



Roj: **STS 3106/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3106**

Id Cendoj: **28079130052020100240**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **30/09/2020**

Nº de Recurso: **2432/2019**

Nº de Resolución: **1226/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER BORREGO BORREGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 8609/2019,**
ATS 7665/2019,
AATS 11102/2019,
STS 3106/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.226/2020

Fecha de sentencia: 30/09/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2432/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.4

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2432/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1226/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Rafael Fernández Valverde, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 30 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número 2432/2019 interpuesto por la procuradora D.^a Isabel Ramírez García de Gomariz en nombre y representación D. Juan Francisco, y defendido por el letrado D. Jose Ángel Martínez Fernández, contra la sentencia de fecha 21 de enero 2019, dictada por la Sección Primera de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad de Andalucía. Dicha sentencia desestima el recurso de apelación 730/2016 interpuesto por el Sr. Juan Francisco contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Sevilla, desestimatoria del recurso contencioso administrativo nº 46/2014 frente a la resolución de 19 de diciembre de 2013 del Servicio Andaluz de Salud (en adelante SAS) de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, sobre denuncia y reclamación patrimonial por daños por la asistencia sanitaria prestada por el SAS.

Comparece como parte recurrida la letrada de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, en representación del Servicio Andaluz de Salud (SAS).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Sevilla), en el recurso de apelación 730/2016 dictó sentencia de fecha 21 de enero 2019 cuyo Fallo era del siguiente tenor literal: "Desestimamos el recurso de apelación objeto de este procedimiento contra la sentencia referida en el Antecedente de Hecho Primero de esta Resolución, la cual confirmamos en su integridad, sin costas".

SEGUNDO: Notificada a los interesados, la representación procesal de D. Juan Francisco preparó recurso de casación contra la citada sentencia, y la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de Andalucía (Sevilla) dictó resolución teniendo por preparado el mismo y emplazando a las partes para ante este Tribunal de Casación.

Recibidas las actuaciones, y personada la recurrida, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal dictó Auto de 11 de julio de 2019, que acuerda: "1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 2432/2019 preparado por la representación procesal D. Juan Francisco contra la sentencia dictada con fecha 21 de enero de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, confirmatoria en apelación (recurso nº 730/2016) de la sentencia -nº 221/2016, de 21 de julio- del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Sevilla, que desestimó el recurso nº 46/2014 deducido frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación en concepto responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Andaluz de Salud

2º) Precisar que la cuestión en la que se entiende que cuenta con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en matizar, en concreto, si, en una revisión jurisdiccional de una denegación de responsabilidad sanitaria fundada exclusivamente en la vulneración de la *lex artis*, resulta posible la alegación de la falta de consentimiento informado, que no había sido utilizada en la previa vía administrativa.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 139.1 y 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 56.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa".

(Error: en relación al inciso "deducido frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación [...] (punto 1º anterior), sobre el recurso 46/2014 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Sevilla (JCA), se trata de una afirmación errónea, que realizó equivocadamente la sentencia del TSJ de Andalucía aquí impugnada en su FD Primero. En el expediente consta resolución administrativa de 19 de noviembre de 2013 de la reclamación y se interpuso (folio 3 de actuaciones JCA) el recurso contencioso ante el JCA contra dicha resolución, y figura claramente en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Sevilla: "Actuación administrativa recurrida: Resolución de 19 de noviembre de 2013 de la Dirección Gerencia del SAS desestimando la pretensión de responsabilidad patrimonial formulada por el actor, por supuestas deficiencias en la prestación de servicios sanitarios. Expte. NUM000 ").

TERCERO: La representación procesal de la parte recurrente dentro del plazo prevenido en la Ley, presenta escrito en el que alega los hechos y fundamentos que estima oportunos y solicita de esta Sala: "SUPlico A LA SALA, que habiendo por presentado este escrito en tiempo y legal forma, se sirva admitirlo y unirlo a los autos de su razón, teniendo por interpuesto RECURSO DE CASACIÓN frente a la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en fecha 21 de enero de 2019, recaída en el Rollo de Apelación 730/2016 y que, tras los trámites oportunos, dicte sentencia estimando íntegramente el mismo y, por ende, la demanda rectora de los presentes autos, con expresa condena en costas de primera instancia a las partes demandadas".

CUARTO: La parte recurrida en su escrito de oposición solicita: "[...] Que, habiendo por presentado en tiempo y forma este escrito, se sirva admitirlo y teniendo por cumplimentado el trámite conferido de oposición al recurso de casación, en su virtud, con estimación de cuantos extremos aquí se contienen, dicte sentencia por la que desestime el mismo, confirmando la sentencia del TSJ de Andalucía, Sala Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección 4ª, de 21 de enero de 2019, recurso nº 730/2016 (apelación contra la sentencia recaída en el Procedimiento Ordinario nº 46/2014, JCA 10 de Sevilla)".

QUINTO.- Quedando señalado para su deliberación, votación y fallo el 15 de septiembre de 2020, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso, que debe ser enjuiciado por esta Sala, viene determinado por la cuestión de interés casacional precisada, conforme al artículo 88.2 LJCA, por auto de la Sección Primera de esta Sala de 11 de julio de 2019, (Antecedente de Hecho Segundo de esta sentencia).

Es decir, "matizar, en concreto, si en una revisión jurisdiccional de una denegación de responsabilidad sanitaria fundada exclusivamente en la vulneración de la *lex artis*, resulta posible la alegación de la falta de consentimiento informado, que no había sido utilizado en la previa vía administrativa".

SEGUNDO.- Para enjuiciar el asunto que plantea el presente recurso y responder a la cuestión de interés casacional precisada antes, debemos seguir los siguientes pasos en nuestro *iter* argumentativo para llegar a la decisión correcta en derecho.

En primer lugar, y por las características del recurso de casación interpuesto por el actor, debemos precisar cuál es el objeto de este recurso sometido a nuestro enjuiciamiento.

En segundo lugar, hemos de examinar lo planteado por el hoy recurrente en la vía administrativa y en la posterior jurisdiccional y las respuestas recibidas en las sentencias.

Como tercer paso, debemos entrar en el tema del consentimiento informado, sus características y su inclusión en la *lex artis*.

En cuarto lugar, se expondrán los preceptos aplicables y la jurisprudencia en relación a la llamada desviación procesal.

Y finalmente, decidiremos el tema planteado respondiendo a la cuestión de interés casacional.

TERCERO.- Para centrar el tema concreto al que debemos dar respuesta en esta sentencia, conforme a lo señalado antes, debemos excluir cualquier reexamen de la actividad probatoria desarrollada en la instancia ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 (en adelante JCA nº 10) de Sevilla, que llevó al magistrado, tras una cuidada y razonada resolución, a concluir en la desestimación del recurso. Y a recoger aquí su FD Segundo apartado Tercero: "El mero hecho de que, con posterioridad, en el año 2013, el paciente acudiera a un centro privado para realizarse una nueva intervención quirúrgica en la que le implantaron una nueva malla extra-light de baja densidad, alto poro y revestida de titanio, que mejoró su estado, no implica, sin más, que exista una asistencia sanitaria incorrecta por parte del Servicio Andaluz de Salud. Es obvio que los avances científicos en los materiales utilizados determinan que la circunstancias del año 2013 sean bien diferentes a las del año 2004. Y no se ha probado que desde el año 2000 se comercializasen en España mallas como la que le fue implantada en la sanidad privada por el Dr. Emiliano ni que las mismas estuvieran disponibles para el SAS en el año 2004".

Así como lo expresado en el FD Tercero de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sevilla, (en adelante TSJ), de fecha 21 de enero de 2019, que es la sentencia aquí impugnada: "TERCERO." Y por lo que se refiere al fondo de la cuestión, esto es, la deficiente asistencia prestada al actor, generadora de las lesiones por las que reclama, también coincidimos con la sentencia de instancia.

Y ello, en primer lugar, porque no consideramos que la valoración de la prueba realizada de las sentencia de instancia pueda ser considerada como caprichosa, ilógica o absurda, analizándose todas las pruebas

periciales llevadas a cabo en el curso del procedimiento, careciendo de la importancia que el actor pretende, el hecho de que en la sentencia se le dedique mayor o menor número de líneas o páginas a un informe o a otro, pues de lo que se trata en definitiva, es de la valoración que los mismos se haga.

Tal como en esta se señala, la perito propuesta por la actora manifestó en el acto del juicio, que las técnicas empleadas por el SAS no estaban contraindicadas ajustan a la *lex artis*, y que el rechazo de la malla puede suceder.

Y nosotros también queremos dar trascendencia a lo manifestado por la Dra. Remedios, cuando afirmó que la infección se produjo en una de las dos hernias infectadas, pero no en la otra, lo que pone de manifiesto que, efectivamente, la malla estaba indicada y era la adecuada, sin que se haya acreditado por la actora, pudiendo hacerlo al tratarse de un hecho positivo, que a la fecha de las primeras intervenciones en el año 2000, existiesen mallas de las características de las que se le colocaron al actor posteriormente, en 2013.

Ninguna prueba existe, en definitiva, de una deficiente asistencia sanitaria al actor, reconociendo la propia perito de la actora que lo que ocurrió constituye un riesgo típico, ante la colocación de la malla.

Por otra parte, y aun admitiendo que en una de las operaciones no se le quitó al actor la totalidad de la malla, ninguna prueba se ha articulado que permita sostener que por tal circunstancia se le han generado los daños y secuelas por los que reclama.

Tal como se señala por la apelada, el hecho del éxito en la sanidad privada no supone, sin más, que la atención prestada en la pública fuera constitutiva de mala praxis.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso interpuesto, confirmándose en su integridad la sentencia de instancia".

Es conveniente dicha precisión de exclusión, pues en su recurso la parte actora pretende reiniciar el examen sobre las actuaciones concretas quirúrgicas, Motivo Segundo de su escrito de 20 de diciembre de 2019, páginas 10 a 19. Sobre este punto, cuya extralimitación casacional es subrayada por el Servicio Andaluz de Salud recurrido en la página 3 de su escrito de oposición al recurso, esta Sala debe insistir que, en este concreto recurso de casación y a la vista de la concreta cuestión de interés casacional precisada en el auto de admisión del mismo, este aspecto es ajeno a nuestro enjuiciamiento.

CUARTO.- Como segundo paso a desarrollar entraremos en lo ocurrido en la vía administrativa.

A.- Vía administrativa.

1.- En fecha 27 de mayo de 2010, (entrada en registro administrativo el 1 de junio de 2010), la hoy parte actora presentó ante la Consejería de Salud escrito de "denuncia por el mal funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios de la Consejería y Reclamación Patrimonial por la consecuente negligencia grave sufrida". Folios 1 a 7 expediente. El denunciante-reclamante se refiere exclusivamente a la intervención quirúrgica realizada el 2 de febrero de 2009 (anterior FD 3 y 4), y las incidencias surgidas tras dicha concreta intervención, narrando las consultas e informaciones verbales recibidas, que no recomendaban una segunda operación en septiembre de 2009. Y en la fecha del escrito, 27 de mayo de 2010, mientras el hoy actor pide una nueva intervención apoyándose en el informe *on line* de la Clínica Universidad de Navarra, subraya la "irrefutable negligencia de médicos o/y personal sanitario".

En dicho escrito no se menciona en absoluto el tema del consentimiento informado, y en concreto, al referirse a la intervención quirúrgica practicada el 2 de febrero de 2009, se dice: "una vez practicado el reconocimiento, le comenta (el facultativo) la intervención necesaria". Y en los hechos segundo y tercero de dicho escrito se afirma: "SEGUNDO.- Consideraciones previas al estado del reclamante: A la vista de los hechos relatados y con los debidos respetos, esta parte estima que lo actuado es una notoria falta de la atención médica de la que legalmente se tiene derecho, en cuanto que durante todo el tiempo en que se ha puesto "en manos" de los servicios médicos dependientes de ese Servicio de Salud, no se ha sabido dar respuesta a las necesidades médicas y de atención acorde a su estado médico y en consonancia con el estado actual de la ciencia médica, hasta el punto que sin darle en momento alguno una respuesta justa, adecuada y definitiva, y tras más de un año en esa situación de expectativa (lo operan no lo operan..., "jugando" con sus "ilusiones" en recobrar la salud perdida), prácticamente se le deja a su "suerte", con una simple y genérica remisión de "métodos ortopédicos para contención de vísceras abdominales".

2.- Sea como fuere, lo único que en el caso tratado no admite duda alguna, es que el reclamante está sufriendo desde hace más de un año una situación de insoportable dolor e imprevisible resultado con riesgo grave para su salud, sin que en momento alguno se le procure solución quirúrgica ni alternativa alguna, en una patente dejación de las obligaciones que la sanidad pública tiene legalmente asumida frente a todos los ciudadanos, y máxime cuando (como se acredita con la documental que se adjunta al presente escrito: Documento no

DOS), la Clínica Universitaria de Navarra entiende la posibilidad cierta de dar una solución médico quirúrgica al problema de esta parte.

TERCERO.- Conclusión previa sobre los hechos ocurridos (daños) y la relación de causalidad con el supuesto elemento causante: Que de los hechos anteriores y a juicio de esta parte, se ha de concluir la insoslayable concurrencia de un palmario supuesto de actuación de negligencia médica por parte de los servicios sanitarios público, en tanto que se ha prestado una deficiente y lamentable asistencia médica al paciente con el indiscutible resultado del daño y resultado denunciado (y respecto al que se deja referido a los efectos probatorios el historial clínico a disposición de esa Administración sanitaria), por la exclusiva causa de una aplicación al caso de una "lex artis" inadecuada y patentemente defectuosa

En ese sentido, hay que estimar que de lo actuado se deduce una clara prueba de la culpa virtual de los servicios médicos que, si no demuestran una irrefutable negligencia de médicos o/y demás personal sanitario en concreto, si que se erige en una prueba más que suficiente de una presunción desfavorable del resultado que se denuncia, por cuanto que es indudable que lo actuado en perjuicio del paciente, configura un hecho desproporcionado con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común".

Pide en el escrito que se adopten las medidas administrativas, disciplinarias y demás que legamente procedan, "admitiendo en consecuencia la responsabilidad patrimonial de la Administración por la consecuente negligencia grave sufrida".

2.- Posteriormente, y en el trámite de audiencia tras la instrucción y puesta de manifiesto del expediente, el interesado presenta escrito el 3 de diciembre de 2013, (folios 294 a 297), en el que sigue sin mencionar nada respecto al consentimiento informado, e insiste en la existencia en su caso de una actuación sanitaria inadecuada, y por tanto, generadora de responsabilidad patrimonial, criticando la intervención del 2 de febrero de 2009, y las consecuencias de dicha intervención junto con la recomendación facultativa de no nueva intervención.

No cuantifica el importe de la reclamación patrimonial, lo que realiza únicamente en vía jurisdiccional, tras ser requerido por Diligencia de Ordenación de 19 de febrero de 2014 del JCA nº 10 a la vista del recurso. Así, por escrito de fecha 6 de marzo de 2014 (folio 21 actuaciones) cuantifica el recurso en 280.239,13 euros. Posteriormente, en el escrito de formalización de la demanda, de 13 de diciembre 2014, (folios 74 a 123 actuaciones), incrementa la cuantía reclamada a 350.443,52 euros.

Sobre este punto de la cuantía de la reclamación, el demandado SAS, señala que si este importe hubiese sido señalado en la vía administrativa, (280.239,13 euros y luego 350.443,52 euros), "hubiera sido necesario recurrir al Consejo Consultivo de Andalucía, a fin de que emitiera el preceptivo informe que exigen los artículos 17.10.a y 22 párrafo 2 in fine, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía (para aquellas reclamaciones de responsabilidad patrimonial cuyo importe sea superior a 60.000 euros". Por lo que alega la alteración del procedimiento administrativo.

En conclusión del contenido del procedimiento administrativo sujeto a revisión jurisdiccional:

Únicamente hace referencia el interesado a una intervención quirúrgica, la del 2 de febrero de 2009, las consecuencias de dicha intervención, y las consultas que le contraindicaban una nueva intervención.

En ningún momento se menciona defecto o falta de consentimiento informado, ni verbal ni por escrito, ni por el interesado ni por la Administración sanitaria en su Resolución de la reclamación.

B.- Y en la vía judicial:

El consentimiento informado aparece por vez primera en este asunto en la vía jurisdiccional en el escrito de demanda, y en la siguiente forma:

a.- Que en la intervención realizada en junio de 2004 "no consta en el expediente administrativo documento de consentimiento informado". Debe reseñarse que, trasladado el expediente administrativo a la hoy parte actora para escrito de demanda, en fecha de 24 julio de 2014 presentó escrito solicitando la suspensión del plazo para formular la demanda, por estar incompleto el expediente, "en cuanto no se han remitido los documentos esenciales que se detallan a continuación". Y entre los 27 "documentos esenciales" cuya incorporación al expediente solicita, no se encuentra referencia alguna a ningún consentimiento informado. Folios 61 a 64 actuaciones.

b.- Que respecto de la intervención realizada en agosto de 2008, afirma que el consentimiento informado previo "no menciona los riesgos más importantes por las circunstancias del paciente".

En dicho documento, obrante al folio 23 del expediente, en el que firma el consentimiento informado en el Hospital Punta Europa de Algeciras, manifestando "que estoy conforme con el procedimiento que me han propuesto y que he recibido y comprendido satisfactoriamente toda la información que creo necesaria para adoptar mi decisión".

c.- En cuanto a la intervención de febrero de 2009, (única mencionada en su denuncia/reclamación), señala "el poco presentable consentimiento informado que firma el 2 de febrero de 2009". Examinado el documento en cuestión, del Hospital Reina Sofía de Córdoba, aparece el punto 2 que dice: "Que se le ha mostrado el documento nº [...] del Servicio de [...], donde se describen claramente los riesgos, molestias, efectos secundarios y secuelas frecuentes que el procedimiento (tratamiento o exploración) implica", como tachado. Y en el punto 3 consta "que ha tenido ocasión de preguntar al Dr. A.J., del equipo médico que le atiende, cuantas dudas le han surgido con respecto al procedimiento, así como las alternativas posibles".

En relación con la situación posterior a la intervención el 2 de febrero de 2009, en el informe del facultativo del Hospital Reina Sofía de Córdoba se dice:

"Entre los antecedentes patológicos de dicho paciente hay que destacar una intervención por CIA tipo *ostium secundum*, que se corrigió con colocación de Amplatzer por vía percutánea. Hipertensión pulmonar leve. Episodio de flutter auricular. Hipercolesterolemia. Reiteradas intervenciones por hernias de pared abdominal que fueron realizadas en diferentes Hospitales ("puerto de Santa María", Cádiz, "la Línea de la Concepción", de Cádiz, "Virgen Macarena", de Sevilla, Mutua ASEPEYO, de Algeciras y "Punta de Europa", de Algeciras).

El enfermo solicita atención en nuestro Hospital, derivándose al mismo por el sistema reglamentario.

En el momento de la consulta, presenta intolerancia a malla protésica de hernia inguinal derecha, con fístula cronicada, de la que viene curándose hace año y medio. El día 2-2-2009, es intervenido en nuestro Servicio (ver Informe adjunto).

Con fecha 19-2-2009, acude a Urgencias por presentar seroma en la región inguinal derecha, que se drena, tomándose muestras para cultivo, aislándose *Morganella morganii* sensible a Ciprofloxacino, según antibiograma. El enfermo queda ingresado en nuestro Servicio y permanece con curas locales diarias hasta el día 3-3-2009, en el que es dado de alta hospitalaria.

Como puede comprobarse, se trata de una complicación menor, resuelta con tratamiento conservador. En ningún momento, por tanto, es una "hemorragia atípica", como se califica en su Demanda, ni tampoco existe la presencia de un "presunto virus", sino que se trató de una bacteria correctamente identificada y tratada.

Después de repetidas revisiones, el paciente es visto de nuevo el 24-9-2009, diagnosticándole recidiva de hernia inguinal derecha, eventración de grandes dimensiones y hernia inguinal reproducida en el lado izquierdo. Dados los antecedentes del paciente, se aconseja no intervención.

El enfermo insiste en su deseo de ser intervenido nuevamente, ante lo cual se practica estudio preoperatorio, calificándose su riesgo anestésico de ASA II/V y RISK II/III.

En nueva visita, con fecha 11 de mayo de 2010, se emite Informe (se adjunta copia) en el que, nuevamente, específico al paciente nuestra opinión respecto a la idea de ser intervenido de nuevo. Todo ello, en base a la pluripatología que presenta y a sus reiteradas fallidas intervenciones anteriores sobre la pared abdominal. Me reitero, pues, en el juicio emitido en el Informe de fecha 11 de mayo".

"Paciente con antecedentes personales de comunicación interauricular tipo *ostium secundum*, Hipertensión pulmonar leve, al que se le colocó Amplatzer por vía percutánea. Episodio de flutter auricular. Hipercolesterolemia. Intervenido en varias ocasiones de hernia inguinal bilateral y hernia umbilical.

Ingresa de forma programada por presentar intolerancia a la malla de la región inguinal derecha, para intervención quirúrgica.

ESTUDIO PREOPERATORIO: Riesgo anestésico ASA III.

INTERVENCION: 2-2-2009: Dr. Ismael : Dr. Jenaro : Bajo raquianestesia, extirpación de piel alrededor del orificio fistuloso en región inguinal derecha.

Hallazgos: Orificio fistuloso que comunica con malla a nivel del anillo interno, objetivándose en el mismo tapón de polipropileno.

Técnica: Disección de la malla del tejido subyacente, quedando tejido peritoneal a la vista. Herniorrafia con aproximación de la fascia del oblicuo mayor al ligamento inguinal por debajo del conducto. Drenaje aspirativo. Cierre de subcutáneo y piel".

El 27 de mayo de 2010, se recuerda, es cuando el hoy actor presentó su escrito de denuncia/reclamación.

"DESCRIPCIÓN MACROSCOPICA:

Malla y piel inguinal: Pieza quirúrgica de 80x50x25 mm que incluye e superficie una lipse cutánea de 70x15mm. En la parte profunda se observa adherido un fragmento de malla de 95x50x3mm, recubierta por un tejido amarillento moderadamente indurado. A los cortes seriados de la pieza que incluye abundante tejido celular subcutáneo, se observa un trayecto fistuloso que se extiende desde la piel, que está deprimida en este punto, hasta la malla y que tiene pared fibrosa de coloración blanquecina y contenido blando de coloración rojiza. Se incluyen cortes múltiples.

Dr./Dra.: Lucas

Mg

DIAGNOSTICO:

TRAYECTO FISTULOSO INFLAMATORIO INESPECÍFICO (TEJIDO DE GRANULACIÓN).
FIBROSIS".

Y en 11 de mayo de 2010, unos días antes de presentar la denuncia-reclamación, el facultativo emite informe contraindicando nueva intervención quirúrgica.

"Paciente que acude a consulta demandando una nueva intervención quirúrgica para su patología de pared abdominal. No habiéndose modificado las circunstancias anatómo-fisiológicas de su pared abdominal y dado que el contenido intestinal ha perdido "su derecho a domicilio", contraindico cualquier tipo de intervención quirúrgica y, por tanto, debe recurrir a métodos ortopédicos de contención como única opción terapéutica".

d.- En agosto de 2010, y respecto de la intervención realizada en el Hospital de la Línea de La Concepción, ninguna alegación respecto al consentimiento médico informado.

En dicho consentimiento, el paciente afirma que está "conforme con la intervención que se me ha propuesto. He leído y comprendido la información anterior. He podido preguntar y aclarar todas mis dudas [...]".

e.- En relación a la intervención realizada en junio de 2011, ninguna alegación respecto al consentimiento informado (folios 230). Igual que el anterior.

f.- Intervención en mayo de 2013.- No consta documento de consentimiento informado. En fecha 12 de junio de 2013, el hoy actor aportó al expediente administrativo los informes médicos de 25 de agosto de 2010, cirugía el 23 de agosto de 2010; de 29 de junio de 2011, cirugía el 27 de junio de 2011; y de 28 de mayo de 2013, cirugía el 22 del mismo mes, no haciendo ninguna mención al escrito del documento firmado.

C.- Como resumen de lo expuesto, se observa y se debe hacer constar:

1º.- Que el escrito ante la Administración con el que se inicia este asunto, consiste en la narración de los hechos siguientes: Operación quirúrgica practicada el 2 de febrero de 2009, que previamente a la misma, el paciente afirma que "una vez practicado el reconocimiento, le comenta (el facultativo) la intervención necesaria". Posteriormente a la intervención, surgen incidencias, y los médicos estiman contraindicado nueva intervención quirúrgica, en informe escrito. A la vista de ello el paciente denuncia la inadecuada *lex artis* de la operación, y la contraindicación de nueva intervención como una inadecuada *lex artis*.

Y así su escrito de 27 de mayo de 2010, iniciador del procedimiento es primero de denuncia, y en segundo lugar de reclamación patrimonial por una aplicación al caso de una "lex artis inadecuada y patentemente defectuosa".

La resolución administrativa desestimatoria expresa, (no presunta, como por error se dice en la sentencia del TSJ y se "arrastra" en el auto de admisión), se centra en el tema de la responsabilidad patrimonial y se extiende a las historias clínicas del paciente, las diversas intervenciones quirúrgicas y la atención prestada en la práctica de la *lex artis*. Así consta:

1.- El 28 de enero de 1991, fue intervenido de hernia umbilical, y se le realizó una herniorrafia, que podemos definir como reparación del punto débil de la pared del músculo, a través de cual sobresale la hernia cosiendo juntos los bordes del tejido muscular sano.

2.- El 14 de mayo de 1991, nueva intervención de hernia umbilical, y otra herniorrafia.

3.- El 17 de septiembre de 1991, nuevamente es intervenido de hernia umbilical, y realización de cierre por planos y refuerzo con malla de vicryl.

4.- El 14 de abril de 1992, ingreso hospitalario con diagnóstico eventración (hernia que aparece en la zona de incisión de una anterior intervención quirúrgica) post-hernia umbilical, realizándose reconstrucción de la pared.

5.- El 27 de julio de 1993 ingreso hospitalario con diagnóstico de eventración abdominal recidiva, y realización de cura quirúrgica radical con colocación de prótesis.

(Así lo narra el actor en su consulta (folio 3 del expediente), a la clínica Universidad de Navarra, respuesta de 14 de diciembre de 2009, concluyendo la exposición con "de momento, el problema de la H.U. queda parada (sic)". Sobre estos antecedentes, no existe historia clínica y el actor no se refiere a ellos.

En la misma consulta, refiere las intervenciones siguientes sobre hernia inguinal:

1.- "El 29 de junio de 2004 soy ingresado con diagnóstico de hernia inguinal bilateral y me realizan en la derecha: hernioplastia (reparación de una hernia, (no con los tejidos del paciente y suturas), sino con prótesis sintética, o tejidos liofilizados o no pediculados, del propio paciente), lichtenstein y en la izquierda hernioplastia robbins-rutkow".

2.- "El 26 de agosto de 2008, soy ingresado con diagnóstico hernia bilateral y me realizan hernioplastia con malla bilateral según técnica de Rutkow".

3.- "El 21 de agosto de 2008, nuevamente soy ingresado con diagnóstico intolerancia a malla inguinal derecha".

Y según consta en la página nº 5 de la resolución administrativa, fue intervenido el 2 de febrero de 2009, practicándose extirpación de piel alrededor del orificio fistuloso externo en región inguinal derecha que comunicaba con malla a nivel del anillo interno, disección de la malla del tejido subyacente y herniorrafia.

4.- Ante nuevas incidencias surgidas y pruebas practicadas, consta en la Resolución Administrativa que se le propuso "la no intervención y la utilización de métodos ortopédicos" (revisión del 24 de septiembre de 2009). El actor acudió a otros centros andaluces de la Sanidad pública, desaconsejando una nueva intervención el Hospital Reina Sofía de Córdoba, (28 de septiembre de 2009), el Hospital de la Línea de la Concepción (Cádiz), (11 de octubre de 2009), y en el Hospital de la Virgen del Rocío (Sevilla), el 10 de diciembre de 2009 consta: "se explica al paciente la posibilidad de intervención quirúrgica y las complicaciones derivadas de la cirugía por su patología de base y la complejidad de su patología herniaria, por lo que el enfermo prefiere pensar antes de decidir si se opera".

5.- El 24 de agosto de 2010 fue intervenido de hernioplastia inguinal derecha, constando en la Resolución administrativa, (folio 8) lo siguiente: "Finalmente como queda acreditado en la historia clínica tras el informe clínico emitido en mayo de 2010 (11/05/2010) por el hospital Reina Sofía, el paciente acudió para valoración al Hospital de la Línea de la Concepción en junio de 2010 (02/06/2010) refiriendo la existencia de dolor y molestias en región inguinal, aceptando tras valoración y estudio clínico realizado y previa información y aceptación de los riesgos asociados al procedimiento anestésico (riesgo anestésico ASA III- paciente con enfermedad sistémica grave, pero no incapacitante) y quirúrgico donde se incluían la posibilidad de rechazo de la malla y reproducción herniaria, y previa valoración por parte de Cardiología dado la patología cardiológica de base de paciente, la realización de intervención quirúrgica que fue practicada con fecha 24 de agosto de 2010 realizándose hernioplastia inguinal derecha".

Y 6.- "Durante el seguimiento clínico posterior por parte de cirugía, el paciente precisó nueva reintervención quirúrgica ante la aparición de eventración recidivante a nivel de fosa ilíaca derecha y alteraciones inflamatorias en zona operatoria con granuloma suprapúbico, practicándose tras valoración por cirugía y aceptación del paciente la realización de nueva intervención con fecha 27 de junio de 2011, verificándose gran eventración con debilidad importante de los tejidos y rechazo e la malla a nivel inguinal derecho, realizándose extirpación de la malla rechazada y nueva eventroplastia. Tras esta nueva intervención el paciente continuó bajo control y seguimiento por parte de Cirugía, evidenciándose durante el seguimiento posterior y durante el año 2012 presencia de orificio fistuloso manteniéndose control y seguimiento por parte de cirugía con tratamiento antibiótico, constando en la Historia de Salud Única nueva cirugía de eventroplastia realizada con fecha 22 de mayo de 2013, manteniéndose control y seguimiento clínico".

Con posterioridad a esta última intervención, el actor fue intervenido en tres operaciones sucesivas en un centro sanitario privado de Murcia, encontrándose satisfecho de sus resultados.

En 9 de noviembre de 2011, el Instituto Nacional de la Seguridad Social otorgó la prestación por Incapacidad Permanente Absoluta enfermedad común al actor por variación de la anterior I.P.Total+20% accidente de trabajo (Folio 125 del procedimiento 4614-2 ante el JCA nº 10).

2º.- No hay alegación alguna a lo largo de todo el expediente administrativo a ningún documento de consentimiento informado en relación a las intervenciones quirúrgicas, ni por el reclamante ni por la

Administración en su resolución, ni a queja alguna por la omisión de información sobre las operaciones quirúrgicas de las que ha sido objeto en diversos hospitales públicos andaluces.

Su denuncia/reclamación en una concreta operación en 2009, y la recomendación opuesta a una nueva intervención tras el resultado de dicha operación y el estado del paciente.

Y 3º.- No hay cuantificación alguna en el expediente administrativo del importe de la reclamación patrimonial que se pide como consecuencia de la denuncia presentada.

QUINTO.- Siguiendo el *iter* argumental, procede examinar la cuestión de la desviación procesal apreciada por las sentencias dictadas en este proceso. Se centra en la "irrefutable negligencia de médicos y/o personal sanitario".

Así en la sentencia del JCA nº 10 de Sevilla se razonaba sobre este tema: "Antes de entrar en el fondo de la cuestión hay un aspecto previo planteado por el SAS y la codemandada, sobre desviación procesal, que debe ser respondido.

1. En primer término hemos de partir de una premisa clara: la reclamación que nos ocupa se formuló por el actor en junio de 2012 y se refiere, como no podía ser de otro modo, a las supuestas negligencias o infracciones de la *lex artis* en las intervenciones anteriores a esa fecha.

2. Nada se dijo entonces sobre deficiencias o falta de consentimiento informado. Se trata de una cuestión nueva introducida en sede judicial, sobre la que la Administración no ha tenido la oportunidad de pronunciarse previamente.

El objeto de la pretensión no se identifica exclusivamente por la resolución o acto impugnado, sino por otros dos elementos identificadores de carácter objetivo: la identidad en el *petitum* y en la causa *petendi*. Y, en este caso resulta evidente, al menos para este juzgador, que se ha introducido en sede judicial una causa *petendi* nueva. Una cosa es añadir en sede judicial nuevos motivos que justifiquen la pretensión actora (que sí puede hacerse), y otra bien distinta suscitar cuestiones nuevas, no planteadas en sede administrativa (que no puede hacerse), como es la supuesta falta de consentimiento informado que da lugar, a lo sumo, a una indemnización moral. En esta línea puede traerse a colación lo dispuesto por la STS de 15/03/2010 (rec. 558/2008) (RJ 2010\4384):

"Cuarto. La pretensión expuesta en la vía administrativa no puede ser esencialmente distinta de la formulada en la vía jurisdiccional y que, si bien pueden alegarse, en el escrito de demanda, cuantos motivos procedan en Justificación de las pretensiones aunque no se hayan alegado anteriormente en la vía administrativa, ello ha de entenderse en sus justos términos, es decir, en el sentido de que se pueden alegar nuevas razones o argumentos para fundamentar las pretensiones, pero no en el de que cabe suscitar cuestiones nuevas".

Esta misma cuestión ha sido resulta por los órganos judiciales como, por ejemplo, en la sentencia núm. 220/2014 del TSJ de Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) de 4 de abril de 2014 (rec. 459/2010), en la que se aprecia la desviación procesal aquí invocada, ya que la omisión de consentimiento informado se plantea, por primera vez, en la demanda, lo que equivale a una "cuestión nueva" respecto de la cual la Administración no ha tenido la oportunidad de pronunciarse. No se trata propiamente de un motivo de impugnación de la resolución recurrida, sino, como se ha dicho de una cuestión novedosa planeada *per saltum* ante la jurisdicción. Por consiguiente, ninguna pretensión indemnizatoria corresponde examinar desde la óptica de una supuesta falta o deficiencia de consentimiento informado".

La sentencia de apelación del TSJ de Andalucía, aquí impugnada, afirma en su FD Segundo: "SEGUNDO.- En primer lugar hemos de resolver la cuestión relativa a la desviación procesal, denunciada por la parte demandada tanto en la instancia como en esta apelación.

En concreto la parte demandada sostiene que las alegaciones de la parte actora relativas a la ausencia de consentimiento informado, constituyen una desviación procesal por cuanto en la vía administrativa no se hizo referencia a dicha cuestión, mientras que la parte actora sostiene que en realidad se trata de una nueva alegación de carácter jurídico, y, en consecuencia, no puede hablarse de desviación procesal.

Nosotros, hemos que mostrarnos de acuerdo con el criterio que se sigue en la sentencia de instancia, ya que, en definitiva, nos encontramos ante una nueva causa de pedir sobre las que no tuvo la oportunidad de pronunciarse la administración demandada.

Tal como se señala la sentencia de instancia la reclamación que nos ocupa se formuló por el actor en junio de 2012 y se refiere a las supuestas negligencias o infracciones de la *lex artis* en las intervenciones anteriores a esa fecha, pero nada se dijo entonces sobre deficiencias o falta de consentimiento informado.

En definitiva, se trata de una cuestión nueva introducida en sede judicial, sobre la que, tal como hemos señalado más arriba, la Administración no ha tenido la oportunidad de pronunciarse Previamente.

La nueva alegación o motivo permitido es aquella que descansa sobre unos mismo hechos, pero en este caso se trata de hechos distintos, unos referidos a la mala praxis en la asistencia médica prestada al actor y otra, bien distinta, referida a la ausencia de consentimiento informado.

En definitiva no se trata propiamente de un motivo de impugnación de la resolución recurrida, sino, como se ha dicho de una cuestión novedosa planeada per saltum ante la jurisdicción.

Tal como hemos señalado en nuestra sentencia de 14 de noviembre de 2014, que puso fin al recurso 331/2013: no cabe duda de que estamos ante una nueva pretensión, ya que son distintos los hechos y es distinto el daño y los bienes afectados. En la pretensión indemnizatoria por secuelas y mala práctica médica, el hecho fundamento es la defectuosa realización de la intervención y el bien jurídico en juego es la salud y la integridad; mientras que, en la nueva pretensión, el hecho que le sirve de fundamento es una falta de información que impide elegir y lesiona el derecho de autodeterminación terapéutica: se me ha impedido decidir que, ante la gravedad del riesgo y la posibilidad de llegar al mismo sitio, no acceder a la intervención y ahorrarme el calvario de hospitales.

Privación de la elección que representa un daño moral distinto del de las secuelas.

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de junio de 2011, recaída en el recurso 2950/2007.

Se ajusta a la realidad la afirmación del Juzgado de instancia sobre que la ausencia de falta de consentimiento informado, es una cuestión nueva introducida en vía judicial, sobre la que la Administración no ha tenido la oportunidad de pronunciarse previamente.

Y en la sentencia de apelación se insiste en ello, y se recoge la alegación de la parte actora sobre "en realidad se trata de una alegación de carácter jurídico, y en consecuencia no puede hablarse de desviación procesal", alegación que el TSJ no comparte.

SEXTO.- Como tercer paso de nuestro *iter* argumental, debemos exponer y analizar qué es el consentimiento informado y su regulación legal, así como si el mismo forma o no parte de la llamada *lex artis* asistencial. Y posteriormente examinar el aspecto procesal de la invocación del referido consentimiento informado, en el concreto proceso que se examina en esta casación en relación con lo reclamado en la vía administrativa.

Con carácter previo, debemos recordar, pues no es ocioso, que la *lex artis* puede definirse como el "conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte o oficio", diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española. Es decir, se aplica a todos los profesionales, médicos, abogados, ingenieros etcétera, y a todos ellos les es exigible un desempeño de su profesión conforme a la *lex artis*, no siendo de aplicación exclusivamente al mundo sanitario. Aunque en este caso nos limitaremos a la *lex artis* médica. La vigente 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, (LBAP en adelante), define en su artículo 3 el consentimiento informado como "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 su salud".

En el artículo 4, derecho a la información asistencial, la LBAP dispone: "Artículo 4. Derecho a la información asistencial. 1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

En el artículo 8, Consentimiento Informado, la LBAP establece en su apartado 2 que: "el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica [...]"

De la regulación normativa sobre el consentimiento informado en la asistencia sanitaria, regulación normativa por cierto no citada ni invocada por el recurrente, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Previamente a una intervención quirúrgica, el paciente debe ser informado de lo determinado en el artículo 10 transcrito, por el facultativo "antes de recabar su consentimiento por escrito", documento que la ley impone obligatoriamente en el supuesto de intervención quirúrgica.

Es decir, el paciente, antes de ser intervenido, debe ser informado de las consecuencias, riesgos personales y probables y las contraindicaciones, información verbal que luego determinará la firma por el paciente del consentimiento informado, consentimiento que se firma tras ser informado verbalmente, y que no puede significar que toda la información verbal se traslade al escrito.

Es importante esta obligación jurídica del consentimiento informado por escrito previo a una intervención, pero no se puede confundir el carácter del mismo, como un requisito jurídico suficiente, pues hace falta también una actitud adecuada y un contexto ético apropiado, (como dice el filósofo Hans Jonas). Son las dos caras de una misma moneda: El paciente a intervenir no puede ser considerado un robot sobre el que se va a actuar en un quirófano, sino una persona cuya "dignidad y respeto a la autonomía de su voluntad" artículo 2 LBAP, constituyen principios básicos de una actuación clínica. Y la otra cara de esa misma moneda es el documento escrito firmado, que no puede considerarse su existencia como un instrumento exoneratorio de toda responsabilidad asistencial. Lo realmente trascendente es que el paciente conozca las ventajas y los inconvenientes de la intervención quirúrgica, y que tampoco entienda la misma como una actuación que forzosamente ha de concluir en éxito. El paciente no es un robot, pero el facultativo tampoco es un dios, y la ciencia profesional no es, ni siempre ni necesariamente, de resultado exitoso.

Como afirma la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2008, recurso 4429/2004: "... es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 20 de Marzo de 2.007 (Rec. 7915/2003), 7 de Marzo de 2007 (Rec. 5286/03) y de 16 de Marzo de 2.005 (Rec. 3149/2001) 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, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso".

Y un recordatorio sobre el tema del consentimiento es la posibilidad para el paciente, precisamente por el principio de respeto a la autonomía de su voluntad, de renunciar a recibir información: "se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención", artículo 9.1 LBAP.

SÉPTIMO.- La normativa aplicable es la siguiente:

El artículo 56.1 LJCA: "1. En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración".

Y los artículos 139.1 ley 30/92 (ver artículo 32 Ley 40/2015): "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".

Y el 141.1 de la misma ley, (ver art. 34 Ley 40/2015): "1. 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".

En relación a la "desviación procesal", el Tribunal Constitucional en su sentencia 58/2009, de 9 de marzo, afirmó que "no cabe confundir nuevo planeamiento de cuestiones sobre las que no se ha pronunciado la Administración con nuevos motivos aunque no hayan sido aducidos en vía administrativa conforme autorizan los art. 56.1 y 78.6 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, [...]".

En la sentencia de esta Sala, de 21 de julio de 2000, recurso 3810/1995: " Como hemos declarado, entre otras muchas, en sentencia de 28 de febrero de 1994 y las que allí se citan, la Ley de esta Jurisdicción supuso una superación de las viejas concepciones según las cuales no se podía atacar un acto administrativo sino en virtud de argumentos que ya hubieran sido articulados en vía administrativa, permitiendo que en el escrito de demanda pudieran alegarse cuantos motivos procedieran aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste (artículo 69.1), pero sin que ello supusiera la posibilidad de plantear

cuestiones no suscitadas en vía administrativa. La distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que las justifican, y la Sala de instancia recoge acertadamente esta doctrina, desestimando las antes indicadas pretensiones por tratarse no tanto de motivos de impugnación como de auténticas pretensiones materiales no planteadas antes en vía administrativa".

La jurisprudencia ha evolucionado, sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2011, "desde una postura que reputaba el defecto o la omisión del consentimiento informado como constitutivo, en sí mismo, de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable independientemente y en todo caso, hacia otra postura que afirma como "regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002, 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 y 30 de junio de 2009)". En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008, con cita de la de uno de febrero de 2008, vino a declarar al efecto que "el defecto del consentimiento informado se considera un incumplimiento de la "lex artis" y supone una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado", por lo que la ausencia de ese resultado lesivo impide que pueda apreciarse una infracción de la "lex artis" por falta o deficiencia de consentimiento informado. También en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2007, por remisión a la de 26 de febrero de 2004, se declaraba que "aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no es lo menos que tal mala praxis no puede por sí dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de veintiséis de marzo de dos mil dos, que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que el acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad", siendo de señalar, por último, que en la ya referida sentencia de 23 de octubre de 2003, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se sostuvo que "la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil (SS., entre otras, 21 de diciembre de 2006, núm. 1.367, y 14 de mayo de 2008, núm. 407)".

Así en la sentencia de este Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004 se afirma: "aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede por sí dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad".

Y debe hacerse mención de la mejor doctrina, sin necesidad de citar al autor, en relación a este tema del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que recientemente, en un trabajo publicado el 16 de junio de 2019 sobre las conclusiones, contenido, alcance y límites afirma: "normalmente no es posible pedir a los tribunales contencioso-administrativos algo sobre lo que la Administración no ha tenido ocasión de pronunciarse. En este sentido, la denominada "desviación procesal", entendida como el apartamiento en vía jurisdiccional de lo buscado en vía administrativa, sigue siendo un caso de inadmisibilidad de las pretensiones: difícilmente puede decirse que se haya puesto "fin a la vía administrativa": Lo que constituye, con arreglo al art. 25 LJCA, un requisito para que haya actividad susceptible de impugnación - si lo pretendido ante el órgano judicial es ajeno a lo decidido, de manera expresa o presunta por la Administración".

[...] ha de señalarse que la naturaleza revisora de la jurisdicción contenciosa y los efectos jurídicos derivados de dicha caracterización, continúa siendo hoy una cuestión que suscita polémica".

Y procede aquí recordar que:

a.- Que el consentimiento informado al paciente acerca de la intervención quirúrgica que se le propone practicar, forma parte de la *lex artis*. Esto es algo pacífico, y así es reconocido expresamente por la propia Administración Sanitaria recurrida: "Ninguna duda existe respecto a que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis* ad hoc" página 3 de su escrito de oposición. Y la jurisprudencia de esta Sala en cuanto que: "tal vulneración del derecho a un consentimiento informado 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 presenta". Sentencias de 2 octubre de 2012, recurso 3925/2011; 20 de noviembre de 2012, recurso 4598/2011, y 26 de mayo de 2015, recurso 2548/13.

b.- Que el consentimiento informado, como se ha expuesto antes con detalle y citas de la LBAP, (por cierto, en ningún momento invocada por el recurrente, ni en vía administrativa ni en ninguna de las dos instancias ni en esta casación), "será verbal por regla general", debiéndose prestar por escrito en el caso de intervención quirúrgica y otros. Por tanto, debe en este momento resaltarse que el documento escrito y firmado del consentimiento informado previo a una intervención quirúrgica, es la exigencia legal de documentar lo que ha de hacerse previamente de forma verbal, en la consulta médico-paciente, en el que le informa de su situación, de la recomendación médica en respuesta a su situación, y tiene lugar las preguntas, respuestas y comentarios que pueden producirse.

Cada paciente presenta una personal situación, y la consecuencia es una personal recomendación adaptada a esa situación personal, y todo ello se refleja, con mayor o menor extensión, en el documento escrito del consentimiento informado, y que no es, ni tiene por qué serlo, una transcripción literal de la consulta previa a la intervención.

y c.- Que el defecto de consentimiento informado, en este caso referido exclusivamente al "papel" del mismo, en dos intervenciones, anterior en cinco años y posterior en tres años a la fecha de la denuncia-reclamación en la que se centra en una intervención, que si tuvo consentimiento informado verbal y con constancia escrita, no es el elemento determinante para el recurrente del resultado lesivo de las intervenciones que en número de diez, en hospitales públicos (y tres en centro privado), se han realizado al paciente. Y los tribunales de instancia y apelación han confirmado definitivamente que no hubo mala *lex artis* en la actuación sanitaria.

OCTAVO.- La cuestión de interés casacional se formula acerca de "matizar, en concreto, si, en una revisión jurisdiccional de una denegación de responsabilidad sanitaria fundada exclusivamente en la vulneración de la *lex artis*, resulta posible la alegación de la falta de consentimiento informado, que no había sido utilizada en la previa vía administrativa".

Para responder a dicha cuestión, debe precisarse dos puntos:

a.- Examinar "exclusiva causa de una aplicación al caso de una *lex artis* inadecuada y patentemente defectuosa" de la *lex artis* alegada en la previa vía administrativa.

y b.- Subrayar que la cuestión transcrita se refiere a "la falta del consentimiento informado" y no a la ausencia del documento escrito del consentimiento informado.

En relación con los artículos 139.1 y 141.1 Ley 30/92 y 56.1 LJCA, señalados en el auto de admisión, el tema a interpretar es si la *lex artis* cuya vulneración cita genéricamente en la reclamación administrativa, en relación con lo alegado en la vía jurisdiccional, constituye un motivo o es un hecho nuevo su alegación en el recurso contencioso.

En apoyo de su recurso, la parte actora cita diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias, Murcia, Las Palmas de Gran Canaria, de Cataluña, de Castilla y León, de la Comunidad Valenciana y de Galicia, sobre asuntos lejanos por sus circunstancias al aquí examinado.

Como afirma la STSJ de Asturias invocada, nº 263/2016, de 11 de abril, "no hay un criterio unívoco sobre el particular". Esta Sala entiende correcta esta apreciación, pues la interpretación a dar al artículo 56.1 LJCA, dependerá de las características de cada caso.

La Administración recurrida estima que, a la vista de la reclamación sin concretar más hechos o actuaciones ocasionadoras de un daño que las consecuencias de la intervención del 2 de febrero de 2009 y la contraindicación de una nueva operación, limitándose a afirmar una inadecuada *lex artis*, mientras que en la demanda se extiende sobre las intervenciones realizadas, y a la información sobre las mismas, constituye un supuesto de desviación procesal incompatible con el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativo.

NOVENO.- El escrito ante la Administración de denuncia y consecuente responsabilidad administrativa de la parte hoy actora, en 27 de mayo de 2010, solamente menciona una concreta intervención quirúrgica de todas las realizadas al interesado, la que tuvo lugar el 2 de febrero de 2009.

Y respecto de dicha intervención, expresamente dice, y así se ha expuesto en el anterior FD Quinto, que (el facultativo) "le comentó la intervención necesaria". El actor no critica respecto de esta concreta intervención falta de consentimiento informado.

Su escrito de 2010 está basado en las incidencias surgidas tras esta concreta intervención, y en la recomendación del facultativo que, en diversos reconocimientos practicados, estima contraindicada una nueva intervención quirúrgica, debiéndose "recurrir a métodos ortopédicos de contención como única opción terapéutica".

En su posterior escrito de alegaciones tras la instrucción del expediente administrativo, de 1 de octubre de 2013, no menciona en absoluto nada referente a falta de consentimiento informado, y la razón de su reclamación sigue siendo la que formula como pregunta: "¿cómo un departamento de H.U. Reina Sofía, en concreto cirugía, se puede negar a una intervención, después de dejarme peor de lo que entré, aconsejando solo la utilización de medios ortopédicos?".

Presentado recurso ante la Resolución desestimatoria expresa, la parte hoy actora, antes de formular demanda, pide el 4 de julio de 2014 se complete el expediente señalando hasta 27 "documentos esenciales", entre los cuales no se incluye referencia alguna a ningún consentimiento informado.

Y presentado su escrito de demanda, el mismo se aleja totalmente de sus dos escritos administrativos, y se refiere a las intervenciones anteriores y posteriores realizadas, con muy escuetas menciones a documentos de consentimiento informado, que se han expuesto antes en el FD Cuarto, B.

Los hechos narrados en su denuncia/reclamación de 2010, y en sus alegaciones de 2013 tras la instrucción del expediente, no son los hechos que se exponen en su escrito de demanda. Constituyen una oposición a la resolución administrativa, que contiene una relación de las intervenciones realizadas y su explicación, para contestar a la reclamación previa sobre la inadecuada *lex artis* que el paciente atribuye a la Sanidad pública.

Si el consentimiento informado, (se recuerda, verbal y luego el documento escrito), integrante de la *lex artis*, no fue en absoluto mencionado por el denunciante/reclamante en la vía administrativa, ni pedidas las aportaciones de todos los documentos de consentimiento informado de todas las intervenciones realizadas, no puede, se repite, no puede la hoy parte actora pretender que la jurisdicción contenciosa revisora entre a juzgar una cuestión absolutamente novedosa sobre la que no se le ha dado oportunidad de contestar a la Administración.

No se trata, en el presente caso, de una responsabilidad patrimonial por una intervención quirúrgica y el documento del consentimiento informado. La reclamación está basada, única y exclusivamente, en la disconformidad del hoy actor ante una situación reiterada en el tiempo, con sucesivas consultas e intervenciones, y su queja o reclamación se centra en el resultado, "por irrefutable negligencia de médicos y/o personal sanitario", (FD Cuarto A.1) no en el conocimiento informado, algo difícil de explicar que no haya existido en un paciente que presenta la historia clínica de sus dolencias en varios hospitales andaluces públicos, y que dieron origen a varias y sucesivas intervenciones quirúrgicas.

Ante esta Sala, el recurrente alega "la falta de entrega de consentimientos informados". Es decir, se está refiriendo al documento escrito de consentimiento informado, tras la información verbal del médico sobre su dolencia, intervención, características, etcétera. Y no en todas las operaciones realizadas desde 1991, sino en dos concretas intervenciones realizadas, en 2004 y en 2013. Debe señalarse que la intervención de 2004 no fue objeto de mención alguna en su denuncia/reclamación patrimonial. La intervención de 2013 es tres años posterior a su denuncia-reclamación efectuada en mayo de 2010.

Que su denuncia-reclamación tiene por objeto la intervención quirúrgica realizada en enero de 2009, y la recomendación médica de no procedencia de una nueva intervención tras las incidencias surgidas. Y respecto de la intervención de enero de 2009, objeto de la denuncia/reclamación, el propio recurrente afirma en este escrito de mayo de 2010, que "una vez practicado el reconocimiento, le comenta (el facultativo) la intervención necesaria", de lo que se deduce racionalmente que hubo conocimiento y consentimiento de la nueva intervención quirúrgica, la octava salvo error en relación a su problema de hernia (umbilical e inguinal).

Y consta en el expediente el escrito firmado por el recurrente de consentimiento informado, donde el Sr. Juan Francisco firma de conformidad "que ha tenido ocasión de preguntar al Dr. Juan María del equipo médico que le atiende cuantas dudas le han surgido con respecto al procedimiento así como a las alternativas posibles".

En resumen:

a.- En la intervención de febrero de 2009, única mencionada en la denuncia/reclamación patrimonial del Sr. Juan Francisco, hubo consentimiento informado, reconocido por el propio denunciante/reclamante, y documento escrito firmado por él del consentimiento informado.

b.- La omisión del documento escrito de consentimiento en dos intervenciones, una anterior a la única intervención, febrero 2009, mencionada en su denuncia/reclamación, y otra tres años posterior a su escrito de mayo de 2010, no constituyen un elemento determinante de la infracción de la *lex artis* que formula en su denuncia/reclamación, centrada en la "irrefutable negligencia de médicos y/o personal sanitario".

y c- Se trata de dos escritos, dos hechos, no alegados en la vía administrativa, ni en el escrito de denuncia/reclamación, ni en el escrito de alegaciones.



DÉCIMO.- Por todo lo expuesto, se responde a la cuestión de interés casacional planteada, diciendo:

a.- Con carácter general y en abstracto, "en una revisión jurisdiccional sanitaria fundada exclusivamente en la vulneración de la *lex artis* resulta posible la alegación de la falta de consentimiento informado que no había sido utilizado en la previa vía administrativa", la respuesta afirmativa es que en principio, si resulta posible esta alegación.

b.- Y "en concreto" como expresa la cuestión de interés casacional, y en este caso concreto, esta alegación no es admisible, constituyendo desviación procesal, pues la alegación no es jurídica, como defiende el recurrente, sino el planteamiento de una cuestión nueva ante la jurisdicción revisora, un hecho (omisión de un documento) no alegado en la vía previa, y que en absoluto, por todo lo expuesto con detalle anteriormente, puede considerarse como un motivo, y menos aún relacionado y determinante de la vulneración de la *lex artis* denunciada/reclamada en la vía administrativa.

En consecuencia, se desestima el recurso en relación al tema objeto de la cuestión de interés casacional, y se confirma la sentencia impugnada.

UNDÉCIMO.- De conformidad con el artículo 93.4 LJCA, no se imponen costas en este recurso. Y en cuanto a las costas de la instancia, se confirma la no imposición en la sentencia recurrida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

PRIMERO.- Se responde a la cuestión de interés casacional objetivo planteada en los términos del FD Décimo.

SEGUNDO.- Se desestima el recurso de casación contra la sentencia de fecha 21 de enero 2019, dictada por la Sección Primera de la Sala Contencioso- Administrativo del TSJ de la Comunidad de Andalucía confirmándose la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Sevilla que desestimó el recurso contencioso administrativo nº 46/2014 frente a la desestimación expresa de la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria al Servicio Andaluz de Salud.

TERCERO.- Establecer lo relativo a las costas del presente recurso de casación, en los términos expresados en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Rafael Fernández Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D^a. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

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