

**Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de
10/5/2005 (rec.6595/2001)**

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Mayo de dos mil cinco.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los señores al margen anotados, el presente recurso de casación que con el número 6595 de 2001, ante la misma pende de resolución. Interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la *sentencia dictada por la Audiencia Nacional, (Sala de lo contencioso-administrativo, sección cuarta) con fecha 3 de octubre del 2001, en su pleito núm. 739/1999* . Sobre responsabilidad de la Administración por acto sanitario. Siendo parte recurrida DON Jose Ignacio

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia recurrida es del tenor literal siguiente: <<Fallamos.- Primero.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por la procuradora doña Elvira Cámara López, en nombre y representación de don Jose Ignacio, contra la desestimación, por silencio del MINISTRO DE SANIDAD Y CONSUMO, de la petición de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial del Estado, resolución que anulamos por no ser conforme a derecho. Segundo.- Declarar el derecho que asiste al recurrente a que por la Administración demandada le sea satisfecha, por todos los conceptos, la cantidad de 40.000.000 pesetas. Tercero.- Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente. Cuarto.- No procede hacer expresa declaración en materia de costas>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia el Abogado del Estado presentó escrito ante la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, sección cuarta, preparando recurso de casación contra la misma. Por providencia de fecha 30 de octubre del dos mil uno, la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma recurso de casación, admitiéndolo y emplazando a las partes para que comparezcan ante la Sala 3ª de este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, se emplaza al Sr. Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración, para que manifieste si sostiene o no el recurso preparado ante la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, sección cuarta, y en caso afirmativo formalice el correspondiente recurso de casación dentro del plazo de treinta días, como así se hizo.

CUARTO.- Admitido el recurso de casación formalizado por la Administración del Estado, se dio traslado del mismo a la parte recurrida, para que formalizara sus alegaciones de oposición, como así hizo. Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día VEINTISIETE DE ABRIL DEL DOS MIL CINCO, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Francisco González Navarro,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A. En este recurso de casación, que la Sala de instancia tuvo por preparado mediante providencia de 30/10/2001, y que se ha tramitado ante esta Sala 3ª del Tribunal Supremo de España con el número 6595/2001, la Administración del Estado, que actúa representada y defendida por el Abogado del Estado, impugna la sentencia de la *Audiencia Nacional (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4ª) de tres de octubre del dos mil uno, dictada en el proceso número 739/1999* .

B. En ese proceso contencioso-administrativo, don Jose Ignacio, que actuaba representado por la procuradora doña Elvira Cámara López, con asistencia del abogado don Francisco Terrón Salgado, impugnaba la denegación por acto ficticio (silencio administrativo con significado negativo) de la reclamación de una indemnización de ciento cincuenta millones de pesetas (150.000.000 ptas) con los intereses legales a que hubiere lugar desde la fecha de la reclamación, por los daños derivados, según sostiene, de mala praxis sanitaria en centro público de la Administración del Estado (Ministerio de Sanidad y Consumo).

La sentencia dictada en ese proceso dijo lo siguiente en su parte dispositiva: <<FALLAMOS.- Primero.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por la procuradora doña Elvira Cámara López, en nombre y representación de don Jose Ignacio, contra la desestimación, por silencio del MINISTRO DE SANIDAD Y CONSUMO, de la petición de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial del Estado, resolución que anulamos por no ser conforme a derecho. Segundo.- Declarar el derecho que asiste al recurrente a que por la Administración demandada le sea satisfecha, por todos los conceptos, la cantidad de 40.000.000 pesetas. Tercero.- Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente. Cuarto.- No procede hacer expresa declaración en materia de costas>>.

SEGUNDO.- Para la adecuada comprensión de cuanto luego ha de decirse conviene empezar transcribiendo el fundamento jurídico segundo que contiene lo que podemos tener por relación de hechos probados. <<Del examen del expediente administrativo y de estos autos se desprenden las siguientes conclusiones fácticas: a) El recurrente, don Jose Ignacio, a la sazón de 53 años de edad, médico de profesión, acudió al Hospital "Infanta Cristina" de Badajoz el día 10 de diciembre de 1994, procedente del Centro de Salud de esa capital, con un cuadro de "Epístasis" de 48 horas de evolución, ingresando en el Servicio de Otorrinolaringología, al que había sido derivado del de Urgencias. b) Con tratamiento consistente en taponamiento nasal, fue dado de alta el día 14 con prescripción de control médico. El mismo día, unas doce horas más tarde, ingresó de nuevo en el citado Centro Hospitalario al presentar sangrado en nariz. Se realizó nuevo taponamiento en el que se le mantuvo durante 24 horas, si bien ante la imposibilidad de controlar la hemorragia, se practicó otro que se mantuvo durante 84 horas. c) El día 20 de diciembre don Antonio Jesús fue sometido por facultativos del Servicio de Radiología a una embolización de la arteria maxilar interna izquierda, de la que tuvieron que desistir al no poder dejar el catéter en posición correcta. En la tarde del día 20, los mismos facultativos reiniciaron la intervención, si bien empleando esta vez una técnica distinta, excepcional y de mayor riesgo, consistente en la punción directa de la carótida primitiva izquierda. d) La técnica empleada para la embolización arterial produjo al paciente una obstrucción de la arteria carótida interna izquierda y un infarto occipital izquierdo. e) A consecuencia de la intervención, don Antonio Jesús, quien hasta la fecha desarrollaba sus funciones

con normalidad, no obstante haber sufrido años antes un traumatismo craneoencefálico, padece en la actualidad las siguientes secuelas: afasia anómica, alteraciones del juicio y de la memoria, dificultad para la lectura y la escritura, bradispsiquia, fatigabilidad y apneas (folios 14,15 y 35). Según informe de la Clínica Oftalmológica Sánchez Tracón, de 1 de marzo de 1995, el recurrente tiene perdida toda la visión en el ojo derecho, presentando en el ojo izquierdo una lesión isquémica parieto-occipital (folio 116). Dichas lesiones son consideradas irreversibles y definitivas (folios 3 y 14). f) Por *sentencia de 4 de diciembre de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de los de Badajoz*, se declaró que don Jose Ignacio se encuentra afecto de una invalidez permanente, con el grado de gran invalidez>>.

Hasta aquí la relación de hechos probados que hace la Sala de instancia.

TERCERO.-A. Ha formalizado recurso de casación contra la mentada sentencia el Abogado del Estado, el cual invoca tres motivos de casación:

1º Al amparo del *artículo 88.1, letra c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción del *artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, en relación con el *artículo 43 de la citada Ley de 29/1998*, por haber incurrido la sentencia en incongruencia por omisión.

2º Al amparo del *artículo 88.1, letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, por infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la exigencia de antijuricidad como determinante de la responsabilidad de la Administración.

3º Al amparo también del *artículo 88.1, letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, por infracción del *artículo 1214 del Código civil*. B. El reclamante ha comparecido como parte la recurrida, formulando, cuando fue requerido para hacerlo, sus alegaciones de oposición, en las que contesta, uno por uno, los tres motivos invocados por el Abogado del Estado.

CUARTO.- A. El primer motivo de casación tiene que ser estimado porque, efectivamente, el problema de mala praxis de la Administración sanitaria, aparece absolutamente silenciado en la sentencia impugnada, pese a haber sido alegado por el reclamante en la misma embocadura de su escrito de demanda (siquiera luego en ésta se limita a transcribir varias sentencias del Tribunal Supremo, sin añadir argumento alguno, siendo en la primera de las sentencias transcritas donde se habla de una inadecuada asistencia sanitaria). El Abogado del Estado en la contestación a la demanda negó que hubiera habido mala praxis. Sin embargo, la Sala de instancia se limitó a establecer que existió nexo causal entre la asistencia sanitaria que se prestó al reclamante y el daño causado. Y siendo, como decimos, una cuestión expresamente planteada por el reclamante y debatida en la instancia, (cfr. folio 5 de la contestación a la demanda), tenía necesariamente que haber sido abordada de manera expresa en la sentencia. Y por ello el Abogado del Estado en ese primer motivo de casación imputa a la sentencia el vicio de incongruencia, y hay que darle la razón. Porque efectivamente ha habido incongruencia en este caso.

B. Con esto bastaría para tener que estimar este motivo, pero debemos añadir algo más porque, tal como está fundamentada la sentencia impugnada, podría entenderse que basta con que no se consiga la finalidad que se pretende alcanzar con un acto sanitario para que, sin más, haya que condenar a la Administración a indemnizar al reclamante. No es así, y esto lo dicta el mismo sentido común. Porque, como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo

reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar.

Con esto estamos queriendo decir -y es idea que será explicitada luego- que no es jurídicamente correcto entender que por el hecho de que una persona sea acogida en un centro hospitalario para ser sometida a tratamiento (lo que se llama ingresar en el sistema) y ser sometida efectivamente al mismo, hay que dar ya por establecido que por el mero hecho de convertirse en sujeto pasivo del tratamiento (funcionamiento normal) hay que indemnizarle si con ocasión -y no necesariamente por causa- de ese tratamiento resultare daño físico o psíquico para esa persona. Entender esto así es tan absurdo como sostener que el alumno que es admitido en un centro público de enseñanza (admisión que hace nacer la correspondiente relación de acogida en ese centro) y que después de cursar las asignaturas correspondientes (lo que crea la correspondiente relación de enseñanza con los distintos profesores) es suspendido al final de curso (resultado dañoso) tiene derecho a que se le indemnice por haber fracasado ese centro público de enseñanza, actuando a través de su personal de línea, esto es el profesorado. El centro de enseñanza y su profesorado están obligados a facilitar al alumno los medios necesarios para que no fracase cuando llegue el momento de la prueba final, pero no se compromete a garantizar que el examinando estará en condiciones de superar satisfactoriamente esa prueba.

Pues bien, mutatis mutandis (o sea: cambiando lo que haya que cambiar) esto mismo ocurre en la relación hospitalaria entre el paciente y el centro público que lo acoge. Porque por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente.

Porque ese sistema termodinámicamente abierto y portador de información (ADN) que - prescindiendo de otros aspectos que no hacen al caso en este momento- es todo organismo vivo (también, por tanto, el viviente humano) es un agregado de un gran número de procesos ordenados de tal manera que le permiten persistir, crecer, desarrollarse, reproducirse, etc... Procesos que el estado de la ciencia permite definir hoy mediante fórmulas químicas, ecuaciones matemáticas y leyes de la naturaleza; un sistema que es abierto porque intercambia materia con el medio circundante, que importa y exporta componentes materiales que se constituyen y se degradan y que, porque es portador de esa información que constituye su programa vital está llamado a culminar un proceso de morfogénesis. En los tratados de Biología se enseña, en efecto, que <<el máximo de los problemas biológicos, lejos de toda teoría exacta, es el de la morfogénesis, el proceso misterioso merced al cual una diminuta gota de protoplasma casi indiferenciado, el óvulo fertilizado, acaba por transformarse en esa maravillosa arquitectura del organismo multicelular>>. Y por eso, el organismo humano, en cuanto viviente, es, en sí mismo, un proceso que desde su iniciación en el seno materno, donde ese ser humano va formándose, ha de ir superando diversas etapas (del cigoto al feto); un proceso que continúa luego de producirse el hecho del nacimiento, pues el neonato se hará niño, adolescente luego, joven después, más

tarde adulto y finalmente anciano.

C. Esta digresión metajurídica que acabamos de hacer, en modo alguno puede tenerse por innecesaria según vamos a ver de inmediato.

Porque podría pensarse -en un análisis superficial del problema- que la estimación de la sentencia impugnada, y consiguiente declaración de existencia de responsabilidad extracontractual de la Administración, que es la solución que defiende la representación procesal del paciente -parte recurrida en este recurso de casación- podría encontrar sólida apoyatura en tres argumentos de derecho positivo que serían éstos: que la Administración responde no sólo por el funcionamiento anormal del servicio público, sino también por el funcionamiento normal; que por ello el caso fortuito no exime de responsabilidad; y que no estamos ante un caso de fuerza mayor.

Pues bien, si nos hemos demorado en hacer la precedente digresión metajurídica es porque importaba dejar patente que, esas previsiones normativas que directamente o a sensu contrario, resultan del *artículo 139 de la Ley 30/1992*, han de modularse de acuerdo con la naturaleza de las cosas (concepto metajurídico) y de acuerdo también con el estado de la ciencia y de la técnica (concepto que es, igualmente, metajurídico aunque incorporado al derecho positivo -esto es; convertido en derecho puesto- en el *artículo 141 de la misma ley*).

El sentido común proclama, y la experiencia confirma, que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el feliz resultado de una intervención quirúrgica (y, en general, de ningún acto médico). Y cuando decimos esto no estamos refiriéndonos al caso de que el servicio haya funcionado mal, lo que, obviamente, entra dentro de lo previsible. Es que también puede ocurrir -y ocurre- que habiéndose respetado escrupulosamente las reglas de la *lex artis*, habiéndose actuado con arreglo a los protocolos establecidos, habiendo funcionado perfectamente el instrumental y demás medios materiales, y siendo diligente, eficaz y eficiente la actuación del equipo médico actuante, puede fracasar -total o parcialmente- el acto sanitario realizado.

La técnica quirúrgica, por más sofisticada que haya llegado a ser en nuestros días, tiene siempre un componente, mayor o menor, de agresión a esa maravillosa, pero delicadísima, arquitectura que es el viviente humano. Actuar quirúrgicamente sobre el cuerpo humano es operar sobre un organismo cuyos puntos débiles -incluso con la tecnología de alto nivel de la que hoy se dispone- difícilmente pueden llegar a conocerse de antemano en su totalidad. No sólo la genética heredada, también otros muchos datos, la educación misma recibida, el entorno en que el paciente ha vivido, y tantos otros condicionantes de su conducta y de sus respuestas incontroladas, hacen impredecible en un porcentaje mayor o menor cómo va a responder al acto médico que sobre él se lleva a cabo. Si bien se mira, esto que aquí estamos diciendo es lo que dice también el *artículo 141.1, inciso segundo, de la Ley 30/1992*, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero : <<No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos>>. Y decimos más: como en el inciso primero de ese artículo se afirma que los únicos daños indemnizables son aquéllos que el lesionado no tiene el deber de soportar (es decir los daños antijurídicos) lo que está diciendo el inciso segundo es que esos otros daños de que habla no son antijurídicos.

En definitiva: operar sobre el viviente humano, no es trabajar sobre la materia inerte (madera, metal, etc, e incluso sobre el cuerpo humano muerto, o sea, sobre un cadáver, en el caso de la autopsia). Ello explica, por ejemplo, que la expresión <<procedimientos terapéuticos invasores>>, que emplea la *Ley 41/2002 , básica reguladora de la autonomía del paciente (art. 8.3)*, carezca de sentido aplicada al trabajo del escultor que talla la piedra, la madera o el metal, siendo, en cambio, perfectamente adecuada para encapsular en una definición la variedad de actos sanitarios del tipo del que aquí venimos ocupándonos.

D. Aplicando las consideraciones que acabamos de hacer, al manejo de la técnica jurídica, que es la herramienta propia de nuestro quehacer, la conclusión primera que se obtiene es que la correcta aplicación del grupo normativo regulador de la responsabilidad de las Administraciones Públicas por acto sanitario realizado en establecimiento público hospitalario no puede entenderse sin traer a colación la idea de riesgo, por un lado, y la de antijuricidad, por otro.

a) El riesgo es unidad jurídica cuya presencia trasparece en esa exigencia de la vigente *Ley General de Sanidad (art. 10)* de que haya que escriturar el consentimiento informado del paciente necesitado de someterse a una intervención quirúrgica, salvo en los taxativos supuestos que la propia ley establece (entre ellos, el de que la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, o que haya peligro, esto es riesgo, de fallecimiento).

Alguna vez se ha dicho que hay tres factores que determinan el destino de toda vida humana: circunstancia, vocación y azar. Resulta oportuno recordarlo aquí, porque, por más paradójico que parezca, es un hecho innegable que quien se somete a una intervención quirúrgica pone en riesgo su vida, porque en todo acto sanitario, y en particular en los de ese tipo hay siempre un componente de azar. Y por eso, para quedar libre de responsabilidad por los eventuales daños que pueda sufrir el paciente con ocasión -que no por causa- del acto médico, la Administración pública sanitaria ha de obtener previamente el consentimiento informado del paciente.

Son estas consideraciones las que permiten entender la aparente contradicción entre un derecho positivo que hace responsable a las Administraciones públicas de los daños causados incluso por funcionamiento normal de los servicios públicos y la jurisprudencia que, ocasionalmente (cada caso es un caso), exime de esa responsabilidad a la Administración en casos en que, si bien el servicio funcionó con normalidad, se produjo un resultado dañoso.

Como dice la *STS de 16 de febrero de 1995 (Ar. 844)*, <<los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar [...] no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible>>.

Nótese también que el riesgo de que aquí estamos hablando no es un riesgo creado por la Administración (del que tantas manifestaciones aparecen documentadas en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo: el de organización de festejos populares por las Corporaciones locales, con ocasión y por causa de la celebración de los mismos se producen daños a las personas o a las cosas, es probablemente el más llamativo) sino de un riesgo que pertenece a la naturaleza misma del organismo

humano; de modo y manera que pertenece a la naturaleza misma de las cosas el que sea imposible garantizar ese resultado beneficioso para la salud del paciente que éste - y también el personal médico actuante- desea y espera obtener del acto médico a que va a ser sometido.

Insistiendo en la misma idea debemos añadir que es doctrina reiterada tanto de la Sala 1ª de este *Tribunal Supremo* [cfr., entre otras, sentencias de 6 de noviembre de 1990 (Ar. 8528)] como de esta Sala 3ª [cfr. de 3 de octubre del 2000 (recurso de casación 3905/1996) y de 21 de diciembre del 2001 (recurso de casación 10.307/1997)] que la actividad médica no es una actividad de resultado, sino de medios, y como en el caso que nos ocupa -tenemos que remitirnos nuevamente a los autos- los informes periciales demuestran perfectamente que se utilizaron todos los medios necesarios, el hecho de que con ocasión -que no por causa- del acto médico se haya derivado ese daño para la paciente, no puede tenerse por daño antijurídico, esto es: daño que la paciente no tenga el deber de soportar.

b) Y en relación con este requisito de la antijuridicidad, debemos decir que para resolver adecuadamente el problema de la naturaleza del daño que con ocasión - y no necesariamente por causa- de una intervención quirúrgica puede derivarse para el paciente hay que partir, no del concepto de funcionamiento normal del servicio sanitario, sino del *inciso segundo del artículo 141 de la Ley 30/1992*, en la redacción dada por la Ley 4/1999, la cual, en su exposición de motivos advierte que en ese precepto <<se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a indemnización>>. Nótese que la matización de que -con expresión jurídicamente ambigua- habla la exposición de motivos ha consistido en remitir al estado de la ciencia y de la técnica como parámetro para determinar si el daño es o no antijurídico. Y claro es que, con ello, y con ese deber de exigir previamente al paciente su consentimiento informado, se está ratificando también la regla que exige que el daño sea antijurídico.

La copiosa jurisprudencia de la Sala 1ª de lo civil, de este Tribunal Supremo, en relación con el *artículo 1902 del Código Civil*, ofrece interés para precisar qué deba entenderse por antijuridicidad a estos efectos. Sintetizando al máximo la doctrina de esa Sala, en la medida en que es asumible por el ordenamiento administrativo español sobre responsabilidad extracontractual de la Administración pública por acto sanitario realizado en un establecimiento público sanitario, podríamos decir que el daño debe reputarse antijurídico -y, por tanto, tendría el paciente el deber jurídico de soportarlo- si no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ad hoc*:

- *Sentencia Sala 1ª, de lo civil, de 17 de marzo de 1981* (Ar. 1009):

<<... y aunque nuestro *Código civil, siguiendo al francés [y a diferencia del austríaco, el alemán, el suizo, el italiano y el portugués], no menciona expresamente la nota de antijuridicidad en su artículo 1902*, no cabe duda que debe verse la misma no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían>>.

- *Sentencia Sala 1ª de lo civil, de 11 de marzo de 1991* (Ar. 2209) en la que, con cita de las *SS. de 7 de febrero 1990* (Ar. 668) y *29 de junio 1990* (Ar 4945) y ampliando la síntesis conceptual [sic] que en ellas se hace, se dijo esto:

<<Que se entiende por "*lex artis ad hoc*" como aquel criterio valorativo de la

corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos --estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida [...]>>.

Y puesto que para apreciar si el daño causado es antijurídico hay que valorar si se respetó la *lex artis* -y más específicamente: la *lex artis ad hoc*- bueno será traer a colación lo que esta Sala 3ª, de lo contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo, tiene también dicho al respecto.

Por ejemplo, en *nuestra sentencia de 17 de mayo del 2004 (recurso de casación 8382/1999)*, dijimos ya que, aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían, en principio, irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva, mientras que han de ser inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culposa, sin embargo, también pueden tener trascendencia, en orden a una conclusión sobre responsabilidad objetiva o por el resultado. Esta apreciación de si hubo un uso correcto de la técnica, con vistas a tener o no por establecido no sólo la existencia del nexo causal, sino también antijuridicidad es muy delicada, pues la medicina, no suele presentar un único método, por más que la protocolización de los actos médicos invita a ajustarse a unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico, lo que no excluye que puedan existir -y así ocurre frecuentemente- otros métodos que, pese a no ser de uso generalizado, pueden ser igualmente utilizados, si en el caso concreto se considera que pueden ser más eficaces.

Y no está de más añadir que, no sólo en el ámbito de la medicina, sino en otros muchos campos del saber humano, es precisamente el saber discrepante el que abre nuevos caminos a la ciencia y a su aplicación.

Esta misma *Sala y sección del Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de julio de 2001 (recurso de casación 2280/97)* rechazó que hubiera responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque, de acuerdo con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, las lesiones no tenían su origen en la forma en que se prestó la asistencia sanitaria, la cual fue correcta y conforme a las reglas de la *lex artis*, sino inherentes o derivadas de la propia patología del enfermo.

Advertiremos también que, con idéntica orientación, en otras *sentencias, por ejemplo, en las de 3 y 10 de octubre de 2000 y 7 de junio de 2001 (recurso de casación 538/97)* se considera que concurren relación de causalidad por la inadecuada actuación médica con incumplimiento de las pautas de la *lex artis*, de modo que los defectos en el uso de la técnica son considerados determinantes de la responsabilidad.

C. Establecido lo que antecede, es el momento de añadir -conectando nuevamente con el concreto caso que aquí nos ocupa- que, si bien es cierto que el propio interesado alega que el daño que se le ha causado y por el que solicita indemnización deriva de mala praxis sanitaria (cfr., por ejemplo, el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo), no es menos cierto también que la prueba de la mala praxis no aparece por parte alguna. Y puesto que la Sala de instancia -para llegar a la conclusión estimatoria a la que llega- se apoya en el informe

del Inspector Médico, adscrito a la Inspección del Área Sanitaria del INSALUD, en Badajoz, bueno será también transcribir lo que se dice en las <<Consideraciones>> y en la <<conclusión>> de ese informe. Concretamente esto:

<<Consideraciones.- Es incuestionable que como consecuencia de una actuación directa, la embolización arterial, a cargo de personal sanitario, se produjo un daño, la obstrucción de la arteria carótida interna izquierda y consecuentemente un infarto, por émbolo liberado, occipital izquierdo. La sintomatología fundamental o secuelas se resumen en trastorno cognitivo (alteración de memoria y razonamiento lógico), y trastorno visual (hemianopsia homónima). Su calificación es de severa>>.

<<Conclusión.- 1. Que existió una relación causa-efecto entre la técnica realizada y el daño producido. Aunque la preparación técnica de los profesionales que la realizaron, es buena y están adiestrados para ello, el resultado fue yatrógeno. 2. No existió consentimiento informado escrito, si bien consideramos como criterio acertado, que éstos eran conocidos por el paciente, por ser médico. 3. El lucro cesante y el daño moral producido se ha de valorar en sus justos términos. Ocurre a una edad, en que, para la profesión ejercida, se está en alto rendimiento. 4.- No se apreció negligencia o descuido inexcusables en las actuaciones médicas revisadas. En base a todo lo anterior, se considera que el demandante debe ser resarcido por los daños producidos. La cuantía de la indemnización se cifra en 20.000.000 de pesetas >>.

Pues bien, en relación con lo que acabamos de transcribir debemos hacer las siguientes puntualizaciones:

a) Que ha habido daño es innegable. Pero que ese daño tuvo lugar con ocasión de una intervención quirúrgica no quiere decir, sin más, ni que la causa del mismo se encuentre en ese acto sanitario en cuanto tal, ni que el daño de que se trate sea antijurídico, es decir que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar. Esto no es así, según hemos tratado de explicar detenidamente en lo que antecede. Y esto nos lleva al problema del consentimiento informado y al problema de su necesidad en este caso.

b) Pues bien, el Inspector médico actuante nos dice que no ha habido tal consentimiento y suscita un tema del máximo interés: el de la no necesidad de documentar ese consentimiento en este caso porque el paciente es un médico. Lamentablemente en este problema no podemos entrar porque -y el hecho es llamativo- no ha sido planteado por la parte recurrente. Y debemos recordar -porque es un obstáculo insalvable- que este Tribunal está actuando como Tribunal de casación, lo que nos obliga a circunscribirnos a los términos en que está planteado el debate, lo que hace que no podamos analizarlo. Repetimos esta cuestión -pese a su importancia- no se ha planteado en este pleito -ni en la demanda ni en la contestación- y ello a pesar de que el informe que acompaña a la demanda dedica particular atención a este problema. Es cuestión que no ha sido debatida en el pleito y en la que, por lo mismo no podemos entrar pues la casación no es una segunda instancia y las potestades de enjuiciamiento de que dispone el Tribunal no son plenas sino taxativamente limitadas a las cuestiones que se plantean por las partes, sin posibilidad de suscitar otras nuevas.

c) Dejando de lado, pues, ese problema -por carecer de potestad para hacerlo- debemos decir ahora que, aparte de que -como queda dicho- no ha habido mala praxis y sobre ello nada se dice en ese informe -del que si algo resulta es precisamente lo contrario- que en ese informe se diga que ese resultado fuera inesperado no significa

que estemos ante un supuesto de caso fortuito (que no excluiría la obligación de responder [art. 139.1, a sensu contrario, que sólo la excluye cuando estamos ante una fuerza mayor, (cfr.: *STS de 3 de octubre de 1994* , Ar. 7511)], ni tampoco ante un caso de fuerza mayor (lo que es aún más evidente) sino ante un supuesto de riesgo inherente a la propia naturaleza humana, según hemos razonado más arriba; sin que tampoco esa aparición inesperada permita entender -según resulta de lo que consta acreditado- que haya habido mala praxis.

d) Es más, en ese informe -en el que, como decimos, se apoya la sentencia impugnada para reconocer al reclamante derecho a ser indemnizado- se subraya que la preparación técnica de los profesionales intervinientes es buena y que están adiestrados para ello. Y se añade también que no se aprecia negligencia o descuido en las actuaciones médicas de que se trata.

e) Por último y en cuanto a la cuantificación que el inspector actuante hace de la indemnización no sólo es que carece de fundamentación alguna, es que, además, es materia cuya determinación corresponde a la potestad estimativa del juez, aunque, eso sí, con apoyo en la prueba que obre en las actuaciones, y ejercitándola con arreglo a parámetros jurídicos e incluso metajurídicos (adecuación a la naturaleza de las cosas, racionalidad, razonabilidad, sentido común). Consideramos oportuno decir todo esto, porque conviene delimitar, en lo posible, las funciones del juez y las del médico. Todo ello sin olvidar que la mera afirmación de que la indemnización a pagar tendría que ser de veinte millones, no sólo es que no puede vincularnos, es que no podría servir de orientación en este caso, porque -como decimos- no está ni razonada ni fundamentada en dicho informe.

Por todo ello, debemos estimar este motivo primero y, sin necesidad, de analizar los otros dos, tenemos que anular la sentencia impugnada y así lo declaramos.

QUINTO.- Anulada, como aquí lo ha sido, la sentencia impugnada, debemos dictar -en el contencioso-administrativo de que trae causa este recurso de casación- sentencia sustitutoria de la anulada, en cuya parte dispositiva, y con apoyo en las razones expuestas, desestimamos la reclamación del recurrente, sin que -de conformidad con lo previsto en el *artículo 139 de nuestra Ley jurisdiccional* - tengamos que hacer especial pronunciamiento sobre las costas de dicho proceso, al no apreciarse mala fe ni temeridad en ninguna de las partes.

En cuanto a las costas de este recurso de casación, y a la vista de lo que en ese mismo artículo se dice, debemos declarar que, puesto que el recurso del Abogado del Estado ha sido estimado, cada parte abonará las suyas.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Primero.- A. Ha lugar al recurso de casación formalizado por el Abogado del Estado contra la *sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4ª) de tres de octubre del dos mil, dictada en el proceso número 739/1999* , sentencia que anulamos y dejamos sin valor ni efecto alguno.

En consecuencia, en el citado recurso contencioso-administrativo dictamos sentencia sustitutoria de la anulada cuya parte dispositiva decimos lo siguiente: <<Fallamos: Debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso

administrativo interpuesto por don Jose Ignacio, que ha actuado representado por la procuradora doña María del Rosario Victoria Bolivar, contra la desestimación por acto ficticio (silencio administrativo con significado negativo) de la reclamación de una indemnización de ciento cincuenta millones de pesetas (150.000.000 ptas) (equivalentes hoy a 901.518,16 euros) por daños que considera derivados de actuación sanitaria prestada en centro sanitario público dependiente de la Administración del Estado (Ministerio de Sanidad y Consumo), y declaramos no haber lugar a reconocer al reclamante derecho a indemnización alguna. Sin costas>>.

Segundo.- En cuanto a las costas de este recurso de casación, cada parte abonará las suyas.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Voto Particular

Voto particular

FECHA:10/05/2005

Que formula la Magistrada de esta Sala Tercera, Excmo.Sra.Dña.Margarita Robles Fernández, en el Recurso de Casación núm. 6595/01, interpuesto por el Excmo.Sr.Abogado del Estado en la representación que ostenta contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, al discrepar del parecer de la mayoría de la Sala por los siguientes motivos

PRIMERO.- Quien suscribe este Voto particular discrepa de la fundamentación jurídica contenida en la Sentencia dictada, que le lleva a estimar el primer motivo de Casación que había sido articulado por el Abogado del Estado, al amparo del *art. 88.1.c) de la Ley jurisdiccional* , considerando que la Sentencia de instancia habría incurrido en incongruencia omisiva, al no haberse pronunciado sobre una supuesta mala praxis que el Abogado del Estado niega.

La Sentencia de esta Sala conteniendo el parecer mayoritario de sus integrantes, entiende que hubo tal incongruencia, por cuanto el Tribunal "a quo", se habría limitado a precisar que como consecuencia de la intervención quirúrgica sufrida por D.Antonio Jesús Gervás, este habría resultado con unas lesiones y secuelas, por las que consideraba tenía derecho a ser indemnizado, sin hacer ninguna mención la Sala de instancia a si tal intervención quirúrgica, se desarrolló con arreglo a la "lex artis", lo que hubiera sido necesario, pues sólo si hubiera habido una infracción de esta sería procedente la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Nada puede objetarse en este voto particular, a cuanto se dice en la Sentencia tanto por lo que se refiere al consentimiento informado, en relación con el caso objeto de los presentes autos, como en cuanto a los requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que es doctrina jurisprudencial consolidada, aunque la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, está configurado como una responsabilidad objetiva, ello no quiere decir que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo a tratamiento terapéutico, para que haya que indemnizar al paciente si resultase algún daño para él.

Sin embargo, en opinión de quien suscribe este Voto particular, la Sentencia de

instancia no adolece de la incongruencia alegada por el Abogado del Estado en su primer motivo de recurso. En efecto, si se examina el fundamento jurídico quinto de aquella, resulta claro que en la misma se hace expresa mención al hecho de haberse empleado una tecnología de alto riesgo, prevista solo para patologías extremas, como es la punción de la carótida, ante una patología, como era la presentada por D. Jose Ignacio, que no tenía ese carácter extremo, por lo que es evidente que por comportar tantos riesgos como los que podía presentar, era desproporcionada para ser efectuada al paciente Sr. Jose Ignacio, habiendo sido esa punción en la carótida, que el Tribunal de instancia considera desproporcionada por su peligrosidad intrínseca, la que determinó causal y eficazmente la obstrucción de la arteria carótida interna.

Del tenor pues, del fundamento jurídico quinto de la Sentencia de instancia, que considera que la técnica médica seguida era absolutamente desproporcionada por el peligro que por sí misma representaba para tratar la patología del paciente, queda meridianamente claro que con independencia de lo certero o no de la argumentación, el Tribunal "a quo" sí se pronuncia sobre la práctica médica seguida en relación al padecimiento de D. Jose Ignacio, por lo que debe rechazarse, en opinión de quien suscribe este Voto particular, la incongruencia omisiva de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- A mayor abundamiento es necesario precisar que no cabe revisar en sede casacional la valoración que de la prueba practicada haya sido realizada por el Tribunal "a quo", salvo que aquella hubiera sido irracional, arbitraria, ilógica o vulnerase preceptos relativos a la valoración de la prueba. La Sala de instancia considera probado que a D. Jose Ignacio se le realizó una punción de carótida, cuando dicha prueba solo era procedente en supuestos extremos, lo que no era el caso de dicho paciente y además (y sin entrar en este momento en el tema del consentimiento informado, al no estar planteado en sede casacional) y como consecuencia de ello, resultó con la obstrucción de la arteria carótida interna, con todas las consecuencias de ello derivadas. Para llegar a tales conclusiones, el Tribunal "a quo" analiza y valora la prueba documental practicada, tal y como motiva en la Sentencia de instancia, partiendo fundamentalmente del Informe del Area Sanitaria del INSALUD de 21 de Enero de 1.998, donde la propia Administración viene a reconocer la concurrencia de los requisitos definidores de su responsabilidad patrimonial y en el apartado 4º de sus conclusiones estima que el demandante debe ser resarcido por los daños producidos, aún cuando considera procedente una indemnización de veinte millones de pesetas.

Si la propia Administración, a través de sus órganos correspondientes de la inspección del INSALUD, llega a tal conclusión, debe necesariamente decirse no sólo que la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia es perfectamente lógica y racional, sino que también se dan en el caso de autos los requisitos necesarios para configurar y conformar la responsabilidad patrimonial de la Administración prevista en los *arts. 106 de la Constitución y 139 y ss. de la Ley 30/92*, por lo que tampoco hubiera sido procedente la estimación de los restantes motivos de recurso de Casación, formulados por el Abogado del Estado, lo que comportaría su desestimación y consiguientemente no habría lugar a la casación y anulación de la Sentencia de instancia.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. FRANCISCO GONZALEZ NAVARRO, en audiencia pública celebrada en el mismo día de su fecha. Certifico.