



Roj: **STS 352/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:352**

Id Cendoj: **28079130052018100034**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **06/02/2018**

Nº de Recurso: **2302/2016**

Nº de Resolución: **169/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 169/2018

Fecha de sentencia: 06/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2302/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2302/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 169/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Jose Juan Suay Rincon

D. César Tolosa Tribiño

En Madrid, a 6 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 2302/2016 interpuesto por D. Justiniano , representado por el Procurador Sr. De Noriega Arquer, bajo la dirección letrada de D. Antonio Cartró Giner contra la sentencia núm. 276/2016, de 18 de mayo, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo nº 144/2015 . Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado D. Manuel Garayo Orbe.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 18 de mayo de 2016 contiene la parte dispositiva del siguiente tenor literal : "Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Justiniano y DOÑA Eloisa , representados por el Procurador de los Tribunales D. José Ignacio Noriega Arquer, contra la desestimación presunta por silencio negativo de la reclamación de indemnización a consecuencia de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, y posteriormente ampliado a la resolución expresa de fecha 16 de octubre de 2015 del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, por delegación del Ministro del Interior, en la que se desestima la reclamación de indemnización a consecuencia de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado; resoluciones que confirmamos, por ser conforme al ordenamiento jurídico; con imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de D. Justiniano presentó escrito ante la Sala de instancia preparando el recurso de casación contra la misma. La Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la representación procesal de D. Justiniano se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, fundamentado en los siguientes motivos:

Primero.- Por la vía que autoriza el artículo 88.1º.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia que la sentencia de instancia incurre en falta de motivación, con infracción de los artículos 248.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 208 , 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con los artículos 24.1 º y 120.3º de la Constitución , en cuanto al rechazo de las pruebas aportadas por el recurrente, que ni se valoran ni se citan.

Segundo.- También por la vía del "error in procedendo" del párrafo c) del artículo 88.1º de la Ley Jurisdiccional , se denuncia que la sentencia de instancia incurre en vicio de falta de motivación, ahora con relación a la falta de valoración de las pruebas documentales aportadas al proceso.

Tercero.- Por la misma vía que los dos motivos anteriores se denuncia también la falta de motivación en la sentencia recurrida, en relación con la prueba testifical practicada en el proceso.

Cuarto.- Por la vía del "error in iudicando" del párrafo d) del mencionado artículo 88.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 319 , 326.1 º , 348 y 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 24 de la Constitución , por no haberse realizado valoración alguna de las prueba aportadas por la parte recurrente, sino solo las aportadas por la Administración.

Quinto.- También por la vía del "error in iudicando" se denuncia la vulneración de los artículos 319 , 326.1 º , 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 de la Constitución porque se dice que la sentencia hace una valoración arbitraria, ilógica e irrazonable de las pruebas.

Sexto.- Al igual que los anteriores, por la vía del "error in iudicando" se denuncia la infracción en la valoración de las pruebas, ahora en relación con las documentales aportadas, invocándose como vulnerados los artículos 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución .

Séptimo.- Como los anteriores, denuncia la valoración de la prueba hecha por la Sala de instancia, ahora en relación con la prueba de presunciones, estimándose que se vulnera lo establecido en los artículos 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución .



Octavo.- Al amparo del art 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia la infracción de artículo 141.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de los artículos 4.2º.g) , 35 , 207.1 º , 208 , 209. 2 º y 218 del Reglamento Penitenciario , aprobado por Real Decreto 190/1996, y la jurisprudencia que los interpreta, por cuanto se considera que la actuación médica prestada por los servicios sanitarios penitenciarios fue contraria a la "lex artis" . Los daños podrían haberse evitado o minorado con una mera resonancia magnética y sencilla de la columna. Tardar 2 o 3 días en derivar el paciente al hospital y omitir pruebas necesarias no es acorde a la "lex artis" . Los internos tienen derecho a asistencia integral y si la prisión no tenía dispositivos para dicha asistencia, debió derivarlo al hospital.

Noveno.- Al amparo del art 88.1.d), se denuncia la infracción del artículo 217. 7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el principio de disponibilidad y facilidad probatoria en relación a la "lex artis". Se critica que el Tribunal exige a la parte una prueba concluyente sobre la actuación de los servicios médicos del centro penitenciario, lo cual es de imposible consecución para la parte pero no para la Administración, dado que los hechos tuvieron lugar dentro del centro penitenciario con acceso restringido. Los perjuicios de la ausencia de prueba deben recaer en la Administración.

Décimo.- Al amparo del art 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia la infracción del artículo 106.2º de la Constitución y de los artículos 139 y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , así como de la jurisprudencia que los interpreta, en relación con el concepto de " *daño antijurídico* ". Los servicios médicos de la prisión no advirtieron los signos de inflamación y eritema, ni el globo vesical, ni la afección aguda de la ulcera crónica del pie derecho con exudado purulento blanquecino y no realizaron control adecuado de la glucemia.

Undécimo.- Al amparo del art 88.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la aplicación de las reglas de la carga de la prueba y doctrina de este Tribunal Supremo sobre la denominada probabilidad cualificada. El 75% de los casos de empiema epidural existe un retraso en el diagnóstico; lo que representa una probabilidad cualificada en materia de relación de causalidad. De este porcentaje del 75%, en el 45% de ellos se produce la comunicación más temida, la parálisis irreversible que presenta el recurrente, de donde se concluye que existe una alta probabilidad que el daño sea causa directa del retraso en el diagnóstico. No acordaron la derivación hospitalaria en las 72 horas. Existe certeza de que el daño neuronal sea imputable directa y exclusivamente a la demora en la derivación hospitalaria.

Decimosegundo.- Al amparo del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta sobre el concepto de " *pérdida de oportunidad* ". Tratándose de una enfermedad curable y de la que no resultan secuelas neurológicas con una atención médica adecuada, es notorio que se produjo una pérdida de oportunidad por escasas que fueran de la cirugía de rescate.

Decimotercero.- Al amparo del art 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia la infracción de los artículos 106.2 º , 25.2 º y 15 de la Constitución ; de los artículos 139.1 º y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ; de los artículos 3 , 4 , 14 , y 40 de la Ley General Penitenciaria y de los artículos 4.2º.a) y g) , 35 , 207 , 208 , 209. 2 º y 218 del Reglamento Penitenciario , por cuanto se considera que los internos tienen derecho a una asistencia integral, con inclusión de todas las atenciones y prestaciones médicas, sanitarias, higiénicas, farmacológicas y complementarias que precisen.

Y termina suplicando a la Sala que "... dictar sentencia por la que, estimando el recurso de casación, acuerde casar y anular la sentencia recurrida y, en su lugar, dictar otra por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con arreglo a Derecho, teniendo en cuenta los motivos expresados en el presente recurso y, decidiendo las cuestiones y pretensiones deducidas por la recurrente en la instancia, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto."

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó al Sr. Abogado del Estado para que en el plazo de treinta días, formalice escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la sala que se desestime el mismo, con imposición de las costas.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia el día 30 de enero de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y motivos.-



Se interpone el presente recurso de casación número 2302/2016 por Don Justiniano , contra la sentencia número 276/2016, de 18 de mayo, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 144/2015 , que había sido promovido por Don Justiniano y Doña Eloisa , en impugnación de la desestimación presunta de la reclamación efectuada en fecha 16 de octubre de 2015, sobre indemnización de los daños y perjuicios que se le habían ocasionado al mencionado recurrente por la actual situación de gran invalidez, como consecuencia de la de asistencia médica que le fue prestada mientras estaba ingresado en el Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre (Málaga), estimando que concurría la responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria y procedía la indemnización de los mencionados daños y perjuicios, que se estimaban ascendían a la cantidad de 1.314.393,40 €.

La sentencia de instancia, una vez examinados los presupuestos legales y jurisprudenciales de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en concreto, en su faceta de responsabilidad por asistencia sanitaria, procede a examinar la prueba practicada en autos para concluir en el fundamento séptimo:

"La cuestión a dilucidar en la presente litis se constriñe en determinar si las graves lesiones escritas [sic] por el recurrente se debe a falta de una asistencia médica adecuada en el Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre.

Según los datos que obran en el expediente administrativo y confirman todos los informes médicos, el interno padecía: Diabetes Mellitus tipo II de muy mal control metabólico, Obesidad, Hiperlipidemia, Artropatía de Charcot, Polineuropatías periférica, Amputación de falange distal de 1º y 2º dedo por osteomielitis, Pie diabético, Úlceras complicadas en el pie derecho.

El actor, en su escrito de demanda, afirma que cuando regresa a la prisión del día 26, lo hace con total normalidad, sin fiebre y por su propio pie. Que el día 27 y 28 fue asistido por el médico de guardia porque presentaba fiebre alta y deterioro de su estado general.

Sin embargo, según los informes del Jefe de los Servicios Médicos del Centro Penitenciario de Málaga y del Jefe de Área de Ordenación Sanitaria de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, la primera anotación en su historia clínica, después del regreso de permiso, es del 29 de diciembre, en la que refiere dolor en la rodilla izquierda, y así lo confirma el Libro de Enfermería (Folio 176 y SS). Por los servicios médicos de la prisión se interpreta que es de origen artrósico, dentro de sus antecedentes, por lo que se pauta tratamiento analgésico.

El día 30 es atendido de urgencia a las 14.30 por dolor de espalda. Sin otra referencia clínica, salvo que lleva mucho tiempo en cama, por lo que se pauta tratamiento analgésico.

El 31 a las 8.30 h es atendido por presentar Glucemia alta, referir dificultad para orinar y no poder deambular bien por dolor en la rodilla y se queda en Observación.

Durante este día el interno tiene pérdida de esfínteres y manifiesta, la pérdida de fuerza en miembros inferiores. Tiene una fiebre de 37,3 Cº. Es reevaluado en varias ocasiones por presentar diferentes signos y síntomas que pueden ser compatibles con complicaciones secundarias (Hiperglucemias, Accidentes Cerebro vasculares, Neuropatías, Polineuropatías) a la Diabetes, pero sin presentar un cuadro o entidad clínica clara por lo que permanece en observación médica.

El día 1 de Enero de 2014 es valorado a las 8.30, se descarta Accidente Cerebro Vascular y se deriva al Hospital para descartar otras causas entre ellas una posible Lesión Medular.

Presentaba paraparesia progresiva de dos semanas de evolución, con Instauración posterior de paraplejía arrefléxica y anestesia y a nivel de T8.

El 2 de enero de 2014 se le realiza RMN DORSAL, con el resultado de Colección extradural de T3 a T9 con compresión severa de cordón medular en todos los niveles sospechosos de empiema epidural, con el juicio clínico de: EMPIEMA EPIDURAL T3-T9 CON COMPRESIÓN SEVERA MEDULAR. Y se le interviene en la noche del 2 al 3 de Enero de 2014: evacuación de empiema epidural mediante laminectomía T5-T6-T7 y drenaje de colección. Sin incidencias. (Folio 453).

Quiere decirse que se derivó al Hospital una vez descartadas las posibles complicaciones clínicas más frecuentes en un paciente Diabético, con muy mal control metabólico con antecedentes de artropatía, arteriopatía y polineuropatía, y con varias amputaciones, y solo cuando, se descartaron las anteriores, se evacuó al Hospital después de unas horas desde que el médico tiene conocimiento del inicio de su cuadro.

El informe pericial aportado por el reclamante y suscrito por un médico especialista en Neurocirugía, califica el retraso en el diagnóstico como <<intolerable>> e <<inexplicable>> y estima que la asistencia prestada fue



<<deficitaria>>. El informe pericial toma como punto de partida <<la pérdida de fuerza en la pierna izquierda>> y precisa que no ha tenido acceso a los datos de enfermería.

Por el contrario, los servicios sanitarios del centro penitenciario se refieren a los antecedentes del enfermo y señalan que la primera vez que se quejó de debilidad en las piernas fue el día 29, lo que determinó que el día 1 siguiente ingresara en el hospital. No puede olvidarse que el Sr. Justiniano estaba destinado en la enfermería del Centro, por lo que su observación era constante. El resto de los datos se refieren a problemas sanitarios no específicos (dolor de rodilla, dolor de espalda) y compatibles con su historial médico, complejo por otra parte. Se añade en el informe que el empiema epidural es una enfermedad muy poco frecuente y su diagnóstico difícil. En estas apreciaciones coincide la Inspección penitenciaria que aclara que el diagnóstico de esta rara enfermedad solo es posible mediante una resonancia magnética, método que no está a disposición de los centros penitenciarios.

A partir de tales datos, extraídos de los informes del Jefe de Área de Ordenación Sanitaria de la Secretaría General de instituciones Penitenciarias y de los Servicios Médicos del Centro Penitenciario de Málaga, que deben prevalecer frente a los informes de parte, no puede extraerse otra conclusión de que en la actuación de la Administración Penitenciaria, no ha existido anormalidad alguna, ni omisión médica debidamente constatada dada la situación fáctica contemplada.

Además, aun admitiendo la demora en enviarle al hospital, desde el día 29 de diciembre hasta el día 1 de enero, lo que implica un retraso de dos o tres

días, no está acreditado, que dicha tardanza fuera determinante en la causación de las patologías y del estado de gran invalidez que se describe en la demanda.

Se señala en la demanda que <<desde el día 27 de Diciembre de 2013, fue acumulando <una bola de pus> entre los niveles dorsales T3 a T9, que cuando alcanzó los 10 milímetros de grosor comprimió la médula hasta destruir las terminaciones nerviosas de la misma a ese nivel, originando la paraplejía arrefléxica desde el nivel T9, produciendo como consecuencia secuelas irreversibles de gran invalidez>>.

A juicio de la recurrente, pues, la evolución de la enfermedad se produjo en 4 o 5 días, cuando de acuerdo con la literatura médica, así por ejemplo...

De cualquier forma, la circunstancia de la permanencia del actor fuera de la prisión, por el permiso penitenciario concedido, determinó que los servicios médicos del Centro no pudieran seguir la cronología evolutiva de la enfermedad, lo que pudo tener consecuencias en el resultado final, al tratarse de una enfermedad poco frecuente y potencialmente fatal que presenta una evolución rápida.

Y qué duda cabe que la exigencia de la *lex artis*, no implica que los profesionales de la medicina estén dotados de ciencia infusa, porque de haber sido así, cuando el actor es atendido por el médico de urgencia el día 29 de diciembre, al referirle dolores en una rodilla habría supuesto que podía ser compatible con un empiema epidural espinal, sin embargo, viendo su evolución en los dos días siguientes, 30 y 31 de diciembre, fue cuando se decidió su traslado al hospital con el resultado que conocemos.

Por todo ello, de la apreciación conjunta de la prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no se deduce que se ha incumplido la obligación del Centro Penitenciario de velar por la vida, integridad y salud del interno.

Así pues, la Sala no aprecia falta de diligencia en la asistencia médica prestada, sin que sea dable imputar a los servicios médicos de la prisión, porque en ningún caso se ha acreditado que no actuaran con la diligencia suficiente que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (*lex artis*). En esta hipótesis, nos hallamos ante la valoración de un acontecimiento que tiene su origen en la evolución de las enfermedades humanas provista de un grado de imprevisibilidad imposible de acotar o de controlar en un sentido necesariamente positivo, o con la certeza suficiente como para poder calificar el acto médico en cuestión contrario a la *lex artis*, que constituye el modo de determinar la actuación médica correcta, y que como hemos visto, es independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

Por todo ello, no se cumplen los requisitos exigidos en la normativa jurídica anteriormente citada y, en consecuencia, no debe prosperar la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, y con ella debe desestimarse el propio recurso."

Como conclusión de lo expuesto, la sentencia desestima la pretensión indemnizatoria.

A la vista de los fundamentos y decisión de la Sala de instancia se interpone el presente recurso que, como ya se dijo, se funda en trece motivos, con el contenido que ya antes se ha expuesto.



Se termina por suplicar a este Tribunal de casación que se estimen los motivos, se case la sentencia de instancia y se dicte otra en la que se acojan las pretensiones indemnizatorias de la demanda.

Ha comparecido en el recurso y se opone a su estimación la Abogacía del Estado.

SEGUNDO. Motivos primero, segundo y tercero. Falta de motivación en la valoración de la prueba.-

Los tres motivos primeros del recurso merecen un tratamiento conjunto por estar vinculados a una misma cuestión. En efecto, en ellos se denuncia, por la vía casacional del "error in procedendo" del párrafo c) del artículo 88.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su redacción aplicable al presente recurso, que la sentencia de instancia incurre en vicio de falta de motivación. En todos ellos se denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 208, 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los artículos 248.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 24.1º y 120.3º de la Constitución.

Ha de destacarse, a los efectos de la eventual compatibilidad de estos motivos con los que le siguen, que la cuestión que ahora se suscita está referida a la prueba, como se ha dicho, pero en faceta exclusivamente formal, esto es, en si la sentencia omite los razonamientos a que estaba obligada en relación al material probatorio aportado al proceso.

En la fundamentación de cada uno de los mencionados motivos, lo que se aduce por la defensa del recurrente es que la Sala de instancia, ha dejado huérfana de toda explicación el por qué ha decidido la Sala de instancia entrar a valorar algunas de las mencionadas pruebas y se han rechazado otras, que también han sido aportadas al proceso y de las que, a juicio de la defensa del recurrente comportan un relato de hechos diferente del concluido por la Sala de instancia. Se aduce que con la omisión de toda referencia a ese material probatorio le ha ocasionado la indefensión que se proscribe en el mencionado artículo 88.1º.c) de la Ley Jurisdiccional.

Para el examen de las cuestiones que se suscitan en los motivos que examinamos debemos recordar que la Sala de instancia declara en relación con la valoración de las pruebas, a los efectos de fijar los hechos de la actividad administrativa que se examina, conforme antes se ha transcrito, lo siguiente: *"A partir de tales datos, extraídos de los informes del Jefe de Área de Ordenación Sanitaria de la Secretaría General de instituciones Penitenciarias y de los Servicios Médicos del Centro Penitenciario de Málaga, que deben prevalecer frente a los informes de parte, no puede extraerse otra conclusión de que en la actuación de la Administración Penitenciaria, no ha existido anormalidad alguna, ni omisión médica debidamente constatada dada la situación fáctica contemplada."*

Sobre esa premisa se termina concluyendo por el Tribunal de instancia que *"de la apreciación conjunta de la prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no se deduce que se ha incumplido la obligación del Centro Penitenciario de velar por la vida, integridad y salud del interno."*

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto y suscitado el debate en el ámbito estrictamente procesal, que es lo que procede a la vista del planteamiento que se hace en los motivos, no puede aceptarse que se haya incurrido en vicio de incongruencia o falta de motivación en relación con el examen que se hace de la prueba, porque conforme tiene declarado reiteradamente este Tribunal, si ya con carácter general la motivación que se impone a las sentencias en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no requiere que los Tribunales estén obligados a dar una respuesta concreta y determinada a cada uno de los motivos aducidos por las partes en apoyo de sus pretensiones –no así con relación a estas pretensiones–, sino que es suficiente con que se expresen en la motivación los fundamentos concluyentes de la decisión adoptada; en relación con la prueba, también la jurisprudencia ha declarado que no es necesario que los Tribunales hagan en las sentencias un examen específico y concreto de todo los elementos de prueba que se hayan practicado o aportado al proceso, siendo válida un examen conjunto de la prueba de la que concluir los hechos necesarios para la decisión adoptada (en este sentido sentencia de esta Sala Tercera de 11 de noviembre de 2015; recurso de casación 1997/2014).

A la vista de esa doctrina y de lo razonado en la sentencia de instancia, como se ha visto, los motivos deben rechazarse porque la Sala de instancia *"se mueve en el marco de flexibilidad"*, que antes se ha hecho referencia, como se declara en la sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 2012 (recurso de casación 5938). Y es que cabría hablar de falta de motivación, en relación con la prueba, cuando los Tribunales de instancia terminan haciendo un relato de los hechos carente de toda referencia al material probatorio aportado al proceso.

No es eso lo que acontece en el caso de autos, en que la Sala sentenciadora deja constancia de ese material probatorio, lo valora y opta por dar primacía a unos sobre otros y se concluye en unos hechos que ciertamente la parte recurrente no considera procedentes, pero ese es ya un debate que no puede suscitarse en el aspecto puramente formal en que se sitúa la impugnación en estos concretos motivos que examinamos, porque afecta ya directamente a la valoración, a las conclusiones a que la Sala llega de ese material probatorio que considera



procedente, lo cual es suficiente a los efectos de la exigencia de la motivación que impone el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y la misma defensa del recurrente es consciente de esa limitación como veremos al examinar los motivos siguientes.

Se desestiman los motivos primero, segundo y tercero del recurso.

TERCERO. Motivos cuarto a séptimo y noveno. Valoración de la prueba.-

Los motivos cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno también aconsejan un tratamiento conjunto por estar referidos a un mismo debate y vinculado precisamente a las cuestiones suscitadas en el fundamento anterior, como ya se adelantó. En efecto, en esos cinco motivos, ahora ya por la vía del "error in iudicando" del párrafo d) del antes citado artículo 88.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se denuncia que la Sala de instancia ha realizado una valoración arbitraria e ilógica de las pruebas aportadas a las actuaciones. Y en relación con ello, se aduce que se han vulnerado los artículos 319 , 326.1 º, 348 y 335, así como el 386, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 24 de la Constitución .

En la fundamentación de los mencionados motivos se reprocha al Tribunal de instancia no haber dado primacía al resultado probatorio de lo que, a juicio de la defensa del recurrente, resulta de las periciales y documentales aportada por la parte al proceso, objetando que tan siquiera la Sala de instancia haga referencia a las mencionadas pruebas, reprochando a las mismas y de forma genérica una parcialidad cuando, a su juicio, las pruebas aportadas por la Administración son también prueba de parte y no deben tener primacía alguna, como concluye la Sala de instancia, criterio que se considera por la defensa del recurrente extensible a las documentales expedidas por los servicios médicos que asistieron al recurrente y perjudicado. Por último, en el fundamento séptimo, se critica que la Sala de instancia desconozca con sus conclusiones las presunciones que resultan de ese material aportado a las actuaciones.

A la vista de los preceptos que se cuestionan en los motivos que examinamos y su fundamentación, es necesario que comencemos por recordar que en la fundamentación de la sentencia, y es presupuesto del examen de las cuestiones que se suscitan, la Sala de instancia empieza por delimitar el debate afirmando – fundamento quinto–, tras delimitar los presupuestos y naturaleza de la pretensión indemnizatoria accionada por el recurrente, que se debía " *diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento ó a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.*"

Y esa diferenciación, se considera por el Tribunal "a quo", debía hacerse partiendo de la "lex artis ad hoc", conforme a la jurisprudencia de esta Sala Tercera que se reseña y transcribe, de donde se concluye que " *no resulta suficiente la existencia de una lesión (que conduciría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha Lex artis responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado...*"

A continuación –fundamento sexto– la Sala sentenciadora no solo hace referencia a las documentales – actuaciones médicas– que obraban en el proceso, sino que incluso se transcriben las que se consideraban más relevantes.

Pues bien, centradas las cuestiones que se suscitan en estos motivos al cómo se valora la prueba y no a su pretendida ausencia formal en la sentencia, que es lo que se suscitaba en los motivos examinados en el fundamento anterior; es lo cierto que a la vista del material probatorio aportado al proceso, no se acierta a comprender el reproche a la Sala de no considerar esa actividad probatoria.

En efecto, se contiene en el fundamento séptimo de la sentencia recurrida una serie de conclusiones en las que se comienza por delimitar el proceso evolutivo de la salud del recurrente los días en que se cuestionaba la actuación de la Administración penitenciaria, concluyendo de ese material, a juicio de la Sala, no que no se produjera el luctuoso suceso, sino que de la actuación de los servicios médicos penitenciarios, a la vista de las consideraciones de los informes aportados a las actuaciones, no podía apreciarse que concurría la vulneración de la antes mencionada "lex artis ad hoc", que es algo muy distinto de lo que se pretendía por el recurrente en su demanda y subyace ahora en estos motivos del recurso, de que se le hubiese producido una afección en su salud que parece constituir, por sí sola, la causa directa y próxima de la lesión, entendida en sentido técnico-jurídico, de daño antijurídico en el sentido de que no existía obligación de soportar.



Pues bien, de lo expuesto no podemos concluir, más bien todo lo contrario, que la Sala de instancia hiciese una valoración arbitraria e ilógica de las pruebas, como en los motivos se reprocha, por lo que no podemos nosotros proceder a una corrección de dicha valoración. Y ciertamente que la Administración es una parte más en vía procesal, pero las actuaciones administrativas que constan en el expediente administrativo, integra, aunque no solo, actuaciones de funcionarios públicos expedidos en el ejercicio de sus funciones, que gozan de las garantías propias de dichos documentos, sin que sea cierto que se exija por parte del Tribunal una prueba plena, contrariando el artículo 217.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil –facilidad de la prueba–, sobre la incorrecta actuación de los servicios penitenciarios, sino que valorados los documentos referidos a dicho tratamiento no puede concluirse en la vulneración de la "lex artis", criterio que se podrá o no compartir desde el punto de vista de derecho material, pero que no puede considerarse como una conclusión ilógica o arbitraria.

Bien es cierto, como se aduce en el recurso, que de los informes aportados por la parte, elaborados a su instancia (en especial de la pericial aportada con la demanda), se concluye en la apreciación de una demora de los servicios sanitarios del Centro Penitenciario en remitir al recurrente a un Centro Sanitario donde pudiera ser atendido de la grave afección que, a juicio de los profesionales informantes, estaba ya manifestada; pero la propia Sala de instancia valora y considera dichas afirmaciones, como se razona en la sentencia, y opta, ciertamente, por asignar mayor certeza en cuanto a esa valoración subjetiva de los profesionales, a los informes del propio centro penitenciario, primacía que está fundada no solo en una apariencia de mayor objetividad que los de la parte, sino que se deja constancia por el Tribunal de las circunstancias de enfermo y de la infección que padecía, que no permite concluir en una omisión de la "lex artis ad hoc", a juicio del Tribunal de instancia.

Y si bien se examina el fundamento de los motivos a que nos referimos, hemos de concluir que lo pretendido por la defensa del recurrente es hacer lo contrario que el Tribunal de instancia, es decir, hacer prevalecer las conclusiones de los técnicos de parte, frente a las del servicio sanitario del Centro Penitenciario, que no solo dejan constancia de su propia actuación, que podría cuestionarse, sino de las circunstancias del enfermo y de la complicaciones que fueron surgiendo en la evolución del tratamiento.

Es más, la referencia que se hace en los motivos del recurso a los informes del Centro Sanitario al que finalmente fue remitido el recurrente, no cabe concluir de ellos lo que se sostiene por la defensa del recurrente, porque de tales informes no hay otra conclusión que el mero devenir de la atención a que fue objeto el recurrente, sin esa pretendida imputación a la actuación de los servicios del Centro Penitenciario contrario a la lex artis cuando, por otra parte, cabe concluir, ya se verá, que desde el mencionado ingreso en dicho centro, también transcurrió un periodo de tiempo que, en la argumentación del recurrente, debe incardinarse en la vulneración de la "lex artis", lo que evidencia que no cabe reprochar a los servicios sanitarios penitenciarios una demora en la remisión del enfermo al Centro Sanitario donde existieran medios clínicos que pudieran determinar la gravedad, cuando en ese centro existe una demora en la operación de casi el mismo tiempo que se reprocha a aquellos, dado que el interno fue remitido al Hospital Carlos Haya el día 1 de enero a las 8,30 y no es intervenido hasta la noche del 2 al 3 de ese mes, circunstancia que se omite en los informes de parte que prestan más atención a la actuación, a su juicio contraria a la "lex artis", del Servicio Sanitario penitenciario en los días previos a dicha remisión.

Y aun cabría añadir a lo expuesto que la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Supremo tiene establecido que el recurso de casación no es el medio idóneo para cuestionar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de instancia; en primer lugar, porque nunca ha sido la errónea valoración de la prueba un motivo en nuestro recurso de casación contencioso-administrativo; y en segundo lugar, porque teniendo el recurso de casación por finalidad examinar la aplicación que se hace por los Tribunales de instancia de las normas y jurisprudencia que fueran aplicables al caso, se hace abstracción de las cuestiones de mero hecho, dado que estando regida la actividad probatoria por el principio de inmediación, son los Tribunales de instancia los que están en mejores condiciones para realizarla.

Bien es cierto que por influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha estimado que, pese a lo anterior, cuando sea apreciable que los Tribunales de instancia han realizado una valoración de las pruebas que pueda ser considerada como arbitraria, ilógica o que conduzca a resultados inverosímiles, ya no solo se estarían vulnerando las normas de valoración, sino que se vería afectado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se reconoce a todos en el artículo 24 de la Constitución, por lo que puede y debe ser corregida en vía de recurso de casación, siempre que la parte que invoque tales defectos de valoración ofrezca méritos suficientes sobre ello.

Pues bien, atendiendo a los razonamientos que antes se han expuesto, no puede concluirse que en el caso de autos exista una valoración arbitraria o ilógica de la prueba, que es lo que se cuestiona en los motivos examinados.



Se desestiman los motivos cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno.

CUARTO. Motivos octavo y décimo. Antijuridicidad del daño. Actuación contraria a la "lex artis".-

El motivo octavo del recurso cuestiona, por la misma vía que los anteriores, que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 141.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aún aplicable al caso de autos; así como los artículos 35, 207.1º, 208, 209.2º y 218 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

En la fundamentación del motivo, tras hacer una delimitación de la exigencia de la antijuridicidad del daño, que se corresponde con lo que se declara en la misma sentencia, aunque se omita referencia a ella, se cuestiona que el parámetro de la "lex artis", que es el supuesto de responsabilidad imputada a la Administración sanitaria penitenciaria. Con la delimitación del concepto que se admite en el mismo motivo y que es también acorde a lo que argumenta la propia Sala de instancia, como se ha visto, se sostiene que, aun aceptando los hechos que se acreditan probados por la Sala de instancia, se ha incurrido en responsabilidad, porque la asistencia sanitaria prestada al recurrente no puede considerarse acorde a esa exigencia de la "lex artis".

En apoyo de esa conclusión se aduce que el diagnóstico de la afección padecida por el recurrente se podrían haber detectado y tratado con tan solo haber realizado una resonancia magnética y una sencilla cirugía de columna porque el *"empiema epidural no es una enfermedad de etiología desconocida, ni descuidada de la medicina"*, por lo que la tardanza en dos o tres días *"en derivar al paciente al hospital, descartar la enfermedad y sin prueba alguna la existencia de posibles enfermedades o complicaciones clínicas (teniendo en cuenta solo algunas) y, omitir las comprobaciones, exámenes y pruebas necesarias, son actuaciones anormales de los propios servicios penitenciarios, no adecuados a los estándares habituales, no acomodadas a la lex artis, no compensables con el internamiento del paciente en el ala de enfermería de la prisión (pues observación tampoco implica vigilancia adecuada) y, no subsanables."*

Se considera que, conforme a la mencionada "lex artis", la que procedía era la *"derivación <urgente e inmediata> con los primeros síntomas del recurrente a un centro médico especializado, para su hospitalización inmediata y su estudio y tratamiento lo más exhaustivo, máxime a tenor de sus graves antecedentes personales y, cuando se encontraba en un lugar sin los medios adecuados para el diagnóstico y tratamiento adecuado."* Se concluye de ello que cabe apreciar, *"atendiendo al estado de la ciencia en ese momento"*, la existencia de un *"error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas... los médicos de la prisión no realizaron pruebas, comprobaciones ni examen alguno o, en su caso, los exigidos o exigibles, máxime dadas las circunstancias personales del recurrente."* Se considera que ese planteamiento que se hace de la concurrencia de la antijuridicidad en el caso enjuiciado no puede verse afectado por el régimen penitenciario del recurrente porque los preceptos invocados del Reglamento Penitenciario le garantizan el derecho a la sanidad. En apoyo de dicha conclusión se invoca lo concluido en el informe médico forense aportado con la demanda, efectuado por el Instituto de Medicina Legal de Málaga, en el que se concluye en la *"<<mala praxis>> en la asistencia médica dispensada a ... por parte del personal facultativo que lo atendió en la enfermería del Centro Penitenciario... desde su llegada ..."*

Vinculado al motivo expuesto está el décimo, en el que, como se dijo, se denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 106.2º de la Constitución y los artículos 139 y 141 de la antes citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la jurisprudencia que los interpreta, conforme a la cual se considera que al no detectar los servicios sanitarios del Centro Penitenciario los síntomas propios del empiema epidural en su momento, ocasionó la demora en la remisión del paciente al Centro Hospitalario ocasionando, a juicio de la defensa del recurrente, el luctuoso resultado.

Suscitado el debate en la forma expuesta, es necesario, ya de entrada, rechazar aquellos argumentos que se aducen en ambos motivos que examinamos, vinculados a la pretendida vulneración de los preceptos del Reglamento Penitenciario que se invocan, y ello por la evidente razón de que en ningún momento la Sala de instancia, no es que no aplica los invocados preceptos del Reglamento Penitenciario –lo cual trasciende a los efectos de la casación que comporta el examen de la vulneración de concretos preceptos–, sino que tampoco los desconoce implícitamente, porque en ningún momento se sostiene por la Sala de instancia que la circunstancia del ingreso del recurrente en un centro penitenciario comporta discriminación alguna respecto del tratamiento médico al que tienen derecho ni que ello comporte merma alguna de dicha asistencia sanitaria, por lo que difícilmente puede haberse vulnerado el mencionado régimen penitenciario. La Sala examina las circunstancias del caso haciendo abstracción de dicha circunstancia.

Por lo que se refiere a la concreta imputación de vulneración de la mencionada "lex artis", en realidad, lo que se reprocha es que la Sala de instancia no haya considerado contrario a su exigencia el hecho de tardar dos



o tres días en remitir al enfermo a un centro hospitalario donde poder tratarle de la afección y detectar a tiempo la patología que presentaba, recopilándose en el motivo décimo aquellos síntomas que se consideran determinantes de la enfermedad que realmente padecía el recurrente y que, a su juicio, debieron aconsejar la remisión al Centro Hospitalario en un momento anterior y así se habría evitado las consecuencias que en definitiva tuvo dicha demora.

Para el examen de la crítica que se hace debemos recordar que, como resulta de la transcripción de la sentencia, el Tribunal de instancia " *no aprecia falta de diligencia en la asistencia médica prestada, sin que sea dable imputar a los servicios médicos de la prisión, porque en ningún caso se ha acreditado que no actuaran con la diligencia suficiente que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (lex artis). En esta hipótesis, nos hallamos ante la valoración de un acontecimiento que tiene su origen en la evolución de las enfermedades humanas provista de un grado de imprevisibilidad imposible de acotar o de controlar en un sentido necesariamente positivo, o con la certeza suficiente como para poder calificar el acto médico en cuestión contrario a la lex artis, que constituye el modo de determinar la actuación médica correcta, y que como hemos visto, es independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.*

....

Además, aun admitiendo la demora en enviarle al hospital, desde el día 29 de diciembre hasta el día 1 de enero, lo que implica un retraso de dos o tres días, no está acreditado, que dicha tardanza fuera determinante en la causación de las patologías y del estado de gran invalidez que se describe en la demanda.

... Por el contrario, los servicios sanitarios del centro penitenciario se refieren a los antecedentes del enfermo y señalan que la primera vez que se quejó de debilidad en las piernas fue el día 29, lo que determinó que el día 1 siguiente ingresara en el hospital. No puede olvidarse que el Sr. Justiniano estaba destinado en la enfermería del Centro, por lo que su observación era constante. El resto de los datos se refieren a problemas sanitarios no específicos (dolor de rodilla, dolor de espalda) y compatibles con su historial médico, complejo por otra parte. Se añade en el informe que el empiema epidural es una enfermedad muy poco frecuente y su diagnóstico difícil. En estas apreciaciones coincide la Inspección penitenciaria que aclara que el diagnóstico de esta rara enfermedad solo es posible mediante una resonancia magnética, método que no está a disposición de los centros penitenciarios.

... Quiere decirse que se derivó al Hospital una vez descartadas las posibles complicaciones clínicas más frecuentes en un paciente Diabético, con muy mal control metabólico con antecedentes de artropatía, arteriopatía y polineuropatía, y con varias amputaciones, y solo cuando, se descartaron las anteriores, se evacuó al Hospital después de unas horas desde que el médico tiene conocimiento del inicio de su cuadro..."

Pues bien, a la vista de esos razonamientos, debe señalarse que no puede enjuiciarse la actuación de los facultativos a quienes se imputa la actuación contraria a la "lex artis", con criterios y circunstancias de cómo ha discurrido el tratamiento prestado al paciente en un examen a posteriori de dichas actuaciones, máxime en supuestos como el presente en el que, ciertamente, hubo demora en la prestación de la cirugía la que ha provocado el luctuoso resultado en la salud del recurrente. Esos criterios han de valorarse conforme a las circunstancias del momento en que suceden los hechos. Y es precisamente con dichas circunstancias del mismo recurrente, de sus antecedentes médicos, los que a juicio de los servicios sanitarios del centro penitenciario, no es que no adoptaran el traslado del enfermo al Centro Hospitalario, sino que los síntomas aparecieran vinculados a su propia enfermedad, sin que la afección que finalmente fue diagnosticada se presentase como probable en aquellos momentos por más que, su examen a posteriori, podría haberla detectado.

Es decir, conforme a las circunstancias del paciente y la rareza y poca probabilidad de la complicación en que derivó su estado, que la Sala concluye de estudios doctrinales médicos, no permite concluir en un error de diagnóstico, tan siquiera en una tardanza en la detección de la grave infección que se había ocasionado, porque incluso derivado el enfermo al centro Hospitalario, aun así debió transcurrir casi dos días para la intervención, lo cual pone de manifiesto lo complejo de la detección de la infección para los profesionales con mayores y mejores medios sanitarios. Nada hay, por otra parte, en la historia clínica del paciente, desde su ingreso en el Centro Hospitalario, que evidenciara esa demora en la remisión del paciente.

Y en cuanto a las conclusiones a que se llega en el antes mencionado informe del Instituto de Médica Legal de Málaga, al que se hace especial invocación en varios motivos del recurso, se parte de la premisa de que los síntomas propios de la complicación en la evolución de la enfermedad padecida por el recurrente que ponían de manifiesto el riesgo de un empiema epidural estaban manifiestos desde el día 26, fecha que no se corresponde



con lo que resulta de la documentación aportada al procedimiento, en concreto, con las anotaciones existentes en los servicios sanitarios del Centro Penitenciario, coetáneas a la asistencia prestada.

La conclusión de lo expuesto es que no puede considerarse que la Sala de instancia vulnerase los preceptos invocados en el motivo, es decir, que dado el alcance que tiene la antijuridicidad del daño, en sentido técnico jurídico, en los supuestos de funcionamiento de la Administración sanitaria, cuyo examen se hace de manera completa en la sentencia de instancia, no cabe apreciar la existencia de " *mala praxis ad hoc* " en el presente caso.

Se desestiman los motivos octavo y décimo del recurso.

QUINTO. Motivo decimotercero.- Vulneración del régimen penitenciario en relación al tratamiento sanitario de los internos.-

Razones de sistemática aconsejan el examen del motivo decimotercero en el que, por la misma vía que los anteriores, cuestiona que la sentencia de instancia vulnera los artículos 15, 25.2º y 106.2º de la Constitución; los artículos 139.1º y 141 ya citados en otros motivos, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; de los artículos 3, 4, 14 y 40 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; y de los artículos 4.2.a) y g), 35, 207, 208, 209.2º y 218 del Reglamento de la mencionada Ley.

El motivo no puede correr mejor suerte que los anteriores y en cierta medida ya se ha justificado su rechazo anteriormente. En efecto, toda la fundamentación del motivo está dirigida a reprochar a la sentencia de instancia que la condición del recurrente en un Centro Penitenciario, no comporta merma alguna al derecho a la asistencia sanitaria como cualquier otro ciudadano. En relación con esa premisa se invocan los mencionados preceptos, que vienen a garantizar esa igualdad en dicha asistencia sanitaria.

Pues bien, como ya se dijo antes, en modo alguno cabe estimar que la Sala de instancia haya desconocido los invocados preceptos, en especial los de naturaleza penitenciaria, que son los relevantes a los efectos del motivo, porque ni la sentencia los aplica directamente ni en modo alguno hay nada en la fundamentación de la sentencia que permita concluir que la Sala de instancia parte de la idea de que la condición de interno en un Centro Penitenciario del recurrente le supusiera algún tipo de restricciones a la asistencia a la que tenía derecho. Y esa omisión a esa legislación permite concluir que la Sala de instancia ha examinado la pretensión como si se tratase de cualquier otro ciudadano que no estuviera en esa situación de internado en un Centro Penitenciario y, a los efectos del motivo, que no hay vulneración de los preceptos invocados.

Se desestima el motivo decimotercero.

SEXTO. Motivos undécimo y duodécimo. Pérdida de oportunidad.-

Hemos dejado para un examen en último lugar los motivos undécimo y duodécimo, que están vinculados, porque merecen una especial consideración y están referidos a un mismo debate, la aplicación al caso de autos de la denominada doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad.

En efecto, ambos motivos, por la misma vía que los anteriores, denuncian, en el primero de ellos, que la sentencia de instancia infringe lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si bien está referido a la valoración de la prueba, lo que se razona en su fundamentación es que todos los informes aportados a las actuaciones, incluso el de los propios servicios sanitarios penitenciarios, son concluyentes en que la infección que provoca el empiema epidural, ocasiona en un alto porcentaje sus efectos más perjudiciales, es decir, la parálisis irreversible del enfermo. Se concluye de ello que la situación en que concluyó el devenir de la enfermedad para el recurrente, con declaración de gran invalidez, es más que probable que estuviera provocada por el mencionado empiema y que si el mismo se hubiese tratado en un momento oportuno, sus efectos podrían haber sido menos lesivos para la salud del recurrente.

Más concretamente en el motivo duodécimo, con invocación del mencionado precepto procesal, lo que en realidad se está invocando es que la Sala de instancia, pese a las conclusiones a las que llega, debió aplicar la doctrina jurisprudencial de la "pérdida de oportunidad" y haber accedido a la fijación de una indemnización en función de dicha eventualidad, conforme tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala Tercera.

Centrado el debate en la forma expuesta la primera cuestión a examinar es de carácter formal porque, en puridad de principio, nunca invocó la defensa del recurrente en la instancia la aplicación de la mencionada doctrina que, en realidad, se aviene mal con el planteamiento que se hizo en la demanda, y se mantienen en la casi totalidad de los motivos de la casación que, como hemos visto, se basan en la existencia de una vulneración de la *lex artis ad hoc*, que no es del todo coincidente. Esa circunstancia hace que la Sala de instancia no examine dicha posibilidad y, en pura técnica casacional y en principio, sería difícilmente incardinable en el recurso la vulneración de una doctrina que ni el Tribunal de instancia aplica ni nunca se suscitó por la parte recurrente, que podría suscitar la duda de si se trata de una cuestión nueva que no puede



tener cabida en el recurso en cuanto su finalidad, ya expuesta, es la de examinar la aplicación de las normas y jurisprudencia por los Tribunales de instancia, porque el objeto del recurso no es ya la actividad administrativa originariamente impugnada, sino la propia sentencia y difícilmente puede imputarse esa vulneración a la sentencia si no se invocó la aplicación en la instancia.

No obstante lo anterior, es lo cierto que las peculiaridades de la pretensión, unido a la incidencia que sobre ella tiene la cuestión que ahora se suscita en los dos motivos que examinamos, merecen un detenido análisis que ha de comenzar por recordar que todos los óbices formales que impidan pronunciarse a los Tribunales sobre una concreta pretensión han de tener el carácter restrictivo que impone la afectación de un derecho fundamental, el de la tutela judicial efectiva que se reconoce a todos en el artículo 24 de la Constitución ; tutela que se impone debe ser efectiva.

Pues bien, partiendo de esa base, es lo cierto que la aplicación de la doctrina sobre la pérdida de oportunidad, como veremos, no puede estimarse que constituya una alternativa a la apreciación de la vulneración de la *lex artis*, sino concurrente con ella. Pero sobre todo, deberá concluirse que esa pérdida de oportunidad entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad de la Administración sanitaria y precisamente por las peculiaridades que la misma tiene, en cuanto que su fin no es el de la curación, en todo caso, sino a la prestación de la asistencia conforme al estado de la ciencia, como resulta del artículo 141.1º de la ya derogada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , vigente al momento de autos.

Se quiere poner de manifiesto con lo expuesto que pese al silencio del recurrente en la aplicación de la mencionada doctrina, nada impedía que la Sala de instancia hubiese podido argumentar si, pese a considerar que no se había vulnerado de manera cierta la "*lex artis ad hoc*" en el presente caso, podría estimarse que habría existido una pérdida de oportunidad a los efectos de fijar la indemnización reclamada, aunque no fuera en la cuantía pretendida, que nunca vinculaba al Tribunal.

Porque esa era realmente la pretensión del actor, la fijación de una indemnización por una responsabilidad consecuente con el tratamiento sanitario que le fue prestado y que consideraba le ocasionó tan luctuoso resultado; de tal forma que aparece la doctrina sobre la pérdida de oportunidad como un argumento más para su declaración, con independencia de que se hubiera invocado o no por la defensa del actor, siempre que la misma resultase acorde a los hechos en que se fundaba la pretensión, porque la propia Sala estaba vinculada por dichos hechos y por el contenido de la pretensión, no por el Derecho aplicable, en virtud del principio "*iuris novit curia*".

Se ha de concluir de lo expuesto sobre la pertinencia de invocar en casación la vulneración, por la Sala de instancia, de la doctrina sobre la pérdida de oportunidad y esta Sala debe proceder a su examen.

Centrado el debate en determinar si puede considerarse que en el caso de autos existe un supuesto de pérdida de oportunidad, debemos comenzar por recordar que la Jurisprudencia de esta Sala, ya desde los años noventa del pasado siglo, ha venido admitiendo en el ámbito de la responsabilidad sanitaria de las Administraciones Públicas, la posibilidad de que se pueda acceder a la declaración de dicha responsabilidad, no solo por el hecho que se haya omitido la "*lex artis ad hoc*" que requería la asistencia sanitaria prestada a un ciudadano por los servicios sanitarios, que es el parámetro de determinar la antijuridicidad en este ámbito de la institución indemnizatoria.

Existe un supuesto intermedio entre esa vulneración de la "*lex artis*" o la concurrencia de la misma, con los relevantes efectos de acceder a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados o denegar dicha indemnización, es el supuesto de la pérdida de oportunidad que, como recuerda la sentencia de 13 de enero de 2015 (recurso de casación 612/2013), con cita abundante cita, "*la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo,... configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio.*"

Ahora bien, en este supuesto el daño viene propiciado por el hecho de que, si bien a tenor de la prueba no cabe apreciar un tratamiento médico contrario a los cánones aceptados en cada momento por la ciencia médica, es lo cierto que de haber existido un tratamiento diferente, que no es ajeno a la propia medicina, existe la duda de si se habría producido el resultado lesivo, exigencia de esa probabilidad sobre la que se pone la nota de la pérdida de oportunidad por la jurisprudencia (sentencia de 3 de julio de 2012; recurso de casación 6787/2010) y que ha de vincularse, de un lado, a la prueba practicada en el proceso, de otro, que, sobre esa base, existiera el convencimiento que de haberse adoptado un tratamiento diferente, o con diferentes criterios, el resultado podría haberse disminuido o incluso haberse evitado. Como señala la sentencia 1177/2016, de 25 de mayo (recurso de casación 2396/2014) "*la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada*



no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética."

Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, la teoría de la pérdida de oportunidad debe vincularse, dentro de la estructura general de la institución de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en el nexo causal, de tal forma que cuando se haya acreditado que el resultado lesivo tiene como causa directa e inmediata la asistencia sanitaria, que es contraria a la "lex artis", se debe proceder a la indemnización de la lesión; en el extremo opuesto, cuando la asistencia sea correcta, el daño producido no es antijurídico y debe soportarlo el ciudadano.

Los supuestos de pérdida de oportunidad constituye un supuesto intermedio porque se ocasiona cuando, producido el daño, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico diferente al que fue correcto, podría haberlo evitado. No se olvide que el diagnóstico, según la misma jurisprudencia tiene declarado, no es sino un dictamen, una opinión sobre una situación presente a la que se anuda un tratamiento conforme al criterio de quien lo emite, pero que nunca garantiza un resultado. Y en esa situación de presente ha de moverse quien lo emite atendiendo a la realidad que se le presenta, en especial a los síntomas que se manifiestan en el paciente y sus propios conocimientos. Ahora bien, nada impide que una vez transcurrido el proceso del tratamiento aconsejado conforme a aquel diagnóstico, sea admisible poder concluir en que a la vista de aquellos síntomas podría haberse dado otro dictamen y tratamiento que, probablemente habría evitado el daño o la habría podido disminuir.

A la vista de lo expuesto no le falta razón al recurrente cuando en los dos motivos que examinamos echa de menos que el Tribunal de instancia no hubiese aplicado la referida doctrina de la pérdida de oportunidad, a la vista de lo que el mismo Tribunal declara en la sentencia.

La misma Sala sentenciadora, al examinar el material probatorio y delimitar los hechos en la forma que ya se han expuesto anteriormente, es consciente de que la actuación de los servicios médicos del centro penitenciario estaban fundados en "interpretar" que los síntomas que ofrecía el paciente era de "origen artróxico, dentro de sus antecedentes, por lo que se pauta tratamiento analgésico". Sin embargo, dicho tratamiento no fue efectivo y a la vista de la evolución del paciente "cuando, se descartaron las anteriores, se evacuó al Hospital después de unas horas desde que el médico tiene conocimiento del inicio de su cuadro." De las pruebas practicadas se concluye que se trataba de "enfermedad muy poco frecuente y su diagnóstico difícil." Y si bien la Sala de instancia concluye que "no está acreditado, que dicha tardanza fuera determinante en la causación de las patologías y del estado de gran invalidez que se describe en la demanda", es lo cierto que el empiema existía, que los síntomas que lo evidenciaban, aunque de difícil posibilidad de diagnosticar por esa poca frecuencia y la patología del paciente, es lo cierto que no se niegan que pudieron ser tomados en consideración, conforme a lo que síntomas que ofrecía el paciente, como, por otra parte, se deja constancia en la publicación científica aportada a las actuaciones y tomadas en consideración por el mismo Tribunal en la sentencia. Incluso la misma sentencia deja constancia del informe de los Servicios Sanitarios penitenciarios cuando se declara: "Se añade en el informe que el empiema epidural es una enfermedad muy poco frecuente y su diagnóstico difícil. En estas apreciaciones coincide la Inspección penitenciaria que aclara que el diagnóstico de esta rara enfermedad solo es posible mediante una resonancia magnética, método que no está a disposición de los centros penitenciarios." Es decir, esos mismos servicios dejan abierta la posibilidad que de haberse acudido a esa prueba médica, el resultado habría sido diferente, entre otras cosas, porque el empiema epidural no habría llegado al grado avanzado que ocasionó el luctuoso resultado.

En suma, es evidente que de haberse adoptado esos mismos medios que se apuntan en el informe o la remisión del enfermo a un centro en que le hubiesen podido practicar la mencionada resonancia, incluso que se hubiese practicado con más premura en el Hospital donde fue finalmente ingresado, el empiema no habría evolucionado en su afección con el más que probable resultado de que no se hubiese producido las graves consecuencias para la salud del paciente.

Si hay algo que surge de todos los informes que se han aportado al proceso, incluso los del centro penitenciario, como se ha visto, es que la demora en practicar la operación fue la que ocasionó el resultado; y que esa premura estuvo motivada por la tardanza en detectarla por la resonancia magnética y esta, a su vez, en la posibilidad de realizarla, que no era posible en el Centro penitenciario.

En suma, que si bien los servicios sanitarios penitenciarios actuaron conforme a su criterio y de acuerdo a las circunstancias del enfermo y sus antecedentes, es manifiesto que otro diagnóstico era admisible desde el punto de vista de la ciencia médica, lo cual remite la actuación a la pérdida de oportunidad.

Y es que, como se declara en la sentencia de 3 de noviembre de 2010 (recurso de casación 440/2009) en relación con estos supuestos de pérdida de oportunidad, "aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación)



los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias." Y en ese mismo sentido se declara en la de 13 de octubre de 2011 (recurso de casación 4895/2007), se produce esa pérdida de oportunidad cuando al paciente se le ha privado de "recibir una correcta asistencia médica que hubiese evitado el daño finalmente producido, por lo que entendemos que nos encontramos ante un claro ejemplo de la teoría de la pérdida de oportunidades que nuestro más alto tribunal ha establecido de manera reiterada."

De lo expuesto hemos de concluir que en el presente caso se ha producido un supuesto de pérdida de oportunidad porque de haberse realizado un diagnóstico más acorde a los síntomas que ofrecía el paciente, se hubiese remitido a un Centro donde pudieran haberle detectado con más antelación el empiema ya manifestado con síntomas, ciertamente concurrentes con su enfermedad, pero evidentes, y se hubiese procedido con mayor prontitud a realizarla la intervención que finalmente fue necesario practicar, existe una alta probabilidad de que el resultado de gran invalidez no hubiese llegado a producirse. En suma, que se ha privado al recurrente de que esa pérdida de oportunidad de "otro" diagnóstico habría evitado, previsiblemente, el resultado lesivo o, cuando menos, pudo haber evitado su extremo resultado.

Procede la estimación de los motivos undécimo y duodécimo del recurso.

SÉPTIMO. Nueva sentencia. Cuantificación de la indemnización.-

Lo concluido en el anterior fundamento comporta que este Tribunal, examinando la pretensión originariamente accionada ante el Tribunal de instancia y atendiendo a las circunstancias del presente supuesto, determine el alcance de dicha pérdida de oportunidad y ,más concretamente, determinar la indemnización que le corresponde al recurrente.

Suscitado el debate en la forma expuesta la cuestión no tiene fácil solución, máxime cuando esa determinación ha de hacerse en vía de recurso de casación. En efecto, si ya con carácter general la fijación de una indemnización ofrece la complejidad en el supuesto general de responsabilidad patrimonial cuando sea apreciable la actuación contraria a la "lex artis", dada la dificultad que comporta la indemnización de los daños personales vinculados a la salud o la vida, la determinación es mucho más difícil cuando se trata de indemnizar los daños por esa probabilidad que comporta la pérdida de oportunidad que, adelantémoslo, nunca comporta una indemnización que comprenda la totalidad de los daños ocasionados, lo que genera la dificultad de que no pueden tomarse como criterios de valoración el cálculo que se hace en la demanda por el actor.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala Tercera ha venido declarando que cuando se aprecia la concurrencia de falta de oportunidad, la indemnización no puede estar referida a la cuantificación del resultado de la actuación médica. Es decir, en el caso de autos, la indemnización no puede estar vinculada a la situación de gran invalidez en que ha quedado el recurrente.

Basada la pérdida de oportunidad en la probabilidad de que otra decisión y otra asistencia sanitaria podría haber evitado el resultado lesivo o haber minorado, es la determinación de la probabilidad la que debe servir de guía para determinar la indemnización. Como se declara en la sentencia de 6 de abril de 2015 (recurso de casación 1508/2013), es necesario " valorar el grado de probabilidad de que la actuación omitida hubiera producido un efecto beneficioso así como el grado, entidad o alcance de éste mismo (cf. Sentencia de esta Sala y Sección de 3 de julio de 2012, recurso de casación 6787/2010)." Y en la sentencia de 3 de octubre de 2010 (recurso de casación 440/2009), se parte de que en los supuestos de pérdida de oportunidad no procede la indemnización "por la totalidad del daño sufrido", sino que la misma ha de establecerse "en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad..." También hace referencia a ese " grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo " la sentencia de 3 de julio de 2012 (recurso de casación 6787/2010).

Sobre esa premisa ha de examinarse las circunstancias que concurren en el presente caso que necesariamente han de considerar la situación, ciertamente extremas, en que el recurrente ha quedado. Es decir, en una situación de gran invalidez, sin posibilidad de atender sus necesidades más elementales sin ayuda de tercera persona; pero con la peculiaridad que tan solo tiene como ayuda la que pudiera facilitarle su madre, ya de edad avanzada, que es prácticamente nula; y todo ello contando con la edad del recurrente de poco más de cincuenta años. Por otra parte, ante el examen de la posibilidad de que otra decisión en su tratamiento hubiera evitado llegar a tan lamentable situación, debemos concluir en la más probable posibilidad de que si la intervención a la que finalmente fue sometido se hubiera realizado en un momento anterior no se habría llegado a esa situación extrema, como la propia sentencia considera acreditado y, por lo demás, resulta, como se ha visto, del mismo informe de los servicios sanitarios del Centro penitenciario.



A la vista de todo ello, la Sala considera, tomando en consideración dichas circunstancias, que procede fijar en favor del recurrente una indemnización que prudencialmente se fija en la cantidad de 500.000 €, más los intereses desde la interposición de la demanda.

OCTAVO. Costas procesales.-

La estimación del presente recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, que no procede hacer concreta imposición de costas a ninguna de las partes. Y en cuanto a las ocasionadas en la instancia, conforme al mencionado precepto, apreciándose la concurrencia en el presente supuesto de serias dudas de hecho y de derecho, tampoco hacer concreta imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.- Ha lugar al presente recurso de casación número 2302/2016 por Don Justiniano, contra la sentencia núm. 276/2016, de 18 de mayo, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 144/2015.

Segundo.- Casamos y anulamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

Tercero.- En su lugar, debemos de estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el mencionado recurrente y Doña Eloisa, en impugnación de la desestimación presunta de la reclamación efectuada en fecha 16 de octubre de 2015, sobre indemnización de los daños y perjuicios; que se anula por no estar ajustada al ordenamiento jurídico.

Cuarto.- Se reconoce el derecho del recurrente a ser indemnizado en la cantidad de QUINIENTOS MIL EUROS (500.000 €), más los intereses de demora.

Quinto.- No se hace concreta imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en el recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde

Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso

Wenceslao Francisco Olea Godoy Jose Juan Suay Rincon

César Tolosa Tribiño

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.