



Roj: **SAN 4383/2014 - ECLI:ES:AN:2014:4383**

Id Cendoj: **28079230072014100472**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **17/11/2014**

Nº de Recurso: **389/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4383/2014,**
STS 3490/2017

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de noviembre de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo número 389/13, que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, *Sección Séptima*, ha promovido D. Jose Daniel, en su propio nombre y como tutor de la menor D^{ña}. Agustina, hija de la fallecida, D. Jesus Miguel, D^a Azucena, D. Pablo Jesús y D^a Clara como parte actora representada por el Procurador D. Luis Pidal Allendesalazar, contra la resolución del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 15 julio 2013 que desestima la solicitud de **responsabilidad patrimonial** presentada ante la Mutua MUFACE por la actuación médica dentro de la Fundación Hospital General de la Santísima Trinidad de Salamanca; se ha personado la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, las codemandadas la entidad SEGURCAIXA ADESLAS SA DE SEGUROS Y REASEGUROS representada por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón y a la FUNDACIÓN HOSPITAL GENERAL DE LA SANTISIMA

TRINIDAD representado por la Procuradora D^a Susana Gomez Castaño. Siendo ponente la señora D^a BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT, Magistrada de esta Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por D. Jose Daniel, en su propio nombre y como tutor de la menor D^{ña}. Agustina, hija de la fallecida, D. Jesus Miguel, D^a Azucena, D. Pablo Jesús y D^a Clara como parte actora representada por el Procurador D. Luis Pidal Allendesalazar, se presentó recurso contenciosos-administrativo contra la resolución del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 15 julio 2013.

SEGUNDO : Por decreto de fecha 25 octubre 2013 se admitió el precedente recurso y se reclamó a la Administración demandada que en el plazo de veinte días remitiese el expediente administrativo y realizase los emplazamientos legales.

TERCERO : Una vez recibido el expediente, por diligencia de ordenación se concedió a la parte recurrente el plazo de veinte días para que formalizase la demanda, que efectuó el 19 diciembre 2013, y por diligencia de ordenación se dio traslado al Sr. Abogado del Estado para que contestase la demanda en el plazo de veinte días. Igualmente se dio traslado por igual tiempo a las codemandadas la entidad SEGURCAIXA ADESLAS SA DE SEGUROS Y REASEGUROSA representada por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón y a la FUNDACIÓN HOSPITAL GENERAL DE LA SANTÍSIMA TRINIDAD representado por la Procuradora D^a Susana Gomez Castaño.

CUARTO : Por auto de fecha 17 junio 2014 se recibió el presente recurso a prueba y una vez practicadas aquellas que se declararon pertinentes se declaró concluso el presente procedimiento.



QUINTO : Por decreto de fecha 17 junio 2014 se fijó la cuantía del presente procedimiento en 194.131'02€.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : La parte recurrente D. Jose Daniel , en su propio nombre y como tutor de la menor Dña. Agustina , hija de la fallecida, D. Jesus Miguel , D^a Azucena , D. Pablo Jesús y D^a Clara interponen recurso contencioso administrativo contra la resolución del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 15 julio 2013 que desestima la solicitud de responsabilidad patrimonial presentada ante la Mutua MUFACE por la actuación médica dentro de la Fundación Hospital General de la Santísima Trinidad de Salamanca.

SEGUNDO : En la demanda la parte actora manifiesta que D^a Luz de 49 años de edad, ingresó el 22 diciembre 2010 en la Fundación Hospital General de la Santísima Trinidad de Salamanca al ser beneficiaria de MUFACE para la realización de una punción medular para diagnóstico de posible mieloma. Se le infiltró anestésico local, mepivacaína y a los dos minutos antes de realizar la punción esternal la paciente perdió la consciencia, hace bradicardia y parada cardiorrespiratoria que remite tras reanimación. D^a Luz queda consciente con cierto grado de cianosis periférica, palidez conjuntival y gran agitación psicomotriz. Refiere sensación de ahogo y molestia abdominal. Bradicardia a 381lpm/155 que motivó que se le administrase 0'6 antropina saliendo en taquicardia 130lpm/155. Se administra amiodaroma 2 amp en 300ml, mientras va pasando unos 100cc de disolución de amiodaroma presenta una nueva parada cardiorrespiratoria, se le intuba con sedación 1 amp de midazolam/anectine, se le traslada a la UCI. Se le conecta a un respirador entrando a los pocos minutos en bradicardia 30lpm, se administra nueva antropina/1amp de adrenalina, sin respuesta, iniciando perfusión de noradrenalina según protocolo habitual, asistolia, la paciente no responde y se produce una parada cardiaca, se comienza masaje cardiaco y desfibrilación, se dan 3 choques de 300 con desfibrilador, sin respuesta, sin conseguir reanimación y causando exitus a las 13'10h, diagnóstico parada cardiorrespiratoria de causa desconocida. Se inició un proceso penal ante el Juzgado de Instrucción de Salamanca.

Entiende la parte actora, que ha existido negligencia en la actuación de la Fundación Hospital General de la Santísima Trinidad que ha provocado el fallecimiento de D^a Luz por vulneración de la lex artis. Alega igualmente la inexistencia de un adecuado consentimiento informado al tratarse de una prueba invasiva. Y suplica que se tenga por presentado el recurso contencioso administrativo, por deducida la demanda y se dicte sentencia por la que se estime el presente recurso y se deje sin efecto la resolución impugnada y se declare la responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Mutua MUFACE y ADESLAS por la actuación médica dentro de la Fundación Hospital General de la Santísima Trinidad de Salamanca y se les condene a indemnizar a la parte actora por el fallecimiento de D^a Luz . Así se solicita:

Para la menor: 158.514'32€.

Para cada progenitor: 8.808'35€.

Para cada hermano: 6.000€.

Siendo el total de 194.131'02€ más intereses legales desde la fecha de la presentación de la reclamación patrimonial.

TERCERO : El Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda se opuso a su estimación. En dicho escrito manifiesta que no concurren los requisitos necesarios para que exista la responsabilidad patrimonial que se reclama. Expone que el daño que se reclama no es imputable a los servicios públicos. La actuación administrativa tan solo consiste en que MUFACE celebre conciertos con entidades o sociedades para facilitar a los mutualistas la prestación sanitaria de tal manera que, de acuerdo con los conciertos suscritos, la responsabilidad que pueda surgir por la presunta defectuosa asistencia sanitaria no es imputable más allá del círculo que realmente la haya prestado. La administración, en este caso, no ha prestado asistencia sanitaria, ha sido la entidad concertada elegida por la mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente. No existe responsabilidad imputable a la administración. No existe un nexo causal entre el daño acaecido y la actuación de la administración. Y solicita que se desestime la demanda.

CUARTO : La entidad demandada Segurcaixa Adeslas SA, de Seguros Generales y Reaseguros se opone a la demanda. Se alega: prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial porque el hecho que motiva la reclamación se produjo el 22 diciembre 2010 y los recurrentes presentaron su solicitud de inicio del procedimiento administrativo de reclamación el 19 diciembre 2012, cumplido de sobra el plazo de prescripción de 1 año previsto en el art. 4 RD 429/1993 . Se incoaron diligencias penales como consecuencia del fallecimiento de D^a Luz y en esas actuaciones penales, mediante escrito de fecha 27 junio 2012, hicieron expresa reserva de acciones civiles para interponer reclamación patrimonial. De ahí que esas actuaciones penales no tengan carácter interruptivo de la prescripción. Se alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario,



pues la demanda habla de mala praxis en la que incurrieron los profesionales sanitarios que atendieron a D^a Luz . Y que la entidad Adeslas tan solo cubría la asistencia sanitaria. Que el personal del Hospital que atendió a D^a Luz no tiene relación laboral o de prestación de servicios con Adeslas. Por ello el Hospital debe personarse como demandado así como los facultativos del centro. Que Adeslas no ha incumplido ninguna de sus obligaciones. La señora Luz recibió asistencia médica de profesionales del Hospital General de la Santísima Trinidad de Salamanca, centro concertado con Segurcaixa Adeslas, y no se le prestó esa asistencia en virtud de contrato suscrito con Adeslas, sino en relación al colectivo funcional al que pertenecía MUFACE que está obligado a prestar asistencia sanitaria a sus mutualistas y beneficiarios. En virtud del concierto entre Segurcaixa Adeslas y MUFACE, la primera se obliga frente a MUFACE a poner a disposición de sus mutualistas un catálogo de servicios para que pueda dar cumplimiento a esa obligación que tiene asumida. Segurcaixa es una entidad aseguradora y no presta servicios de asistencia sanitaria que es prestada por los profesionales y centros médicos concertados con Segurcaixa Adeslas. Además, Segurcaixa Adeslas no ejerce control sobre los profesionales sanitarios con los que no tiene relación laboral. Lo sucedido, en todo caso, es solo imputable a los que atendieron a D^a Luz . En cuanto a los hechos, D^a Luz acudió el 22 diciembre 2010 a realizarse una punción lumbar a la Fundación Hospital General de la Santísima Trinidad de Salamanca. Con anterioridad a la realización de la prueba, la paciente fue informada de los riesgos de dicha prueba y prestó su consentimiento e informó que no padecía alergias conocidas. Antes de realizar la punción la paciente perdió la conciencia, y fue inmediatamente atendida, momento en que sufrió una parada cardiaca de la que se recuperó con aporte de oxígeno y se inició un tratamiento farmacológico. Se trasladó a la UVI, se conectó a la paciente a un respirador IPPV, entrando la paciente en bradicardia, por lo que se instauró tratamiento farmacológico, se dieron 4 choques de 300w con desfibrilador, pero la paciente falleció. Los propios facultativos recomendaron realizar la autopsia para determinar la causa de la muerte, y el médico forense emitió dictamen considerando que se trataba de una muerte natural, muerte súbita inesperada con rotura de miocardio. El informe del médico forense determina que la rotura cardiaca con taponamiento brusco explica la muerte súbita y la causa de la rotura se debe a patología orgánica previa de la fallecida. El forense señaló que el pericardio, membrana que envuelve el corazón y lo separa del resto de los órganos, se encontraba lleno de sangre y la rotura fue la causa del encharcamiento. El personal del Hospital no ha incurrido en mala praxis, no ha incurrido en negligencia alguna. En cuanto a la inexistencia de consentimiento informado para la punción es una alegación que decae puesto que la citada punción no se llegó a realizar. Y en cuanto a la mala praxis no existe ningún dato objetivo que así lo determine. El fallecimiento de la Sra. Luz fue por causas naturales, la causa fue la rotura del miocardio, y se pudo comprobar que la cavidad torácica se encontraba llena de sangre y que el pericardio se encontraba distendido. En la UCI se le realizó a la fallecida una radiografía apreciando una cardiomegalia que es un agrandamiento anormal del corazón o hipertrofia cardiaca. Es un signo que aparece en personas con insuficiencia cardiaca sistólica crónica diversos tipos de miocardiopatías, el resultado de la radiografía confirma una previa patología. Que la valoración del daño es excesiva. Y suplica a la sala que se dicte sentencia desestimando la demanda con imposición de costas a la parte actora.

QUINTO : La entidad Hospital General de la Santísima Trinidad se personó como codemandado y se opuso a la estimación de la demanda. En el escrito de contestación se expone que D^a Luz de 49 años de edad, ingresó en el Hospital el 22 diciembre 2010 con el fin de ser sometida a una punción medular para estudio de un posible mieloma de células plasmáticas. Como paso previo al procedimiento se infiltró anestésico local, tras lo cual y antes de iniciarse la punción se produjo una parada cardiorrespiratoria con pérdida de conciencia y se recuperó tras una ventilación manual con oxígeno, posteriormente fue trasladada a la UCI sufriendo nueva parada cardiaca. La actuación del equipo médico fue inmediata, y que la infiltración de anestésico local no es una prueba invasiva ni provocó el episodio que sufrió la paciente. No ha existido en la atención sanitaria prestada vulneración de la lex artis. No hay relación de causalidad alguna entre la actuación de los servicios sanitarios y el resultado. Es un hecho inesperado, inevitable e imprevisible. Y suplica que se dicte sentencia desestimando la demanda y demás pronunciamientos favorables para la codemandada.

SEXTO : La parte demandada la entidad Segurcaixa Adeslas alega en primer lugar la prescripción por el transcurso de un año.

Así el artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre , dispone que: " *En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas* " .

Respecto al cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones, por todas citaremos la Sentencia de 21 de junio de 2.007 donde se afirma que:



" Se cuestiona en este recurso la determinación del dies a quo en el cómputo del plazo de prescripción de un año, establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, según el cual el derecho a reclamar prescribe al año de la producción del hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Entiende la jurisprudencia (Ss. de 27 de diciembre de 1985, 13 de mayo de 1987 y 4 de julio de 1990, que son citadas por la de 6 de julio de 1999) que es de aplicación el principio general de la «actio nata», que significa que el cómputo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, criterio recordado por la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1991 y en las anteriores de 5 de abril de 1989 y 19 de septiembre de 1989 .

Del mismo modo es de tener en cuenta lo que ha dicho el Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias, por todas la de 28 de febrero de 2.007 en la que se señala:

" El día a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas ".

La acción de responsabilidad patrimonial requiere ejercitarla en el plazo de un año y es evidente que, naciendo la misma, en todo caso, por el fallecimiento de D^a Clara, desde ese momento quienes se consideraban perjudicados, obviamente sus familiares-recurrentes, estaban en condiciones de ejercitar la acción en el plazo de un año, pues conocían las circunstancias del óbito el lugar donde se produjo y las circunstancias del mismo. Sin embargo, tras el fallecimiento de D^a Luz se iniciaron actuaciones penales por lo que era preciso esperar a priori una declaración judicial penal sobre esos hechos. Si bien el resultado del proceso penal es independiente de un procedimiento de responsabilidad patrimonial si condiciona su resultado desde el ámbito de los pronunciamientos económicos un posible acción de responsabilidad patrimonial.

En este caso, D^a Luz falleció el 22 diciembre 2010 y el 23 diciembre 2010 ya se iniciaron las actuaciones penales. En fecha 27 junio 2012, los hoy recurrentes hicieron ante el Juzgado de Instrucción expresa reserva de acciones civiles. En fecha 10 diciembre 2012 se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial. En consecuencia, hay que entender que las actuaciones penales fueron interruptivas de ese periodo de prescripción de un año hasta el momento mismo en que se presentó escrito de reserva de acciones civiles.

Por ello, y desde que se produjo la reserva de acciones el 27 junio 2012 hasta que se presentó el escrito solicitando indemnización por responsabilidad patrimonial el 10 diciembre 2013 no había transcurrido un año.

SÉPTIMO : La siguiente cuestión es alegada por el Abogado el Estado en su escrito de contestación de la demanda.

Esta cuestión ya ha sido tratada por este Tribunal en otras resoluciones totalmente aplicables al presente caso, siendo la más reciente la de fecha 22 septiembre 2014, en ella decíamos:

" En primer lugar procede resolver sobre las causas procesales de exclusión alegadas por las partes, y en concreto por MUFACE, al entender que no es responsable patrimonialmente al no haber dado órdenes concretas de cuya ejecución se haya derivado con relación de causa a efectos el daños cuya indemnización se solicita, todo ello, por entender que en virtud del concierto celebrado con la entidad es ésta la responsable al ser elegida libremente por el mutualista, y en todo caso, la acción de responsabilidad deberá dirigirse a la Entidad o facultativo que correspondan o ante los Servicios públicos de Salud de las correspondientes Comunidades Autónomas en el caso de Centros Pertencientes a las mismas .

Continúa diciendo, y ello es así, pues MUFACE no presta asistencia sanitaria de forma directa, si no que garantiza dicha prestación a través de entidades aseguradoras que a su vez, y en virtud del concierto celebrado con MUFACE, llevan a cabo la prestación de estos servicios sanitarios directamente o concertada con terceros. La Disposición Adicional Vigésimo Tercera de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector público que califica los conciertos para la asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por MUFACE e ISFAS como contratos de gestión de servicios públicos regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y en todo lo no previsto por la legislación de contratos del sector público, y aplicando la citada Disposición Adicional solo se impone la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando los daños deriven de manera inmediata directa de una orden de la Administración modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante exonerando a la Administración por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato.

QUINTO .- Resolviendo esta primera alegación, hecha por el Abogado del Estado y en la que se basa la resolución expresa recurrida, debe decirse, como ya se ha afirmado por esta Sección, por sentencia de fecha 4 de marzo de 2013, y por sentencias de otras Secciones de esta misma Sala:



El Real Decreto Legislativo 4/2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios en su artículo 17 establece:

"Artículo 17. Forma de la prestación.

1. La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social.

2. La Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado no abonará los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, a no ser en los casos que se establezcan en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo".

Esta Sala de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado en numerosas sentencias respecto de esta cuestión que expone el Abogado del Estado, y mantiene una doctrina unívoca sentada por última vez en la sentencia de la sección 5ª de fecha 26 febrero 2013. Por todas ellas, se va a hacer mención a la sentencia de 9 de marzo de 2011 la Sección 5ª, en su (rec. 793/2008) que analizando esta cuestión a la vista de las modificaciones normativas incorporadas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, en un supuesto muy similar al que ahora nos ocupa, cuyas consideraciones son por entero asumidas por este Tribunal y trasladables al supuesto que nos ocupa, afirma:

"Sobre la imputación de responsabilidad a la Administración en hipótesis como la que ahora se trata, esta misma Sección, en la Sentencia de 2 de julio de 2008, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 395/2006, ha tenido ocasión de estudiar el tema a la luz de elementos normativos recientes, que lo han clarificado.

En efecto, la Sección, en asuntos similares al de autos, vino declarando que, "el daño cuyo resarcimiento se persigue por la actora, no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta de que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los Conciertos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, extendiéndose en la forma pretendida por la demandante", añadiéndose que la Administración "no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la Entidad concertada elegida por la mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con la recurrente y que ésta no puede desconocer" (Sentencia de 25 de enero de 2001, recurso nº 251/2000).

No obstante, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 20 de febrero y de 24 de mayo de 2007, sobre la base de que, "no pudiendo oponerse las concretas cláusulas del concierto, a quien tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo, pero que precisamente por la existencia de éste, acude a recibir asistencia sanitaria a la entidad médica con la que el ISFAS, de cuyo régimen sanitario es beneficiario, ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de dicha asistencia", mantuvo otro criterio, que motivó el cambio en los razonamientos de esta Sección.

Sin embargo, se destaca en la referida Sentencia de 2 de julio del pasado año, no puede desconocerse la incidencia que, en esta cuestión, tiene la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 1 dispone que:

"Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público".

Con esta disposición, el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y ADESLAS, al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación [artículo 253.a) de la nueva Ley y artículo 156.c) de la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas], figurando entre las obligaciones del contratista la de "indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración" (artículo 256.c) de la nueva Ley y artículo 161.c) de su precedente). Esta idea, que ya se deducía de la normativa anterior, se hace ahora explícita, cobrando todo su vigor el sistema de responsabilidad al que se acaba de aludir, de manera que "la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de



la Administración [...], modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular" del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006)".

"La proyección de lo que se acaba de exponer al supuesto de autos acredita la conformidad a Derecho de la Resolución impugnada, ya que no se ha probado que el daño derive de actuación administrativa alguna".

La conclusión a la que nos conduce la doctrina anterior es la conformidad a derecho el acto administrativo impugnado pues en ningún caso puede la administración resultar obligada a indemnizar los daños y perjuicios que los actores atribuyen a la asistencia sanitaria recibida por inexistencia de prueba acreditativa de que el daño, en su caso ocasionado, se haya producido por la actividad desarrollada por la Administración.

Tales consideraciones nos conducen, al igual que ocurrió en la sentencia transcrita a rechazar la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por los recurrentes contra la MUFACE".

En este caso, la resolución de 15 julio 2013 expone que la prestación sanitaria efectuada a D^a Luz a través de la entidad concertada ADESLAS, elegida voluntariamente por la mutualista, sería de responsabilidad exclusiva de la misma según concierto, y excluiría la posibilidad de imputar los daños derivados de la actuación de aquélla a la administración MUFACE. Por ello desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

OCTAVO : La entidad SEGURCAIXA ADESLAS SA DE SEGUROS GENERALES Y REASEGUROS alega la falta de legitimación pasiva de la entidad. Sostiene, que ni es Administración pública ni ha contribuido a la producción del daño, se limita a la prestación sanitaria mediante la puesta a disposición de los beneficiarios de medios sanitarios, todo ello en virtud del concierto que tiene firmado con MUFACE , limitándose a ser una entidad aseguradora.

También se ha pronunciado al respecto en reiteradas sentencias, tanto esta Sección Séptima, como la Sección Quinta de esta Sala, desestimando esta falta de legitimación pasiva, y del Tribunal Supremo en Sentencias de la Sala Primera como las de 2 de noviembre y 19 de abril de 1999 , y la de 19 de junio de 2001 en la que se dice al respecto:

"... que en virtud del contrato suscrito, la entidad apelante asumió no sólo el pago de los gastos médicos sino la efectiva aportación de los medios que la misma determina y en las condiciones y requisitos que la póliza detalla, los cuales no son de absoluta libre elección por el asegurado, que ha de limitarse al cuadro de centros y profesionales de la Compañía. Frente a estos hechos las pruebas que se invocan no desvirtúan en nada sus consecuencias, pues, si la relación es laboral o no laboral, si hay mayor o menor grado de dependencia, entre los médicos y los centros que figuran en el cuadro, no es cuestión que, en modo alguno, puede invalidar la responsabilidad directa de la compañía, como prestataria de los servicios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984 , general para la defensa de los consumidores y usuarios".

Aplicada la anterior doctrina al presente caso ADESLAS tiene legitimación ad causam para responder de los daños que se hubiesen podido ocasionar a los recurrentes por los facultativos o centros sanitarios que figuran en su cuadro médico.

Cuestión distinta será, si en el presente caso concurren los requisitos legales y jurisprudenciales para poder determinar la responsabilidad de esta entidad a la vista de los hechos narrados.

NOVENO .- La parte recurrente fundamenta su pretensión indemnizatoria en la deficiente asistencia sanitaria recibida por D^a Luz de 49 años de edad que el día 22 diciembre 2010 ingresó en la Fundación Hospital General de la Santísima Trinidad de Salamanca, centro concertado con Adeslas, para la realización de una punción medular para diagnóstico de posible mieloma, y tras serle infiltrada la anestesia local, D^a Luz perdió la conciencia, sufriendo varias paradas cardiorrespiratorias falleciendo la paciente.

La primera cuestión que suscita la parte actora es el adecuado consentimiento informado. En la demanda se destaca diversa doctrina general sobre el consentimiento informado pero no concreta.

Existe la necesidad de obtener un consentimiento escrito para realizar cualquier intervención o actuación sobre un paciente. La esencia del consentimiento informado radica en que el enfermo ejerce libremente sus propias opciones tras recibir información suficiente y adecuada, tras lo cual otorga su consentimiento para la realización de las actividades diagnósticas o terapéuticas oportunas. Es, en definitiva, un protocolo o guía



formal de Buena Práctica Clínica dentro de la relación de información y comunicación con el paciente y su familia.

En este caso se discute el consentimiento informado, su existencia y su adecuación. La ausencia de consentimiento es causa del daño antijurídico pues esa omisión supone incumplir una obligación profesional pero a efectos resarcitorios tiene relevancia el incumplimiento no tanto formal como real o material y, en todo caso, esa ausencia en sí y por sí misma no tiene por qué generar automáticamente responsabilidad como causa del daño.

Hay que decir que aún cuando la responsabilidad sea objetiva y ajena a la idea de culpa o negligencia, el derecho a ser resarcido surge si la información por ser errónea provoca un consentimiento viciado de raíz o desde la prueba de la inexistencia del consentimiento informado, al no constar ni siquiera una base para deducirlo por presunciones, se deduce que de haber mediado la información -y así el consentimiento informado- el paciente habría rechazado el tratamiento prestado o habría interesado otro parecer facultativo tanto para el diagnóstico como para el tratamiento.

No consta en las actuaciones el consentimiento escrito pero no hay prueba de que no existiera para la punción medular que se iba a realizar. Pero desde luego lo que no consta es que se hiciese contra la voluntad de la fallecida o de sus familiares. Y además el suceso acaecido en este caso no guarda relación con el consentimiento informado dado que se iba a realizar una punción medular con anestesia local. La causa de la muerte no guarda relación con dicha prueba por lo que a los efectos que nos ocupan, la reanimación de la paciente, dicho consentimiento informado era irrelevante.

DÉCIMO : En el presente caso la causa del litigio se ciñe a determinar si los médicos actuaron según a *lex artis*, esto es, si deberían haber puesto los medios para un diagnóstico adecuado; puesto que de haberlo hecho -tesis de la demandante- se habría advertido el estado gravísimo de D^a Luz y podría haberse evitado el resultado fatal. Según la parte demandada y codemandada, la actuación fue correcta, de forma que la causa de la muerte vendría constituida por una fuerza mayor, al tratarse de una muerte fulminante, súbita e imprevisible.

La parte actora timidamente reconoce como causa de la muerte de D^a Luz la parada cardíaca. Aporta prueba pericial ratificada judicialmente en la que se considera que el tratamiento dado a D^a Luz desde la bradicardia inicial no es adecuado porque se podía haber empleado un marcapasos transitorio y si hubieran apreciado el taponamiento cardíaco pudieron actuar de otra manera, por ello hubo una pérdida de oportunidad. Esta prueba pericial deja claro que el corazón no tenía una patología previa conocida por ello pensaban en una reacción alérgica al anestésico local que se le suministró y el manejo en la reanimación no fue adecuado.

En este proceso se cuenta con la pericial judicial practicada ex artículo 339 LEC a instancia de las demandantes y de los demandados, lo declarado en el acto de ratificación por los peritos. Todo ello acompañado de los informes de autopsia y del elaborado por el Instituto Nacional de Toxicología realizados las actuaciones penales en su día incoadas.

La Sala comparte la valoración de la prueba realizada por el Juez de Instrucción nº 1 de Salamanca. En el auto de Juzgado de 21 enero 2014 se justifica porque se da validez al informe de autopsia realizado por el médico forense. Informe de autopsia que refleja la rotura cardíaca como causa de la muerte. Ese informe de autopsia describe la perforación del corazón, la sangre en el saco perocárdico, el aumento del hígado. Son datos objetivos resultantes de la autopsia, son los hallazgos reales de la misma, y si bien el Instituto informa a posteriori obedece a que los órganos se conservan en líquidos porque en un examen a posteriori no da el mismo resultado. El Juez de Instrucción con su percepción, análisis hace una valoración objetiva y de mayor credibilidad. Siguiendo al Juez de Instrucción, no hay vulneración de la *lex artis*. Dada la situación creada se trató a la paciente con urgencia, como había que hacerlo utilizando técnicas de reanimación. No era factible un marcapasos transitorio porque no había bloqueo cardíaco. No se sabía que había un derrame perocárdico y aun cuando se hubiese practicado un drenaje era insuficiente.

El informe de los peritos del demandante es una informe que se emite cuando se conoce qué es lo ocurrido, y entonces es fácil exigir una determinada actuación al Servicio de Urgencias. Ahora bien, ante la dificultad de determinar qué debió hacerse ante lo que, tiempo después, se supo que había ocurrido, lo prudente es estar a lo que es incuestionable: que el fallecimiento vino causado por una rotura cardíaca que provocó la muerte súbita de forma y no era una situación advertible.

La sentencia del TS de 23 de enero de 2012 , dice que la "*privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" - sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco , veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez , recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001 , 4429/2004 y 5927/2007 - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por*



la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla 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, pues, 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".

Pero en este caso no hubo pérdida de oportunidad, el desencadenamiento de los hechos obligó a los médicos a practicar cuantas técnicas de reanimación como consta documentado en el expediente y no hubo una incorrección de la prestación sanitaria, se aplicó el tratamiento farmacológico correspondiente, se desconocía entonces la rotura y se aplicaron las técnicas de reanimación existentes. Los peritos aportados por la parte actora consideran que no se hizo suficiente, pero cuando se desencadenaron los hechos no se podía conocer lo que a posteriori se supo y el grado de probabilidad de que las actuaciones que proponen hubiesen producido un efecto beneficioso, son a posteriori sabiendo la causa de la muerte que era desconocida en el momento de los hechos.

Por todo lo expuesto, se desestima el presente recurso contencioso administrativo y conforme al art. 139 LJCA se imponen las costas a la parte actora

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jose Daniel , en su propio nombre y como tutor de la menor DÑA. Agustina , hija de la fallecida, D. Jesus Miguel , Dª Azucena , D. Pablo Jesús y Dª Clara como parte actora representada por el Procurador D. Luis Pidal Allendesalazar, contra la resolución del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en materia de RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Con imposición, a la parte demandante, de las **costas procesales** causadas en esta instancia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación que contra la misma no cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 86.2.b) de la Ley de esta Jurisdicción , y de la cual será remitido testimonio en su momento a la Oficina Pública de origen, junto con el expediente de su razón, en su caso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Certifico.