

Roj: STS 6895/2009 - ECLI:ES:TS:2009:6895
Id Cendoj: 28079130042009100555

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 4

Nº de Recurso: 710/2008

Nº de Resolución:

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Octubre de dos mil nueve

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 710 de 2008, interpuesto por la Procuradora Doña Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de D. Oscar , contra **la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha dieciséis de octubre de dos mil siete, en el recurso contencioso-administrativo número 242 de 2005.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Cuarta, dictó Sentencia, el dieciséis de octubre de dos mil siete, en el Recurso número 242 de 2005, en cuya parte dispositiva se establecía: "Desestimar el recurso. No imponer costas".

SEGUNDO.- En escrito de veintisiete de noviembre de dos mil siete, el Procurador Don Carlos Arcas Hernández, en nombre y representación de D. Oscar , interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha dieciséis de octubre de dos mil siete .

La Sala de Instancia, por Providencia de veintiuno de enero de dos mil ocho , procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de cuatro de marzo de dos mil ocho, la Procuradora Doña Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de D. Oscar , procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Auto de dieciocho de septiembre de dos mil ocho .

CUARTO.- En escrito de dos de febrero de dos mil nueve, La Abogada de la Generalitat de Cataluña, en representación y defensa de ésta, manifiesta su oposición al Recurso de Casación y solicita se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día siete de octubre de dos mil nueve, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martinez-Vares Garcia, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Oscar combate en este recurso de casación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de dieciséis de octubre de dos mil siete , pronunciada en el recurso contencioso administrativo 242/2.005, interpuesto por la representación procesal citada frente a la Resolución del Instituto Catalán de Salud, Consejería de Salud, de la Generalidad de Cataluña que denegó mediante silencio administrativo, la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por el recurrente que alcanzó la suma de trescientos treinta y cinco mil trescientos cuarenta y cinco euros como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados

a aquél a consecuencia del estudio electrofisiológico que le fue practicado el veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y siete. La Sentencia desestimó el recurso.

SEGUNDO.- En el primero de sus fundamentos la Sentencia de instancia identifica el objeto del proceso, diciendo que: "consiste en determinar la legalidad de la resolución administrativa objeto de impugnación, que procedente del ICS desestimó la reclamación indemnizatoria en concepto de responsabilidad patrimonial, por daños y perjuicios ocasionados al demandante en la operación que se le practicó el día 25 de marzo de 1997, estudio electrofisiológico, por lo que reclama la cantidad de 335.345 euros, que especifica en la demanda".

En ese mismo fundamento la Sentencia refiere los hechos que considera esenciales y expresa que: "El demandante fue declarado en situación de invalidez permanente absoluta por resolución del INSS el 17 de julio de 1986, al padecer de cardiopatía isquémica, infarto de miocardio y angor postinfarto.

El demandante era paciente de alto riesgo, con antecedentes de infarto de miocardio (10 de noviembre de 1984), accidentes vasculares (1996 y 1997), con hemiparesia, y recuperación posterior de los accidentes vasculares cerebrales. El día 24 de marzo de 1997 se le practicó estudio electrofisiológico, por lo que hubo que introducirle un catéter por vía venosa femoral derecha y otro por vía arterial femoral izquierda. En ese momento sufrió episodio compatible con angina y alteraciones electrocardiográficas. De ello resultó una disección aórtica ascendente y descendente. Hubo necesidad de volver a intervenir quirúrgicamente para la reconstrucción de la aorta ascendente. Fue dado de alta médica el día 10 de abril de 1997 "con buen estado general sin signos de insuficiencia cardíaca, buena cicatrización de heridas quirúrgicas, ligera anemia y tratamiento farmacológico", sin haber tenido más complicaciones derivadas de dicha intervención quirúrgica".

Seguidamente también en ese mismo fundamento recoge las posturas de las partes y los distintos informes periciales que existen en los autos, y manifiesta que: "En la demanda se alega la existencia de una deficiente asistencia prestada en la operación electrofisiológica, al considerarse esa práctica totalmente innecesaria al tratarse de paciente de alto riesgo con hipertensión; falta de pericia en su práctica, no se cumplieron los protocolos médicos al no observar por medio del monitor la rotura de la aorta que con el catéter se estaba produciendo; inexistencia de consentimiento informado; padecimiento de secuelas definitivas e irreversibles, así como limitaciones funcionales.

La indemnización que se solicita hace referencia a los siguientes conceptos: días de hospitalización, 898 euros; secuelas 96.5 puntos, 184.411 euros; factor de corrección 18.531 euros; incapacidad permanente absoluta 70.505 euros; daño moral complementario 66.979 euros; perjuicio moral de familiares 100.469 euros (daño moral causado a la esposa, que requiere tratamiento psicofarmacológico por trastorno depresivo crónico), lo que totaliza la cantidad indicada de 331.345 euros.

En informe médico del Dr. Pedro Jesús, especialista en medicina general y cirugía general, se destaca cómo se ocasionó una disección, yatrogénicamente, de la aorta ascendente y descendente, por incorrecta técnica exploratoria que en todo caso, no se debió haber practicado; no se explica cómo no se observó la disección de la aorta a través del monitor correspondiente; no se le practicó estudio radiográfico de tórax ni resonancia magnética para comprobar el desgarramiento producido. Después de la operación padece el paciente taquicardia ventricular, cardiopatía isquémica y disección aórtica. Retraso en el diagnóstico que ha provocado la existencia de secuelas. Concluye que, efectivamente, hubo mala praxis médica por aplicar una técnica de forma inadecuada. En la actualidad precisa de continuos controles médicos y tratamiento farmacológico, lo que ha supuesto un cuadro depresivo y ansiedad.

En la oposición a la demanda, el ICS alega que la práctica de la operación electrofisiológica estaba totalmente indicada en el caso del demandante en atención a la arritmia cardíaca que se intentó suprimir; no hubo mala praxis, sino que se atendió debidamente al paciente tanto en la práctica indicada como en la posterior intervención quirúrgica, y prueba de ello es que fue dado de alta sin sufrir posteriormente nuevas alteraciones derivadas de la intervención electrofisiológica. Se añade que es posible la disección de aorta, siendo ésta imprevisible en pacientes de arterioesclerosis generalizada, lo que no supone la realización incorrecta o indebida de la intervención mencionada. No hubo retraso en el diagnóstico, pues el paciente fue intervenido de urgencia, resolviéndose el problema. Se añade que al interesado le ha quedado un aneurisma residual, pero la doble luz se ha trombosado sin problemas en el futuro, en la actualidad no presenta complicación alguna. En todo momento estuvo atendido según la observación de los protocolos médicos que se requerían en cada caso. La disección de la aorta no se debió a impericia, sino a la complicación que supone una intervención de esta naturaleza. Existencia de pluspetición, reconociendo sólo 71.027 euros, según desglosa en su escrito de contestación a la demanda.

En informe médico del Dr. Norberto , especialista en la materia, se hace constar que el accidente se produjo cuando el catéter desgarró una placa de ateroma perforando la íntima y creando una falsa luz (disección aórtica). No hubo técnica equivocada, ni mala praxis, al ser una complicación que puede aparecer en pacientes de alto riesgo arterioesclerótico. El diagnóstico se hizo con rapidez, el paciente fue intervenido de urgencia solucionando el caso. El estudio electrofisiológico estaba indicado al presentar el interesado una arritmia (taquicardia ventricular) potencialmente mortal. Ha quedado, como secuela, un pequeño aneurisma residual, con doble luz trombosada sin problemas en el futuro.

En informe emitido por el Sr. D. Aurelio , perito judicial por insaculación, especialista en medicina legal y forense, se destaca lo siguiente: inexistencia de consentimiento informado para el tratamiento realizado; existencia de riesgo de que el catéter de plástico suave pueda dañar los vasos sanguíneos; no se puede asegurar que la disección aórtica se produjo por falta de atención o impericia en la técnica aplicada. Pero afirma que "... sí hubo una deficiente prestación de servicios asistenciales al realizar imprudentemente el estudio electrofisiológico cardíaco a un paciente que presentaba un previsible, evitable y elevado riesgo de complicación (riesgo que no pudo asumir el paciente al no ser debidamente informado). El tratamiento y evolución posterior se califican de adecuados. Se insiste en que no estaba justificada la intervención, la prueba electrofisiológica (la arritmia había revertido ya por el tratamiento farmacológico), se debió optar por una gammagrafía de perfusión miocárdica con la finalidad de identificar el territorio a revascularizar. Pero a continuación hace constar que ese estudio electrofisiológico hubiese sido adecuado en caso de mediar consentimiento del intervenido, pues dicho procedimiento "no estaba tampoco clínicamente contraindicado" al tener en cuenta la finalidad del mismo. Hay relación causal entre la intervención indicada y la lesión derivada de la misma, la disección aórtica. El demandante padece síndrome psiquiátrico, trastorno del humor; insuficiencia cardíaca; aneurisma de origen traumático operado, perjuicio estético moderado.

En cuanto a la indemnización, valora puntualmente las secuelas, incluidos daños morales, en 88.468'56 (página 12 del informe), factor de corrección más invalidez absoluta en 41.342'79 euros (página 13 del informe); período de estancia hospitalaria, 991'52 euros, lo que hace un total de 130.802'87 euros (página 13 del informe), al no valorar el perjuicio moral a familiares que en la demanda se cifraba en 100.469 euros (perjuicios causados a la esposa del demandante).

En aclaración al informe se hace constar que, en la actualidad, el demandante hace una vida "cama-salón", objetivando disnea de esfuerzo, sensación ahogo al hablar o intentar mantener una conversación; aparecen síntomas de insuficiencia cardíaca al menor esfuerzo (página 4 de las aclaraciones, donde se justifican los puntos atribuidos en función de la trascendencia de las secuelas con su correspondiente traducción económica). El paciente, se añade en el informe, precisa un seguimiento clínico- evolutivo médico y farmacológico de por vida, aun cuando no se hubiese producido la lesión aórtica. Añade, en las aclaraciones, que la esposa del demandante requiere tratamiento psicofarmacológico "más intenso". También en aclaración de su informe (página 10) manifiesta que la técnica diagnóstica más adecuada para el estudio y tratamiento de las arritmias cardíacas es el estudio electrofisiológico cardíaco. Añade que la taquicardia ventricular si no revierte a ritmo sinusal puede considerarse potencialmente mortal. No considera urgente someter al paciente al estudio electrofisiológico (página 10 de las aclaraciones), "no estaba justificado ante la sintomatología en el momento de realizar la exploración, pues el tratamiento farmacológico se había mostrado efectivo al haberse resuelto la arritmia que inicialmente motivó la asistencia facultativa". Considera adecuada la intervención quirúrgica posterior de reconstrucción de aorta. Se añade que antes de la prueba electrofisiológica, el paciente también hubiese precisado de asistencia médica de por vida (página 18 del escrito de aclaraciones)".

La Sentencia en el segundo de sus fundamentos de Derecho se refiere inicialmente a la valoración de la prueba y señala que: "Este Tribunal ha llevado a cabo una valoración conjunta de las alegaciones y razonamientos jurídicos que se contienen en la demanda, como en los escritos de oposición, prueba practicada, especialmente la documental e informes especializados con su ratificación en autos, para llegar a la conclusión, por unanimidad, de que la acción jurisdiccional no puede prosperar por los siguientes motivos".

En ese mismo fundamento realiza el texto judicial una extensa referencia a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo acerca del consentimiento informado y de la relación de causalidad precisa para determinar si existe o no responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, especificando los requisitos que para ello deben concurrir en cada supuesto, y concluye relacionando la misma con el caso concreto en torno al cual sostiene que: "La Administración Pública demandada alega que se informó de forma oral al paciente, pero al ser negada esta afirmación en la demanda, la carga de la prueba corresponde al ICS, que no ha conseguido probar la existencia de información debida ni de consentimiento del demandante.

Como se ha dicho anteriormente, no siempre la falta de información o de consentimiento supone un presupuesto fáctico de exigencia de responsabilidad patrimonial, pues puede concurrir un caso de riesgo vital ante el cual, el médico está obligado a adoptar las decisiones urgentes y más adecuadas para salvar la vida del paciente, como se ha indicado y que tendrá otra consideración jurídica más adelante.

Entrando a resolver el fondo de la cuestión debatida, analizaremos a continuación si concurre la necesaria relación de causalidad entre el daño y perjuicio sufrido y alegado por el demandante como consecuencia exclusiva y excluyente de la operación quirúrgica que sufrió, tantas veces indicada con anterioridad.

Ante el resumen del historial clínico expuesto anteriormente, analizaremos el resultado de la prueba pericial, que ofrece razonamientos completamente diferentes, pues del informe presentado a instancia de la parte demandante, se concluye que hubo mala praxis médica, lo que es negado en el informe aportado por el ICS y posteriormente confirmado, con matices y contradicciones, en el informe del perito insaculado en este proceso, cuyo resumen también se ha expuesto con anterioridad.

Para ello, no queda más remedio que acudir a los informes médicos al existir oposición sobre los efectos jurídicos de aquel hecho. Y no sólo jurídicos sino también médicos en su valoración, pues los informes son contradictorios. Por eso el Tribunal no tiene más remedio que llevar a cabo una valoración conjunta de los mismos, en atención a la especialización del profesional que los emite, la descripción de las dolencias y su significado en cuanto a la posible determinación del requisito de relación de causalidad.

La prueba pericial, como una más en el proceso, está dedicada a complementar los conocimientos del juez o tribunal, en el momento de adoptar una decisión cuyos fundamentos o contenidos técnicos, hagan necesaria la ayuda de un experto en cada una de las materias científicas que pueden presentarse. En lo que se refiere a la medicina, ciencia inexacta e incompleta, entre otras cosas por la propia naturaleza del ser humano, no siempre que se aplica la denominada "lex artis" o la totalidad de los conocimientos científicos se consigue sanar al paciente.

Pero dicha prueba pericial no puede vincular al órgano jurisdiccional de forma terminante, sino que, como una prueba más, debe ser valorada en función de las reglas de la sana crítica y especialmente de las circunstancias que concurren en cada caso.

Es cierto que una vez que se produce, por desgracia, un daño o perjuicio o incluso un fatal desenlace, es relativamente fácil determinar con posterioridad lo que se debía haber hecho en cada momento. Pero a la vista de la forma en que se desarrollaron los acontecimientos desde el momento de comenzar el tratamiento médico, por las dolencias que en ese momento presentaba el interesado, así la práctica de las pruebas que el equipo médico consideró convenientes, ante una situación de arritmia cardíaca pruebas (potencialmente mortales), se decidió, en función del estado del paciente y de sus antecedentes clínicos, practicar el estudio electrofisiológico, operación quirúrgica que era la más adecuada, como se acredita por los informes emitidos y que constan en autos. Incluso el informe pericial emitido por insaculación no descarta su práctica y en aclaraciones llega a decir que "no estaba clínicamente contraindicado".

Este Tribunal llega al convencimiento racional de que el estudio electrofisiológico era el indicado, aun cuando se pudieran practicar otras pruebas apuntadas en los informes especializados, pero de las cuales ninguna de ellas se ha acreditado que fuese la más indicada, como la pretendida gammagrafía de perfusión miocárdica. No son válidas las especulaciones de lo que se pudo hacer o las conjeturas del resultado de otras intervenciones, sino se acompañan de las pruebas necesarias para acreditar la veracidad o realidad de las mismas.

Se produjo el daño ya conocido debido al alto riesgo arterioesclerótico del demandante, lo que se subsanó de forma inmediata sin que posteriormente haya causado más complicaciones.

No hubo mala praxis, sino una decisión médica urgente ante la gravedad del paciente, que se tradujo en la intervención quirúrgica más adecuada, indicada y definitiva que en ese momento, no en otros posteriores, se consideró vital para salvar la vida del demandante, como así ocurrió. Por ello, a pesar de la relevancia jurídica de los argumentos utilizados en la demanda, que valoramos en su justa medida, no podemos compartir la deducción que se lleva a cabo sobre los efectos de la falta de información y el daño causado.

Como se ha expresado anteriormente, la falta de información debida debe relacionarse de forma necesaria con las circunstancias que concurrieron el día 24 de marzo de 1997, cuando se decidió practicar el estudio electrofisiológico, que aun produciendo la rotura aórtica, como se ha indicado repetidas veces, fue una decisión correcta y ajustada a las necesidades vitales que en aquel momento requería la viabilidad del

paciente. No cabe, pues, analizar esa falta de información con abstracción de esas circunstancias objetivas de urgencia, ni referir ese requisito a consideraciones generales que no descansan en el momento preciso de la decisión adoptada por el equipo médico".

TERCERO.- El recurrente plantea en el presente recurso seis motivos de casación todos ellos acogidos al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". El primero por vulneración de los artículos 319, 348 y 386.1 LEC en relación con el artículo 5.4 LOPJ por violación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, por vulneración de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba, referente al hecho reflejado en la sentencia recurrida de considerar que en el caso concurrían circunstancias objetivas de urgencia, toda vez que no existe ningún soporte probatorio que de cobertura a semejante interpretación de los hechos.

El segundo con el mismo respaldo del art. 88 de la Ley 29/1.998, por infracción del artículo 217 LEC y jurisprudencia que cita, al existir vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba referente al hecho de dar como probado que la administración demandada cumplió con su deber en cuanto al consentimiento informado se refiere, cuando dicha carga de la prueba debe corresponder a la Administración.

El tercero de los motivos se acoge al mismo artículo 88.1.d) de la Ley de 13 de julio de 1.998 por vulneración del artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad y de jurisprudencia del TS que cita, por falta de consentimiento informado.

El cuarto con igual amparo que los anteriores en el apartado d) del núm. 1 del art. 88 de la Ley citada, invoca la infracción del artículo 348 LEC en relación con el art. 5.4 LOPJ por violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por vulneración de las reglas de la sana crítica y apreciación de la prueba, referente al hecho reflejado en la sentencia recurrida, de considerar que no hubo mala praxis en la práctica del estudio electrofisiológico que se le hizo al paciente, cuando existen informes periciales que así lo acreditan.

El quinto de los motivos con igual amparo que los anteriores en el art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción se funda en la infracción del artículo 217 LEC y jurisprudencia del TS que cita, al existir vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, referente al hecho de dar como probado que la administración demandada no incurrió en mala praxis médica sin que la administración haya probado que la intervención se realizó con arreglo a la lex artis.

Y el sexto y último de esos motivos también acogido al art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción mantiene que se infringen el artículo 106.2 CE, artículos 139, 140 y 141 Ley 30/92 de 26 de noviembre y jurisprudencia del TS que cita, en el sentido de que es doctrina jurisprudencial consolidada respecto a la responsabilidad patrimonial la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión".

CUARTO.- Por lógicas razones de prioridad en la resolución de las distintas cuestiones que plantea el recurso, examinaremos, en primer lugar, y conjuntamente, los motivos segundo y tercero del mismo, que desde distintos ángulos o puntos de vista se refieren a la ausencia del consentimiento informado, y al reparto de la carga de la prueba entre las partes en relación con ese consentimiento informado.

En relación con el segundo motivo, primero de los que tratamos, se imputa a la Sentencia infracción del artículo 217 LEC y jurisprudencia que cita, al existir vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba referente al hecho de dar como probado que la administración demandada cumplió con su deber en cuanto al consentimiento informado se refiere, cuando dicha carga de la prueba debe corresponder a la Administración. Y en cuanto al tercero se achaca a la Sentencia vulneración del artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, por falta de consentimiento informado.

Atendiendo ahora al segundo motivo, tercero del recurso, según el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a él aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda" mientras que el apartado 3 de ese precepto afirma que "incumbe al demandado (...) la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior" y a ello añade esta Sala que el número 7 de ese artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene un mandato "para (que en) la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal (tenga) presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

En este supuesto la Sentencia recurrida tras una prolija exposición acerca del consentimiento informado en el extenso fundamento segundo de la misma, afirma que "la Administración Pública demandada alega que se informó de forma oral al paciente, pero al ser negada esta afirmación en la demanda, la carga de la prueba corresponde al ICS, que no ha conseguido probar la existencia de información debida ni de consentimiento del demandante".

El motivo comienza refiriendo que la Sentencia afirma que: "La Administración demandada, tanto el ICS como la Generalitat, nada justifican ni acreditan sobre la prestación del debido consentimiento informado al paciente de las posibles complicaciones o secuelas que le podrían acarrear las intervenciones del 24 y 25 de marzo, así como la posibilidad de terapias alternativas a las mismas. Asimismo, nada justifican e, inclusive, nada siquiera alegan respecto del hecho de que, en el caso presente, estemos ante un caso de urgencia vital, en que no existe la necesidad de prestar tal consentimiento.

No consta en ningún lugar de la historia clínica ningún documento o anotación que sirva para acreditar que el paciente o sus familiares fueron informados en qué consisten ambas pruebas, riesgos que llevan implícitos, es decir, riesgos generales y riesgos personales del propio paciente por sus antecedentes.

La Sentencia del TSJ de Cataluña incumple la doctrina citada, toda vez que considera que la Administración actuó correctamente en este extremo, a pesar, como se ha dicho, que ésta nada ha justificado sobre que se prestara al paciente o a sus familiares el debido consentimiento, ni tampoco acerca de que se dieran circunstancias objetivas de urgencia, que eximieran de prestar el mismo. Como también se ha dicho en el motivo precedente, respecto de dicha urgencia, no solamente nada ha demostrado sino que ni siquiera ha efectuado alegación alguna sobre tal urgencia".

Se opone por la Administración recurrida "que la Sentencia reconoce que no hubo consentimiento informado por lo que este motivo no puede prosperar en modo alguno".

Conviene poner de relieve que el recurso mezcla la denuncia que efectúa de la inversión de la carga de la prueba sobre si hubo o no consentimiento informado, con la afirmación que asegura que efectúa la Sentencia de que el mismo no era necesario porque en el supuesto concreto concurría la circunstancia de la existencia de riesgo vital para el paciente. No es esa la cuestión que plantea el motivo sino la de si existió o no el mismo, y a ello responde la Sentencia con claridad meridiana que no existió, porque quien podía fácilmente probarlo no lo hizo. Por tanto no puede ponerse en duda que no hubo consentimiento informado. Y es que lo que hace la Sentencia es reconocer que quien tenía la facilidad de probar era la Administración que afirmaba que había habido información verbal, aseveración que al negarse expresamente por la demandante, dio lugar a que la Sala se decantase por sostener que no existió consentimiento alguno.

Y ocupándonos ahora del tercer motivo ya expusimos que invoca infracción por la Sentencia del art. 10.5 de la Ley General de Sanidad aplicable al supuesto de autos, que exponía, en tanto estuvo vigente, que: "todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 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".

El motivo parte de la falta de consentimiento informado que reconoce la Sentencia, y niega también que esté acreditado en la historia clínica que hubiera que realizar las intervenciones por existir riesgo vital.

Y manifiesta que "la Sala de instancia da por probado un hecho, que hubo una correcta prestación por la Administración respecto al consentimiento informado debido al paciente, sin ponderar adecuadamente que, en este aspecto, la carga de la prueba le corresponde a la Administración y ésta no ha acreditado que se cumplió con la obligación de informar al paciente de las posibles complicaciones o secuelas que las intervenciones a que se iba a someter le podría acarrear, o de que se estaba ante un caso de urgencia vital. Tal vulneración ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia, puesto que en virtud de lo anteriormente referido, la Sala concluye que no existió mala praxis y desestima, en consecuencia, el recurso interpuesto".

La Administración opone a este motivo que: "Se reconoce en la sentencia el estado de salud del señor Oscar . Ahora bien, ello no quiere decir que el estado de salud actual del citado señor sea consecuencia de la práctica médica que se examina en autos pues se afirma en la sentencia que se produjo el daño pero que se subsanó de manera inmediata (folio 13) sin que posteriormente haya causado más complicaciones. Entiende por tanto esta parte que tampoco puede prosperar este motivo invocado de contrario".

Mezcla de nuevo este motivo, como hizo el anterior, la existencia o inexistencia del consentimiento informado, con la posibilidad de que el mismo fuese innecesario o quedase exceptuado de prestarse de

acuerdo con lo prevenido por el número 6.c) del art. 10 de la Ley 14/1.986 , "cuando la urgencia no permita demoras por (...) existir peligro de fallecimiento" del paciente.

De nuevo hemos de resaltar que la Sentencia afirma y reconoce que no existió consentimiento informado.

A la vista de lo anterior es evidente que los motivos han de prosperar. Hay un hecho incontrovertible que la Sentencia da por probado y es la inexistencia de consentimiento informado. Y esa inexistencia carece de razón de ser. Tanto más cuanto que los hechos ocurren en un hospital de referencia en la patología que presentaba el paciente como el es de Valle de Hebrón. Y no es excusa que los hechos ocurrieran en 1.997, puesto que la obligación de informar existía incluso desde bastante tiempo antes de la entrada en vigor de la Ley 14/1.986, General de Sanidad , y desde ese momento habían transcurrido más de diez años, y el mandato legal contenido en el art. 10.5 de la Ley citada era categórico, sobre todo para la realización de pruebas como las que había que efectuar a este enfermo. Sin duda ninguna, porque en otro caso lo hubiera probado la Administración, se omitió por quien debía cumplirla, la obligación de dar al enfermo en términos comprensibles, o a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

Y debió dársele en todo caso tanto para la prueba de cateterismo que se le practicó el día 24 de marzo de 1.997, como para la del estudio electrofisiológico que se llevó a cabo el día 25, y que hubo de suspenderse "al presentar el paciente un cuadro de dolor agudo compatible con angina junto con alteraciones valorables en el trazado electrocardiológico". Y de igual modo debió recibir información cuando ya en planta y realizadas determinadas pruebas "se le diagnosticó una disección aórtica tipo A, que acompañada de insuficiencia aórtica severa, dio lugar a una intervención de urgencia para reconstruir la aorta ascendente", información que en esas circunstancias hay que suponer que no pudo recibir el enfermo pero que se debió de hacer llegar a sus familiares.

Al estimarse estos dos motivos la Sentencia debe casarse y declararse nula y sin ningún valor ni efecto.

QUINTO.- Resueltos esos dos motivos nos proponemos seguidamente estudiar los motivos primero, cuarto y quinto del recurso, puesto que los tres giran en torno a la valoración que de la prueba que aparece en los autos efectuó la Sala sentenciadora.

La Sala de instancia en el mismo fundamento segundo al que ya nos referimos, hace una afirmación que conviene tener como referencia en relación con los tres motivos sobre los que nos vamos a pronunciar. Dice así la Sala: "Para ello, no queda más remedio que acudir a los informes médicos al existir oposición sobre los efectos jurídicos de aquel hecho. Y no sólo jurídicos sino también médicos en su valoración, pues los informes son contradictorios. Por eso el Tribunal no tiene más remedio que llevar a cabo una valoración conjunta de los mismos, en atención a la especialización del profesional que los emite, la descripción de las dolencias y su significado en cuanto a la posible determinación del requisito de relación de causalidad".

La Sala, por tanto, al efectuar esta afirmación, está poniendo ya de manifiesto que el pronunciamiento que realiza en la Sentencia acerca de la existencia de relación de causalidad entre la atención médica prestada al paciente y los resultados derivados de la misma, la obtiene haciendo una valoración conjunta de la prueba y, en concreto, de la pericial habida cuenta de la existencias de varios y distintos informes.

El primer motivo manifiesta que la Sentencia vulneró los artículos 319, 348 y 386.1 LEC en relación con el artículo 5.4 LOPJ por violación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE , por infracción de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba, referente al hecho reflejado en la sentencia recurrida de considerar que en el caso concurrían circunstancias objetivas de urgencia, toda vez que no existe ningún soporte probatorio que de cobertura a semejante interpretación de los hechos.

El motivo mantiene que: "La Sentencia objeto del presente recurso parte de que no cabe analizar "la falta de información debida" con "abstracción de esas circunstancias objetivas de urgencia" (página 14 de la Sentencia, 2º párrafo). Ahora bien: Resulta que no consta acreditado en ningún soporte probatorio tal aseveración. Es decir: no existe prueba documental, pericial o testifical que pueda dar cobertura a semejante afirmación. Es más: Tal interpretación ni siquiera es defendida por la Administración demandada, por cuanto, en su escrito de contestación a la Demanda (página 12), la Generalitat afirma que, aunque no se prestara el debido consentimiento por escrito al paciente, sí se le informó oralmente, pero en ninguna parte sostiene esas "circunstancias objetivas de urgencia" para justificar que no se le diera al paciente la información debida. Por su parte, el ICS (Institut Català de la Salut) nada dice al respecto del consentimiento informado en su Contestación a la Demanda).

En realidad, lo que ocurre es que existe una confusión de fechas e intervenciones en la Sentencia. Decíamos, en nuestra Demanda, que el día 18 de Marzo de 1997 el paciente ingresa en el Hospital de Valle Hebrón. Al cabo de 6 días, el 24 de marzo de de 1997, fue sometido a un cateterismo y al día siguiente, 25 de marzo de 1997, se le practica un estudio electrofisiológico. Tales hechos no sólo no son discutidos por ninguna de las Administraciones demandadas, sino que son recogidos tal cual en sus escritos de contestación a la Demanda y así, efectivamente, se recoge en la Historia Clínica del paciente.

En la Sentencia existe una confusión evidente: en la página 14 de la misma, 2º párrafo, justifica la falta de información debida porque el día 24 de marzo de 1997 se "decidió practicar el estudio electrofisiológico". Pues bien; ello es incierto, por cuanto el día 24 de marzo se le practicó el cateterismo y no fue hasta el día siguiente, 25 de marzo, cuando se le hace el referido estudio electrofisiológico y donde tienen lugar las complicaciones que originan las secuelas padecidas por el enfermo. Y hay que hacer constar que para ninguna de las dos intervenciones hubo consentimiento informado.

Y no sólo existe en la Sentencia objeto de este recurso esta confusión de fechas y de intervenciones, sino que, además, en ninguna parte de la Historia Clínica del paciente, se refleja que ninguna de ellas (ni la del 24 de marzo: cateterismo, ni la del 25 de marzo: estudio electrofisiológico) tuviera que hacerse bajo "circunstancias objetivas de urgencia", máxime cuando está perfectamente acreditado que el paciente ingresó en el Hospital por taquicardias ventriculares el 18 de marzo, es decir, 6 días antes de la 1ª intervención. Luego, ¿Dónde están las "circunstancias objetivas de urgencia"?

En definitiva: Entendemos, como se decía en el encabezamiento de este motivo, que ha existido vulneración de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba respecto del hecho reflejado en la Sentencia de las referidas "circunstancias objetivas de urgencia", cuando no existe base alguna para semejante afirmación. Es más: La propia sentencia impugnada tampoco justifica en base a qué medios de prueba considera que debe llegarse a semejante conclusión".

Se opone de contrario que: "conviene puntualizar que el artículo 319 de la LEC se refiere a la fuerza probatoria de los documentos públicos, cuando ningún documento público ha sido aportado como prueba en sede de las presentes actuaciones. Asimismo el artículo 386 de la LEC se refiere a las presunciones judiciales, que tampoco, según el parecer de esta parte se han dado en el presente procedimiento.

Por lo cual sólo nos queda el artículo 348 de la LEC (sin duda el que únicamente había de ser invocado) que establece que el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

La contraria considera que no existe soporte probatorio que dé cobertura a la concurrencia de circunstancias objetivas de urgencia. Se considera esta circunstancia relevante y determinante para el fallo por cuanto se entiende que al considerar la Sala que concurrían "circunstancias objetivas de urgencia" no entra a valorar la falta de información suministrada al paciente y concluye que no existió mala praxis en la intervención.

Esta parte cree que las circunstancias objetivas de la urgencia en la realización de esta prueba resultan de la prueba pericial practicada en el proceso. En concreto del dictamen y de las aclaraciones al mismo efectuadas por el Dr. Norberto (perito designado por el ICS y especialista en cardiología a diferencia del designado por la actora y del perito judicial que es médico forense sin práctica concreta en la especialidad de cardiología). Así este médico pone de manifiesto que el estudio electrofisiológico estaba totalmente indicado en el caso del señor Oscar porque presentaba una arritmia que era potencialmente mortal en pacientes con antecedentes de cardiopatía isquemia severa como la que presentaba, es decir concurría un riesgo vital. Es este el único estudio que existe en este sentido y no se puede realizar un estudio de las taquicardias de otra manera que no sea la referida prueba.

Y es esta tesis la que hace suya la sentencia, razonando adecuadamente la no vinculación del órgano jurisdiccional a la prueba pericial practicada que deber ser precisamente valorada en función de las reglas de sana crítica y de la circunstancias del caso concreto.

Se valora en la sentencia que pese a las manifestaciones del perito judicial sobre la indicación de una gammagrafía de perfusión en lugar del referido estudio no se ha acreditado que fuese la más indicada. Pero es que además dicho perito se contradice en relación con este extremo entre el dictamen y las aclaraciones formuladas. Así todo y que en su dictamen manifiesta que no estaba necesariamente justificado este estudio, en aclaraciones indica que la técnica más adecuada para el estudio y tratamiento de las arritmias cardíacas es el estudio electrofisiológico cardíaco dado que la gammagrafía por perfusión no permite conocer ni la gravedad de las arritmias ni el origen ni el tratamiento a aplicar y que las taquicardias ventriculares (como las que padecía el actor) pueden considerarse potencialmente mortales con un riesgo elevado de presentar muerte

súbita. Finalmente el perito judicial considera adecuados tanto el estudio electrofisiológico practicado como la intervención posterior realizada.

La urgencia no había de ser reseñada necesariamente como tal en la historia clínica, sino que de las circunstancias reflejadas había de poder deducirse dicha urgencia, cosa que entiende esta parte y ha entendido anteriormente según su parecer la Sala. En este sentido, tampoco se hace constar la urgencia vital en la historia clínica en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 16 de mayo de 2005 recurso de casación 7260/2001 sino las circunstancias concretas que la motivan.

Y se añade en la sentencia, que se produjo el daño debido al alto riesgo esclerótico que presentaba el paciente que fue subsanado inmediatamente con la intervención quirúrgica más adecuada, sin causar posteriormente complicaciones. En efecto, y de acuerdo con el dictamen pericial aportado por la defensa letrada del ICS las secuelas que se alegan por la actora en el escrito de demanda no guardan relación con el estudio electrofisiológico, sino que su enfermedad previa ya le comportaba de por sí una serie de secuelas y síntomas de por vida.

Es decir, en absoluto hay vulneración de las reglas de la sana crítica y apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba, pero si ello fuera así en este caso tampoco sería esta relevante y determinante para el fallo, ya que se podía haber apreciado existencia de mala praxis no obstante haberse considerado la existencia de urgencia.

Además no puede perderse de vista en este caso, que como hemos expuesto con anterioridad, existía una única alternativa de tratamiento para la enfermedad padecida por el señor Oscar , por lo que entiende esta parte que en este caso concreto el deber de informar tendría que ser interpretado menos rigurosamente.

Por otro lado, no puede esta parte dejar de poner de relieve que los hechos se produjeron en 1997 bajo la vigencia del redactado inicial de la Ley 14/1986 que establecía en el apartado 10.6 el preciso consentimiento por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención (nótese la utilización expresa de este término) excepto en otros supuestos que la urgencia no permita demoras por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Ahora bien la Ley 41/2002, de 14 de noviembre , ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica amplía el requisito del consentimiento informado no solo a las intervenciones sino también a 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. Es decir, amplía sin ningún género de dudas los supuestos en que es necesario que se lleve a cabo el consentimiento informado.

Según las aclaraciones efectuadas por el Dr. Norberto y también según la opinión del perito judicial Dr. Aurelio , el estudio electrofisiológico es una exploración cruenta pero no una intervención, por lo cual entiende esta parte que debe concluirse que no se precisaba de conformidad con lo establecido en la Ley 14/1986, de 14 de abril , general de sanidad, consentimiento informado".

En relación con este motivo en primer lugar es preciso coincidir con las dos apreciaciones iniciales que contiene la oposición al recurso y que tienen que ver con la innecesaria cita en el motivo de los artículos 319 y 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto al primero se refiere a la fuerza probatoria de los documentos públicos que son aquellos a los que se refiere el art. 317 en los números 1º a 6º del mismo y de los que dice que "harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella". Como opone la Administración recurrida ningún documento público ha sido aportado a las actuaciones, y sobre este particular podemos traer a colación la reciente Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 25 de febrero de 2.009 , recurso de casación 9.401/2.004, que cita otra anterior de la misma Sala y Sección de 16 de marzo de 2.005 , en la que se expresa que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, después de enumerar en el artículo 317 seis clases de documentos que considera documentos públicos, analiza en el párrafo segundo la fuerza probatoria de los documentos administrativos, y de su texto se deduce, como se concluye también en la exégesis del precepto realizada por la Sentencia tantas veces citada, que los informes médicos expedidos en un centro sanitario público por funcionario público no son encuadrables en ninguno de los seis supuestos del artículo 317 (...). Luego el artículo 319.1 no les es aplicable".

Y continúa la Sentencia citada diciendo que "por otro lado, es evidente que, como se declara en la repetida sentencia, un centro o establecimiento sanitario público no es un órgano de la Administración pública en sentido jurídico y, por tanto, los informes médicos que se emitan en el mismo ni siquiera pueden

tener la consideración de documento público administrativo. En definitiva, no estamos ante unos documentos fehacientes, porque no los expide un fedatario público". En consecuencia esa referencia al art. 319 de la LEC carece de virtualidad alguna en este motivo, y lo mismo puede afirmarse en relación con el art. 386.1 de la misma LEC, en tanto que la Sentencia recurrida en modo alguno se refiere a la prueba de presunciones judiciales, que en este caso la parte podría querer vincular al hecho de si la Sentencia entendió que la falta de consentimiento informado se debió a que el acto médico efectuado al paciente se hizo en presencia de un riesgo vital. Algo que ya antes hemos descartado, puesto que la Sentencia dejó establecido de modo claro y contundente que en ningún caso existió consentimiento informado.

En consecuencia se trata ahora de resolver si el Tribunal utilizó adecuadamente el art. 348 de la LEC para llevar a cabo la valoración de "los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" o sí, como afirma el motivo, incurrió en una apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba, al considerar que en "el caso concurrían circunstancias objetivas de urgencia, toda vez que no existe ningún soporte probatorio que dé cobertura a semejante interpretación de los hechos".

Para ello es preciso recordar lo que la Sentencia recurrida hizo constar en el primero de sus fundamentos de Derecho y que constituyó la base de partida de su conclusión final. En el se refirió a "los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de la acción jurisdiccional ejercitada" y expuso que "el demandante fue declarado en situación de invalidez permanente absoluta por resolución del INSS el 17 de julio de 1986, al padecer cardiopatía isquémica, infarto de miocardio y angor postinfarto.

El demandante era paciente de alto riesgo, con antecedentes de infarto de miocardio (10 de noviembre de 1984), accidentes vasculares (1996 y 1997), con hemiparesia, y recuperación posterior de los accidentes vasculares cerebrales. El día 24 de marzo de 1997 se le practicó estudio electrofisiológico, por lo que hubo que introducirle un cateter por vía venosa femoral derecha y otro por vía arterial femoral izquierda. En ese momento sufrió episodio compatible con angina y alteraciones electrocardiográficas. De ello resultó una disección aórtica ascendente y descendente. Hubo necesidad de volver a intervenir quirúrgicamente para la reconstrucción de la aorta ascendente. Fue dado de alta médica el día 10 de abril de 1997 "con buen estado general sin signos de insuficiencia cardíaca, buena cicatrización de heridas quirúrgicas, ligera anemia y tratamiento farmacológico", sin haber tenido más complicaciones derivadas de dicha intervención quirúrgica".

Y cuando entró en la decisión del fondo del asunto expresó que "a la vista de la forma en que se desarrollaron los acontecimientos desde el momento de comenzar el tratamiento médico, por las dolencias que en ese momento presentaba el interesado, así la práctica de las pruebas que el equipo médico consideró convenientes, ante una situación de arritmia cardiaca pruebas (potencialmente mortales), se decidió, en función del estado del paciente y de sus antecedentes clínicos, practicar el estudio electrofisiológico, operación quirúrgica que era la más adecuada, como se acredita por los informes emitidos y que constan en autos. Incluso el informe pericial emitido por insaculación no descarta su práctica y en aclaraciones llega a decir que "no estaba clínicamente contraindicado".

Este Tribunal llega al convencimiento racional de que el estudio electrofisiológico era el indicado, aun cuando se pudieran practicar otras pruebas apuntadas en los informes especializados, pero de las cuales ninguna de ellas se ha acreditado que fuese la más indicada, como la pretendida gammagrafía de perfusión miocárdica. No son válidas las especulaciones de lo que se pudo hacer o las conjeturas del resultado de otras intervenciones, sino se acompañan de las pruebas necesarias para acreditar la veracidad o realidad de las mismas.

Se produjo el daño ya conocido debido al alto riesgo arterioesclerótico del demandante, lo que se subsanó de forma inmediata sin que posteriormente haya causado más complicaciones.

No hubo mala praxis, sino una decisión médica urgente ante la gravedad del paciente, que se tradujo en la intervención quirúrgica más adecuada, indicada y definitiva que en ese momento, no en otros posteriores, se consideró vital para salvar la vida del demandante, como así ocurrió. Por ello, a pesar de la relevancia jurídica de los argumentos utilizados en la demanda, que valoramos en su justa medida, no podemos compartir la deducción que se lleva a cabo sobre los efectos de la falta de información y el daño causado.

Como se ha expresado anteriormente, la falta de información debida debe relacionarse de forma necesaria con las circunstancias que concurrieron el día 24 de marzo de 1997, cuando se decidió practicar el estudio electrofisiológico, que aun produciendo la rotura aórtica, como se ha indicado repetidas veces, fue una decisión correcta y ajustada a las necesidades vitales que en aquel momento requería la viabilidad del paciente. No cabe, pues, analizar esa falta de información con abstracción de esas circunstancias objetivas

de urgencia, ni referir ese requisito a consideraciones generales que no descansan en el momento preciso de la decisión adoptada por el equipo médico".

Este primer motivo no puede estimarse. Aceptando la evidente equivocación en que incurre la Sentencia al referirse a la cronología de los acontecimientos, hay que reconocer que de la misma no se pueden extraer otras consecuencias que no sean las de dejar constancia de su existencia, y ello porque ese error no tiene trascendencia alguna en la cuestión a resolver en el proceso.

Ya hemos anticipado cómo el día 24 de marzo de 1.997 al demandante que llevaba ingresado en el hospital desde el día 18 anterior, se le practicó un cateterismo, y al día siguiente un estudio electrofisiológico es decir dos pruebas diagnósticas que estaban indicadas, según resultaba de la valoración de la prueba que obraba en las actuaciones y que valoró la Sala de instancia, para intentar solucionar la grave dolencia cardíaca que le aquejaba. Y en el curso de la segunda de ellas con la que se pretendía inducir y estudiar las taquicardías que padecía, y durante la exploración aconteció "un cuadro de dolor agudo, compatible con angina, junto con alteraciones valorables en el trazado electrocardiológico que llevó a suspender el estudio".

Ante esa situación el paciente fue llevado a planta presentándose de nuevo "dolor torácico intenso y tras una serie de exploraciones se le diagnostica una disección aórtica tipo A, que se acompaña de insuficiencia aórtica severa, por cuyo motivo es intervenido de urgencia donde se le reconstruyó la aorta ascendente implantándole un tubo de Draco". Lo que se acaba de transcribir se toma del informe aportado por el ICS que suscribe un médico especialista en cirugía cardíaca y que explica lo ocurrido porque dice "el accidente se produjo posiblemente cuando en el estudio electrofisiológico, el catéter desgarró una placa de ateroma perforando la íntima y creando una falsa luz (disección aórtica)". Y añade "el crear una falsa vía durante una exploración cruenta tipo (...) estudio electrofisiológico (...) es posible, sobre todo en pacientes con arterioesclerosis generalizada y que presenten múltiples placas ateromatosas friables en la aorta como era este caso; ello no quiere decir que la técnica fuese equivocada, ni que el médico realizador de la prueba no tuviera experiencia, por el contrario es una complicación que puede aparecer en pacientes con alto riesgo esclerótico y la mayoría de las veces en manos de especialistas expertos en exploraciones invasivas como es el caso". Añade que el diagnóstico se hizo rápidamente, que el estudio estaba indicado dado que el paciente presentaba una arritmia (taquicardia ventricular) potencialmente mortal en enfermos con sus antecedentes, y concluye que la intervención de urgencia fue un éxito al estar el enfermo en el centro en que le ocurrió, centro de referencia en esas dolencias que cuenta con personal médico experimentado en urgencias cardiovasculares.

Esa prueba fue la base sobre la que la Sala de hizo su ponderación y valoración de la prueba, y de ella obtuvo su conclusión de que no existió mala praxis médica sino lo contrario y que en consecuencia nada había que indemnizar al recurrente.

Por ello el motivo como anticipamos se rechaza.

SEXO.- Ocupándonos ahora de los motivos cuarto y quinto del recurso ambos insisten en la valoración indebida de la prueba por la Sala de instancia. El primero de ellos reitera la confusión en que incurrió la Sentencia en relación con las fechas en que se produjeron las intervenciones y en concreto el estudio electrofisiológico.

Se refiere a la prueba pericial tanto de su perito como del insaculado y afirma que: "Por lo que de todo lo anteriormente expuesto y a la vista del historial clínico que obra en el expediente administrativo, puede deducirse que el Sr. Oscar sufrió una disección traumática de la Aorta; siendo tal proceso complicativo, atribuible a un origen iatrogénico que tuvo lugar en el transcurso o durante la realización del estudio electrofisiológico cardíaco efectuado en fecha 25-03-1997.

En términos periciales no es fácil asegurar o determinar si la Disección de Aorta se desencadenó por una falta de atención o de impericia en la técnica operatoria. Lo que sí es cierto es que no deja de ser una realidad que tal complicación tuvo un origen iatrogénico, pudiendo determinar médico-legalmente que sí hubo una deficiente prestación de servicios asistenciales al realizar imprudentemente el estudio electrofisiológico cardíaco a un paciente que presentaba un previsible, evitable y elevado riesgo de complicación.

Pues bien; tal radical contundente afirmación hecha, no por un perito de parte, sino por el propio perito judicial insaculado, hace que no pueda ponerse en duda la fiabilidad de la misma y, en cualquier caso, dicha afirmación debe ser ponderada y considerada adecuadamente y, en caso de no compartirse su criterio, al menos comporta la exigencia de razonar motivadamente y especificar en base a qué otras pruebas, se llega a una conclusión contraria. Lo que, dicho sea con el debido respeto, entendemos que no puede hacerse es "ningunear" u "obviar" tal contundente y palmaria aseveración, hecha además, por un perito ajeno a las partes

y, por consiguiente, de incuestionable imparcialidad. Y eso es lo que, a juicio de esta parte, se ha hecho en la Sentencia recurrida.

Por consiguiente, consideramos que se ha infringido la doctrina legal expuesta en el encabezamiento de este Motivo, por cuanto consideramos que el TSJ de Cataluña, junto con la confusión de días e intervenciones referida anteriormente, ha procedido a realizar una apreciación arbitraria e irrazonable de la prueba, al "pasar por alto" tan categórica aseveración realizada por el propio perito judicial, en consonancia, además, con las afirmaciones realizadas por el perito de esta parte, el Dr. Pedro Jesús ". Contradice el motivo la Administración sosteniendo que el Dr. Pedro Jesús emite su informe a instancia de la actora y que es: "Médico especialista en medicina y cirugía general por lo cual ha de prevalecer el parecer contenido en el dictamen aportado por la defensa letrada del ICS en tanto que el Dr. Norberto es un experto en cirugía coronaria siendo su especialidad cuidados intensivos y unidades coronarias, cosa que no sucede con el perito judicial insaculado Dr. Aurelio (médico especialista en medicina legal y forense) que además finalmente y pese a las contradicciones iniciales reconoce que la única manera de inducir las arritmias que padecía el señor Oscar era con un estudio electrofisiológico.

La sentencia recurrida precisamente valora adecuadamente todos los dictámenes evacuados haciendo una valoración del conjunto de la prueba practicada, motivando la valoración que asume como propia, en contra de lo que se manifiesta de contrario, en los folios 12 y 13 de la sentencia recurrida. Está claro que el Tribunal tiene especialmente en cuenta el dictamen aportado por el ICS, pero también tiene en cuenta parcialmente el dictamen pericial judicial (que señala que no puede vincular al Tribunal), que además como ya se indicaba anteriormente incurre en contradicciones tales que en aclaraciones cambia totalmente el sentido de su dictamen y reconoce como única e indicada la prueba realizada para inducir las arritmias cardíacas. Por lo tanto, en absoluto la Sala pasa por alto el dictamen pericial sino que lo valora en su justa medida, por lo que en absoluto, entiende esta parte, puede prosperar el recurso de casación interpuesto por este motivo".

Para fundar el motivo quinto se afirma que pese a que la Sala afirmó que no hubo mala praxis: "ello choca frontalmente con la doctrina de esta Sala manifestada en el encabezamiento de este Motivo y, en especial, de lo manifestado en la Sentencia de este Alto Tribunal de 10 de Octubre de 2007, Recurso nº 1106/2003 , por cuanto, a tenor de la misma, es a la Administración a quien le incumbe probar que la intervención se realizó con arreglo a la "lex artis" y no imponer a la actora la prueba de que la actuación quirúrgica no se realizó conforme a la "lex artis".

Es decir: Al hilo de la doctrina expuesta, no es que el demandante tenga que acreditar y justificar en su Demanda que hubo mala praxis, sino que la Sentencia debería haber exigido a la Administración que argumentara en su Demanda y acreditara que las cosas fueron hechas conforme a la lex artis, y a tenor del propio contenido literal de la Sentencia resulta evidente que no se ha hecho así, sino que se considera que no hubo mala praxis "porque el demandante, en sus argumentaciones no ha acreditado lo contrario. Es por ello por lo que se considera infringido la doctrina legal y jurisprudencia que se ha expuesto en el encabezamiento de este Motivo".

La Administración responde: "la adecuación a la lex artis en el presente supuesto se pone de manifiesto de la prueba practicada a instancia de la Administración demandada. La única opción posible delante de la sintomatología que presentaba el señor Oscar era la realización de un estudio electrofisiológico que se intentó realizar pero se suspendió tan pronto como se constataron los efectos adversos que se produjeron por la sintomatología esclerótica previa del actor".

Para rechazar estos dos motivos basta con remitirnos a lo expuesto en el fundamento anterior, donde quedó de manifiesto que no hubo mala praxis sino que la actuación de los galenos fue adecuada a las características del padecimiento del enfermo, y el problema que se suscitó en el estudio electrofisiológico era previsible en las circunstancias en que ocurrió dados los antecedentes del enfermo y se solucionó de modo adecuado de modo que la valoración de la prueba por parte del Tribunal se ajustó a las reglas de la sana crítica y no fue ni arbitraria ni ilógica sino conforme a Derecho.

SÉPTIMO.- Por último el motivo sexto manifiesta que: "la Sentencia del "TSJ de Cataluña, al final de su página 13, realiza una afirmación categórica: "No hubo mala praxis", pero huérfana totalmente de cualquier motivación que explicite el por qué, por cuanto no existe una ponderación sobre la práctica de la intervención en sí misma considerada. En otras palabras: La Sentencia nada indica sobre el hecho mismo de la intervención. Nada dice sobre por qué en la particular y concreta realización del estudio electrofisiológico hecho al paciente el día 24 de marzo (en realidad debe entenderse el día 25 de marzo) no existió mala praxis. Sí argumenta respecto al consentimiento informado, así como que la intervención estaba indicada, pero la afirmación de

que "No hubo mala praxis", resulta ser una afirmación apodíctica y voluntarista, por cuanto en ninguna razón se basa para ello.

Y entendemos que, en virtud de la doctrina legal y jurisprudencial del inicio de este Motivo, se debería haber argumentado, al menos, por qué no existió mala praxis en la intervención en sí misma considerada, al margen de la cuestión del consentimiento informado y de si estaba indicada o no. Máxime cuando ha existido un resultado dañoso importante a consecuencia de complicaciones surgidas raíz de su intervención (al producir tal intervención la rotura aórtica, como indica la Sentencia). Luego, obvio resulta que algo debió pasar en la misma, de la que nada se ha argumentado al respecto.

Y no todo puede ser debido al "alto riesgo arteriosclerótico del demandante", como parece pretender la Sentencia, porque si fuera así, no debería haberse hecho de entrada (estaría contraindicada, lo que sería contradictorio con la afirmación hecha en la Sentencia de que estaba indicada), y, además, en la intervención de cateterismo del día anterior no surgieron estas complicaciones, con el mismo riesgo por parte del paciente. Luego el "alto riesgo arteriosclerótico del demandante" no puede justificar, por sí mismo, el resultado dañoso de la intervención.

Así pues, la mera aseveración de que "No hubo mala praxis", entendemos, a todas luces, que resulta insuficiente. En definitiva: Mal puede conocerse si ha existido o no antijuridicidad del resultado o de la lesión del paciente, si nada se indica sobre qué es lo que realmente aconteció en dicha intervención que provocó tal resultado. Se indica que no hubo mala praxis, pero lo realmente importante es determinar si hubo o no un resultado antijurídico".

La Administración recurrida tras recordar los requisitos legales interpretados por la jurisprudencia para que pueda existir responsabilidad afirma que "la sentencia hace referencia a que el estudio electrofisiológico era la prueba más indicada (de hecho viene a afirmar que no era posible la realización de otra prueba) ante la situación de arritmia cardiaca potencialmente mortal por las taquicardias ventriculares recidivantes que padecía el señor Oscar . En este sentido, en la sentencia se asevera que incluso en el informe pericial emitido por insaculación indica que el estudio electrofisiológico estaba clínicamente indicado.

El daño ya conocido, en palabras de la propia sentencia, se produjo debido al alto riesgo arteriosclerótico del demandante (complicación descrita en múltiples trabajos y libros, lo que no quiere decir ni que la prueba fuese equivocada ni que el realizador de la prueba no tuviera experiencia), y ciertamente su patología previa influyó decisivamente en el resultado pero no había como decíamos opción posible para intentar erradicar las arritmias mortales que padecía, que había que estudiarlas muy a fondo y que de la única manera que se podían estudiar era mediante un estudio electrofisiológico para intentar anularlas. Era necesario hacerlo pues en ello le iba la vida (según el Dr. Norberto).

Además a continuación se indica en la sentencia que el daño causado se subsanó de forma inmediata sin que posteriormente haya causado más complicaciones, precisamente debido a que estaba en un hospital de máxima calidad donde una intervención quirúrgica tan complicada se pudo hacer inmediatamente.

En cualquier caso las secuelas que apunta el recurrente no tienen nada que ver con el estudio electrofisiológico, y además dicha prueba no se acabó de realizar.

La operación posterior se realizó con éxito y el paciente vuelve a estar como estaba antes, no olvidando que es un paciente con arteriosclerosis severa y una lesión en el corazón importante (en palabras del Dr. Norberto), que es al parecer de esta parte lo que recoge la sentencia recurrida cuando se hace referencia a que el daño se subsanó de manera inmediata, es decir no se le produjo daño".

El motivo también debe desestimarse. Y ello porque tras lo manifestado en los motivos precedentes no existe daño antijurídico que el recurrente no tenga el deber jurídico de soportar conforme a la Ley. Es lo cierto que de cuanto aconteció entre los días 24 y 25 de abril de 1.997 , incluido el que se hubiese de suspender el estudio electrofisiológico que se le estaba practicando al aparecer el cuadro de dolor agudo compatible con angina, y que desencadenó el que después hubiese de ser intervenido de la disección aórtica tipo A que se había producido no se desprende que quienes trabajaban al servicio de la Administración de la sanidad catalana incurrieran en mala praxis capaz de generar una responsabilidad patrimonial de la Administración que debiera ser satisfecha al recurrente, puesto que entre esa actuación sanitaria y el estado del enfermo antes y después de lo acontecido no existe relación de causalidad imputable a aquella Administración. Ninguna de las secuelas que se dice que padece el reclamante son consecuencia de esas intervenciones sino que son fruto del estado general del enfermo y de la evolución de la enfermedad que padece.

OCTAVO.- Sin embargo es lo cierto que esta Sala estimó dos de los motivos planteados al quedar plenamente demostrado que en las pruebas diagnósticas a que se sometió al recurrente no se cumplió con la obligación de informar adecuadamente al enfermo de los riesgos que entrañaban y de las consecuencias que de las mismas podían derivar, infringiendo la obligación de hacerlo para respetar la autonomía del paciente y dejar a su elección el aceptar o rechazar la realización de esas pruebas en el ejercicio de su libertad y dignidad personal que le son consustanciales. La estimación de sus motivos nos llevó a casar la Sentencia de instancia, y ello nos impone ahora la obligación de acuerdo con el art. 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción de dictar una nueva Sentencia, ahora como Tribunal de instancia para resolver "lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate".

Como sabemos eludir el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación anormal del servicio sanitario por todas Sentencia de 1 de febrero de 2.008, recurso de casación núm. 2.033/2.003 , que según tiene declarado esta Sala no da lugar per se a indemnización cuando no se ha producido un daño que haya que reparar como consecuencia de haberse conculcado esa *lex artis* citada.

Pero también tiene declarado esta Sala que en determinadas circunstancias esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir, que sin razón alguna le fue sustraída, así Sentencias de 20 y 25 de abril, 9 de mayo y 20 de septiembre de 2.005 y 30 de junio de 2006 . Es igualmente cierto que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo y, que en este supuesto, establecemos en la suma de sesenta mil euros actualizada a la fecha de esta Sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de esta indemnización.

NOVENO.- Al estimarse el recurso de conformidad con lo prevenido en el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no procede hacer expresa condena en costas al recurrente.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación núm. 710/2.008 interpuesto por la representación procesal de D. Oscar frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de dieciséis de octubre de dos mil siete , pronunciada en el recurso contencioso administrativo 242/2.005, interpuesto por la representación procesal citada frente a la Resolución del Instituto Catalán de Salud, Consejería de Salud, de la Generalidad de Cataluña que denegó mediante silencio administrativo, la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por el recurrente que alcanzó la suma de trescientos treinta y cinco mil trescientos cuarenta y cinco euros como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a aquél a consecuencia del estudio electrofisiológico que le fue practicado el veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, que **casamos** y declaramos nula y sin ningún valor ni efecto.

Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo 242/2.005, interpuesto por la representación procesal de D. Oscar frente a la Resolución del Instituto Catalán de Salud, Consejería de Salud, de la Generalidad de Cataluña que denegó mediante silencio administrativo, la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por el recurrente que alcanzó la suma de trescientos treinta y cinco mil trescientos cuarenta y cinco euros como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a aquél a consecuencia del estudio electrofisiológico que le fue practicado el veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, que **anulamos** por no ser conforme con el Ordenamiento Jurídico y declaramos el derecho del recurrente a que por el Instituto Catalán de Salud se le abone en concepto de indemnización la suma de sesenta mil euros (60.000 #) actualizada a la fecha de esta Sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de indemnización.

No hacemos expresa condena en costas en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.