

## **TERCERA MESA REDONDA NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA SANITARIA**

### **8. ÁMBITO ADMINISTRATIVO**

#### **INTRODUCCIÓN**

La presente ponencia tiene por objeto realizar una breve recopilación de las más importantes resoluciones dictadas durante el año judicial 2004-2005 en materia de responsabilidad sanitaria por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

#### **I. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

##### **A) Dies a quo**

La STS (Sección 6ª), de 14 febrero 2005 (Ar. 2005\4103), recurso de casación núm. 1077/2001, aplica la tesis del daño continuado a un contagio de hepatitis C:

[...] En ese proceso Contencioso-Administrativo quien aquí ha comparecido como recurrente impugnaba el acto ficticio desestimatorio (silencio administrativo con efecto negativo) de la reclamación presentada ante el Ministerio de Sanidad y Consumo por responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado (INSALUD) por acto sanitario prestado en 1982 en el Hospital Nuestra Señora de Alarcos, en Ciudad Real, dependiente del INSALUD, del que derivó contagio por hepatitis C, que le fue diagnosticado a finales de 1995.

Es cierto que la Sala de instancia ha declarado que la acción estaba prescrita. Y es cierto igualmente que esa declaración no es ajustada a derecho. Porque las razones que da la sentencia para llegar a esa conclusión son estas: "Que al formular su reclamación el 22 de enero de 1996, la Sala entiende que ha prescrito la acción pues desde 1988 sabía el demandante que padecía una hepatitis, probablemente transfusional; no será A ni B, pero padece una hepatitis crónica y desde 1990 se advierte que puede ser del tipo C. En estos años lo que ha evolucionado es el tratamiento que se le dispensa, pasando de la Prednisona al Intrón A, a la Ribavirina y al Interferón y que se está ante un cuadro crónico se evidencia en que tras la estabilidad de los años 1991 a 1995, recae en 1995". (F. 10º).

El letrado de la parte recurrente, con apoyo en ese artículo 88.3 trae a colación una serie de datos constatados en las actuaciones que avalan su tesis de que estamos ante un daño continuado. Pero es que, en este caso, sin necesidad de ello, el propio texto que acabamos de transcribir confirma que, efectivamente, estamos ante un daño continuado, con altibajos en el proceso patológico, períodos de estabilización y recaídas.

Así las cosas, es claro que la Sala de instancia no ha actuado conforme al ordenamiento jurídico al apreciar, como aquí lo ha hecho, que la acción está prescrita.

En consecuencia este primer motivo debemos estimarlo y así lo declaramos. Y como ello supone que tenemos que declarar que la Sala de instancia debió entrar en el fondo del asunto y no lo ha hecho, la sentencia impugnada debe ser anulada y así lo declaramos; dejándola sin valor ni efecto alguno».

En el mismo sentido, la STS (Sección 6ª), de 10 marzo 2005 (Ar. 2005\3619), aplica la misma doctrina: «También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del período del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos últimos casos ha afirmado efectivamente esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. De ello resulta que las lesiones originariamente producidas no fueron objeto de reclamación en plazo y, precisadas en 1986, efectivamente ha prescrito el derecho a reclamar al haber transcurrido el plazo señalado en el apartado 5 del artículo 142 de la Ley 30/92 así como en el apartado 2 del artículo 4 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Y en cuanto a las posibles alteraciones y secuelas derivadas de la tromboflebitis apreciada en el año 2000 no cabe reconocer responsabilidad por las mismas toda vez que no está acreditada la existencia del nexo causal entre las lesiones producidas en 1962 y la supuesta menisectomía practicada en fecha no determinada de 1998, que tuvo como probable secuela una tromboflebitis, lesión ésta de tromboflebitis que no puede entenderse imputable en consecuencia al acto originario de las lesiones de 1962 ni reconocerse como determinante del derecho a la reclamación de daños y perjuicios instada por la actora, por lo que el motivo de casación ha de ser rechazado. La STS (Sección 6ª), de 20 diciembre 2004 (Ar. 2005\1597), recurso de casación núm. 2117/2001, declara que no es suficiente el carácter irreversible de las secuelas para que se produzca el inicio del plazo de prescripción:

[...] A la vista de las razones que invoca la parte recurrente en su recurso, todas las cuales pueden comprobarse directamente, sin necesidad siguiera de salir de la sentencia y del recurso de casación según se verá, y —eso sí— integrando los hechos a que se refiere la parte recurrente al pedirnos que hagamos la pertinente integración de los mismos que han sido omitidos —o, si se prefiere, han sido pasados por alto por la Sala de instancia, puesto que de estricta omisión no puede hablarse ya que están recogidos en esa relación de hechos—, este Tribunal tiene que declarar que la acción no ha prescrito y que, consiguientemente, la sentencia impugnada tenemos que anularla, y entrar en el fondo del asunto para dictar sentencia sustitutoria de la anulada, con las consecuencias que luego también se dirán. Y lo primero que hay que decir es que la Sala de instancia parte de una premisa que es falsa o que, en el mejor de los casos, está mal expresada y se presta a confusión, hasta el punto de confundirse la misma Sala que la establece: que cuando los daños son irreversibles los daños están definitivamente consolidados, por lo que el plazo para reclamar empieza ya a correr. Premisa falsa decimos porque irreversible quiere decir que no admite vuelta atrás, que no puede volver a un estado anterior; lo cual no impide que las cosas puedan ir a peor, que pueda evolucionar en sentido todavía más desfavorable. Y es esto lo que aquí ha sucedido.

La STS (Sección 6ª), de 27 octubre 2004 (Ar. 2005\1082), recurso de casación núm. 5353/2000, considera como *dies a quo* aquel en que se determina el alcance de las secuelas, con independencia del alta hospitalaria: [...] La sentencia recurrida consideró en función del diagnóstico médico emitido el día diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, en que se dio de alta a la menor, había prescrito la acción, pues los reclamantes tenían una idea bastante exacta de las consecuencias lesivas derivadas del anormal nacimiento de la niña, y sabían, por tanto, cual sería la evolución previsible en el tiempo y las secuelas que llevarían consigo las lesiones, incluido el tratamiento rehabilitador que aluden y el riesgo de daño moral futuro para la menor.

No compartimos el criterio del Juzgador de instancia, en cuanto que anuda como *dies a quo*, para considerar iniciado, como tarde, el día diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco el plazo del año para ejercitar la reclamación, por entender que incluso antes de esa fecha, concretamente, al mes y medio del nacimiento la menor fue dada de alta del hospital con los diagnósticos precisos respecto de las dolencias que padecía y, por tanto, a partir de ese momento, es decir, a los seis meses desde el día del parto, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y cinco, que es cuando se entiende, según los informes médicos, que la lesión está estabilizada y las secuelas son definitivas, quedaba expedita la acción de responsabilidad patrimonial, de tal manera que tal acción ya había prescrito al formularse el catorce de mayo de mil novecientos noventa y siete, pues una cosa es el alta hospitalaria y otra el alta médica, y las lesiones que padecía la menor en el momento de su nacimiento, las cuales aunque estaban aparentemente determinadas se desconocía su incidencia en el futuro de la niña, como lo acredita el diagnóstico del alta hospitalaria y las recomendaciones indicadas en

ella, derivadas de la asfixia perinatal, parálisis braquial izquierda, neumomediastino, enfisema subcutáneo, fractura clavícula izquierda.

Por otra parte, si en uso de la facultad conferida por el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional integramos en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, están suficientemente justificados según las actuaciones, resulta que no se había producido tal estabilización y por ello el plazo de prescripción permanecía abierto hasta que se concretase definitivamente el alcance de las secuelas, pues, según el informe del Hospital Materno Infantil de Las Palmas, del Servicio Canario de la Salud, de veintisiete de enero de mil novecientos noventa y siete, en donde también se realiza una impresión diagnóstica por parálisis braquial obstétrica de miembro superior izquierdo completo con predominio en el plexo inferior, síndrome de Horner incompleto por lesión del plexo braquial inferior y convulsiones neonatales secundarias a hipoxia perinatal, se describe la evolución de la paciente en estos términos:

El paciente es valorado en el Hospital de La Paz por el Dr. Romeo, con diagnóstico de parálisis braquial obstétrica inferior severa y convulsiones neonatales por hipoxia. En una segunda valoración el diagnóstico es plexopatía braquial inferior severa con axonotmesis, con mínima actividad voluntaria a la eminencia tenar y no hipotenar, que no es susceptible de tratamiento quirúrgico. Se trata por tanto de una paciente con una parálisis braquial obstétrica y convulsiones neonatales, que ha experimentado una mejoría lenta y discreta de la fuerza del miembro superior izquierdo de predominio distal. En la última consulta a los 15 meses, refieren dudosas crisis crónicas de segundos, de miembros superiores, por lo que se aumenta la medicación anticonvulsiva (Fenobarbital 15 mg en la mañana y 22 mg en la noche)".

También son significativos los informes del doctor Luis Alberto de veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete y del Servicio de Neurología Infantil del Hospital Materno Infantil de veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y ocho, en los que respectivamente se indica que "la paciente debe seguir un tratamiento rehabilitador durante seis meses más, debiendo aportar un nuevo EMG que contemple tríceps, palmares, musculatura tenar e hipotenar" y que "precisa tratamiento rehabilitador y desde hace cinco meses no la recibe y ha empeorado desde entonces, presenta mayor atrofia"».

## **B) Interrupción**

La STS (Sección 6ª), de 19 enero 2005 (Ar. 2005\715), recurso de casación núm. 1258/2001, considera que no se interrumpe el plazo de prescripción de un año por la reclamación ante la jurisdicción social cuando el Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre la incompetencia de la misma para conocer de las solicitudes de responsabilidad patrimonial de la Administración:

[...] El recurrente insta que se considere "dies a quo" para el inicio del cómputo de prescripción el día 28 de octubre de 1997 que fue cuando formuló solicitud previa de reclamación en vía laboral, sin embargo ello no es admisible al amparo del art. 142.5 de la Ley 30/92. A mayor abundamiento aun cuando se

aceptara, siguiendo lo recogido por el propio Abogado del Estado en su contestación a la demanda, que no fue el Informe Médico de 27 de febrero de 1995 el que precisó el alcance y extensión de las secuelas padecidas, sino el informe médico de 22 de mayo de 1996 (folio 98 del expediente), es lo cierto que habría transcurrido en todo caso el plazo de un año previsto en el art. 142.5 de la Ley 30/92 y que en esa fecha de 22 de mayo de 1996, debía estarse sin ninguna duda al tenor de los citados Autos del Tribunal Supremo determinando la jurisdicción competente a los efectos de la reclamación que se efectuaba, y que sin ninguna duda era la Contencioso-Administrativa pese a que algún otro pronunciamiento pudiera haberse dictado en la jurisdicción social. Es evidente, por tanto que debe considerarse prescrita la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin que pueda aceptarse tampoco una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en quien el 28 de octubre de 1997 acude a una jurisdicción, la social, respecto a cuya incompetencia este Tribunal Supremo ya se había pronunciado claramente con anterioridad a los informes médicos que se habían emitido en relación al alta y secuelas ocasionadas al paciente».

## **II. ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE POR DAÑOS CAUSADOS POR EL SERVICIO SANITARIO EN LOS CASOS DE TRASPASO DE COMPETENCIAS**

La STS (Sección 1ª), de 25 abril 2005 (Ar. 2005\4071), entiende que, aun cuando se haya producido resolución en virtud de silencio negativo, el traspaso de la competencia a la Comunidad Autónoma antes de la resolución expresa del expediente determina la competencia de ésta para resolver sobre la solicitud de responsabilidad patrimonial sanitaria:

[...] La cuestión, pues, se traslada a la determinación de la subrogación en los derechos y deberes de la Administración estatal por parte de la Comunidad Autónoma en los supuestos en que con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias se ha podido producir el juego del silencio administrativo negativo.

[...] Una cosa es que la ficción del silencio permita al administrado la interposición del recurso correspondiente, mitigándose así los perniciosos efectos que, en otro caso, se podrían derivar de la inactividad de la Administración en decidir, y otra distinta la persistencia de la obligación de esta última de resolver. El administrado podrá, pues, optar entre entender desestimada su petición, a los "solos efectos" de la interposición del pertinente recurso, o esperar la resolución expresa, –o "definitiva", en expresión del artículo 20 de la Ley 12/83 – pero tal elección no puede condicionar las obligaciones derivadas de una subrogación de competencia, impuesta, primero por la Ley y, después, por el Decreto de transferencia –en este caso, el ya citado 1474/2001, de 27 de diciembre –.

[...] La presente cuestión de competencia debe resolverse, dado lo razonado en los precedentes fundamentos, en favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, toda vez que en la

fecha de transferencia del servicio correspondiente no se había producido aún la resolución definitiva del expediente.

En el mismo sentido, SSTS (Sección 1ª) 19 abr. 2005 (Ar. 2005\4071), 19 abril 2005 (Ar. 2005/4065), 24 enero 2005 (Ar. 2005\2002), 17 enero 2005 (Ar. 2005\1996), 15 febrero 2005 (Ar. 2005\1675), 10 noviembre 2004 (Ar. 2005\1587), 23 diciembre 2004 (Ar. 2005\547), 23 diciembre 2004 (Ar. 2005\546), 21 diciembre 2004 (Ar. 2005\539), 25 octubre 2004 (Ar. 2004\8166), 3 noviembre 2004 (Ar. 2004\7430), 2 noviembre 2004 (Ar. 2004\7429), 26 octubre 2004 (Ar. 2004\7424), 16 noviembre 2004 (Ar. 2004\7369), 15 noviembre 2004 (Ar. 2004\7366), 11 noviembre 2004 (Ar. 2004\7362), 14 octubre 2004 (Ar. 2004\7024), y 21 septiembre 2004 (Ar. 2004\5660).

### **III. MALA PRAXIS MÉDICA**

#### **A) Supuestos generales**

La STS (Sección 6ª), de 24 septiembre 2004 (Ar. 2005\416), recurso de casación núm. 3641/2000, aprecia responsabilidad por secuelas derivadas de anoxia producida en situación de coma farmacológico sin intubación previa: [...] Así las cosas, y antes de analizar los fundamentos y argumentos casacionales que maneja el representante y defensor de la Administración, es necesario reproducir lo que literalmente dice la sentencia impugnada en su fundamento segundo, párrafos quinto y sexto: Délos aquí:"En el caso presente, se hace necesario determinar si concurren todos los requisitos necesarios para concluir que existe responsabilidad patrimonial de la Administración, para ello hay que partir de la base de que, si bien el hijo de los recurrentes procedía de un parto difícil y con algunas complicaciones, del Informe Pericial realizado como diligencia para mejor proveer resulta que en los casos, como el presente, en que se ha inducido una situación de coma farmacológico, habría sido necesario o bien intubar al niño o bien someterlo a una estrechísima y exhaustiva vigilancia de la función respiratoria para comprobar de modo continuado el nivel de oxígeno en sangre. En la ratificación del Informe, el perito afirma que no se hicieron constar los niveles de oxígeno en sangre. En la ratificación del Informe, el perito afirma que no se hicieron constar los niveles de oxígeno en sangre, por lo que no es posible conocer en la actualidad si se produjeron o no apneas distintas de la reseñada el 23 de diciembre, ya que éstas no se pueden apreciar a posteriori. No obstante, del examen de la historia clínica, en las hojas de enfermería consta al folio 99 que el día 25 de diciembre hizo dos apneas en el horario de 8 a 15 horas, una apnea prolongada en el horario de 16 a 22 horas y alguna apnea con cianosis generalizada en el horario de 23 a 7 horas del día 26; a su vez, en el reverso del folio 97 (que corresponde a las anotaciones del día 26 de diciembre) consta que presentó apneas abundantes. La existencia acreditada de todas estas apneas, (alguna de ellas acompañadas de estado cianóticos) debe ponerse en relación con las explicaciones ofrecidas por el Perito en el sentido de que varias apneas de menor duración pueden producir una situación de falta de oxígeno (hipoxia) que evidentemente se podría haber evitado (apartado 7 del Informe) con la intubación del niño y la respiración asistida, que según el apartado 5 del Informe es lo habitual en estos

casos. Ello es así, sobre todo, por cuanto la Administración no ha demostrado que sometiera al menor a una vigilancia extrema y exhaustiva, tal como exige el Informe pericial y que el resultado final ha sido clara consecuencia de la prestación de la asistencia recibida en el Hospital General Yagüe de Burgos, sin perjuicios de que puedan haber influido las circunstancias previas del menor (nacimiento con circular de cordón muy apretada que ocasionó una primera hipoxia), la cual deberá tomarse en consideración para la fijación de la indemnización".

[...] Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo segundo en el que el Abogado del Estado niega la existencia de nexo causal con argumentos análogos a los que ha invocado en el motivo precedente. Para ello tiene que prescindir de lo que con tanta claridad dice la sentencia impugnada en los párrafos de la misma que dejamos transcritos en el fundamento 4º de esta sentencia nuestra, y concretamente en el inciso segundo del párrafo segundo al que nos remitimos.

Debiendo añadir también que la Sala de instancia declara de manera bien rotunda que la Administración no ha probado que hubiese llevado a cabo esa vigilancia extrema y exhaustiva que es necesaria según dice el perito de Sala.

Cierto es –y entramos en el análisis del motivo 3º– que este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria. Nada, pues, hay que objetar a esta doctrina cuya vigencia –por así decirlo– nos recuerda al Abogado del Estado. Lo que ocurre es que esa buena praxis es lo que la sentencia impugnada echa de menos, haciendo suyas las conclusiones a las que llega el perito de Sala. Pero como el Abogado del Estado parece decir –al recordar doctrina de esta misma sección 6ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo– que la Sala parte de una exacerbación de lo que es responsabilidad objetiva, creemos necesario recordar que lo que dice la sentencia en el párrafo séptimo del fundamento 2º es esto: "Por tanto, debe afirmarse la responsabilidad de la Administración por la enfermedad y gravísimas secuelas padecidas por el hijo de los recurrentes y ello porque estamos ante una forma de responsabilidad objetiva; al afirmar que la responsabilidad es objetiva se entiende que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del derecho civil"».

La STS (Sección 1ª), de 9 noviembre 2004 (Ar. 2004\8092), recurso de casación núm. 7834/2000, contempla un supuesto de mala praxis en intervención de cadera y tratamiento posterior:

[...] La valoración de la prueba practicada en la instancia necesariamente lleva frente a lo sostenido por el Tribunal "a quo" a la conclusión de que la intervención quirúrgica no sólo no consiguió una reducción y síntesis completa de la fractura a nivel de la cabeza humeral, sino que dejó fragmentos óseos libres, circunstancia que, unido a las otras puestas de manifiesto en el propio Dictamen pericial –rápida e innecesaria movilización precoz, infección sufrida–,

así como en el ulterior control de la lesión, comportó el resultado lesivo ocasionado, extremos que unidos a la afirmación contenida en el Informe de la Inspección Médica del INSALUD, de que ha habido una mala praxis en la intervención quirúrgica, hacen que la valoración de la prueba pericial efectuada por la Sala de instancia deba ser considerada ilógica.

Sin perjuicio, pues, de lo que se dirá ante esta concurrencia de circunstancias, con relevancia a la hora de fijar la indemnización, debe concluirse en función de lo argumentado, señalando que existió una deficiente praxis médica que permitió que quedaran fragmentos óseos libres, lo que impone la estimación del motivo de casación articulado, sin necesidad de entrar ya a analizar el tercer motivo de casación formulado, referente a una supuesta falta de consentimiento informado, que por lo demás se planteaba como cuestión nueva en esta sede casacional.

## **B) Retraso en el diagnóstico o tratamiento**

La STS (Sección 6ª), de 30 marzo 2005 (Ar. 2005\3274), recurso de casación núm. 3184/2001, contempla un supuesto de retraso en el diagnóstico de una infección postoperatoria:

[...] De todo lo anterior resulta que el único informe atribuido a la Inspección médica pone de relieve la existencia de una defectuosa actuación de los servicios sanitarios que no diagnosticaron la patología que sufría la paciente, como se pone de relieve en el informe de la Inspección, hasta que ésta alcanzó un estadio difícilmente reversible. Por ello y tal como propuso dicha Inspección, debió de haber sido estimada la reclamación de indemnización formulada por el recurrente, máxime si se tiene en cuenta que los propios servicios médicos del Hospital al informar de los riesgos para obtener el consentimiento informado ya fueron conscientes –y así lo expresaron– del riesgo de infección intraabdominal por dehiscencia de sutura y la posibilidad de un riesgo mortal de fallecimiento por septicemia, riesgos que, en el presente caso, no fueron correctamente detectados hasta que resultaron irreversibles falleciendo la esposa del recurrente a consecuencia de la producción de dicha septicemia resultante de un error diagnóstico que, en cualquier caso, el paciente no estaba obligado a soportar.

La STS (Sección 6ª), de 15 abril 2005 (Ar. 2005\3442), recurso de casación núm. 7986/2000, en un caso de meningitis tuberculosa, dadas las dificultades del diagnóstico y riego del tratamiento, entiende que no ha existido retraso en la aplicación de éste:

[...] Valorando de forma conjunta los diversos informes médicos que constan en autos, considera esta Sección que no puede considerarse acreditado de una forma terminante, como única verdad científica aplicable al supuesto enjuiciado, que a la vista de los primeros síntomas apreciados al menor en su ingreso en el Centro, se debiera haber actuado de otra forma y, en especial, se debiera haber realizado necesariamente una punción lumbar, siendo como mucho una cuestión extraordinariamente controvertida.



Efectivamente, constan informes médicos que advierten de los peligros que presenta la prueba de la punción lumbar, por su carácter invasivo, sin evidencia de signos meníngeos. Consta también las dificultades que presenta el diagnóstico de la meningitis tuberculosa, para el que se precisa tiempo y diversas pruebas, especialmente en casos como el presente en que concurría una otitis bilateral que podía dificultar o enmascarar aquél diagnóstico.

Se ha de considerar también que en la orden de ingreso inicial no se detectan signos meníngeos, es decir, no es que se pasara por alto tal posibilidad, sino que no se observaron signos de tal naturaleza, y en tales condiciones se deduce que entra dentro de una práctica al menos habitual no realizar una punción lumbar a un niño de la edad del afectado.

Pero es que, sobre todo, se debe considerar que, pese a las dificultades que presenta el diagnóstico de la meningitis tuberculosa, lo cierto es que el tratamiento específico de la misma se instauró en el Hospital en plazo aproximado de 24 horas, plazo que no cabe considerar sino razonable e incluso si se hubiera optado, tal y como consideran otros informes, por ordenar la practica de la prueba de la punción lumbar desde el mismo momento del ingreso, siquiera fuera con carácter preventivo, según se deduce de los hechos que figuran en la sentencia de 21-1-97, el resultado no se obtendría hasta el día siguiente, por lo que, en buena lógica, la instauración del tratamiento se habría producido en las mismas o similares 24 horas desde el ingreso, especialmente si se considera la necesidad de pruebas combinadas para establecer el diagnóstico de meningitis tuberculosa.

Por tanto, la cuestión fundamental estaría a los presentes efectos, más que en el momento de la prueba de punción lumbar misma, en el momento de instauración del tratamiento adecuado, y ello concurrió en plazo que se ha de estimar razonable dada la dificultad de diagnóstico que presenta esta concreta enfermedad.

Finalmente se ha de significar que tampoco se considera acreditado que el breve plazo transcurrido desde el ingreso hasta la instauración del tratamiento específico, pudiera haber sido la causa fundamental que generó la situación final del menor, especialmente si se valorasen los varios días que transcurrieron desde el comienzo de la inicial enfermedad.

En definitiva, no se estima acreditada la necesaria relación de causalidad entre la actuación prestacional y el resultado lesivo que se reclama, lo que impide la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en este supuesto, responsabilidad que por ser de carácter objetivo, requiere cumplida acreditación de existencia de aquella relación de causalidad directa y evidente, debiéndose recordar finalmente que, con carácter general, no es posible establecer un deber absoluto de conseguir un resultado objetivo favorable en todos los casos, siempre que el tratamiento se haya desarrollado en el ámbito de lo exigible, pues lamentablemente la enfermedad puede ir ligada a la existencia de daño pese al desarrollo de aquella actuación por los servicios sanitarios".

La STS (Sección 6ª), de 10 febrero 2005 (Ar. 2005\1548), recurso de casación núm. 1112/2001, contempla un caso de fallecimiento subsiguiente a una perforación por úlcera gástrica por retraso en la práctica de las pruebas correspondientes: [...] El propio Informe de la Inspección Sanitaria al que se refiere la Sentencia recurrida y en que la misma se funda para no apreciar la responsabilidad patrimonial, pone de manifiesto un aspecto de indudable trascendencia, cual es que el diagnóstico de perforación que se realizó al Sr. Adolfo se demoró durante 48 horas y la misma Inspección en su Informe manifiesta su sorpresa ante lo acontecido a un paciente, al que precisamente se le ingresa en un Centro hospitalario para seguir y controlar las posibles complicaciones que pueden derivarse de una úlcera gástrica, cuya existencia estaba diagnosticada y no se le realizan durante esas 48 horas –que ciertamente es un período de tiempo muy dilatado– las pruebas diagnósticas que condujeran a determinar las causas del cuadro febril, lo que hubiera permitido descartar la perforación gástrica o detectar esta, tomando las medidas médicas asistenciales necesarias para atajar las consecuencias de la misma y que en el caso de autos, al no haberse detectado y tratado a tiempo, determinaron el fallecimiento de D. Adolfo.

Es evidente, por tanto, que esa ausencia de pruebas durante 48 horas a un paciente ingresado hospitalariamente por unas acreditadas úlceras gástrica y duodenal y que presenta un cuadro febril de origen desconocido, supone una omisión relevante que impide detectar la perforación gástrica en un momento en que hubiera sido susceptible del oportuno tratamiento, y comporta que cuando dicha perforación es diagnosticada sea inevitablemente tarde para evitar un fatal desenlace al que también contribuye lo que necesariamente debe reputarse como otra negligencia sanitaria, cual es no tomar las medidas de atención, vigilancia y cuidado, respecto a un paciente que está intubado y que sufre episodios de agitación, en uno de los cuales se autoextuba, lo que le produce una encefalopatía anóxica.

En definitiva resulta demostrado que el funcionamiento del servicio sanitario fue incorrecto según se ha razonado, y esa inadecuada asistencia prestada por la institución sanitaria permite concluir la existencia de la necesaria relación de causalidad entre la actuación del servicio público y el fallecimiento de D. Adolfo, lo que obliga a la estimación del recurso de casación formulado y consiguientemente se impone la necesidad de determinar cuál es la indemnización procedente, una vez que se ha evidenciado la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La STS (Sección 6ª), de 19 octubre 2004 (Ar. 2004\7333), recurso de casación núm. 7286/2000, aprecia retraso en el diagnóstico y tratamiento de un adenocarcinoma de colon:

[...] La Sentencia de instancia en su fundamento jurídico primero señala: "La parte recurrente fundamenta su demanda en el hecho de que la intervención quirúrgica de adenocarcinoma de colon realizada con fecha 3 de junio de 1994 se retrasó por el hecho de que no fue oportunamente diagnosticada por los servicios médicos del INSALUD; igualmente insiste en su demanda en que, con posterioridad a esa intervención le apareció un bulto en la ingle derecha, del

que también realizó la oportuna reclamación ante los médicos que la asistieron, y que no le fue dada la importancia que tenía hasta que fue diagnosticada como de metástasis de adenocarcinoma de colon".

[...] Lo que sostiene el motivo es que la actuación de la Administración sanitaria fue incorrecta, en tanto que no acertó a diagnosticar en el momento oportuno la dolencia de la recurrente, y cuando se la intervino y extirpó el tumor que padecía, y, transcurrido un tiempo, mostró síntomas que podían tener clara relación con el proceso anterior, tampoco acertó a tratarlos del modo adecuado hasta que fueron evidentes las metástasis que finalmente produjeron el fallecimiento.

La conclusión que obtiene la Sala es que, efectivamente, así ocurrió; que ello es así resulta del examen de la amplia documentación que existe en el expediente, y, en particular, de la que la demandante señaló en sus escritos de demanda, haciendo referencia a los números de los folios en los que aquélla se hallaba. Y no es suficiente para desvirtuar esta conclusión decir, como hizo la Sentencia, que algunos de esos documentos eran simples recetas que nada acreditaban ni sobre la enfermedad padecida, ni sobre el defectuoso tratamiento médico supuestamente recibido, o, que eran informes de servicios de urgencias. Comparando esos informes con las fechas en las que las visitas tanto a los servicios de urgencia como a los centros de salud tenían lugar, resulta patente que las dolencias a las que se refería la paciente, como dolores a la ingesta que habían aparecido hacia tiempo y acerca de los que se había quejado, y se habían intensificado progresivamente, hubieran aconsejado otra actividad por parte del servicio público de salud distinta de la dispensación de analgésicos o análisis clínicos que nada podían aportar más allá de estados de normalidad propios del nivel básico en que se producían. Así resulta del examen de los documentos aportados con la demanda anteriores a la intervención de 1994, de 17 de diciembre de 1993, 6 de abril de 1994 ó 4 de mayo de 1994, ó el informe de urgencias de 28 de diciembre de 1993 en el Hospital General Gregorio Marañón, hasta llegar al examen que efectúa el 17 de mayo de 1994, el Dr. Gabriel que aconseja un estudio urgente de la paciente sin descartar la posible intervención quirúrgica, que en esa misma fecha ve confirmada la sospecha de la existencia de una "masa en diana, de periferia hipoecogénica con áreas de ecogenicidad central de aparente dependencia con tubo digestivo.

A descartar la posibilidad de neoplasia o intususcepción como causas más probables sin poder eliminar otras posibilidades". La existencia de esa masa que el documento expone, y que un gabinete radiológico privado detecta ese mismo día, es confirmada en esa misma fecha, a las 20,47 horas, por el servicio de urgencias del Hospital General Gregorio Marañón, quedando ingresada la paciente en ese centro, y siendo intervenida el 3 de junio siguiente, practicándosele hemicolectomía derecha ampliada en cirugía electiva una vez que se le diagnosticó adenocarcinoma de colon derecho de bajo grado de diferenciación. "Estadio B1 de DUKES".

De la cadencia de los acontecimientos descritos no es posible concluir de otro modo que no sea afirmando la deficiente asistencia primaria recibida, que no

descubrió con los medios a su alcance, sin duda, suficientes para ello, la enfermedad que aquejaba a la paciente, y que pudo detectar en un momento previo, lo que quizá hubiera conducido a un resultado distinto de haberse producido un diagnóstico anterior de la situación. Y esto no es una hipótesis sino una afirmación que resulta del curso de los acontecimientos, como ya expusimos.

### **C) Abandono de cuerpos extraños**

La STS (Sección 6ª), de 20 diciembre 2004 (Ar. 2005\1734), recurso de casación núm. 2324/2001, contempla el supuesto de compresión de médula por abandono de una punta de catéter:

[...] El segundo motivo se circunscribe a determinar si la sentencia recurrida infringe o no la jurisprudencia relativa a la *lex artis*, pues la sentencia impugnada sostiene que los actos sanitarios a que fue sometida la recurrente se adecuaron, efectivamente, a las reglas del oficio, que eso es lo que suele designarse con el citado sintagma latino. Pues bien, en este motivo segundo se alega por la parte recurrente que ha habido deficiencia, desviación o error en esa praxis de la que han derivado los gravísimos daños físicos –también psíquicos– que padece hoy la reclamante.

El informe del Inspector Médico es favorable a la reclamante, pero la Sala de instancia, que transcribe en la letra "I" de la relación de hechos probados seis párrafos de dicho informe niega que haya habido mala praxis, y afirma, por contra, que no hay nexo causal entre la actuación sanitaria descrita en esos antecedentes y las terribles secuelas que ha padecido la recurrente.

Pues bien: este Tribunal de casación entiende que no puede sostenerse que ha habido una buena praxis médica cuando la propia Sala declara probado que a la paciente "se le diagnosticó un síndrome de compresión medular siendo intervenida dos días más tarde, realizándole una laminectomía dorsal bilateral de D6-D8, observándose médula comprimida en relación con un absceso encapsulado que englobaba un cuerpo extraño que se identificó como extremo distal o punta de un catéter, el cual se retiró previa sección"

Y mucho menos puede negarse que existe una relación de nexo causal entre la actuación sanitaria y los daños causados a la paciente; no exclusivamente por esta u otra de las distintas actuaciones sanitarias a las que se ha visto sometida aquélla, sino por la sucesión de las mismas, cada una de las cuales ha sido concausa de la siguiente. Y precisamente esto es lo que dice el Inspector Médico del INSALUD: "que la paciente está en una situación que solamente puede ser debida, a la vista de los conocimientos actuales de la medicina, al tratamiento recibido en la Clínica de la Seguridad Social". Y en ese informe aportado por la recurrente, elaborado por tres especialistas – y del que no cabe, sin más, prescindir, tanto más cuanto que el Inspector Médico lo tuvo a la vista– se dice también que "no se han hallado concausas anteriores, simultáneas ni posteriores, atribuibles directa o indirectamente a la paciente, y

ajenas a la propia injuria medular por el cuerpo extraño". Siendo esto así no puede negarse que la Administración sanitaria debe responder. Y es esa conclusión a la que llega el Inspector Médico del INSALUD y también este Tribunal de casación, por lo que el motivo debe ser estimado y así lo declaramos.

#### **D) Lesiones causadas directamente por intervención clínica**

Singular es la doctrina que fija la STS (Sección 6ª), de 27 octubre 2004 (Ar. 2005\1082), recurso de casación núm. 5353/2000, que aprecia responsabilidad, aun sin incumplimiento de la lex artis, por daños causados directamente por la intervención clínica que tal vez podían haberse evitado:

[...] Entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad. La Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o a la actividad administrativa; este nexo causal puede ser directo, inmediato y exclusivo, o indirecto, sobrevenido o concurrente con hechos dañosos de tercero o de la propia víctima.

En el caso que enjuiciamos se evidencia la existencia del nexo causal entre la actuación administrativa y el daño producido, pues de los informes médicos obrantes en autos, aunque no puede realizarse un juicio crítico de la lex artis de los profesionales que intervinieron en el parto, lo cierto es que se produjeron unas lesiones causadas de forma directa por dicha intervención clínica y que, tal vez, podrían haberse evitado actuando o previniendo con anticipación las posibles complicaciones derivadas del excesivo peso de la recién nacida.

#### **E) Omisión de exámenes previos a actos invasivos**

La STS (Sección 6ª), de 20 diciembre 2004 (Ar. 2005\1597), recurso de casación núm. 2117/2001, aprecia responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de práctica de un TAC antes de la mielografía:

[...] Pues bien, estando, como está claramente probado que los daños irreversibles que padece el recurrente, y concretamente la meningitis que sufre tiene su causa eficiente en la Mielografía que se le practicó; y estando probado que el estado de la ciencia y de la técnica en ese tiempo permitía y hacía aconsejable haber realizado un TAC, y que si éste se hubiere llevado a cabo en vez de la Mielografía no se hubiera producido la Meningitis; probado también que ha habido –y había en el momento de ejecutarse la acción– secuelas que son progresivas; probado todo esto, no puede eximirse de responsabilidad a la Administración por el hecho de que el hospital en que fue operado carecía de este medio, pues en tal caso pudo y debió remitirse al paciente a otro hospital del Sistema de la Salud, pues un sistema es un conjunto de elementos interdependientes, la unidad de una pluralidad, en suma una totalidad; y este Tribunal ha tenido ocasión de conocer no pocos casos de responsabilidad

extracontractual por acto sanitario en que ha tenido lugar esa cooperación de un centro sanitario del sistema con otro insuficientemente dotado.

## V. AFECCIONES HOSPITALARIAS

La STS (Sección 6ª), de 11 noviembre 2004 (Ar. 2004\7721), recurso de casación núm. 4067/2000, aprecia inexistencia de nexo causal respecto de infección hospitalaria que ocasionó la pérdida de un ojo, acudiendo también a la aplicación de la cláusula de riesgos del progreso y estimando que tiene origen endógeno:

[...] Se interpone este recurso de casación contra sentencia de 5 de abril de 2000 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de la Audiencia Nacional que resuelve, desestimándolo, el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra resolución desestimatoria por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los recurrentes por los daños sufridos por su hija a consecuencia del tratamiento recibido en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid y que le supuso una infección con el resultado de pérdida de la visión en un ojo.

[...] De todo ello se deduce que en el presente caso la inexistencia del nexo causal ha de entenderse acreditada y con ello la correcta actuación de la administración hospitalaria, recogida también del expediente administrativo sin prueba que la contradiga, lo que determina la imposibilidad de acceder a la pretensión indemnizatoria. Todo ello, además de que el daño no resultaría antijurídico, pues no lo es cuando, como declaramos en Sentencia de 14 de octubre de 2002 (Ar. 2003\359), el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyendo así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso, solución ya adoptada por la jurisprudencia de esta Sala, e incorporada a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y transpuesta a nuestro ordenamiento interno por los artículos 6.1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la modificación introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero y que anteriormente venía siendo utilizada por la jurisprudencia para definir el daño como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*.

De todo ello resulta que ante la inexistencia del nexo causal según los elementos de hecho tomados en consideración por la sentencia recurrida y deducidos de la prueba practicada, y la inexistencia de antijuridicidad en el daño, que por ello el paciente estaba obligado a soportar al haberse acomodado la actuación hospitalaria y la prestación del correspondiente servicio a los principios informadores de la *lex artis*, no existe tampoco la infracción denunciada en el presente motivo que, por ello, ha de ser desestimado.

## VI. DAÑOS ORIGINADOS SIN VULNERACIÓN DE LA LEX ARTIS

La STS (Sección 6ª), de 30 marzo 2005 (Ar. 2005\3273), recurso de casación núm. 3173/2001, considera que no existe responsabilidad a consecuencia de la endocarditis sufrida por el paciente tras la intervención quirúrgica: [...] De todo lo expuesto se deduce que, y pese a que probablemente la endocarditis sufrida por el recurrente pueda tener su origen en la intervención quirúrgica, con la consiguiente patología traumática que sufrió el recurrente, es lo cierto que, como expresamente se informa por el perito procesal, no existió mala praxis en la actuación de los servicios sanitarios médicos lo que determina la improcedencia en la indemnización derivada del reconocimiento de responsabilidad de la Administración puesto que, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva sin más de la producción del daño ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad pero no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible puesto que ello convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades por lo que en el presente caso el paciente, en cuanto que no acreditada la existencia de una mala praxis, está obligado a soportar el daño, con mayor motivo cuando de la propia pericia procesal se deduce que existió una praxis correcta en la actuación de los servicios médicos, lo que excluye la obligación de indemnización del daño causado que el recurrente pretende e impone la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo.

La STS (Sección 6ª), de 14 marzo 2005 (Ar. 2005\3620), considera la infracción de la lex artis como criterio determinante de la existencia de nexo causal entre el servicio público de sanidad y el daño padecido:

[...] El litigio se ciñe a determinar si la encefalopatía por hipoxia isquémica que se diagnosticó al hijo de los demandantes al nacer el día 3 diciembre 1992, y que provocó su fallecimiento en 1996, tiene por causa una mala praxis médica.

[...] A tal efecto, debemos hacer algunas precisiones sobre el sintagma lex artis, que hemos utilizado ya aquí, y que, cada vez con más frecuencia aparece en la jurisprudencia de esta Sala 3ª del Tribunal Supremo. Y así, por ejemplo, en nuestra sentencia de 17 de mayo del 2004 (recurso de casación 8382/1999 [Ar. 2004\3714]), 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 el nexo de causalidad, que algunos consideran requisito clave de la 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 la existencia del nexo causal, sin entrar en si tal uso fue o no negligente, 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 serias

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.

Debemos insistir por ello en que es necesario desterrar la errónea opinión de que cualquier daño o perjuicio derivado de la asistencia sanitaria pública está cubierto por un seguro que garantizaría, en cualquier caso, su adecuada reparación, con olvido de que la jurisprudencia ha repetido incansablemente que el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencias de la Sala Tercera de 7 de febrero de 1998 [Ar. 1998\1444], 19 de junio de 2001 [Ar. 2001\10059], 26 de febrero de 2002 [Ar. 2002\1718] y 21 de octubre de 2002 [Ar. 2003\1113]).

## **VII. CONTAGIOS POR TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS**

La STS (Sección 6ª), de 14 febrero 2005 (Ar. 2005\4103), recurso de casación núm. 1077/2001, mantiene la jurisprudencia de los últimos años, en el sentido de que no son indemnizables los contagios de hepatitis C por transfusiones anteriores a 1989, por aplicación de la cláusula de riesgos del progreso:

[...] Por citar sentencia reciente, véase lo que este Tribunal tiene dicho en la de 15 de abril del 2004, recurso de casación 6229/1999 (Ar. 2004\2630), invocando el artículo 139 y el 141.1, ambos de la Ley 30/1992: "[...] sólo son indemnizables los daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar, aludiendo a la existencia de fuerza mayor e invocando que en la fecha en que se produjo la contaminación por la transfusión efectuada en 1984, (de 1982 en el caso del que, aquí y ahora, estamos conociendo) no existía reconocimiento del virus de la hepatitis C ni, por supuesto, de las técnicas para objetivarlo". Y añadíamos: "[...] como esta Sala ha declarado en numerosas ocasiones (por citar la última en la Sentencia de 2 de abril de 2004), "hasta mayo de 1988 que Michael Houghton, Qui-Lim y George Kuo, notificaron la clonación del virus de la Hepatitis C, si bien no se publicó la patente en el Boletín de la Organización Mundial de la Salud hasta 1 de junio de 1989, siendo en este año, en fecha no mejor especificada, cuando se empezó a determinar los anti-VHC mediante pruebas de inmuno absorbencia enzimática, si bien, como se dice en las sentencias citadas, hasta octubre de 1989 no se publicaron en la revista Science los trabajos que permitieron el reconocimiento serológico del virus C de la Hepatitis y hasta el inicio de 1990 no se dispuso comercialmente de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus". Por ello, las contaminaciones producidas por transfusiones de sangre practicadas con anterioridad no generan responsabilidad para la Administración sanitaria ya que el daño sufrido no es antijurídico según establece el 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, y así lo ha interpretado esta Sala encontrándose la cláusula de los riesgos del progreso incorporada al ordenamiento comunitario europeo desde la Directiva 85/374/CEE, de 25 de



julio de 1985 (LCEur 1985\712), traspuesta a nuestro ordenamiento interno antes que por el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico en la modificación introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero, por el artículo 6.1.e) de la Ley 22/1994, de 6 de julio, aunque también viniera siendo utilizada con anterioridad por la jurisprudencia para definir como no antijurídico el daño cuando se había hecho un correcto empleo de la "lex artis". Y es que efectivamente, como recogemos en Sentencia de 17 de octubre de 2001 (recurso 8237/1997 [Ar. 2001\10136]) resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión efectuada en 1984 si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se realizasen para atender al restablecimiento de su salud, por cuya razón ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que expresamente contempla actualmente el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1998 (recurso de casación 6.282/93)".

En el mismo sentido, SSTs (Sección 6ª) 25 enero 2005 (Ar. 2005\728), 12 enero 2005 (Ar. 2005\621), 10 diciembre 2004 (Ar. 2005\473), 1 diciembre 2004 (Ar. 2005\465), 13 diciembre 2004 (Ar. 2004\8204), 8 noviembre 2004 (Ar. 2004\7714), 28 octubre 2004 (Ar. 2004\7206), 13 octubre 2004 (Ar. 2004\6744), 4 octubre 2004 (Ar. 2004\6537), y 23 septiembre 2004 (Ar. 2004\6386).

La STS (Sección 6ª), de 10 noviembre 2004 (Ar. 2005\433), recurso de casación núm. 6811/2000, declara que el plazo de prescripción comienza a computarse no desde el diagnóstico, sino desde que pudo determinarse el alcance de las secuelas:[...] En consecuencia, este motivo de casación debe ser desestimado, pues como quiera que el virus VIH es una enfermedad crónica cuyas secuelas, aunque puedan establecerse como posibles, están indeterminadas en el caso concreto, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima, de donde resulta evidente que nos hallamos ante un supuesto de daño continuado y por ello el plazo de prescripción queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas, pues el cómputo del año, a efectos de la prescripción de la acción por responsabilidad patrimonial, no se inicia sino cuando se han estabilizado o consolidado los daños y cuando se conocen definitivamente los efectos del quebranto, pero nunca en el momento del diagnóstico, pues una enfermedad crónica, como la infección por VIH, con una evolución paulatina impide tomar como fecha para cómputo del plazo de prescripción otra que no sea la que correctamente apreció la Sala de instancia».

La STS (Sección 6ª), de 15 diciembre 2004 (Ar. 2004\8209), recurso de casación núm. 6046/2000, aprecia falta de nexo de causalidad entre el contagio del virus VIH y la actuación de los servicios sanitarios:

[...] No habiéndose acreditado por los recurrentes la existencia de la necesaria relación de causalidad entre las actuaciones de los servicios hospitalarios públicos y el contagio del virus VIH por las razones expuesta en la sentencia recurrida, no cabe entender cometidas por la misma las infracciones de preceptos legales que en el único motivo el recurrente recoge y al amparo del cual pretende una revisión de los hechos determinantes del pronunciamiento de la Sala de instancia, cuyas valoraciones no han sido cuestionadas en función de la única vía posible en casación a través de supuestas vulneraciones de normas sobre valoración de prueba tasada ni justificando lo ilógico, irrazonable o arbitrario de la valoración de los hechos realizada por la recurrida».

En el mismo sentido, la STS (Sección 6ª), de 25 octubre 2004 (Ar. 2004\7342), recurso de casación núm. 6070/2000, descarta la responsabilidad de la Administración por falta de prueba de la transfusión como causa del contagio:

[...] Pero es que, además, no es cierto que esos hechos alegados por la recurrente hayan sido reconocidos por la Administración. Y no sólo es que así resulta de la relación de hechos probados –minuciosamente hecha por la Sala de instancia– en modo alguno aparece desvirtuado de contrario es que –la mera lectura del expediente administrativo y por precisar más, el detalladísimo informe técnico de la Inspectora médica del INSALUD, que figura a los folios 19 a 23 del expediente administrativo deja bien claro que "El análisis detallado de lo expuesto en los diversos documentos por parte de distintos profesionales no permite hablar de indicio alguno de existencia de complicaciones, aparición de hemorragia y aplicación de transfusión sanguínea a la paciente..." (folio 22)

## **VIII. AYUDAS POR CONTAGIO DEL VIRUS VIH**

La STS (Sección 6ª), de 26 enero 2005 (Ar. 2005\1522), tiene en cuenta, a efectos de determinar el inicio del cómputo del plazo para solicitar las ayudas, la incapacidad del paciente para comprender el alcance del contagio en el momento en que le fue comunicado:

[...] Por el Abogado del Estado se interpone recurso de Casación contra la Sentencia dictada el 7 de junio de 2000 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la que se estimó el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por D. Pedro contra Resolución del Subsecretario de Sanidad y Consumo de 10 de marzo de 1998 en la que se denegó por extemporánea la petición de indemnización y ayuda mensual formulada por aquel al amparo del art. 2 del Real Decreto Ley 9/93. La Sentencia de instancia estima el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto y declara el derecho del recurrente a recibir las ayudas establecidas en el RDL 9/93

La Sentencia de instancia no infringe el art. 5 del RDL 9/93, sino que examina como no podía ser de otra manera, el caso de autos individualmente considerado, al que califica de excepcional y de ese examen concluye considerando probado que cuando al paciente se le comunicó el hecho del contagio, como consecuencia de la propia enfermedad, tenía una alteración de sus facultades mentales que le impedía comprender el alcance de dicha circunstancia, lo que empieza a hacer cuando superados los principales padecimientos se le da de alta el 20 de febrero de 1997, como pone de relieve la declaración testifical del médico que precisamente le da el alta hospitalaria. Siendo ello así, no es contrario a dicho art. 5 del RDL 9/93 y a la propia filosofía que preside tal Real Decreto y al que hace referencia el Tribunal "a quo", la fecha de inicio del cómputo del plazo que se tiene en cuenta en la Sentencia de instancia y que determina que habiéndose presentado en plazo la solicitud, se declare el derecho de D. Pedro a obtener las ayudas reguladas en el art. 2.1.a) y b) del RDL 9/93 desestimándose así este motivo de recurso formulado.

## **IX. CONSENTIMIENTO INFORMADO**

La STS (Sección 6ª), de 2 marzo 2005 (Ar. 2005\3065), recurso de casación núm. 8125/2000, aprecia la falta de consentimiento informado, determinante de responsabilidad de la Administración:

«[...] la sentencia de instancia, que entendió que procedía estimar el recurso jurisdiccional reconociendo el derecho del recurrente a ser indemnizado en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia en función de las bases que en la misma se establece y en atención al grado de incapacidad y salud del paciente a lo largo de su expectativa de vida, de las limitaciones en la vida profesional y en la vida personal y familiar, adoptó su decisión partiendo básicamente del resultado de la prueba pericial practicada en la instancia, afirmando que la lesión por la que se reclama el reconocimiento de la indemnización tiene su origen en que a la recurrente le fue practicada en su día una operación quirúrgica en la que se le practicó una resección gástrica subtotal (Bilroth II) tras la que se produjeron diversas hemorragias que finalizaron con una resección total de estómago, aconteciendo posteriormente en la historia clínica del actor un Síndrome de Dumping, basándose la petición de reconocimiento de la responsabilidad en la circunstancia de que el paciente no fue informado ni autorizó dicha intervención que dio lugar a los daños producidos.

[...] Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que exige el consentimiento informado del paciente antes del sometimiento a una intervención quirúrgica, el cual solamente cabe excluir en los supuestos que enumera la Ley General de Sanidad en su artículo 10 invocándose por el recurrente en el desarrollo del motivo que "nos encontramos ante una intervención quirúrgica solicitada con reiteración por el paciente y por sus familiares que ha sido previamente informada y que tiene el consentimiento del paciente para asumir las consecuencias indubitables de la misma pese a su correcta ejecución"; mas dicha afirmación del recurrente es absolutamente contradictoria con las

afirmaciones de la sentencia recurrida que, como valoración de hecho está excluida de control en vía casacional al no existir en el recurso de casación Contencioso-Administrativo la posibilidad de cuestionar los hechos y su valoración realizada por la Sala de instancia si no es con invocación de infracción de preceptos sobre prueba tasada o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contrario a la lógica o irracional, supuestos que, en el presente caso, ni se han invocado ni concurren.

[...] otro lado, tampoco resulta aceptable la afirmación de la recurrente en casación de que, contradiciendo la anterior manifestación, en el presente caso no se le pudo informar de la segunda operación, ni pedir el consentimiento previo acerca de la conveniencia o no "de la resección gástrica subtotal", puesto que, aun cuando refiriéramos esta afirmación a la segunda de las operaciones realizadas, con el paciente anestesiado, es lo cierto que esta segunda operación tuvo como causa determinante la práctica de la primera para la cual no se ofreció en absoluto al paciente posibilidad alguna de adoptar la decisión que libremente entendiera que procedía, una vez debidamente informado como exige el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, por lo que no cabe apreciar esa urgencia que el recurrente invoca para la práctica de esta segunda operación, que trae causa y se deriva de la primera, para la que si pudo indudablemente obtenerse el consentimiento informado del paciente y cuya existencia la Sala de instancia terminantemente rechaza en la sentencia recurrida afirmando, además, que ha quedado acreditado que los padecimientos que dieron origen a la primera operación podían haber sido objeto de tratamientos alternativos, al margen de la intervención finalmente realizada, por lo que las consecuencias derivadas de la citada intervención que dio lugar a su vez a la resección gástrica total solamente resultan imputables a la actuación administrativa practicada sin el imprescindible consentimiento informado previo del paciente.

La STS (Sección 6ª), de 20 diciembre 2004 (Ar. 2005\1734), recurso de casación núm. 2324/2001, aprecia falta de consentimiento informado, frente a la afirmación del tribunal de instancia de que el mismo no fue determinante del nexo causal:

[...] Este Tribunal de casación no puede compartir lo que dice la Sala de instancia, porque no puede sostenerse que no se ha infringido el derecho del paciente establecido en ese artículo 10.5, y tener por cumplido el deber de informar a aquel para que su consentimiento a ser intervenido lo preste con pleno o, al menos, con suficientemente conocimiento de causa –que eso es lo que puede llamarse consentimiento informado– con el siguiente discurso que emplea la Sala de instancia: "Por lo demás, la falta de consentimiento informado por escrito de la paciente para la implantación del Sistema de infusión intratecal no es bastante tampoco para establecer un nexo causal entre la actuación de la Administración Sanitaria y el daño cuya indemnización se pretende pues aparte de que en la reclamación administrativa previa no aduce que la implantación del sistema se produjera en contra de la voluntad del paciente, no ha quedado acreditado que el resultado dañoso tuviera lugar por la defectuosa prestación de dicho tratamiento".

Aceptar –con este apoyo– que en el caso que nos ocupa ha habido consentimiento informado supondría abrir un portillo por el que el importante derecho que reconoce a los pacientes el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, literalmente se volatilizaría, y el precepto devendría inoperante.

La STS (Sección 6ª), de 18 enero 2005 (Ar. 2005\995), recurso de casación núm. 166/2004, establece el desplazamiento de la carga de la prueba del consentimiento informado sobre la Administración sanitaria:

[...] De lo hasta aquí transcrito resulta evidente que la Sentencia impugnada al referirse al consentimiento informado en la manera que se ha expuesto incurre en contradicción con lo resuelto en la Sentencia de contraste sobre la carga de la prueba del consentimiento informado, sin que pueda aceptarse la conclusión del Tribunal "a quo" de que aún cuando no exista constancia escrita ni de ningún género de que el consentimiento se hubiera efectivamente prestado, debe concluirse que sí lo fue, no resultando aceptables las deducciones que a tal efecto realiza la Sala de instancia pues a la Administración hubiera incumbido acreditar que informó y solicitó el consentimiento de la paciente, y mas cuando debe realizarse en los casos de fracturas desplazadas una reducción que ha de practicarse siempre con anestesia y de las que resultan altos índices de fracaso en el tratamiento de dichas fracturas.

En definitiva pues, la doctrina de la Sala de instancia en relación a la acreditación de la existencia del consentimiento informado debe ser corregida, debiendo concluirse que no se ha probado que la Sra. Alicia hubiera prestado su consentimiento para la realización de la intervención quirúrgica que sufrió, por lo que el recurso de casación para unificación de doctrina debe ser estimado.

La STS (Sección 6ª), de 26 noviembre 2004 (Ar. 2005\22), recurso de casación núm. 280/2001, acepta la declaración de hechos de la Sala de instancia, que estima probado el consentimiento, aun sin existir constancia escrita: [...] La Sentencia de instancia, tal y como se ha transcrito entiende que se prestó el consentimiento por parte de la paciente y que ésta tenía conocimiento de las circunstancias, riesgos y alternativas a la embolización que se le iba a practicar. No se ha producido pues una infracción de los arts. 10.5 y 10.6 de la Ley de Sanidad, precepto que son los considerados infringidos por la actora al articular el motivo de recurso, pues al estimar el Tribunal "a quo" que dicho consentimiento informado se prestó no se estaría infringiendo dicho precepto en los dos apartados citados, ni la jurisprudencia aplicable, a la que también se ha hecho mención, de la misma forma que no podría considerarse la Sentencia arbitraria. En efecto, en la misma se parte de la exigencia y necesidad de que según la Ley de Sanidad el paciente tal y como establece su art.10.5 y 10.6 preste su consentimiento siendo informado de las alternativas al tratamiento que se le va a aplicar. El Tribunal "a quo" considera, pues, plenamente aplicables al caso de autos los preceptos señalados y por tanto la exigencia de recabar el consentimiento informado, lo que ocurre es que valorando la prueba practicada en la forma en que se ha expuesto, concluye que dicho consentimiento efectivamente se prestó.