



Roj: STS 6507/2012 - ECLI: ES:TS:2012:6507

Id Cendoj: 28079130042012100651

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 4

Fecha: 09/10/2012

Nº de Recurso: 40/2012

Nº de Resolución:

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Octubre de dos mil doce.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 40/2.012, interpuesto por el Procurador D. Pedro González Sánchez en nombre y representación de D. Jesus Miguel , contra **la Sentencia de la Sección Tercera (refuerzo) de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Aragón, de fecha diecinueve de septiembre de dos mil once, en el recurso contencioso- administrativo número 362/2.008 .**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Aragón, Sección Tercera de refuerzo, dictó Sentencia el diecinueve de septiembre de dos mil once, en el Recurso número 362 de 2.008 , en cuya parte dispositiva se establecía: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso número 362/08-D interpuesto por la representación procesal de D. Jesus Miguel contra la resolución administrativa citada en el encabezamiento de esta sentencia".

**SEGUNDO.-** En escrito de veinticinco de octubre de dos mil once el demandante interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala.

La Sala de Instancia, por diligencia de ordenación de dieciocho de noviembre de dos mil once, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

**TERCERO.-** En escrito de cinco de enero de dos mil doce el recurrente procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de catorce de marzo de dos mil doce.

**CUARTO.-** Mediante escritos de ocho, once y (dos) de trece de junio de dos mil doce, la Generalidad Valenciana, la entidad HDI Hannover International S.A., la entidad Zurich España Cia. de Seguros y Reaseguros, y la Comunidad Autónoma de Aragón, respectivamente representadas por el Abogado de la Generalidad Valenciana, La Procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Escorial Pinela, la Procuradora D. <sup>a</sup> Esther Centoira Larrondo y la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón, manifestaron su oposición al Recurso de Casación y solicitaron se dictase sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Es objeto de este recurso de casación la sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil once, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección tercera de refuerzo), recaída en el recurso 362/2.008 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jesus Miguel , contra la desestimación de la reclamación de **responsabilidad** patrimonial deducida contra la Diputación General de Aragón y contra la Generalidad Valenciana, para que por éstas, solidariamente con sus respectivas compañías aseguradoras, indemnizaran al reclamante en la suma de 805.118, 48 euros.

La sentencia resume, en su fundamento segundo, los hechos que enjuicia, tomando como referencia el Informe de la Inspección Médica de Valencia, y así dice: "D. Jesus Miguel , de 54 años y con antecedentes de alergia a la penicilina y a la aspirina, hipertensión arterial (HTA), obesidad, dislipemia, hiperuricemia, cólicos renales, pólipos vesicales y gonartrosis evolucionada con genu varo bilateral, fue intervenido mediante osteotomía valguizante tibial izquierda sin resultado clínico satisfactorio.

-El 8/03/04 se realiza, en el Hospital San Jorge de Huesca, (...) sustitución protésica total de su rodilla izquierda bajo profilaxis y tratamiento pre y postoperatorio con Dalacín. (...) En la revisión del 26/05/04 aqueja dolor intenso con zona eritematosa en metáfisis tibial externa por lo que se solicita gammagrafía. (...) La gammagrafía confirma posible infección para-articular medial, instaurando tratamiento con Bycip y Gentamedical durante 6 semanas, planificando revisión quirúrgica en caso de no presentar mejoría.

-El 18/08/04 acude a urgencias por intenso dolor y empastamiento articular. (...) Siendo dado de alta el 23/08/04, para ingresar de nuevo el 18/09/04 al presentar un proceso similar al anterior, (...) hallando absceso aséptico (según Gram) realizando lavado y drenaje extrarticular. La evolución inicial es satisfactoria, aunque el 28/09/04 se detecta ligero derrame articular, realizando punción para cultivo en el que se aísla S. epidermidis que es tratado según antibiograma con la misma pauta antibiótica (baycip y vancomicina), resultando negativo el realizado el 14/10/04 . Es dado de alta el 19/10/04 con una rodilla insidiosa, con dolor tolerable y discreto edema articular, con tratamiento antibiótico. (...) No obstante, la evolución no es satisfactoria, por lo que el 24/11/04 se pide nueva gammagrafía con leucocitos marcados, confirmando el 16/12/04 una "infección de componente tibial". Planificando reintervenir para EMO y colocación de espaciador articular de rodilla durante 8-12 semanas y controles mediante cultivos articulares sucesivos antes de replantear nuevas actuaciones quirúrgica, con tratamiento antibiótico intensivo intravenoso controlado por el servicio de Microbiología. Ante dicha situación, el paciente solicita una segunda opinión al Departamento de Infecciones Articulares del Hospital La Fe de Valencia. En sesión clínica se decide, dada la patología y evolución del paciente, realizar consulta al Centro de Referencia Nacional de Infecciones.

-El 01/03/05 es visto en Consultas Externas del Hospital La Fe de Valencia. (...) El 14/04/05 ingresa. (...) El cultivo del líquido articular dio positivo para S. coagulasa negativo, instaurando tratamiento antibiótico con buena evolución de la herida quirúrgica, con cultivo negativo el 21/04/05 . Es dado de alta el 28/04/05, remitido para convalecencia y recuperación a su domicilio con tratamiento antibiótico (Tavanic 500 y Rifaldin 600), indicando acudir el 30/05/05 para segundo tiempo intervención.

La médico de familia de su Centro de Salud que controla el postoperatorio, sospechando una infección de la herida quirúrgica, solicita cultivo del exudado de la herida el 06/05/05, con crecimiento de Klebsiella pneumoniae, comunicándolo al Hospital San Jorge de Huesca y al Hospital La Fe de Valencia, donde ingresa el 30/05/05 como estaba programado, donde se realiza nuevo recambio protésico en segundo tiempo el 01/06/05. El cultivo realizado el 06/06/05 da positivo para Staphilococcus coagulasa negativo. Se repite el 14/06/05 con resultado entonces positivo para Enterobacter cloacae y S. coagulasa negativo, y el 08/07/05 nuevamente positivo para S. coagulasa.

Es dado de alta el 15/07/05 con tratamiento antibiótico (Tatanic 500 y Rifaldin 600), y cita para revisión el próximo 23/08/05. En el informe de alta se señala que "la situación es crónica y aunque haya mejoría no se conseguirá la restitutio ad integrum".

-El 02/08/05 su médico de cabecera solicita nuevo cultivo, que remite al Hospital San Jorge de Huesca, con crecimiento de Klebsiella penumoniae.

-El 16/08/05 acude a la Clínica Universitaria de Navarra (CUN) donde establecen el diagnóstico de "prótesis total de rodilla izquierda infectada de larga evolución con recambios múltiples", recomendando "tratamiento antibiótico de la infección tal y como viene realizando. En caso de no mejorar plantearíamos la realización de artrodesis...".

-El 11/09/05 vuelve a ingresar en el Hospital La Fe de Valencia con el diagnóstico de PTR izquierda infectada e insuficiencia venosa de retorno, instaurando tratamiento antibiótico intravenoso con Tatanic y Rifaldin. Es dado de alta el 19/09/05.



El 26/09/05 su médico de familia solicita nuevo cultivo, con resultado negativo, otro el 30/09/05 con escaso crecimiento de S. coagulasa negativo y otro el 03/10/05, con crecimiento de S.epidermidis.

-El 2/11/05 ingresa de nuevo en el Hospital La Fe de Valencia, donde se realiza EMO-extracción de material de osteosíntesis-, desbridamiento, lavado y colocación de un espaciador de rodilla. Se realizan cultivos el 07/11/05, con resultado negativo, el 11 y el 13/11/05, con crecimiento en ambos de S. coagulasa negativo. (...) El 10/01/06 vuelve a ingresar con el diagnóstico de PTR infectada.

Es dado de alta el 18/01/06, indicando que deberá ingresar el 2/02/06, fecha en que se extrae el espaciador y se coloca clavo- LINK fémur relleno con cemento y tibia con injerto óseo y factores de crecimiento. Los cultivos realizados el 8/02/06 y el 15/02/06 dieron positivo para S.coagulasa negativo, sensible a teicoplanina (Linezolid). Es dado de alta el 22/02/06 con tratamiento antibiótico (linezolid cada 12 horas hasta nueva orden) y cita para el 07/03/06 en Consultas Externas.

El 23/05/06 acude al "Instituto de Cirugía Plástica y de la Mano Dr. Luis Enrique y Asociados" de Santander, presentando fístula en la cara anterior de la rodilla derecha, proponiendo "nueva intervención en dos tiempos", aunque indicando que "teniendo en cuenta los antecedentes médicos y quirúrgicos previos y la resistencia de los gérmenes hallados, el paciente tiene que tener en cuenta que existe la posibilidad de que el proceso infeccioso esté tan extendido que se haga necesario la amputación de la extremidad a nivel del muslo en su tercio proximal."

-El 26/05/06 el Dr. Jesus Miguel, especialista de COT de Zaragoza, aconseja la amputación supracondílea y colocación de órtesis, tras la EMO, limpieza y antibioticoterapia general.

- El 6/06/06 ingresa de nuevo en el Hospital La Fe de Valencia con el diagnóstico de "prótesis total de rodilla. Infecciones crónicas recidivantes. Fracaso artrodesis de rodilla."

Con todo, se traslada en ambulancia al Hospital San Jorge de Huesca, (...) "por infección inveterada en pierna izquierda que tras fracaso de PTR y 2 artrodesis se decide amputación de 1/3 medio de fémur. El paciente era portador de Acinetobacter baumannii y sigue con cultivos positivos por contaminación postquirúrgica del muñón. Está en tratamiento específico por bacteriología con Vibracin y es de esperar la negativización de cultivos con el tiempo." Es dado de alta el 12/08/06, con curas cada 72 horas y revisiones en Consultas Externas todos los viernes hasta curar la herida.

-El 5/09/06 se realiza cultivo de exudado de la herida, resultado positivo para Pseudomona aeruginosa y Enterococcus faecalis, cambiando el tratamiento antibiótico. El 27/09/06 se realiza nueva toma de exudado para cultivo, con resultado negativo, así como el 6/10/06, aunque en el cultivo del 19/10/06 creció una colonia de S. coagulasa negativo. Desde esa fecha, ha seguido tratamiento y rehabilitación, consiguiendo la adecuada cicatrización del muñón y acomodación de la prótesis. (...).

A continuación la sentencia, en el tercero de sus fundamentos, tiene como premisa plenamente acreditada la existencia de una infección nosocomial, por haber sido contraída en centro de atención hospitalaria, mas, expresa, que de ello no cabe concluir necesariamente la **responsabilidad** del titular del centro sanitario, al requerirse la justificación que la actuación de los órganos sanitarios no actuaron conforme a los estándares exigibles en función de los conocimientos técnicos, lo que analiza en el supuesto en los fundamentos quinto y sexto:

"En primer lugar, respecto de los factores que concurrían con la enfermedad que le fue atendida, debe considerarse, en contra de lo que se expone en las periciales aportadas con la demanda y efectuadas por los Dres. Gervasio y Imanol, que sí existía posibilidad de complicación de la intervención motivada por circunstancias propias del paciente. Debe así reseñarse que era paciente de 53 años de edad, con obesidad, hiperglucemia, condromalacia, hipertensión, insuficiencia venosa y cardiopatía. Había sido previamente intervenido de osteotomía valguizante tibial izquierda, siendo portador de placa tibial y tornillos metafisarios. Circunstancias que podían hacerlo más sensible a la invasión en posterior intervención de determinados gérmenes. Y a lo que se añadía que, caso de ser contraída infección, su curación podía ser complicada por la alergia del paciente al uso de antibióticos de Penicilina o Amoxicilina.

SEXTO.- En segundo lugar, respecto de la actuación concreta sanitaria desarrollada, ni en la demanda presentada ni en los informes aportados por el demandante consta la alegación, afirmación o conclusión que permita entender que hubo desatención concretada y específica en los centros sanitarios y respecto del adecuado uso de las técnicas propias de medicina preventiva para asegurar en la medida de lo posible la no contracción de enfermedad. Y, por el contrario, el resto de informes obrantes en las actuaciones evidencian, sin lugar a dudas, el cumplimiento de las medidas recogidas en los protocolos de actuación médica, aseguradoras de la mayor profilaxis que, con los medios y conocimientos actuales, permite la técnica. Así, en compendio de todos ellos, sirvan los evacuados por la Inspección Médica de la Generalitat Valenciana o el informe evacuado



por la Dra. Camila , especialista en medicina preventiva, que concluyen que tanto en lo que respecta al Hospital La Fe de Valencia, como el Hospital San Jorge de Huesca, en las intervenciones médicas, se observaron en todo momento las prescripciones ajustadas a la *lex artis*".

Por fin, en el siguiente fundamento, descarta la sentencia que no se ofreciera al paciente la información suficiente del riesgo de poder contraer la infección que padeció, como trámite previo de las intervenciones en su extremidad inferior izquierda, de acuerdo la siguiente motivación:

"La conclusión desestimatoria de la reclamación a que conduce lo anteriormente expuesto no se ve contradicha por la afirmación del paciente de que no se le informara adecuadamente de la posibilidad de contraer las infecciones que padeció. En contra de tal afirmación consta que hubo informaciones médicas previas a las intervenciones que se practicaban en numerosas ocasiones bien al enfermo, bien a familiar suyo (así, folios 78, 129, 207, 217, 245, 265, 362, 411, 442, 516 y 554 del expediente). Informaciones completadas por la que en su relación directa habitual con el enfermo le ofrecía el médico que lo atendía de modo habitual en el Hospital San Jorge, como resulta del informe evacuado por el Dr. Pelayo (folios 574 al 579)".

**SEGUNDO** .- Frente a la sentencia de instancia se interpone por la representación procesal de D. Jesus Miguel recurso de casación, que se sustenta en seis motivos amparados todos ellos en el artículo 88.1.d) de la Ley, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Alega el primero de estos que la sentencia vulnera el artículo 106.2 de la Constitución , y los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 , al no reconocer la **responsabilidad** patrimonial de la Administración sanitaria a pesar de declarar que la infección por la que se reclama fue contraída en el centro hospitalario.

Expresa el motivo que la existencia de gérmenes de ámbito hospitalario no puede calificarse de actuación normal, al ser lo normal que un quirófano tenga una desinfección absoluta, y que la falta de esterilidad debe considerarse como un funcionamiento anormal. Por ello concluye: "El Sr. Jesus Miguel no tiene la obligación de soportar la falta de asepsia en ambos centros hospitalarios, dado que en ambos se le contagiaron diversas bacterias de ámbito **intrahospitalario**, que antes de la primera intervención no los tenía y tras la primera intervención es un rosario de infecciones por bacterias continuas las que padece, es enviado al Hospital la Fe, centro de referencia en la cura de estas bacterias, y en el mismo no solo no se le curan las bacterias contagiadas en el Hospital San Jorge, sino que le contagian unas nuevas, por ello el Sr. Jesus Miguel es víctima del hecho dañoso, hay nexo causal entre el contagio de bacterias y la enfermedad, de lo que se deriva la existencia de culpabilidad de las demandadas, pues de no haberse producido el contagio de bacterias únicamente de desarrollo en el ámbito hospitalario, no se habrían producido los severos y múltiples daños padecidos por éste, que le han llevado a una vida en absoluta dependencia".

Motivo al que se oponen la Diputación General de Aragón, la Generalidad Valenciana y las aseguradoras de éstas, bajo el común denominador de que para poder llegar a la conclusión de la existencia de **responsabilidad** patrimonial de la Administración debería haberse acreditado que la infección pudo haberse evitado, por traer causa en el incumplimiento del protocolo de asepsia hospitalaria, lo que no ocurre.

El motivo no puede prosperar, pues frente al principio de **responsabilidad** objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2.009 (recurso 9.484/2.004 ), con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la **responsabilidad** de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una **responsabilidad** de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis* , y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la **responsabilidad** de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

Así lo hemos reiterado en nuestra Sentencia de 2 de noviembre de 2.011 (recurso 6.236/2.007 ), en la que, con referencia a las de 14 de octubre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.001, expusimos que "en el instituto de la **responsabilidad** patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado





del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto". Con esto queremos decir que, como igualmente advertimos en la Sentencia de 6 de julio de 2.011 (recurso 3.622/2.007), no es suficiente con **constatar el origen intrahospitalario** de una infección para de ello concluir la reprochabilidad de la sepsis al funcionamiento del servicio médico, sino que, para que pueda nacer la **responsabilidad** patrimonial de la Administración, es necesario **acreditar** el incumplimiento del estándar de rendimiento, que permite el estado del conocimiento, para detectar la presencia del elemento causante de la infección.

En otros términos, que la Constitución determine que " *Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos* ", lo que es reiterado en la Ley 30/1.992, RJAPyPAC, con la indicación de que " *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas* ", no significa que la **responsabilidad** de las Administraciones Públicas aún siendo objetiva, esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido de que quien lo experimente no deba tener obligación de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, primero para la evitación de la infección y, segundo, para el ataque antibiótico.

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la Sala de instancia no infringió los preceptos citados, sino que los aplicó conforme a Derecho cuando concluyó desestimando el recurso contencioso-administrativo, en cuanto que apreció del conjunto de la prueba practicada el cumplimiento por los hospitales en que trataron al recurrente y por los médicos que lo atendieron de los protocolos de profilaxis conforme lo que permitía en la fecha en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados el conocimiento de la ciencia y las técnicas que la aplican. En las anteriores circunstancias, ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de lesión antijurídica, sino como realización de un riesgo conocido e inherente a las intervenciones practicadas y las posteriores actuaciones que la mismas demandaban, y que el demandante tenía obligación de soportar.

**TERCERO** .- El segundo motivo del recurso afirma que la sentencia infringe los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, al valorar de manera ilógica y arbitraria los factores de riesgo previos del paciente (obesidad, hiperglucemia, condromalacia, hipertensión, insuficiencia venosa y cardiopatía), y la alergia al uso de antibióticos de penicilina o amoxicilina, por cuanto su existencia y conocimiento previos deberían de haber llevado a extremar las medidas profilácticas y de medios "y no considerar como hace la Sala de Instancia, que como se tiene la alergia, no hay que tomar ningún medida o medio por su existencia. Existe igualmente arbitrariedad en la valoración de la prueba al apreciar contradicción entre lo recogido en la sentencia y lo manifestado por los peritos aportados por esta parte".

Por ello propone que, valorando la prueba articulada, dictemos sentencia estimatoria, por cuanto en su opinión quedó acreditado que no hubo un correcto funcionamiento del servicio hospitalario, que concretó en el motivo del siguiente modo: "En la **responsabilidad** postulada en nuestra demanda no sólo no es menester demostrar para exigir aquella **responsabilidad** que los titulares o gestores de la actividad administrativa que han generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico **basta** con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existe entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, surge la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa. Sin embargo aún cuando el funcionamiento normal puede dar lugar a la indemnización de los perjuicios, en ningún caso puede considerarse normal el contagio de bacterias intrahospitalarias por cuanto la *lex artis ad hoc*, impone la absoluta desinfección y asepsia de los quirófanos, y por tanto ante la existencia de múltiples bacterias, ello supone un funcionamiento anormal de ambos centros hospitalarios".

Tampoco puede prosperar la cuestión a que nos referimos en el anterior fundamento desde el ámbito en que la suscita el presente motivo de casación, puesto que si no puede sostenerse una **responsabilidad** basada en la simple producción del daño, consecuentemente ha de quedar acreditada la indebida aplicación de medios



para la obtención del resultado, de forma que tampoco sirve para ello la alegación de no ser necesaria mayor acreditación que la que resulta de la misma existencia del daño que dice desproporcionado y anormal a lo que comparativamente es usual en las intervenciones quirúrgicas de esta naturaleza, o que fue consecuencia de un tratamiento incorrecto, lo que se afirma con abstracción de la valoración que del conjunto de los informes obrantes en las actuaciones y restante actividad probatoria realiza el Tribunal *a quo*, y de la conclusión que la atención sanitaria que se prestó al reclamante fue la que requirió en cada momento la evolución de sus dolencias y complicaciones, que no acredita que lo efectuase con error patente, ni de modo arbitrario o irracional, ni sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia por la reputada más acertada por el recurrente a la vista de sus propias apreciaciones, tal como reiteradamente sostiene este Tribunal.

Así, también hemos señalado en nuestra reciente sentencia de fecha 3 de mayo de 2.012 (recurso 6.636/2.010), que "la interpretación de la voluntad manifestada en dictámenes, informes, documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo es una labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hace el Tribunal "a quo", no tiene cabida objetiva en sede casacional, pues, como hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de siete y veinte de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, han de respetarse los hechos fijados por la resolución recurrida, siendo inadmisibles las casaciones cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la Sala de instancia salvo cuando resulten infringidas normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o haber procedido de manera ilógica, irracional o arbitraria".

Ya hemos reflejado los hechos en los que se basa la sentencia impugnada, extraídos de la totalidad de los informes obrantes en las actuaciones -salvo los aportados por el reclamante con su demanda-, (que por cierto también consideró la Sala de instancia) de los que se cita a título de ejemplo el informe de la Inspección Médica de la Generalidad Valenciana y el Doña. Camila, en los que se llega a la conclusión del cumplimiento de los estándares de rendimiento para la mayor profilaxis que permiten los medios y conocimientos actuales; apreciación que no deviene irrazonable, manifiestamente errónea o ilógica mediante la práctica de poner en boca de la sentencia una conclusión por completo ajena a sus razonamientos, cual es que los factores de riesgo del paciente excluyen la antijuricidad del daño, o que tales factores excusan de la necesidad de tomar ninguna medida o medio para evitar la infección, como, tampoco, por la de entresacar partes del dictamen acompañado con la demanda, de lo que concluye que es opinión del facultativo que lo emitió que se omitió alguna de las tareas básicas de los Servicios de Salud, que sin embargo no identifica ni, pormenoriza.

**CUARTO** .- El tercer motivo de casación parte de la infracción por la sentencia de instancia de los artículos 3, 4, 8.2 y 8.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Y ello por cuanto, en opinión del motivo, la Sala de instancia vulnera dichos preceptos al desestimar la afirmación del paciente de que no se le informó adecuadamente de la posibilidad de contraer las infecciones que padeció, según aprecia de la comprobación de la historia clínica y de las informaciones complementarias proporcionadas al paciente de manera directa por Don. Pelayo, conforme consta en la nota incorporada en la documentación clínica.

Entrando ya en este apartado del recurso, referido al consentimiento informado como causa de justificación del daño causado en el ámbito de una actuación médica, este Tribunal viene insistiendo en que el derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento se configura en el actual orden normativo -constituido por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica- como una faceta integrante del derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición sobre el propio cuerpo, reconocido como tal incluso en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme a la cual el Derecho fundamental a la integridad de la persona comprende, en el marco de la medicina, el consentimiento libre e inmanente, de manera que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma una infracción de la "*lex artis ad hoc*", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan, y que como tal causa un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente (así recientemente lo expresa nuestra Sentencia de 15 de mayo de 2.012, recurso 1.777/2.010, con cita de la de 2 de enero de 2.012, recurso 6.710/2.010; en igual sentido Sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2.002, 26 de febrero de 2.004, 14 de diciembre de 2.005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2.007, 1 de febrero y 19 de junio de 2.008, 30 de septiembre de 2.009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2.011).



Dicho esto, el motivo se articula en la conculcación de la ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, si bien la infracción de las normas del ordenamiento jurídico no se produce por la interpretación que de ésta efectúa la Sala, sino por la discrepancia con la valoración de la prueba y de la conclusión que dice que la Sala obtiene de que se cumplió el deber de información del riesgo de infección con anterioridad a cada intervención.

El motivo así planteado no puede prosperar, ya que no se funda en que la Sala de instancia, al llevar a cabo el análisis de las pruebas para alcanzar la conclusión de la existencia y suficiencia del deber de información clínica, haya incurrido en infracción de normas legales de valoración de la prueba, lo que constituiría la única forma de combatir los hechos en casación, sino en instrumentar para ello la alegada vulneración del derecho a la información de la finalidad y naturaleza de cada intervención, y de sus riesgos y consecuencias, que en dichos términos es desestimada.

Pero con todo no está de más consignar que sí hubo consentimiento informado a lo largo de los diversos episodios en los que se desarrolló el dilatado proceso de las diversas intervenciones que soportó el recurrente en su extremidad inferior izquierda y que finalmente concluyó con la amputación parcial de la misma. La sentencia menciona una serie de folios del expediente administrativo en los que existen documentos de consentimiento informado firmados bien por el recurrente, bien por quien se identifica como su esposa. Es cierto que algunos son poco ilustrativos de los tratamientos que recibía el paciente pero ponen de relieve que existió el mismo, puesto que fueron voluntariamente suscritos por quienes los firman. Pero no es menos cierto que también existen otros que firma el recurrente con Don. Pelayo , y que, por sus fechas, coinciden con las intervenciones claves realizadas en su tratamiento, como la retirada e implantación de prótesis total de rodilla, que son extensos y concretos, y en los que el paciente declara ser conocedor de todo lo que es preciso saber a la hora de aceptar la intervención, en qué consiste la misma y qué puede suceder durante ella y posteriormente, así como las complicaciones que pueden producirse, y entre ellas las infecciones que pueden presentarse, y las consecuencias de las mismas.

Y lo mismo puede decirse en relación con el informe que emite Don. Pelayo sobre el largo proceso en el que con interrupciones trató al recurrente, en el que explica pormenorizadamente cuál era la relación con el enfermo y el trato que mantenían y el contacto que existía entre médico y enfermo. De ese informe que no se cuestiona se deduce que el recurrente conocía cuanto se refiere al curso de sus padecimientos y estaba informado suficientemente de los tratamientos que recibía y el por qué de los mismos.

**QUINTO** .- Los restantes motivos del recurso alegan que la sentencia infringe la doctrina jurisprudencial con relación a los extremos anteriormente analizados, como es la exigencia de una adecuada asepsia en el quirófano y demás dependencias hospitalarias (motivo cuarto), que el derecho a la información asistencial comprende el derecho del paciente a conocer toda la información posible sobre la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de cada intervención (motivo quinto), y que la viabilidad de la **responsabilidad** patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado, en relación causal con el funcionamiento del servicio público (motivo sexto); mas todo esto se expone en términos genéricos, mediante la reproducción de parte de los textos de Sentencias de este Tribunal Supremo en los que se hace aplicación de aquella doctrina general a los casos citados, sin que el recurso argumente cómo y de qué manera aquella doctrina ha sido desconocida por la Sala de instancia al resolver el presente supuesto.

Como tiene declarado este Tribunal cuando se denuncia la infracción de jurisprudencia ha de hacerse un cierto análisis comparativo entre las Sentencias del Tribunal Supremo que se traen a colación y la aplicación del ordenamiento jurídico realizado por el Tribunal "a quo" para poner de relieve la vulneración en que incurre la sentencia impugnada. En este sentido, como se puso de manifiesto en Sentencia de 23 de febrero de 2.010 (recurso 2.383/2.008 ), y se reitera en la de 28 de septiembre de 2.010 (recurso 4.741/2008 ): " Esta Sala ha declarado, por todos, Autos de 27 de marzo de 2.008, dictado en el recurso de casación nº 3.661/2.007 , que "una reiterada doctrina de esta Sala viene manteniendo que para que el motivo de casación consistente en la infracción de la jurisprudencia pueda ser tomado en consideración no **basta** la cita de varias sentencias de este Tribunal, sino que es necesario que se relacionen las circunstancias concurrentes en los precedentes citados con el caso examinado, lo que en este supuesto se ha omitido (por todas, Sentencia de 14 de octubre de 1993 )"; Auto de 2 de octubre de 2.008, dictado en el recurso de casación 138/2.008, que afirma que "como ha declarado reiteradamente este Tribunal, en el recurso de casación no puede alegarse -para fundar la infracción de jurisprudencia- más que sentencias de este tribunal, ex artículo 1.6 del Código Civil , y además por cuanto que, también según criterio reiterado de la Sala, mediante la jurisprudencia alegada como infringida, solamente pueden traerse a colación, como término de contraste, resoluciones del Tribunal Supremo en que se hayan tenido en cuenta circunstancias de hecho (incluso las particulares de la parte recurrente) iguales o similares a las del caso debatido y no declaraciones generales, como aquí ocurre (en este sentido autos de este tribunal de 9 de enero y 2 de octubre de 1.998 , de 12 de enero y 14 de septiembre de 2.006 , recursos



números 5.850/1.997, 10.150/1.997, 7.982/2.003 y 7.998/2.003"; y Auto de 29 de noviembre de 2.007, recurso de casación nº 4.375/2.006 "para invocar la infracción de jurisprudencia es necesaria la cita de dos o más sentencias de esta Sala -ya que no **basta** una sola, según dispone el artículo 1.6 del Código Civil - coincidentes en el establecimiento de una determinada doctrina; y es necesario, además poner de relieve la identidad o semejanza esencial de los casos resueltos por aquéllas, extremo que tampoco aborda el recurrente".

De este modo, la cita de sentencias que, a modo de aluvión, realizan los motivos cuarto, quinto y sexto del recurso, no puede considerarse hábil a efectos del motivo casacional de infracción de jurisprudencia, dado que no se justifica, en modo alguno, la identidad entre los supuestos de hecho contemplados, identidad que la Sala, -supliendo las deficiencias del recurso- comprueba que no existe en modo alguno:

- Así la Sentencia de 13 de julio de 2.000 se trae como evidencia de la necesidad de extremar las medidas en prevención de las infecciones nosocomiales, lo que es de general aceptación cualquiera que sea el resultado al que se quiera llegar. La Sentencia de 20 de diciembre de 2.004 acuerda reconocer la **responsabilidad** patrimonial de la Administración como consecuencia de la falta de práctica de un TAC que el conocimiento de la ciencia hacía aconsejable, carente por tanto de relación con lo que nos ocupa. Y la Sentencia de 5 de octubre de 2.010, tras sentar que "el mero hecho de haber contraído una infección en un hospital no puede dar derecho a indemnización, ni siquiera cuando la infección tiene resultados tan graves como es este caso", pone de manifiesto que el debate giró sobre la relación causal de la infección y no sobre su inevitabilidad, como por el contrario resulta en este recurso de casación.

- En cuanto al siguiente grupo de Sentencias, nos cita el recurso la de 4 de noviembre de 1.997, para expresar que el consentimiento libremente informado no ampara la prestación sanitaria incorrecta, y carece de interés para justificar que no existió consentimiento cuando la sentencia lo tiene por acreditado. La Sentencia de 23 de marzo de 2.011 expone con carácter doctrinal el contenido y forma del consentimiento, la de 30 de septiembre de 2.009 se trae en cuanto expresa que la falta de consentimiento constituye una mal praxis *ad hoc* pero que no da lugar a **responsabilidad** patrimonial *per se* si del acto médico no se deriva daño alguno, y la Sentencia de 22 de noviembre de 2.010 contempla un supuesto de incongruencia interna de la sentencia de instancia, al recoger las conclusiones de un informe pericial en forma contradictoria a lo manifestado por el perito, y en la Sentencia de 25 de marzo de 2.010, tras desglosar de manera pormenorizada el contenido del derecho a la libre información, declaramos que el mismo también comprende la información de los riesgos con baja tasa de ocurrencia; sin que el recurso razone mínimamente la infracción de la doctrina contemplada en estas Sentencias en el caso.

- Y por lo que se refiere al tercer grupo de Sentencias, la de 7 de marzo de 2.011 expone como recordatorio general los elementos de la **responsabilidad** patrimonial de la Administración. Con la de 25 de septiembre de 2.007 se reseña que la **responsabilidad** patrimonial requiere de la antijuridicidad del resultado. Mediante la de 19 de junio de 2.007 se afirma que no cabe apreciar **responsabilidad** de la Administración cuando es el propio perjudicado o un tercero el determinante del daño producido. La Sentencia de 7 de febrero de 2.006 se cita con relación a que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso es una cuestión jurídica revisable en casación en la forma y con el límite que allí se expresa. En las Sentencias de 19 de junio de 2.007 y 9 de diciembre de 2.008, declaramos que la prueba de la relación causal corresponde al que reclama la indemnización y, la Sentencia de 29 de junio de 2010 de trae a colación para reiterar la última citada del anterior grupo, esto es que la obligación de informar adecuadamente al enfermo comprende todos los riesgos no inciertos que entraña una intervención, aún cuando tengan una reducida tasa de probabilidad.

Con esto queremos decir que la denuncia de la infracción de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, se articula en sus respectivos motivos de forma insuficiente, al exigirse para que sea eficaz que la parte recurrente haga un estudio de las circunstancias fácticas específicas concurrentes en la sentencias de este Tribunal dictadas como infringidas, lo que a su vez habría de permitir razonar en función de las mismas y de las propias del caso litigioso la separación injustificada de la solución propugnada, y todo esto en una materia tan casuística como es la relativa a la **responsabilidad** patrimonial de la Administración por deficiente prestación sanitaria. Lo que no es el caso, pues la cita de jurisprudencia que hace la parte actora carece de cualquier razonamiento añadido que individualice y ponga en comparación los casos examinados en las resoluciones que cita y el caso que ahora nos ocupa, relativo a la suficiencia del estándar de funcionamiento del servicio sanitario que arriba dejamos expuesto.

Si bien y para no dejar de tratar todas las cuestiones que el recurso plantea no está demás referirnos a las sucesivas complicaciones que experimentó el recurrente debidas a las infecciones que fueron apareciendo, bien tras las intervenciones quirúrgicas, bien durante los procesos de curación de las consecuencias de aquellas, y en las que surgieron esos procesos infecciosos. Como puso de manifiesto la sentencia de instancia las patologías que acompañaban al paciente y que la misma enumera constituían factores que coadyuvaban a la aparición de esos procesos, pero con independencia de lo anterior lo que no se combate en el recurso





son las conclusiones que resultan de los informes hospitalarios y de algunos de los periciales que constan en autos en los que se razona que las condiciones de asepsia que mantenían los centros en los que se trató al enfermo respondían a los estándares establecidos para el servicio público hospitalario en los que aquellos se incardinaban.

En consecuencia estos motivos cuarto, quinto y sexto son desestimados, y con ellos el recurso de casación.

**SEXTO** .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien, en uso de la facultad que confiere a la Sala el número 3 de ese mismo precepto se declara como cantidad máxima a reclamar por los Letrados de la parte recurrida la de dos mil euros; dada la naturaleza del asunto y el criterio reiterado de esta Sala para supuestos similares, que abonará el recurrente a razón de quinientos euros a cada uno de los dos letrados de las Administraciones recurridas y de los dos letrados de las compañías aseguradoras también recurridas.

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD**

**EL REY**

**Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN**

### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos **no haber lugar** al recurso de casación **núm. 40/2.012** , interpuesto por la representación de D. Jesus Miguel , contra la sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil once, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Aragón, Sección Tercera (refuerzo), recaída en el recurso contencioso administrativo 362/2.008 , que queda firme. Con expresa condena en costas a la parte recurrente, señalándose como cantidad máxima a reclamar por los letrados de las partes recurridas la fijada en el último de los fundamentos de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Santiago Martinez-Vares Garcia, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.