



Roj: **STS 4668/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4668**

Id Cendoj: **28079130042010100428**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **20/09/2010**

Nº de Recurso: **5568/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3593/2008,**  
**STS 4668/2010**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de dos mil diez.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 5568/2008 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Beatriz Martínez Martínez en nombre y representación de D. Iván contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4<sup>a</sup> en el recurso núm. 13/07, seguido a instancias de D. Iván frente a la presunta desestimación de la reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial interpuso con fecha 19 de mayo de 2005 contra el Ministerio de Sanidad y Consumo, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intervención quirúrgica padecida en 1973, en el Hospital de la Cruz Roja de Melilla, posteriormente integrado en la red de centros hospitalarios del Instituto Nacional de la Salud, hoy Instituto de Gestión Sanitaria Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo 13/07 seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, Sección 4<sup>a</sup>, se dictó sentencia con fecha 24 de septiembre de 2008, que acuerda: "Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por D. Iván, representado por la procuradora Doña Beatriz Martínez Martínez y defendido por el letrado Don Antonio Vera López, contra la presunta desestimación de la reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial interpuso con fecha 19 de mayo de 2005 contra el Ministerio de Sanidad y Consumo, por no ser conforme a derecho. En su lugar anulamos la referida resolución reconociendo el derecho del demandante a percibir la suma de 18.000 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de los intereses a que se refiere el artículo 106 de la LJCA. No procede hacer pronunciamiento sobre las costas causadas".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D. Iván se prepara recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

**TERCERO.-** Dicha representación procesal, por escrito presentado el 2 de diciembre de 2008 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** El Abogado del Estado formaliza con fecha 17 de noviembre de 2008 escrito de oposición interesando la desestimación del recurso, con costas.



**QUINTO.**- Por providencia de 7 de julio de 2010 se señaló para votación y fallo el día 15 de septiembre de 2010, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm.a. Sra. D<sup>a</sup>. **Celsa Pico Lorenzo** , Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La representación procesal de D. Iván interpone recurso de casación 5568/2008 contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 24 de septiembre de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4<sup>a</sup> en el recurso núm. 13/07, deducido a instancias de aquel a la desestimación presunta de la reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial interpuso con fecha 19 de mayo de 2005 contra el Ministerio de Sanidad y Consumo, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intervención quirúrgica padecida en 1973, en el Hospital de la Cruz Roja de Melilla, posteriormente integrado en la red de centros hospitalarios del Instituto Nacional de la Salud, hoy Instituto de Gestión Sanitaria. Resuelve la Sala anular la desestimación presunta reconociendo el derecho del demandante a percibir la suma de 18.000 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de los intereses a que se refiere el artículo 106 de la LJCA .

Identifica los hechos determinantes de la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada en pretensión de 600.000 euros en conceptos de daños morales y materiales en el PRIMER fundamento en razón de haber quedado olvidada una compresa tras una operación quirúrgica que no fue localizada y recuperada hasta treinta y dos años después. Relata prolijamente las distintas intervenciones sufridas desde 1973 hasta 2004.

Reseña la oposición de la administración en el SEGUNDO.

Luego en el TERCERO explicita los requisitos determinantes de la acción regulada en el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAPAC. Concreta específicamente respecto al ámbito sanitario.

Rechaza en el CUARTO el alegato de la administración del Estado respecto a que debió haber sido demandada la Junta de Andalucía.

En el QUINTO analiza la prueba practicada en las actuaciones declarando que el hecho del olvido de una gasa supone una defectuosa praxis. Añade que tal hecho muestra un defectuoso funcionamiento del servicio sanitario, conforme ha puesto de manifiesto en sendas ocasiones. Reproduce parcialmente la sentencia de 15 de marzo de 2000 (SAN, Sección 4<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2000, recurso 544/1997) y cita la sentencia de 1 de enero de 2001 (SAN, Sección 4<sup>a</sup>, de 1 de enero de 2001, recurso 723/99).

Finalmente en el SEXTO determina el importe de la indemnización, con cita del art. 141 LRJAPAC. Declara que *"sin perjuicio de reconocer la dificultad de valorar el daño, en esta clase de procedimientos, en el que los baremos establecidos para otros ámbitos tienen carácter meramente orientativo o no vinculante, la indemnización ha de partir de la entidad del daño, y del quebranto que ha producido en la salud e integridad del lesionado. En este sentido, ya hemos expresado que el daño deriva del hecho de dejar alojado en el cuerpo del paciente material quirúrgico, propiciando una nueva intervención, junto al daño moral que ello implica. Así las cosas, y vistos otros supuestos análogos ( SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1 de enero de 2001, recurso 723/99; de 24 de abril de 2002, recurso 241/2001; o de 15 de marzo de 2000, recurso 544/1997 ) la Sala estima que la indemnización adecuada asciende a 18.000 euros, suma que se concede actualizada al día de hoy (TS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6<sup>a</sup>, S. 27 de Marzo de 2001 ), a fin de facilitar la ejecución; sin perjuicio de lo establecido en el artículo 106.2 de la LJCA "*

**SEGUNDO** .- Un único motivo de casación al amparo del art. 88.1. d) LJCA aduce infracción de la doctrina jurisprudencial aplicable.

Tras prolijas argumentaciones en defensa de un incremento indemnizatorio que atienda a los padecimientos físicos y psíquicos padecidos invoca la Sentencia de la Sala Primera de 29 de noviembre de 2002, recurso 1270/1997 que condenó a una indemnización de 120.000 euros por el olvido de una gasa quirúrgica. Añade también la sentencia del TSJ de Canarias de 29 de septiembre de 2006 que fijó una indemnización de 1.202.024 euros como consecuencia de una mala praxis que produjo en el paciente un retraso mental moderado.

Objeta el motivo el Abogado del Estado que pide su desestimación al cuestionarse la cuantía de los daños lo que no es revisable en sede casacional salvo interpretación racional que no es el caso.

**TERCERO** .- El recurso de casación en la regulación vigente no ha perdido la razón de ser que, desde siempre, le atribuyó la doctrina. Es decir, por un lado la función de protección o salvaguarda de la norma legal mediante la sumisión de los jueces y tribunales al imperio de la ley, entendida como el ordenamiento jurídico en su



conjunto lo que comporta la inclusión bajo tal concepto no sólo de la ley en sentido estricto sino también de las disposiciones generales de rango inferior a la ley. Y, por otro, la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación del derecho a fin de lograr la unidad del ordenamiento jurídico.

Por ello, debemos insistir en que nuestra doctrina (STS de 21 de marzo de 2006, recurso de casación 2354/2003 ) proclama que resulta absolutamente inapropiado utilizar como jurisprudencia conculcada la doctrina vertida por las Salas de lo Contencioso Administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia sobre la materia concernida (cuantía indemnizatoria).

No estamos en el ámbito de un recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 96 LJCA ) en que si cabe servirse ante este Tribunal Supremo de sentencias dictadas por las Sala de lo Contencioso Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia en las condiciones establecidas en la regulación del citado recurso.

Tampoco es invocable la doctrina emanada de la Sala Primera o de lo Civil, al desenvolverse en ámbitos distintos la esgrimida sentencia por negligencia médica y la responsabilidad patrimonial de la administración. Y, a mayor abundamiento, como luego desarrollaremos la fijación del quantum indemnizatorio referido al daño moral constituye función soberana del tribunal sentenciador.

**CUARTO.-** Entrando en el examen del motivo anticipamos que tiene razón el Abogado del Estado al esgrimir que el motivo debe ser desestimado al cuestionarse exclusivamente la valoración de los daños, físicos y morales, efectuados por la Sala de instancia con arreglo a criterios allí explicitados que no pueden ser sustituidos por los del recurrente.

En reciente sentencia de esta Sala y Sección, de 31 de mayo de 2010, recurso de casación 3353/2008 recordamos la sentencia de 20 de enero de 2003, recurso de casación 7499/1998 , donde se afirmaba, respecto daños morales por la indebida privación de libertad, que tiene siempre un componente altamente subjetivo del mismo como el de cualquier otro perjuicio de tal naturaleza, lo que asimismo resulta extrapolable en daños morales derivados de deficiente actuación sanitaria. Se añadió, FJ 4ºB, que convenía señalar determinadas pautas que sirvan de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y, al mismo tiempo, eviten desigualdades en la indemnizabilidad del perjuicio moral. Citaba unas sentencias de 20 de febrero de 1999, casación 6151/1994 y de 30 de junio de 1999, casación 3901/1995 , mas destacaba que aunque *"se fijaban unos criterios, puramente indicativos, en absoluto vinculantes, y de los que podemos servirnos aquí"*.

Constituye también una doctrina reiterada de esta Sala, Sección Sexta, expresada en la sentencia de 9 de junio de 2009, recurso de casación 1822/2005, FJ 2º que *"la cuantificación de la indemnización, que ha de calcularse con arreglo a los criterios establecidos en el art. 141 de la Ley 30/92 , se viene considerando como una cuestión de hecho que corresponde fijar al Tribunal de instancia y por lo tanto, como señala la sentencia de 10 de junio de 2002, citada por la de 18 de enero de 2005 "sólo podría tener acceso a la casación esta controversia en la forma en que los hechos declarados probados por la sentencia impugnada puedan ser combatidos en la misma a través de la invocación de infracción de normas o jurisprudencia en la apreciación de las pruebas -sentencias de esta Sala y Sección de 20 y 24 de enero, 14 y 23 de marzo, 14 y 25 de abril, 6 de junio, 19 de septiembre, 31 de octubre, 10 y 21 de noviembre y 28 de diciembre de 1998; 23 y 30 de enero, 27 de febrero, 3 de julio y 25 de septiembre de 1999; 18 de octubre de 2000, y 23 y 30 de julio de 2001 ", añadiendo la sentencia de 2 de marzo de 2005 que "como valoración de hecho está excluida de control en vía casacional al no existir en el recurso de casación contencioso administrativo la posibilidad de cuestionar los hechos y su valoración realizada por la Sala de instancia si no es con invocación de infracción de preceptos sobre prueba tasada o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contrario a la lógica o irracional", o como señalan las sentencias de 2 de octubre de 2003 y 27 de mayo de 2004 , cuando se trate de una valoración absurda o arbitraria o se haya omitido algún concepto indemnizatorio, circunstancias que no se invocan y menos aun justifican en este motivo por la recurrente, por lo que tampoco esta alegación puede prosperar."*

A la sentencia de 2 de marzo de 2005 también se refiere la sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 314/2002 , Sección Sexta, para reproducirla e insistir en que la cuantía no es revisable en sede casacional. Idéntico pronunciamiento en la sentencia de la Sección 6ª de esta Sala de 8 de junio 2010, rec. casación 405/2006 .

En fecha reciente, sentencia 16 marzo 2010, Sección 6ª, recurso de casación 5528/2005 , se ha incrementado al alza la indemnización concedida en la instancia al reputarla irracionalmente baja atendiendo al criterio indemnizatorio usualmente seguido por la Sala en supuestos similares. Mas las circunstancias de uno y otro supuesto son distintas.

No ha habido, pues, vulneración de la jurisprudencia por lo que no se acoge el motivo.

**QUINTO.-** Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte



recurrente. Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por el Letrado de la parte recurrida la cantidad de 3000 euros. Todo ello en atención; a), a que las costas se imponen por imperativo legal, y en tales casos esta Sala de acuerdo además con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación; y b), a que la actividad de las partes se ha referido a motivos de casación sin especial complejidad. Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

### FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación de D. Iván contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 24 de septiembre de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4ª en el recurso núm. 13/07, deducido a instancias de aquel a la desestimación presunta de la reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial interpuso con fecha 19 de mayo de 2005 contra el Ministerio de Sanidad y Consumo, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intervención quirúrgica padecida en 1973, en el Hospital de la Cruz Roja de Melilla, posteriormente integrado en la red de centros hospitalarios del Instituto Nacional de la Salud, hoy Instituto de Gestión Sanitaria. Resuelve la Sala anular la desestimación presunta reconociendo el derecho del demandante a percibir la suma de 18.000 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de los intereses a que se refiere el artículo 106 de la LJCA, sentencia que se declara firme con expresa imposición de costas en los términos reflejados en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.