

Roj: STS 5287/2011
 Id Cendoj: 28079130042011100440
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 4
 Nº de Recurso: 4037/2006
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA
 Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil once.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 4037 de 2006, interpuesto por el Procurador Don Román Velasco Fernández, en nombre y representación de Don Leoncio , contra **la** Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha cinco de abril de dos mil seis, en el recurso contencioso-administrativo número 919 de 2001 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, dictó Sentencia, el cinco de abril de dos mil seis, en el Recurso número 919 de 2001 , en cuya parte dispositiva se establecía: "Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Leoncio contra la resolución impugnada en los presentes autos y expresada en el fundamento jurídico primero por ser la misma conforme a Derecho. No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas".

SEGUNDO.- En escrito de seis de junio de dos mil seis, el Procurador Don Román Velasco Fernández, en nombre y representación de D. Leoncio , interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha cinco de abril de dos mil seis .

La Sala de Instancia, por Providencia de trece de julio de dos mil seis, 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 cinco de septiembre de dos mil seis, el Procurador Don Román Velasco Fernández, en nombre y representación de Don Leoncio , 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 Providencia de trece de junio de dos mil siete.

CUARTO .- En escrito de diez de octubre de dos mil seis, el Sr. Abogado del Estado, en la representación legal que le corresponde, 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.

Por Diligencia de Ordenación se tiene por personada en nombre y representación del recurrente D. Leoncio , a la Procuradora Doña Cristina Velasco Echávarri, en sustitución del Procurador Sr. Velasco Fernández, entendiéndose con ella esta y las sucesivas diligencias.

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día trece de julio de dos mil once, 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. Leoncio interpone recurso de casación frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de cinco de abril de dos mil seis, que desestimó el recurso contencioso administrativo 919/2001, deducido por la representación procesal citada, frente a la resolución desestimatoria por silencio administrativo del Ministerio de Salud y Consumo, de la reclamación patrimonial planteada como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria prestada al reclamante por los servicios públicos sanitarios en los que fue tratado, todos ellos del INSALUD o concertados con el mismo.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia en el fundamento segundo manifiesta que: "Son hechos probados en autos, sin perjuicio de los que se expongan en ulteriores fundamentos jurídicos, por deducirse de los documentos que obran en el expediente administrativo que el actor, nacido el 4.3.1972, tras haber padecido diversos mareos, náuseas y dolor en sien, acudió a los Servicios Neurológicos de Ciudad Real, Hospital del Carmen, siendo atendido en fecha 2.12.1998, 23.1.1999, 18.4.1999, en las que se le diagnosticó cefaleas tensionales.

Acordada la práctica de una TAC en fecha 23.1.1999 se apreció una moderada dilatación del ventrículo lateral izquierdo, en concordancia con fenómenos de hemiatrofia subcortical.

Remitido a la Clínica Recoletos de Ciudad Real para practicar una RNM en fecha 26.5.1999 acude al Hospital del Carmen de Ciudad Real, en el que se le diagnostica una malformación arteriovenosa en lóbulo occipital derecho y asimetría del tamaño de los ventrículos laterales. Posteriormente es remitido al Hospital Virgen de la Salud de Toledo, donde se confirma el diagnóstico y se le remite al Servicio de Neurología de la Fundación Jiménez Díaz (FJD en lo sucesivo), concertada con el Insalud. Allí, en consulta de fecha 12.7.1999, se confirma el diagnóstico y se advierte que debido a su edad, y escasa sintomatología (un par de crisis de mareo y caída al suelo sin pérdida de conciencia), y resultar pequeña dicha malformación, se consideró que procediendo realizar una embolización con el producto denominado "Embolix", posponiéndose dicha intervención hasta la homologación del citado producto por el Ministerio de Sanidad. Ingresado para la realización de dicha prueba el 27.10.1999 al día siguiente tiene lugar la angiografía y embolización, siendo el tamaño de la MAV de 2,5 x 2,5 y 1,5 cm, hallándose constituida por 4 pedículos.

La citada intervención dura cinco horas, pasando el actor a recuperación. Una vez despierto se observa pérdida de fuerza y de movilidad en el lado derecho del cuerpo, lenguaje con disfonía y visión alterada. Ingres a continuación en la UVI con hemiplejía total del lado derecho en el que se le diagnostica "Aneurisma cerebral/ malformación AV. MAV temporal posterior basal derecha embolizada. ACVA tras embolización. Situación estable con mejoría discreta de la exploración neurológica". A continuación se realiza TAC, el cual muestra la presencia de hematoma de tipo venoso por infarto venoso situado en el polo temporal. Se interviene a los dos días de embolización para evacuación del hematoma, lo que tiene lugar en su totalidad, y se recupera la situación normal en tronco cerebral. Persiste hematoma cerebral derecho y se recupera movilidad salvo en miembro inferior derecho.

Con posterioridad el paciente ingresa de nuevo en UVI en fechas 22.11.99 y 2.12.99 por infección nosocomial y con clínica compatible con tromboembolismo pulmonar (TEB) masivo, confirmándose con TAC y ecodoppler de miembros inferiores un trombo que ocluía las venas femoral superficial y poplítea derechas. Dada la buena evolución mediante tratamiento con antibióticos, se decide el alta el día 23.12.99 y posteriormente la retirada de filtro de vena cava inferior en fecha 3.1.2000.

El día 10.1.2000 el paciente acudió al servicio de urgencias del Hospital Gutiérrez Ortega de Valdepeñas por presentar un cuadro con desviación de comisura bucal, mareo, vómitos y malestar general; en la exploración se aprecia disatria, nistagmus horizontal y diplopía, solicitándose TAC craneal y remisión al Complejo Hospitalario de Ciudad Real donde puestos al habla con los neurocirujanos de guardia de dicha fundación, éstos no aprecian cuadro agudo que exija su remisión inmediata a dicho Centro. Habiéndose diagnosticado hidrocefalia se le implanta derivación ventriculopulmonar. El 26 de enero de 2000 se le da de alta.

Con posterioridad acude a revisiones periódicas el 2.5.00 se observa que está acumulando líquido encefalo-raquídeo en la parte posterior de la cabeza. En revisión de 14 de junio de 2000, tras apreciar mejoría, se decide posponer ulterior intervención quirúrgica advirtiendo desaparición de nistagmus y diplopía, así como de dismetría.

En noviembre de 2000 se observa que el líquido encéfalo raquídeo se va reabsorbiendo, pero la

malformación sigue sin cerrarse. En fecha 22.11.01 se realiza tratamiento mediante radiocirugía, que se practica sin incidencias. Posteriormente acude trimestralmente a revisión al servicio de Neurología de la FJD, quedando como secuelas una leve hemiplejía derecha y disastria.

Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de Ciudad Real fue reconocida al actor una minusvalía del 22%.

Presentada reclamación de responsabilidad patrimonial el 26.1.2001, en la que el actor reclamaba 200.000 euros, así como la fijación de una pensión vitalicia equivalente al cuádruple del salario mínimo interprofesional, dicha petición no fue resuelta.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial se apreciarán sus conclusiones en el fundamento jurídico correspondiente".

El tercero de los fundamentos de la sentencia lo dedica la Sala a exponer el régimen constitucional y legal así como la interpretación jurisprudencial del mismo, en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y, en particular, en relación con la asistencia sanitaria prestada por los servicios públicos de salud, y así expone que: "Reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido requiriendo la concurrencia de tres requisitos para que tenga lugar la responsabilidad de las Administraciones Públicas: 1º Que el daño producido ha de ser efectivo, individualizado y evaluable económicamente; 2º Que entre la acción u omisión de la Administración y el daño exista un nexo o relación de causalidad por ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público; 3º Que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido y no se haya producido por fuerza mayor (STS de 4 de febrero de 1997 , 22 de enero de 1997 , 19 de diciembre de 1996 , 24 de octubre de 1995 , entre otras); a los que bien cabría añadir otro: Que no haya transcurrido el plazo de un año que según la jurisprudencia ha de reputarse de prescripción (STS de 25 de noviembre de 1992 , 17 de julio de 1992 , 16 de mayo de 1990 , 22 y 25 de marzo de 1990), con lo cual es susceptible de interrupción, entendiéndose que se computa desde que el perjudicado pudo ejercitar esa acción, por ser ese momento en el que nace la acción (STS de 15 de octubre de 1990 , 13 de marzo de 1987), y siempre de la forma más favorable para el ejercicio de la acción (STS 24 de julio de 1989); tratándose de requisitos que se extraen en la actualidad de lo dispuesto en la *Ley 30/92 de 26 de noviembre de PAC ; artículos 139 y 141 ;* y que con anterioridad se deducían de lo dispuesto en el *artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 ,* y de los *artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 .*

En este sentido debemos resaltar que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español, con fundamento en el *artículo 106 de la Constitución Española, se presenta como uno* de los más avanzados en el Derecho Comparado en el sentido de configurar un régimen de responsabilidad objetiva y directa de las Administraciones Públicas (STS de 13 de marzo de 1989 , 23 de octubre de 1990 , por todas), que se exige no sólo en los casos de funcionamiento anormal del servicio público (entendido éste en sentido amplio como toda actividad que se desarrolla en el ámbito de la organización administrativa, no en el sentido restringido de prestación ofrecida al público, STS de 28 de enero de 1993 , 23 de marzo de 1992 , 28 de mayo de 1991 , 10 de junio de 1986 , por todas, rindiendo con ello a la concepción de la doctrina francesa del servicio público) sino también en los de funcionamiento normal, lo que permite excluir únicamente la fuerza mayor, pero no el caso fortuito.

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria esta Sala y Sección en sentencias entre otras las de 27.11.2002 , 20.11.2002 , 17.1.2001 , y el Tribunal Supremo entre otras, como las de 9.3.1998 , 14.10.2002 , 19.7.2004 , han venido proclamando que la obligación del profesional médico es siempre de medios, no de resultados; siendo así que la jurisprudencia ha descompuesto esta obligación en los siguientes deberes: A/ Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales. B/ Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico. C/ Continuar el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta advirtiéndolo de los riesgos de abandono del tratamiento.

A ello debe unirse la muy consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en STS como las de 19.7.2004 , 14.10.2002 , 22.12.2001 , 7.6.2001 , (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo

ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha "lex artis" respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.

Y también hemos dicho que el criterio de la "lex artis" es un criterio de normalidad de los profesionales que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida o "lex artis". Este criterio es fundamental, pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha "lex artis". De exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento como sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la "lex artis". Y todo ello sobre la base de la aplicación de criterios de causalidad adecuada a la hora de determinar dicha relación de causalidad entre el daño producido y la actuación desempeñada (STS de 28.11.1998 , SAN de 24.5.2000 , por todas)".

La sentencia resuelve las cuestiones planteadas en el recurso en el fundamento cuarto, donde va dando respuesta a cada una de ellas, para finalmente desestimar el recurso. Afirma en ese fundamento lo que sigue: "Presupuesto lo anterior procede entrar a examinar los fundamentos invocados por el recurrente en virtud de los cuales articula su pretensión de responsabilidad patrimonial.

1. En relación con la falta de realización de las pruebas idóneas para diagnosticar la existencia de una MAV (Malformación arteriovenosa) y su naturaleza y características, ha de indicarse que con carácter previo a la embolización practicada, fue realizada una resonancia en mayo de 1999, un TAC en enero de 1999, así como la angiografía, la cual fue realizada en la Fundación Jiménez Díaz cuando ingresó en octubre de 1999, y tal como revela la prueba pericial practicada, constituye la prueba más idónea para determinar el alcance de la citada MAV.

2. En relación con la falta de consentimiento exigido por el *art. 10.5 de la Ley General de Sanidad 14/1986 de 25 de abril* , así como por el *art. 4 de la Carta de los Derechos y Deberes del Paciente* que cita el recurrente, lo cierto es que el actor centra su impugnación únicamente en la falta de consentimiento respecto de la embolización practicada en fecha 28.10.99, y es así que el citado consentimiento escrito obra incorporado a las actuaciones, siendo el mismo de fecha 27 de octubre de 1999, y en él se indica que "autorizo al Dr. Claudio para que efectúe las exploraciones neuroradiológicas que considere necesarias o aconsejables para el diagnóstico y/ o tratamiento de mi padecimiento, aprobando y aceptando los riesgos a que quedo sujeto por el procedimiento exploratorio **anestésico**, radiológico, medicamentoso etc, que se me aplique, habiendo sido informado previamente de la exploración y tratamiento a realizar".

El actor podrá discrepar del alcance del mismo, pero resulta inútil la práctica de todas las diligencias de prueba interesadas para que se aporte aquello que ya consta en autos; y si el actor pretende probar un hecho negativo, esto es, que no ha existido un consentimiento expreso del paciente conforme requieren los preceptos invocados y las buenas prácticas médicas, no resultan las diligencias indicadas los medios más adecuados para probar un hecho que no le incumbe.

Centrados en estos términos el debate, lo cierto es que aún cuando se indicase que el mencionado consentimiento aportado a los autos no contiene necesariamente el alcance y riesgos derivados de la técnica utilizada, la embolización para el tratamiento de una MAV de 4 pedículos, en relación con otras técnicas - y que en cierto modo lo expresa el dictamen pericial- lo cierto es que con arreglo precisamente al propio dictamen pericial, la técnica utilizada, ha sido, sin lugar a dudas, la más adecuada si tenemos en cuenta: a) Que si bien la MAV era pequeña y la intervención no era urgente, lo cierto es que resultaba igualmente necesaria, por ser compleja y de elevado flujo, calificándose de grado 3, lo que también reveló el informe de neurología de la FJD que obra en el F 2. En consecuencia, estaba perfectamente indicada, según expresa el dictamen pericial, al facilitar la ulterior cirugía en un 95% de los casos. b) Resultó, por otro lado, eficaz, como apunta el hecho de que se redujese de 4 a 2 los pedículos existentes. c) Frente al argumento del actor de que la microcirugía es la terapia que debió ser empleada como terapia inicial para dicho tipo de MAV, lo cierto es que no estaba indicada en el presente caso, según el estado de la Ciencia Médica, pues es mayor el grado de mortalidad y de morbilidad que cuando no se aplica inicialmente la embolización, superando aquél el 2% indicado en el expediente, aunque se considere que pudiera resultar mayor su eficacia, lo cual no es contrario con lo antes indicado sobre el grado de mortalidad y morbilidad. d) En el estado de la Ciencia Médica al año 1999, en el que han avanzado los resultados por el empleo de la embolización, sobre todo, si se dispone de los equipos adecuados como tenía la Fundación Jiménez Díaz,

dicha técnica resultó correcta, en línea con parte de la documental que aporta el actor, que indica que dicha técnica resulta ser coadyuvante y favorecedora, por tanto, del empleo de la cirugía, que ha de tener lugar con posterioridad. A este respecto ha de tenerse en cuenta, por tanto, también la propia documental que aporta el actor que confirma estas conclusiones apreciadas por el perito, sobre todo la relativa a estudios más recientes. Y así debemos destacar el informe de la Clínica los Condes de la Universidad de California, pág. 5, o el de la Sociedad Catalana de Neurología, pag. 4.

Por otro lado, del F. 103 del expediente que cita el actor no se indica lo contrario, sino que en todo caso que la embolización no se considero conveniente en fecha 18.10.2001.

En consecuencia, la Sala, valorando completamente toda la prueba practicada, se inclina decididamente por las conclusiones apreciadas por el perito, ratificadas además por parte de la documental que aporta el actor. Y ello lo hace por la objetividad que aquella representa, por su mayor contradicción, teniendo en cuenta la titulación del perito, especialista en neurología, y ello en relación con la documental que aporta el actor. Y además sin olvidar el escaso valor documental que pueden contener las referencias informáticas extraídas por el recurrente de Internet que no resultan necesariamente como "comunis opinio" de la Ciencia Médica sobre la cuestión.

Tampoco debe darse relevancia al servicio concreto que atendió al actor en relación con el que fue derivado desde Ciudad Real, pues sea el de Neurocirugía o el de Neuroradiología, el servicio concreto que le atendió en la FJD no se presentaba como inidóneo e incapacitado para la atención médica prestada.

Lo mismo cabe decir de la falta de constancia del protocolo de embolización cuando consta en autos, las pautas médicas seguidas por la FJD para el tratamiento del actor y sobre las que el actor ha podido manifestar cuanto ha tenido por conveniente, constando además incorporada la historia clínica, y en la que no obstante, se alude al citado protocolo.

3. En cuanto al empleo del producto denominado Embolix u Onyx, denominación que no aparece suficientemente contrastada en autos, si bien hemos de reconocer que el informe de la Subdirección General de Productos sanitarios del Ministerio de sanidad indica que no consta que haya sido autorizado por dicho Ministerio, lo cierto es que el propio informe revela que el citado producto podía estar amparado en la *directiva 93/42/CEE (doc. 57)*, además de que el informe pericial practicado revela que cuenta con reconocimiento y difusión en España, siendo autorizado desde 1999, tal como alude el informe pericial, como marca CEE (punto 5º de la ratificación).

4. Por otro lado, que hubiese existido una oclusión inadvertida no quiere decir que existiese por ello infracción de la *lex artis*, según se deduce del informe pericial.

5. En cuanto a las demás complicaciones surgidas (traqueobronquitis, infección nosocomial, tromboembolismopulmonar) ha de reconocerse que son complicaciones típicas (así lo indica la aclaración 16ª del perito de 8.3.2005), dentro del tratamiento de una MAV. Por otro lado, el informe del Servicio de Medicina Nuclear de 12.12.99 que cita el actor admite que pueden también producirse con la práctica de radiocirugía o microcirugía, por lo que no existe daño desproporcionado (*res ipsa loquitur*).

Por otro lado, la doctrina que reitera el actor, y que se deduce de la STS de 4 de abril de 2001 no desvirtúa lo expuesto, al no identificarse con el supuesto debatido en autos.

Por último, las alegadas manipulaciones de la Historia Clínica o la impugnación de los folios del expediente que cita el actor no permite deducir que los informes y actuaciones que obran en el mismo hayan sido objeto de manipulación alguna que desvirtue lo indicado en la presente sentencia, pudiendo manifestar el actor cuanto ha tenido por conveniente en relación con el expediente incorporado a los autos.

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ser conforme a derecho la resolución impugnada en autos".

TERCERO.- El recurso que plantea el demandante en la instancia contiene hasta ocho motivos de casación, de los cuales, los seis primeros se acogen al amparo del apartado c) del *número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*, y, por tanto, denuncian supuestos quebrantamientos de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales que habrían ocasionado indefensión al recurrente.

El primero de esos motivos aduce infracción de los *artículos 24.1 y 2 de la Constitución Española*,

238.3 de la LOPJ y 60.1 y 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues hubo quebrantamiento de las normas esenciales del juicio que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

Según el motivo la sentencia no tuvo en cuenta el protocolo de embolización que se había solicitado, y para ello se limita a reproducir escritos solicitando la práctica de la prueba, citando documentos en número de 62, y reproduciendo más escritos acerca de peticiones de prueba, acumulando folio tras folio, hasta ciento sesenta y dos. Cita desde numerosos artículos contenidos en Diario Médico, hasta sentencias de esta Sala, de modo inconexo, y, refiriéndose, entre otras cuestiones, al asunto del consentimiento informado.

En relación con este motivo la Sra. Abogado del Estado solicita su inadmisión pues, a su juicio, y está en lo cierto, en él no se contiene una crítica de la sentencia y por ello debería rechazarse. Pero, añade, aún para el supuesto de que la Sala entrase en el conocimiento del mismo, solicita su desestimación por la razón apuntada, y que consolida en el posterior desarrollo de su oposición recordando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba y la Jurisprudencia de esta Sala sobre esta misma cuestión.

El motivo debe rechazarse. Prescindiendo en este momento de la cuestión del consentimiento informado sobre el que insiste el recurso más adelante y en el lugar adecuado, es decir, en los motivos que plantea por el apartado d) del *número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*, y centrándose en la no aparición en el expediente del protocolo para la embolización realizada al recurrente, la Sala resuelve con acierto la cuestión cuando denegó esa prueba por considerar que la misma no era relevante a los efectos del proceso, por que constaba cómo se había realizado, dónde y por qué, y sobre todo porque estaba indicada como modo de conocer el alcance y dimensiones de la malformación, y como medio previo y coadyuvante con el posterior de la cirugía, bien fuera or medio de microcirugía o radiocirugía. Para alcanzar esa conclusión de la idoneidad de esa práctica, la Sala se basó en el informe pericial y en los resultados que la prueba produjo en la reducción de la malformación, y su indicación en ese momento sin perjuicio de la posterior cirugía.

Pero con independencia de lo anterior, y como expresa la Abogacía del Estado, en la no incorporación de esa prueba no existió indefensión para la parte, por que la Sala razonó suficientemente el por qué la denegó, al entender que era intrascendente para el proceso, *artículo 60.3 de la Ley de la Jurisdicción*, y, por otra parte, el recurrente no ha acreditado esa trascendencia ni ha puesto de relieve que la aportación de esa prueba pudiera resultar necesaria para la decisión a adoptar en el proceso, de modo que su aportación pudiera cambiar el signo de la resolución a adoptar por la Sala de instancia.

Junto a lo expuesto, y sobre esta cuestión, en la sentencia se hizo constar que en autos aparecían las pautas médicas seguidas por la FJD para el tratamiento que llevó a cabo con el recurrente que constaban en la historia clínica, y en la que se aludía al citado protocolo de embolización.

CUARTO.- El segundo de los motivos con igual fundamento que el anterior, invoca como infringidos los *artículos 24.1 y 2 de la Constitución*, y el *238.3 de la LOPJ*, por que se produjo un cambio en el Magistrado Ponente que redactó la sentencia, y que no fue el que participó en la ratificación del perito.

A este motivo opone la defensa del Estado que ni tan siquiera identifica la norma procesal supuestamente infringida, y, sobre todo, no razona como se produjo la indefensión que se alega, ni ésta resulta sin más del cambio de ponente realizado.

Este motivo debe seguir igual suerte que el anterior. No es posible olvidar que estamos en presencia de uno de aquellos que se plantean al amparo del apartado c) del *número 1 del artículo 88 de la Ley de la jurisdicción*, y en consecuencia de los que denuncian quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

Por ello en primer término para que este motivo pueda prosperar resulta preciso que el recurrente ofrezca alguna razón acerca de la indefensión que el cambio de ponente le produjo. Nada de eso expresa el motivo. Por otra parte de acuerdo con el *apartado 2 del artículo citado de la Ley 29/1998*, esa infracción solo podrá alegarse cuando se haya pedido la subsanación de la falta o trasgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno, y en este supuesto nada de eso consta, y es obvio que en el momento de la notificación del señalamiento para la votación y fallo se hubo de conocer el cambio de ponente, y ese era el momento para hacer la protesta necesaria, y, por último, y esto es lo verdaderamente trascendente, del cambio de ponente no resulta la vulneración del principio de inmediación de la prueba habida cuenta de que la misma quedó perfectamente documentada, y basta con examinar el texto de la sentencia, para

comprobar como el magistrado ponente redacta la misma mostrando un conocimiento exhaustivo de la prueba y, en particular de la pericial, a cuyo informe se remite en distintas ocasiones así como a la ratificación del autor de esa prueba.

QUINTO.- El tercero de los motivos insiste también en la vulneración del apartado c) del *número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*, al haber conculcado la sentencia recurrida los *artículos 24.1 y 2 de la Constitución, 238.3 de la LOPJ y 60.4 y 60.6 de la Ley de la Jurisdicción*.

Para ello expresa el recurrente que: "El día de la ratificación del Perito la actora fue limitada en las preguntas a realizar o aclaraciones al perito, de tal manera que se conculcó el *artículo 60.4 y 60.6 de la Ley Reguladora*. La actora pidió aclaraciones a ese dictamen de conformidad con el *art. 60.6 de la Ley Reguladora* que fueron denegadas, pero, además, el día de la ratificación también pidió aclaraciones al Sr. Perito que fueron denegadas.

La actora aduce que en el procedimiento ha sufrido indefensión con conculcación de los *artículos 24.1 CE, 24.2 CE, 238.3 LOPJ* pues hubo quebrantamiento de las formas esenciales de juicio por infracción de las normas reguladoras que rigen los actos de garantía procesal, habiéndose producido indefensión.

La actora igualmente agotó hasta la saciedad la solicitud de otro consentimiento informado que el perito dijo que existía respecto a la primitiva intervención pero ese documento no se aportó y no se requirió por la Sala. La ausencia de ese documento nos genera indefensión pues en ese documento en definitiva estriba la existencia o inexistencia del cumplimiento del requisito de consentimiento informado.

La actora niega la existencia de consentimiento informado pero en cualquier caso no tiene la prueba (sic) de hechos negativos".

Opone la Abogado del Estado que "no se citan las normas procesales que se consideran infringidas. Tampoco se hace referencia a ningún documento obrante en los autos que acredite la limitación de la intervención de la actora en la práctica de la prueba pericial que se alega. Tampoco se explica si la supuesta vulneración de derechos fue o no alegada en la instancia. Al parecer, se pretende que todo ello se deduzca de los extensos escritos de la parte actora que se reproducen, como ya se ha dicho, en el motivo primero del recurso, proceder éste que resulta inadmisibles.

A todo lo anterior se ha de añadir que tampoco se explica cuales son las aclaraciones que el recurrente habría formulada al perito y cuya práctica podría haber sido determinante del fallo".

Tampoco este motivo puede prosperar. Debemos recordar aquí la advertencia que ya antes efectuamos en cuanto a la alegación en torno al consentimiento informado y que es objeto de uno de los motivos que se acogen al apartado d) del *número 1 del artículo 88 de la Ley de 13 de julio de 1998*.

Centrándonos ahora en la vulneración que se denuncia del derecho del recurrente a formular aclaraciones al perito sobre el informe que el mismo presente, es claro el derecho que la *Ley reconoce a las partes en el artículo 60.6* para que puedan solicitar aclaraciones al dictamen emitido.

Ese derecho desde luego no fue conculcado en el proceso. Basta para ello con examinar el acta de ratificación del informe pericial que obra en las actuaciones para comprobar la inexistencia de ese vicio procesal. El perito contestó a una cuestión previa y a dieciséis aclaraciones más, y en alguna de ellas a nuevas preguntas formuladas en ese momento, y solo en la decimocuarta, en la que el magistrado que presidió la práctica de la prueba negó la respuesta porque la entendió ya contestada en otra anterior, consta la siguiente expresión consignada literalmente "por el letrado actor se protesta de que se declare improcedente". Eso es todo.

SEXTO.- El cuarto de los motivos se refiere, también, con igual soporte en el *artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción*, a la vulneración de nuevo por la sentencia de los *artículos 24.1 y 2 de la Constitución y 238.3 de la LOPJ*.

"La Sentencia, dice, nos genera indefensión puesto que ha hecho abstracción sin razonamiento alguno del bloque científico anexo a la demanda no impugnado de contrario, sin valorar en lo más mínimo la documental anexa a la demanda, y sin razonarla de ninguna manera.

La actora con su demanda presentó 62 documentos y la sentencia desde la más rotunda indefensión a la actora y desde la incongruencia omisiva con ese bloque documental de 62 documentos que no analiza se limita a decirnos: "En consecuencia la Sala valorando completamente toda la prueba practicada se

inclina decididamente por las conclusiones apreciadas por el perito, ratificadas además por parte de la documental que aporta el actor. Y ello lo hace por la objetividad que aquella representa, por su mayor contradicción, teniendo en cuenta la titulación del perito, especialista en neurología, y ello en relación con la documental que aporta el actor. Y además sin olvidar el escaso valor documental que pueden contener las referencias informáticas extraídas por el recurrente de Internet que no resulta necesariamente como "comunis opinio de la Ciencia Médica sobre la cuestión".

La recurrente presentó una demanda de 134 folios y 62 documentos. El bloque documental nuestro de 62 documentos no ha sido valorado y no ha sido analizado por la sentencia de origen de tal manera que ese ejercicio de omisión nos genera indefensión a retomar ante el TC".

Carece el motivo de consistencia alguna por lo que debe como los precedentes desestimarse. En la exposición del mismo está la clave de su rechazo. La Sala no ignoró esos documentos que se quieren hacer valer como esenciales frente a la prueba decisiva del proceso constituida en este caso por la pericial practicada, y por perito perfectamente cualificado para ello.

Lejos de ello, y como resulta del párrafo de la sentencia que transcribe el motivo, examinó esos documentos y los contrastó con la prueba pericial a la que dio mayor valor razonadamente. En consecuencia no hubo infracción procesal alguna que causara indefensión al recurrente.

SÉPTIMO.- El quinto de los motivos también acogido al mismo *ordinal y apartado del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*, cita como infringidos idénticos artículos de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y aduce indefensión por la falta de constancia del protocolo de embolización e igualmente la ausencia de la documental que había pedido en su escrito de proposición de prueba.

En este motivo y para su rechazo no es preciso más que efectuar una remisión a lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores en los que nos hemos referido a la no necesidad de la aportación del protocolo para la embolización y a la falta de aportación de documentos que solicitó en el escrito de proposición de prueba.

La Sala de instancia en su momento rechazó motivadamente, Auto de 13 de octubre de 2004, las pruebas que consideró improcedentes al resolver el recurso de súplica frente al anterior de 9 de julio, apreciando conjuntamente las circunstancias que concurrían en el proceso y los términos en que quedó planteado el debate, considerando impertinentes e improcedentes las pruebas denegadas al asumir que con lo actuado existían elementos de juicio suficientes para resolver en Derecho, y de esa decisión no se deduce indefensión alguna digna de ser estimada, como por otra parte resulta de la sentencia.

OCTAVO.- Seguidamente plantea un sexto motivo, el último de los que se deducen por el apartado c) del *número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*, en el que invoca la infracción por la sentencia de la doctrina del Tribunal Constitucional que resulta de la sentencia 189/1995 de 18 de diciembre, así como de la sentencia del Tribunal Supremo dictada en el recurso 166/2004 de 18 de enero de 2005.

Sostiene el motivo que el consentimiento informado "no es otra cosa que un documento estándar tipo o de plantilla. No hubo consentimiento informado. La Sentencia admite que el actor sufrió o padeció a consecuencia de la intervención quirúrgica unos riesgos típicos. El actor quedó gran inválido tras la intervención quirúrgica y resulta que el propio perito admitió que lo acontecido tras la intervención quirúrgica, constituye un riesgo típico. Ahora bien, en modo alguno el paciente había sido advertido respecto a los riesgos específicos y típicos de esa intervención quirúrgica. No consta en el documento de consentimiento informado que cita la propia sentencia y que se impugnó por la actora y que no se reconoce en este acto, pero en cualquier caso ese documento es un documento genérico, tipo o de plantilla que no especifica riesgo típico alguno de la delicada intervención quirúrgica".

La defensa del Estado rechaza de modo conjunto los motivos cuatro a seis del recurso porque en ellos se insiste en que la indefensión deriva de la falta de práctica de ciertas pruebas con la misma falta de concreción y técnica ya denunciadas.

Antes de entrar en el estudio del motivo es preciso señalar que en el afirma la parte que el recurrente quedó gran inválido cuando consta en la sentencia que le fue reconocida una incapacidad del 22% muy alejada de la precisa para tener esa calificación de invalidez que se afirma.

Este motivo no puede estimarse puesto que está mal planteado por el apartado c) del *número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*. La razón es simple; en el expediente administrativo aparece un

documento de consentimiento informado, y en torno a ello se podrá discutir si el mismo es suficiente o no, para tener por cumplida la obligación de la Administración de cumplir con ese requisito esencial que constituye el informar al paciente de qué se va a hacer, qué es necesario para ello, qué consecuencias pueden derivar de la intervención y cuáles pueden ser las alternativas a la misma, si es que existen.

En consecuencia no se puede aquí plantear que exista un vicio en la sentencia, que sí que resolvió sobre esa cuestión, ni tachar por ello a la misma de incongruente, ni tampoco sostener que se produjo en el procedimiento un quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, que en este supuesto haya generado indefensión. Y ello porque en este caso no sería un vicio de forma sino de valoración del documento en el que se concreto el consentimiento informado.

Por último no queremos dejar de referirnos a los dos sentencias que cita el motivo; la primera de ellas del Tribunal Constitucional 189/1995, de 18 de diciembre, que estima un recurso de amparo planteado por RENFE frente a una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había incurrido en incongruencia por exceso, y que, por tanto, nada tiene que ver con la cuestión aquí controvertida, y la de este Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación 166/2004 de 18 de enero de 2005, que se refiere a un supuesto similar al aquí recurrido, y que en nada contradice lo decidido en este supuesto, como más adelante hemos de comprobar.

NOVENO.- El motivo séptimo se acoge al apartado d) del *número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*, y se funda en la vulneración por la sentencia objeto de recurso de la "infracción de las normas del Ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

La Sentencia de origen conculca el *art. 139.1, 139.2, 139.3 de la Ley 30/92*, y sentencia del TS 3/10/2000.

La Sentencia de origen conculca el contenido de la sentencia de TS de 3/10/2000 y otras análogas puesto que hubo mala praxis asistencial en congruencia con una técnica inadecuada y la utilización de un fármaco no adecuado como el onix.

La sentencia reconoce que el fármaco "ONIX" no estaba legalizado en España. La utilización de un fármaco no legalizado requiere un consentimiento específico".

Y cita como infringida la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 5/4/2006, recurso 919/2001.

Este motivo tampoco puede tomarse en consideración. La vulneración del *artículo 139 de la Ley 30/1992, la concreta en dos aspectos*; el primero que hubo mala praxis asistencial en congruencia dice de la utilización de una técnica no adecuada, y la utilización de un fármaco que tampoco era adecuado al no estar autorizado su uso en España.

Por su parte la defensa del Estado opone conjuntamente a los motivos séptimo y octavo que "se insiste en que, en contra de lo que afirma la sentencia recurrida, hubo "mala praxis" médica en el caso del actor y en que, respecto de la primera intervención a la que fue sometido, no se recabó su preceptivo consentimiento informado.

En realidad, puesto que la sentencia recurrida razona por qué considera que no hubo mala praxis y por qué entiende que existió consentimiento informado en el supuesto referido, lo que realmente se pretende por la parte recurrente es discutir la valoración de la prueba pericial y documental realizada por la Audiencia Nacional. Ello, como es sabido, excede del reducido ámbito del recurso de casación.

También este motivo debe rechazarse. Hay que coincidir con la Sra. Abogado del Estado en que lo que con los argumentos que utiliza el recurrente para atacar en este ámbito a la sentencia, lo que ponen en tela de juicio es la valoración de la prueba que efectuó en su sentencia la Sala de instancia. Y coincidimos plenamente con esa observación por que, además, de ser gratuitas esas afirmaciones, la valoración de la prueba se atuvo a la conclusión que arrojaba con claridad el estudio del informe pericial y la ratificación del mismo, tanto en el sentido de que la práctica de la embolización era una técnica adecuada para determinar el alcance de la malformación arteriovenosa que aquejaba al paciente, como que el uso del embolix u oniyx era adecuado, puesto que la prueba se demoró hasta el momento en que fue autorizado el uso de ese elemento en España. Sobre esos extremos el perito fue categórico tanto en cuanto a la bondad de la prueba para determinar el alcance de la malformación como para posteriormente favorecer el uso de la cirugía, y lo mismo hizo en relación con el uso de la sustancia empleada sobre cuya utilización no tuvo duda.

DÉCIMO.- Por último el motivo octavo con igual amparo que el precedente manifiesta que la sentencia que recurre conculca el art. 139.1, 139.2, 139.3 de la Ley 30/92 y TS 18/1/2005 , recurso nº 166/2004. La vulneración del derecho a la información en la primera intervención resulta incontrovertida. La Sentencia de origen conculca la sentencia del TS dictada en el recurso 166/04 . No hubo consentimiento informado en la primera intervención que es la conflictiva, y eso conculca la de TS de 18/1/2005 .

El presunto consentimiento de la primitiva intervención fue genérico, ambiguo y sin indicación de que se trataba de un riesgo típico, y, por lo tanto hubo conculcación entonces, y luego en relación con la sentencia del TS de 18/1/2005 en el recurso 166/04 ".

En materia de consentimiento informado, afirma la Abogado del Estado, que la parte recurrente considera vulnerada una sentencia de ese Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2005 , que nada tiene que ver con el caso que nos ocupa puesto que se refiere a un supuesto en el que no existió consentimiento informado escrito del enfermo, que sí existe, sin embargo, como destaca la sentencia recurrida, en el presente supuesto".

El motivo debe rechazarse como todos los anteriores. Desde luego hubo consentimiento informado en relación con la embolización que es sobre la que pivota esta cuestión del consentimiento. Tan es así que lo hubo, que la sentencia lo transcribe íntegro; de este modo la única duda acerca de si el mismo fue o no adecuado o si pecó de escueto y general, la sentencia la solventó teniéndolo por suficiente, toda vez que concluía afirmando que el paciente había sido informado previamente de la exploración y tratamiento endovascular a realizar.

Insiste el motivo en que el mismo era insuficiente, y que debió de existir otro que no se aportó a los autos, y al que se refiere el informe pericial. Pero eso no se deduce de la sentencia, ni tan siquiera resulta del informe pericial. La sentencia mantiene que parece deducirse del informe pericial que el consentimiento pudo ser insuficiente, pero, pese a ello, concluye que la técnica utilizada fue adecuada y conforme a la *lex artis*.

Por otra parte y sobre este particular es claro que se firmó un documento de información al paciente, y que en el propio informe pericial se afirma que debió de producirse una posterior información al paciente y a su esposa, aún antes de la firma del documento de consentimiento informado, así resulta de la respuesta que en el acto de ratificación del informe ofrece el perito a la aclaración cuarta que se le formuló.

DECIMOPRIMERO.- Al desestimarse el recurso de conformidad con lo prevenido por el *Art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción* procede hacer expresa condena en costas a la recurrente, si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el núm. 3 del artículo citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros. (3.000 #).

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación **núm. 4037/2006** , interpuesto por la representación procesal de D. Leoncio , frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de cinco de abril de dos mil seis, que desestimó el recurso contencioso administrativo 919/2001 , deducido por la representación procesal citada, frente a la resolución desestimatoria por silencio administrativo del Ministerio de Salud y Consumo, de la reclamación patrimonial planteada como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria prestada al reclamante por los servicios públicos sanitarios en los que fue tratado, todos ellos del INSALUD o concertados con el mismo, que **confirmamos** , y todo ello con expresa condena en costas a la recurrente con el límite fijado en el fundamento de Derecho decimoprimeros de esta Sentencia.

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.