



Roj: **STS 6508/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:6508**

Id Cendoj: **28079130042012100652**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **09/10/2012**

Nº de Recurso: **1895/2011**

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 1.895/2.011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Armesto Tinoco en nombre y representación de doña Adriana y don Anton , contra la **sentencia de 28 de diciembre de 2.010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, con sede en Valladolid, recaída en el recurso contencioso administrativo 677/2.006** , en el que los mismos interesados impugnaban la desestimación por silencio de su solicitud de indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de la atención sanitaria recibida por su difunto hijo en el Centro de Salud de La Bañeza (León).

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El recurso contencioso administrativo nº 677/2.006, seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, con sede en Valladolid, contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la parte recurrente el 27 de abril de 2.004, terminó por sentencia de 28 de diciembre de 2.010 , cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 677/2006 interpuesto por D. Anton y D<sup>a</sup>. Adriana , contra la desestimación presunta de la reclamación presentada ante la Gerencia de Salud de Valladolid (SACYL) en fecha 27.08.2004, por ser conforme a derecho. Sin hacer expresa imposición de costas procesales".

**SEGUNDO** .- Una vez notificada la citada sentencia la parte recurrente por escrito presentado el 4 de febrero de 2.011, subsanado mediante nuevo escrito de 15 siguiente, manifiesta su intención de preparar recurso de casación, que por diligencia de 9 de marzo de 2.011 siguiente se tiene por preparado, siendo las partes emplazadas ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO** .- En su escrito de formalización del recurso de casación, la parte recurrente interesa se case y anule la sentencia recurrida, dictándose otra que declare la relación de causalidad entre la actuación de la Administración sanitaria y la muerte del niño de 2 años, condenando a la demandada al pago de la indemnización de 379.207,26 euros y de 360.607,26 euros a cada uno de los recurrentes, con intereses desde la reclamación previa y condena a la compañía aseguradora del 20% de interés desde la misma fecha.

**CUARTO** .- El Letrado de la Junta de Castilla y León, en la representación que tiene legalmente conferida, y la entidad Zurich España cia. de Seguros y Reaseguros, interesaron en sus escritos de oposición que fuera dictada sentencia por la que fuera desestimado el recurso de casación, al ser la sentencia recurrida plenamente conforme a Derecho, con imposición de las costas por ser preceptivas.



**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 Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia que es objeto del presente recurso de casación tiene por acreditados los siguientes hechos, que son de relevancia para la controversia que resuelve:

"Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso y que esta Sala declara probados los siguientes: que el niño Gregorio , hijo de los actores y de dos años de edad el 21 de agosto de 2001, sobre las 20:30 horas se atragantó con una aceituna cuando se encontraba en el área recreativa del Puente Paulón de La Bañeza. Como quiera que los padres no consiguieron aliviar el atragantamiento, se dirigieron al Centro de Salud de La Bañeza con la finalidad de obtener ayuda médica urgente. Allí la médico de guardia y la ATS (Sra. Regina y Sra. Tatiana ) intentaron la expulsión de la aceituna primero provocando la tos del menor, luego por medio de la maniobra de Heimlich y finalmente mediante el uso de un laringoscopio y pinzas de Megill. Como quiera que el citado atragantamiento no remitía, y dado que ocluía parcialmente la tráquea, en torno a las 22 horas se produjo una parada cardiorrespiratoria del menor al tiempo que llegaban más facultativos (Sr. Victorino y Luis Manuel -médico y ATS, respectivamente) quienes inmediatamente se dispusieron a ayudar a sus compañeros. Se procedió a la intubación endotraqueal y a tras lograr extraer la aceituna se continuaron con las maniobras de reanimación cardiopulmonar. A las 22 30 llegó la UVI móvil que tras estabilizar al menor le trasladan al Hospital de León donde se constató el estado de muerte cerebral del menor".

Y fundamenta la desestimación del recurso contencioso-administrativo por no concurrir los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el supuesto que enjuicia:

"QUINTO.- Sobre las múltiples negligencias planteadas por la actora. Desestimación de todas ellas.

I.- Sobre si el Centro de Salud de La Bañeza (León) debió o no de admitir esa urgencia.

Rotundamente se ha descartado la ineptitud del centro para admitir esa urgencia. El informe del médico forense aportado en las diligencias penales así lo afirmó advirtiendo que en la diligencia de inspección ocular realizada con posterioridad se localizó el citado material. En concreto las controvertidas pinzas de Magill (que no de Maggi) como indica la actora, no consta que no estuvieran dotadas en ese centro. Las citadas pinzas son muy alargadas y en ángulo obtuso. Distinto es que por su frecuencia de utilización se tardase en su localización. La parte actora no puede simplemente entender inexistente este material sobre la base de las conversaciones telefónicas grabadas con el 061, cuando posteriormente en inspección ocular no se detectó anomalía alguna.

Por otro lado, la afirmación de que no existía personal entrenado ni cualificado en el centro de salud no ha quedado en absoluto acreditado, por mucho que lo afirmase el médico forense doctor Belarmino en las diligencias penales.

II.- Sobre si se tardó más tiempo del necesario en avisar a la UVI 061.

La parte actora plantea que la tardanza en avisar a la ambulancia especializada ha sido decisiva en el fallecimiento del menor. Sin embargo hemos de partir en primer lugar que el cálculo temporal hecho por la actora es aproximado y además está apoyado en la base de las declaraciones testificales recabadas en el seno del procedimiento penal, muchas de ellas en familiares o amigos de los actores, o incluso en las suyas (actores). Sobre este extremo, el pronunciamiento de los órganos de la jurisdicción penal es taxativo cuando advierte que se trata de horas aproximadas, por lo que no ha sido posible realizar un cálculo o cómputo concreto sobre el que proyectar la negligencia. El juzgado y la Audiencia Provincial han tenido la intermediación necesaria para realizar esta afirmación sin que esta Sala de lo Contencioso-administrativo posea datos diferentes que lo enerven, debiendo hacer suyo lo afirmado por aquellos. En todo caso, la asistencia facultativa prestada por la UVI 061 no ha sido sustancialmente diferente de la que ya prestaron los facultativos en el Centro de Salud.

III.- Sobre si la falta de colocación de una vía intravenosa al menor para sedar al niño y poder trabajar con tranquilidad era procedente.

Nuevamente sobre la base del informe del Dr. Edemiro , ratificado en autos y sometido a controversia con las periciales aquí practicadas, se concluye en que la falta de administración por vía intravenosa de un sedante constituye una infracción de la Lex Artis, toda vez que así se obtenía la relajación del paciente, la administración



de broncodilatadores, anestésicos o para tratar una parada cardiorrespiratoria. Decía que lo ideal es relajar y anestesiar al menor para posteriormente proceder a la intubación del niño sedado y dormido. Sin embargo, y al margen de que cuando llegó la UVI móvil si se le tomó una vía y se le administraron atropina, suero fisiológico, adrenalina y bicarbonato, es lo cierto que la pericial practicada ante este Tribunal puso de manifiesto que con carácter previo a la sedación del menor había que provocarle la tos y realizar otras maniobras por ejemplo la de Heimlich. Y la sedación no estaba claramente indicada toda vez que producía la relajación del paciente con la imposibilidad de toser, propiciando incluso un mayor atascamiento del cuerpo extraño.

IV.- Sobre la procedencia de la traqueotomía o cricotireotomía.

No se comparte la afirmación de la defensa de la actora de la procedencia de esas medidas, ciertamente desesperadas y de extraordinario riesgo ya tuviese el menor la tráquea obstruida o semiobstruida. No es lo mismo. La citada medida era sólo procedente en el caso de una oclusión total, siendo una técnica compleja y difícil. Y en el caso del menor, con el cuello corto y síndrome de Brown, era más complicada aún de lo que ya es con carácter general. Literalmente se ha acreditado pericialmente ante la sala que ante la obstrucción parcial no era procedente, que es una técnica de alto riesgo, compleja y de difícil aplicación, que la mala realización de esta técnica impediría o haría menos eficaz la posterior ventilación con un tubo endotraqueal, que sólo debe realizarse por personal entrenado y a ser posible en una unidad de cuidados intensivos. Que su uso sería siempre como último recurso y no, como este caso, no existiendo una obstrucción total y además se consiguió reanimar al paciente tras la parada respiratoria.

V.- Sobre la incidencia de la intubación.

Una vez perdió el conocimiento el menor se consiguió la intubación del mismo y la extracción de la aceituna, lo cierto es que tras la intubación comenzó a llegar ahí que a los pulmones de un modo aceptable. Así lo afirmaron los peritos en la vista. Llegaba por la mascarilla, aunque a través del tubo no lo hiciera toda vez que el mismo no estuvo correctamente colocado.

VI y VII.- Sobre el traslado del menor al centro hospitalario.

Sugiere la defensa de la parte actora que constituye un comportamiento negligente la falta de puesta a disposición de una ambulancia convencional para el traslado del menor al centro hospitalario de León o incluso que no se llamó un helicóptero aunque fuera del ICONA (sic) o de la Guardia Civil. Brevemente cabe decir que esta afirmación no se comparte. Todos los peritos que han depuesto han rechazado esta afirmación, entendiendo que de haberse procedido a realizar de ese modo el traslado hubiera sido una temeridad. Era absolutamente perentorio realizar el traslado con los medios asistenciales necesarios. En concreto, la UVI móvil que trasladó al menor tuvo que detenerse unos instantes para verificar la existencia de latido cardiaco, además de actuar correctamente ante la PCR que sufrió.

SEXTO.- Conclusiones finales.

Lo acontecido ante este Tribunal ha sido, en resumidas cuentas que la parte actora ha opuesto la documental existente en el procedimiento penal, sesgadamente interpretada, para, sobre su base, defender una negligente prestación del servicio sanitario de urgencias en el centro de salud de La Bañeza. No ha propuesto en estos autos la testifical de aquellas personas sobre cuyo testimonio se ha basado, no ha practicado prueba pericial alguna, sino tan sólo se ha apoyado en la prueba practicada en el procedimiento penal (sólo en los extremos en que le favorecía) para defender la existencia de negligencia. Por el contrario tanto la administración demandada como la codemandada han propuesto prueba pericial, sometida a la crítica y a presencia de este Tribunal, para rechazar la existencia de prestación de una asistencia sanitaria defectuosa. La situación que se produjo era bastante, pero no absolutamente crítica. No se puede sostener que todo paciente que acude a un centro de salud u hospital tiene que, indefectiblemente, salir vivo. Dependerá de la asistencia prestada y, además del estado de la ciencia (concepto en el que debemos incluir tanto los conocimientos médicos-científicos como la prestación de medios asistenciales entendida sanitaria y proporcionalmente adecuados a las necesidades y disposiciones presupuestarias). Así, el menor fue llevado con una oclusión parcial de su tráquea, se siguieron los protocolos médicos que aquí se han acreditado (expulsión espontánea con provocación de todos, maniobra de Heimlich y finalmente mediante el uso de un laringoscopio). Pese a ello, la situación física concreta del menor, su falta de colaboración y la probable cardiopatía congénita (los niños con síndrome dan en un 60% poseen esta cardiopatía, extremo no constatado de un modo absoluto toda vez que no se practicó autopsia, pero sugerido por el médico forense y silenciado por la actora) avocaron a la parada cardiorrespiratoria que tras ser superada, permitió entonces la extracción de la aceituna pero que en el curso de su traslado al hospital de supuso la muerte cerebral. Cierto es que de las transcripciones telefónicas de las llamadas al 061 se desprende una gran agitación y nerviosismo por parte de todo el personal sanitario, natural ante una situación de urgencia. Pero extraer de las citadas transcripciones (que no olvidemos no han sido reproducidas ante este Tribunal sino tan sólo como documental, no trayéndose a sus interlocutores



ni sometiéndolos a prueba testifical), la existencia de una grave impericia por parte de los facultativos que atendieron al menor sobre todo en primera instancia, la inexistencia de las controvertidas pinzas de Megill (cuya eficacia o ineficacia decisiva está lejos de haber sido debatida) y en resumidas cuentas la inadecuación de la asistencia sanitaria prestada no es algo que comparta este Tribunal. Nótese además que la mayoría de las conversaciones tuvieron como interlocutora por parte del Centro de Salud a una celadora, quien no era capaz de informar de la situación clínica ni de las maniobras que se estaban haciendo. Además, sobre la base de esas transcripciones y de las pruebas practicadas con intermediación ante los órganos de la judicial penal se ha descartado rotundamente la existencia de la infracción de la Lex Artis, circunstancias todas ellas que no permiten concluir en la prestación de una asistencia sanitaria defectuosa.

Y además, cuando se analiza lo acontecido en la vista del 9 febrero 2009, procediendo al análisis y crítica de las pruebas periciales aportadas, se nos dijo por Don. Edemiro que se ratificaba plenamente en la corrección de las maniobras realizadas en el centro de salud. En la irrelevancia de la incorrecta intubación. El doctor Dr. Ignacio ratificó también su informe, advirtió que la reanimación practicada fue básica primero y especializada después. Que no se pudo hacer nada diferente, y que incluso hicieron "más de lo que debieron". Se discutió si ante una oclusión parcial, la maniobra de Heimlich estaba indicada a lo cual se coincidió que sí, pero que no es tan eficaz por imposibilidad del aire para empujar el cuerpo extraño. Se concluyó en que los facultativos del centro de salud sabían sacar el cuerpo, pero sólo consiguieron hacerlo cuando el niño deja de pelear a causa de su parada cardiorrespiratoria (PCR). La totalidad de los peritos han coincidido en la improcedencia de sedar al niño. Uno de los facultativos llegó a decir que "a ver quien seda a un niño en un centro de salud". La Dra. Purificación también concluyó en que las maniobras fueron adecuadas, pues estaban en un centro de Salud, no en un Hospital de Pediatría. Informó que el síndrome de down implica obstáculos sobreañadidos como son vía orofaríngea y nasofaríngea estrecha y la macroglosia -lengua gorda-, lo que dificultaba enormemente las operaciones de extracción de intubación. También coincidió en que nunca se debe sedar. El Dr. Octavio, otorrinolaringólogo, descarta rotundamente otro de los extremos controvertidos; la traqueotomía. Taxativamente aseguró que la traqueotomía no era una opción, incluso en el medio hospitalario, está casi proscrita (pues luego de hacerla no se le puede quitar). No había oclusión total, y nunca se realiza en niños. Si no hay práctica por parte del facultativo no se debe ni puede hacer. Concluye que los facultativos del centro salud hicieron muy bien en no hacerla, en la teoría quizá pudiera haber estado tenuemente indicada, pero en este caso jamás....(lugar, tiempo y paciente). No es una técnica al alcance del personal médico, incluso se dijo que no estaba al alcance del 90% del personal médico de un hospital y no para todos los otorrinolaringólogos. También descarta la sedación y la traslación del paciente por el movimiento del vehículo salvo que sea en UVI móvil.

Se descartó la influencia de los nervios por la situación en el personal facultativo: si bien se admiten, pues es una situación poco habitual, la tardanza en hallar los instrumentos no fue decisiva porque la obstrucción no era completa.

Discutida también la necesidad de tomar una vía parenteral, la conclusión que alcanza la sala es que si bien no está de más, no es en este caso imprescindible pues lo importante era la vía aérea. Además estando sólo dos personas en aquel centro de salud en los momentos iniciales, sólo debían dedicarse a asegurar la vía aérea (téngase presente que el menor no colaboraba).

Finalmente, se dijo que el error en la intubación era irrelevante porque la saturación del oxígeno era alta (>90%) extremo que acreditaba la llegada de aire a los pulmones.

En resumidas cuentas, no ha quedado acreditada prueba alguna de una mala praxis.

Todo ello aboca a la desestimación del presente recurso sin que sea menester continuar con el análisis de la pretensión de reconocimiento de la situación jurídica individual de la parte actora".

**SEGUNDO** .- El recurso se sustenta en cuatro motivos de casación, articulados todos ellos al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto:

El primero se muestra disconforme con los hechos probados, que propone completar a la vista de las pruebas documentales, periciales, testificales y de testigos-peritos. Para ello, reproduce el relato de hechos que la sentencia de instancia declara probados y glosa en negrilla los que afirma debería figurar y son trascendentes para el razonamiento jurídico y fallo que pretende.

De lo que deduce que: i) el niño ingresó en el centro de salud a las 20,45 horas; ii) la hora de llamada a la UVI es a las 21,32 horas; iii) el centro de salud carecía de pinza de Megill; iv) a las 21,50 horas se produjo una parada respiratoria y a los 5 minutos la parada cardíaca, por lo que cuando llegó la UVI a las 22,30 horas ya estaba



muerto, y; v) el niño no tenía hecha la traqueotomía, canitomía de urgencia, ni una vía intravenosa para relajar o introducir medicamento, cuando era necesario y así lo hizo la UVI.

- El segundo, alega la inaplicación del régimen legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a la vista de los hechos propuestos como probados en el anterior motivo, dada la existencia de un nexo causal, inmediato, exclusivo y directo entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo, sin que concurra supuesto alguno de fuerza mayor.

- El tercero, como consecuencia del anterior, y previa declaración de que existe relación causal entre la muerte y la indemnización solicitada, procede reconocer la indemnización de 374.607,26 euros a D<sup>a</sup> Adriana , y la de 379.207,26 euros a D. Anton , más sus intereses legales, que en el caso de la entidad aseguradora son los previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro .

- El cuarto -si bien viene de nuevo rubricado como "tercero" en el recurso-, por infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 115/2.009, de 28 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura , en relación con la teoría de la pérdida de oportunidades y valoración del daño moral.

El Sr. Letrado de la Junta de Castilla y León alega en su escrito de oposición que lo que pretende el recurso es discrepar de la valoración de la prueba que realizó la Sala sentenciadora por afirmar la preferencia por la propia, al considerar de aplicación las normas de responsabilidad patrimonial de la Administración, a pesar de ser reiterada la doctrina del Tribunal Supremo que declara que el recurso de casación no puede fundarse en el error en que hubiere podido incurrir el Tribunal de instancia al valorar la prueba, salvo que se haya alegado por el recurrente que se incurrió en infracción de normas o jurisprudencia del valor tasado de determinados medios de prueba, o la apreciación sea del todo punto ilógica o arbitraria, lo que es distinto de la mera discrepancia con la valoración efectuada. Y el último motivo cita una única sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por lo que no se invoca jurisprudencia alguna para sostener el mismo.

A su vez, Zurich España cia. de Seguros y Reaseguros afirma en su escrito de oposición al recurso de casación que, de la prueba practicada ante la Sala sentenciadora, se desprende que la actuación de los médicos del centro de salud que atendieron al niño fue la correcta, realizando las maniobras adecuadas conforme a los protocolos habituales aplicables al problema de salud presentado por el paciente, sin que pueda reprocharse a la actuación médica que no tuviesen éxito los intentos de salvar la vida del paciente, gravemente comprometida por el atragantamiento accidental sufrido, y sin que el recurso acredite que la sentencia impugnada haya realizado una valoración de la prueba ilógica, irracional o arbitraria, siendo por el contrario que lo pretendido es imponer la propia valoración de parte.

**TERCERO** .- El recurso pretende la aplicación de las normas que regulan en nuestro sistema la responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a la distinta valoración de la prueba que propone la parte en relación con la asistencia médica que recibió el menor Gregorio en el Centro de Salud de La Bañeza con ocasión de su atragantamiento con un hueso de aceituna que obstruía parcialmente su tráquea; en concreto, sostiene que el centro de salud carecía del instrumental adecuado y el personal no estaba entrenado para acometer el cuadro de urgencia, así como que tampoco procuró con la diligencia requerida una ambulancia UVI para su traslado a un centro hospitalario de León, y no colocó una vía intravenosa al menor para poder sedarlo y tratar médicamente los problemas que pudieran aparecer, ni realizó una traqueotomía o cricoriotomía con la tráquea obstruida.

Este motivo no puede prosperar pues es doctrina reiterada de esta Sala que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediatez, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso- administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia. La prueba, como ha señalado este Tribunal, sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación.

Tales casos son: "a) La vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , invocable a través del artículo 88.1.d) de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa . b) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso. c) Infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la



prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones. d) Infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo. e) Infracción cometida cuando, al "socaire" de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables. f) Errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y, por último. g) Cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada".

En este caso los recurrentes introducen sus propias apreciaciones y pretenden de la Sala que realice una distinta valoración de la prueba de la efectuada por el Tribunal *a quo* que no nos está permitida, por que fue el Tribunal de instancia quien cumpliendo con el mandato legal que le venía impuesto procedió a examinar la prueba de que dispuso y a obtener de ella las conclusiones que plasmó en el texto de la Sentencia, valorándola en su conjunto y con arreglo a las reglas de la sana crítica. Y esa valoración es intangible para este Tribunal, salvo en los supuestos en que la misma se hubiera realizado de modo arbitrario, sin sujeción a las reglas legales, u obteniendo conclusiones carentes de lógica o que pudieran tacharse de irracionales; extremos que, pese lo que sostiene el recurso, no concurren en la sentencia que enjuicamos, que valora conjuntamente la prueba a tenor del contenido de las actuaciones penales previamente incoadas y archivadas, la ratificación por un médico forense del informe emitido en aquel sumario y los diversos dictámenes practicados en el expediente, sin aislar una de la suma de todas ellas, como por el contrario es lo que propone el recurso, que pretende glosar el relato fáctico de la sentencia que impugna mediante la adición de ciertos extremos que deduce tras trocear las declaraciones del procedimiento penal, desconociendo la secuencia de la asistencia que desgrana con detalle la Sala de instancia, valorando además la totalidad de los medios probatorios que allí relaciona, como es la emisión y ratificación de las distintas pruebas periciales en el ámbito del recurso. Hechos de los que la sentencia concluye que se dispensó al menor el tratamiento que en cada momento requería la oclusión parcial de su tráquea, sin que pueda reprocharse el triste desenlace al funcionamiento del servicio público.

Por lo demás, el reproche de irracionalidad de la valoración de la prueba que en relación con la prestación médica efectúa la Sala de instancia, se sustenta frente a ella en la preferencia de las conclusiones propias y tiene como premisa una cierta lectura del informe del médico forense don Edemiro , emitido en las previas actuaciones penales, a pesar que dicho forense también fue llamado a la vista de prueba celebrada en el recurso contencioso-administrativo, donde ratificó la corrección de las maniobras realizadas en el centro de salud, conforme declara de manera explícita la sentencia impugnada.

Esto es, la sentencia deduce de la suma de la actividad probatoria producida que el enfoque y tratamiento efectuado por el Centro de Salud de La Bañeza al menor fue conforme a la "*lex artis ad hoc*", a la vista de la naturaleza y estado del cuadro de oclusión parcial de su tráquea, sin que sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia por la reputada más acertada por los recurrentes a la vista a la vista del sumario y de la documentación de la prueba practicada, cuya lectura en los términos indicados le permite afirmar que es errónea la valoración efectuada por la sentencia.

Por todo ello el motivo se desestima.

**CUARTO** .- Alega igualmente el recurso que la sentencia inaplica el artículo 139 de la Ley 30/1.992 , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación los artículos 9.3 , 24.1 y 106.2 de la Constitución , al no reconocer el derecho de los reclamantes a ser indemnizados por la Administración sanitaria y su aseguradora.

Afirma que existe una lesión, que es la muerte de un hijo de dos años de edad, que no tienen el deber de soportar los padres, así como también nexo causal entre el hecho del ingreso del menor en un centro de asistencia médica, por obstrucción de su tráquea y su posterior muerte, sin que concurra ningún supuesto de fuerza mayor.

Con relación esta alegación del motivo debemos insistir en que, 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, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, 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; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala 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).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*; por ello la Sala de instancia no infringió los preceptos citados como vulnerados, sino que los aplicó conforme a Derecho, cuando razonó para desestimar el recurso contencioso-administrativo, que valorando la prueba no apreció constancia alguna de mala praxis en los actos médicos aplicados para intentar resolver el daño al menor que concluyó en su fallecimiento.

Cuestión a la que también se refiere el motivo, que a continuación propone identificar la antijuridicidad del resultado con una serie de negligencias sucesivas en la prestación sanitaria que constata el propio recurso, a tenor del relato fáctico que por sí propone, y del que deduce que hubo tardanza en avisar al servicio de urgencias médicas, considerando el tiempo que necesitó para poder llegar a La Bañeza desde León; que no se colocó al niño una vía para sedarlo con la finalidad de poder extraer el hueso de aceituna, a pesar que se considera imprescindible para poder extraer el cuerpo extraño y haber evitado el fallecimiento; que el centro asistencial carecía del material para poder extraer la obstrucción de la tráquea; que la no llamada a un helicóptero impidió poder efectuar el traslado a un hospital para poder efectuar una traqueotomía, y; en definitiva, por no ejecutar dicha traqueotomía, que son las causas de la muerte por anoxia.

Tampoco este motivo puede prosperar pues, como dejamos señalado en el anterior fundamento, la interpretación del conocimiento manifestado en dictámenes, informes, documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo es labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hace ese Tribunal, no tiene cabida objetiva en sede del recurso de casación, no pudiendo prosperar el recurso 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. Y ello porque aunque la apreciación del nexo causal entre la actuación administrativa y el resultado producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión revisable en casación, tal posibilidad ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido debidamente combatidos por haberse infringido normas o jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o haber procedido de manera ilógica, irracional o arbitraria; extremos que, pese a lo que sostiene el motivo del recurso, no concurre en la declaración de los hechos que contiene como probados el fundamento tercero de la sentencia, a tenor del contenido de las actuaciones penales previamente incoadas y archivadas, y los distintos dictámenes e informes practicados en el expediente, de los que deduce que el Centro de Salud de La Bañeza contaba con los medios personales y materiales para admitir la urgencia, así como que el tiempo transcurrido hasta que se avisó a la UVI 061 es meramente aproximativo, y que en todo caso se prestó cuando llegó una asistencia sanitaria distinta a la de los facultativos del Centro de Salud; que la sedación del menor no estaba indicada, al producir la consiguiente relajación del paciente la imposibilidad de toser, propiciando incluso un mayor atascamiento del cuerpo extraño; que tampoco estaba médicamente indicada la práctica de la traqueotomía, al ser una medida extraordinaria y desesperada, de compleja técnica, y más en un paciente con cuello corto, que además no tenía obstrucción total de la tráquea y que se consiguió reanimar tras la parada respiratoria; que una vez que perdió el menor el conocimiento se consiguió su intubación, comenzando a llegar aire a los pulmones de un modo aceptable, y la extracción de la aceituna, y; que la negligencia hubiera consistido precisamente en la propuesta que realiza el recurso de traslado del menor al centro hospitalario mediante una ambulancia convencional o un helicóptero no medicalizado.

Esto es, la sentencia deduce de la suma de la actividad probatoria producida que no se produjo falta de servicio en la respuesta a la urgencia, mediante una apreciación que no carece de lógica o razonabilidad, sin que sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia por la reputada más acertada por el recurrente, cuya autoridad le permite afirmar que es errónea tanto la valoración efectuada por la sentencia, como por tanto la aplicación que ha realizado del régimen legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración.



El motivo es por tanto desestimado.

**QUINTO.-** Y por las mismas razones expuestas en el fundamento anterior también decae el tercero de los motivos, en el que se solicitaba la indemnización de 374.607,26 euros y de 379.207,26 euros, para cada uno de los progenitores del menor con sus intereses, y que se reclamaba fundándose en igual causa de pedir. Si no hubo daño antijurídico y el fallecimiento del menor se produjo pese a los esfuerzos realizados para evitarlo, aplicando todos los medios al alcance de los facultativos, utilizados conforme a la *lex artis ad hoc*, es claro que nada había que indemnizar a los recurrentes.

**SEXTO.-** El cuarto de los motivos articulados y que el recurso por error numera también como "tercero," afirma que la sentencia infringe la jurisprudencia de aplicación para resolver las cuestiones objeto de debate. Y lo funda en la inaplicación por el Tribunal de la teoría de la pérdida de oportunidad y la consiguiente valoración del daño moral. Expresa que como consecuencia de esa teoría "la responsabilidad no surge de la asistencia médica, que se entiende correcta, sino de la gestión de medios que acarrea una pérdida de oportunidades", que "constituye un daño antijurídico, puesto que aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que al menos, van a ser tratadas con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias".

Pues bien, hemos dicho, por todas las recientes Sentencias de diecinueve de octubre de dos mil once, veintidós de mayo y 11 de junio de dos mil doce ( recursos 5.893/2.006 , 2.755/2.010 y 1.211/2.010 ), que la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo. Por el contrario, en el presente caso, la sentencia analizó con detalle la asistencia sanitaria prestada al menor, desde su entrada en el Centro de Salud de La Bañeza hasta que fue trasladado mediante ambulancia al Hospital de León, y consideró que no pudo realizarse nada más, ni nada diferente, de lo que se realizó; por tanto, estamos dentro de la actividad de valoración de la prueba efectuada en la instancia que no reputamos arbitraria o errónea, sin que tampoco el motivo, después de efectuar citas con carácter doctrinal de la teoría de la "pérdida de oportunidad", proponga integrar en los hechos admitidos como probados aquellos otros, que habiendo sido omitidos, estén suficientemente justificados en las actuaciones y cuya toma en consideración fuera necesaria para apreciar la falta en el servicio de aquello que se quisiera hacer valer como pérdida de una oportunidad, ni identifique, siquiera implícitamente, qué concreta gestión de los medios sanitarios fue omitida, incorrecta o tardíamente ejecutada, de la que surja la incertidumbre de haber podido alcanzarse otro resultado distinto al que lamentablemente se llegó.

Asimismo, en atención al carácter abstracto y general con el que vienen citadas distintas Sentencias de este Tribunal Supremo, algunas de ellas de la Sala de lo Civil, cabe reiterar que para invocar la infracción de jurisprudencia es necesaria la cita de dos o más sentencias de esta Sala coincidentes en el establecimiento de una determinada jurisprudencia (por todas Sentencia de 2 de marzo de 2.010, recurso 6.300/2.008 ), siendo necesario además poner de relieve la identidad o semejanza esencial de los casos resueltos por aquéllas, de manera que, para que el motivo de casación pueda ser tomado en consideración, no puede alegarse más que sentencias de este Tribunal en que se hayan tenido en cuenta circunstancias de hecho iguales o similares a las del caso debatido y no declaraciones generales, como es lo que parece que pretende el motivo del recurso de casación, fundado en un antecedente de otro Tribunal distinto -en concreto, del Tribunal Superior de Justicia en Extremadura- en el que se hace una exposición general de la doctrina de la pérdida de oportunidades, que no constituye jurisprudencia en el sentido establecido en el artículo 1.6 del Código Civil, ni su cita puede por tanto constituir motivo de casación, sin que, tampoco justifique la identidad entre el supuesto de hecho contemplado en aquella sentencia o en ninguna de las de este Tribunal Supremo que en ella se cita, con el que ahora nos ocupa, que por ello no puede prosperar.

Esto es, a modo de conclusión, la teoría de la pérdida de oportunidad deviene inaplicable tras la constatación de que el perjuicio por el que se reclama no trae causa del funcionamiento del servicio público, siendo así que la desestimación de la pretensión principal tiene como consecuencia también la de la indemnización por el daño moral que en su virtud se reclamaba.

Procediendo en consecuencia desestimar el presente recurso de casación.

**SÉPTIMO.-** 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 el número 3 de ese mismo precepto se declara como cantidad máxima a reclamar por los Letrados de la parte recurrida la de 2.000 euros; dada la naturaleza del asunto y el criterio reiterado de esta Sala para supuestos





similares, que los recurrentes abonarán a razón de 1.000 euros al Letrado de la Comunidad Autónoma recurrida y al Letrado de la Compañía aseguradora.

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD**

**EL REY**

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

### **FALLAMOS**

**No ha lugar** al recurso de casación **núm. 1.895/2.011** interpuesto por doña Adriana y don Anton , contra la sentencia de 28 de diciembre de 2.010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, Sede de Valladolid, (Sección refuerzo B), recaída en el recurso contencioso administrativo 677/2.006 , 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 de 2.000 euros, que se abonarán a los Letrados de las recurridas del modo fijado en el fundamento de Derecho séptimo de esta sentencia.

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 Martínez-Vares García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.