: - Completar la Sentencia 1010/2011 dictada por esta Sala con fecha 30 de octubre de 2015 en el sentido anteriormente expuesto. Sin costas>>.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de doña Gema se presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, interponiendo recurso de casación para la unificación de doctrina contra la referida resolución, en el que formuló sus consideraciones fácticas y jurídicas y terminó suplicando a la Sala de instancia que elevara los autos a esta Sala para la substanciación del recurso.

TERCERO.- Admitido el recurso a trámite, se concedió a la parte recurrida el plazo de treinta días a fin de que formalizara su oposición, verificándolo la representación procesal de <<Mutua Fraternidad Muprespa>>, conforme puede verse en las actuaciones.

CUARTO.- La Sala de instancia dictó providencia acordando elevar las actuaciones y el expediente a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y repartidas a esta Sección, se ordenó formar el rollo de Sala.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 20 de junio de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección Tercera), con sede en Málaga, el 30 de octubre de 2015, completada por auto de 1 de septiembre de 2016, al no haberse resuelto en la sentencia inicial una de las cuestiones formuladas por la parte actora y ahora recurrente, a saber, la relativa a la falta de consentimiento informado.

SEGUNDO.- Delimitado por la parte recurrente el ámbito de enjuiciamiento del recurso de casación que nos ocupa, única y exclusivamente a la existencia o no del consentimiento informado, cuestión resuelta negativamente en el auto complementario de la sentencia, es de advertir que la sala de instancia llega a esa decisión negativa al considerar <<[...] que el paciente tuvo información suficiente y eficaz para garantizar su derecho de auto-determinación, es decir, que el procedimiento quirúrgico se llevó a cabo previa prestación de su libre, voluntario y consciente (sic), manifestado en el pleno uso de sus facultades después de haber recibido la información adecuada>>.

Esa conclusión es fruto, tal como resulta del argumentario del auto, de la firma del documento de consentimiento informado que para la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometida la actora (miotomía de mano) le fue entregado 20 días antes, más o menos, de la intervención.

TERCERO.- Las sentencias de contraste que aporta la recurrente, todas de esta Sala del Tribunal Supremo, son las siguientes: sentencia de 25 de marzo de 2010, resolutoria del recurso de casación 3944/2008; sentencia de 29 de junio de 2010, resolutoria del recurso de casación 4637/2008; sentencia de 25 de junio de 2012, resolutoria del recurso de casación 1386/2011; sentencia de 21 de marzo de 2007, resolutoria del recurso de casación 7394/2002; y sentencia de 20 de junio de 2006, resolutoria del recurso de casación 167/2002.

En atención a las distintas intervenciones quirúrgicas que en ellas se contemplan, diferentes a la que fue sometida la recurrente, se llega a la conclusión de que el informe previo al consentimiento informado fue insuficiente en la contemplación de riesgos y resultados.



Las sentencias de contraste responden a la valoración del caso concreto enjuiciado, al igual que sucede con la sentencia recurrida.

Recordemos al efecto que la información previa al consentimiento ha de ser específica de la intervención a practicar y que si bien debe comprender una indicación de los riesgos que se pueden producir y de las alternativas posibles, no necesariamente tiene que abarcar todos y cada uno de los riesgos ni todas y cada una de las alternativas posibles. En definitiva, que ha de estarse al caso concreto y no incurrir en excesos informativos innecesarios y, en ocasiones, contraproducentes.

CUARTO.- El recurso de casación para unificación de doctrina, conforme con reiterada Jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo -por todas Sentencia de 26 de marzo de 2010 (recurso 241/2009)-, <<[...] se configura como un recurso excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, que tiene por finalidad corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero sólo en cuanto constituyan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. "Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación -siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia-, sino <<sólo>> cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentada. No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido. Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir" (Sentencia 15-7-2003).

Esa configuración legal del recurso de casación para la unificación de doctrina determina la exigencia de que en su escrito de formalización se razone y relacione de manera precisa y circunstanciada las identidades que determinan la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia (art. 97).

Por ello, como señala la sentencia de 20 de abril de 2004 , "la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones. No cabe, en consecuencia, apreciar dicha identidad sobre la base de la doctrina sentada en las mismas sobre supuestos de hecho distintos, entre sujetos diferentes o en aplicación de normas distintas del ordenamiento jurídico.

Si se admitiera la contradicción con esta amplitud, el recurso de casación para la unificación de doctrina no se distinguiría del recurso de casación ordinario por infracción de la jurisprudencia cuando se invocara la contradicción con sentencias del Tribunal Supremo. No se trata de denunciar el quebrantamiento de la doctrina, siquiera reiterada, sentada por el Tribunal de casación, sino de demostrar la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta. Debe, pues, apreciarse una incompatibilidad lógica entre ambos pronunciamientos, sin margen alguno de interpretación de normas diversas, de aplicación de las mismas sobre supuestos de hecho distintos o de diferente valoración de las pruebas que permita, independientemente del acierto de uno u otro pronunciamiento, justificar a priori la divergencia en la solución adoptada.

Como dice la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2000 , la contradicción entre las sentencias contrastadas ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho. Esta situación no presenta analogía alguna con la de sentencias diferentes, pese a la identidad de planteamientos normativos o de hecho entre ambas, en función del resultado probatorio que haya podido apreciarse en unas u otras">>.

Pues bien, en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta en el precedente y en consideración a lo expuesto en los fundamentos de derecho segundo y tercero, el recurso debe desestimarse.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas a la parte recurrente (artículo 139.2 LRJCA), si bien, en atención a la complejidad del tema de debate, y haciendo uso de la facultad que al Tribunal confiere el apartado 3 del indicado artículo, se fija como cuantía máxima a reclamar por la parte recurrida, por todos los conceptos, la cantidad de 4.000 euros más IVA.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido no haber lugar al recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de doña Gema , contra la sentencia de fecha 30 de octubre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Primera, con sede en Málaga, en el recurso contencioso administrativo número 1010/2011 ; con imposición de las costas a la parte recurrente en los términos prevenidos en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde

Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso

Wenceslao Francisco Olea Godoy Jose Juan Suay Rincon

Cesar Tolosa Tribiño

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Juan Carlos Trillo Alonso** , estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.