

Actualidad del Derecho Sanitario

Publicación mensual de Derecho Médico y de la Sanidad

ADS

nº 318

Año 2023

SUMARIO

ARTÍCULOS

Somos o seremos pacientes

Andoni Lorenzo. Presidente de la Federación Española de Pacientes

Límites biológicos y bioéticos de los ensayos con 'embriones sintéticos'

Inteligencia artificial y derechos de salud (I): regulación UE

El contenido del consentimiento informado del paciente: los riesgos atípicos

Iñigo Barreda. Director de Actualidad del Derecho Sanitario

ACTUALIDAD

Productos defectuosos: plazo para reclamar, 30 años si síntomas tardan en aparecer

Urgen normas UE sobre adicción a móviles, redes sociales y servicios digitales

Posición UE para la reducción drástica de los pesticidas químicos

Propuesta para reciclar, reutilizar y reducir envases y embalajes

TRIBUNALES DE JUSTICIA

TSJM eleva indemnización en vía administrativa por consentimiento deficiente

Incrementan indemnización por omitir riesgo de lesión en cateterismo cardíaco

Indemnizan no informar del riesgo de patologías previas a cirugías de mama

La estancia en la UCI del paciente no impide recabar el consentimiento por teléfono

Obligan a Servicio de Salud a financiar fármaco especial para enfermedad rara

Absuelven no ingresar en UCI a paciente mayor al inicio de la pandemia por Covid

La interrupción de servicios como interino no impide cobrar la carrera profesional

La percepción de subsidios por embarazo y maternidad no impide cobrar la carrera

TS: "Que no se reconozca la carrera al temporal es cada día menos comprensible"

Una sentencia rechaza la impugnación general de horarios de centros de primaria

Responsabilidad empresarial por falta de medidas de prevención frente a Covid 19

NORMAS

Requisitos para estudios observacionales en el sistema sanitario de Galicia

Sentencias obligan a modificar normas de atención farmacéutica en Aragón

Mínimo de espacios de enfermería en centros de mayores de Galicia

RESEÑAS

Monografía / Covid 19 a través de Actualidad del Derecho Sanitario

OMS / Orientaciones para mejorar normas y prácticas en salud mental

Consejo de Ministros Breves Boletines Oficiales

Artículos	Somos o seremos pacientes	1089
	Andoni Lorenzo. Presidente de la Federación Española de Pacientes	
	Inteligencia artificial y derechos de salud (I): regulación UE	1090
	Límites biológicos y bioéticos de los ensayos con ‘embriones sintéticos’	1092
	El contenido del consentimiento informado del paciente: los riesgos atípicos	1095
	Iñigo Barreda. Director de Actualidad del Derecho Sanitario	
	UE Productos defectuosos: plazo para reclamar, 30 años si síntomas tardan en aparecer	1110
	Urgen normas UE sobre adicción a móviles, redes sociales y servicios digitales	1111
Tribunales	Posición UE para la reducción drástica de los pesticidas químicos	1112
	Propuesta para reciclar, reutilizar y reducir envases y embalajes	1112
	TSJM eleva indemnización en vía administrativa por consentimiento deficiente	1128
	Incrementan indemnización por omitir riesgo de lesión en cateterismo cardíaco	1143
	Indemnizan no informar del riesgo de patologías previas a cirugías de mama	1153
	La estancia en la UCI del paciente no impide recabar el consentimiento por teléfono	1173
	Obligan a Servicio de Salud a financiar fármaco especial para enfermedad rara	1184
	Absuelven no ingresar en UCI a paciente mayor al inicio de la pandemia por Covid	1210
	La interrupción de servicios como interino no impide cobrar la carrera profesional	1214
	La percepción de subsidios por embarazo y maternidad no impide cobrar la carrera	1221
	TS: "Que no se reconozca la carrera al temporal es cada día menos comprensible"	1229
	Una sentencia rechaza la impugnación general de horarios de centros de primaria	1233
	Responsabilidad empresarial por falta de medidas de prevención frente a Covid 19	
Normas	Requisitos para estudios observacionales en el sistema sanitario de Galicia	1245
	Sentencias obligan a modificar normas de atención farmacéutica en Aragón	1246
	Mínimo de espacios de enfermería en centros de mayores de Galicia	
Reseñas	Monografía / Covid 19 a través de Actualidad del Derecho Sanitario	1246
	OMS / Orientaciones para mejorar normas y prácticas en salud mental	1247
	Consejo de Ministros 1249 Breves 1250 Boletines 1251	

www.revistaderechosanitario.com

Editada por
INSTITUTO
DE FOMENTO
SANITARIO
© Madrid 2016. De-
rechos
reservados.
Los contenidos
de esta publicación
no pueden ser
reproducidos, ni co-
municados
públicamente
sin autorización
por escrito.

DIRECTOR / EDITOR
Iñigo Barreda

REDACCIÓN Y MAQUETACIÓN
**Instituto de Fomento Sanitario
Actualidad del Derecho Sanitario**

MARKETING / SUSCRIPCIONES
Actualidad del Derecho Sanitario
Tf.: 91 3514328
ads@actualderechosanitario.com

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE HONORÍFICO

Antonio Piga Rivero. Médico forense y Gobernador
Honorario en The World Association for Medical Law.

VOCALES

María Teresa Alfonso, Profesora de Legislación,
Bioética y Deontología. Universidad de Alcalá.

Rafael Pacheco Guevara, Académico de Número
de la Real Academia de Medicina de Murcia.

Eduardo Carrillo Osuna de Alborno, Catedrático de
Medicina Legal y Forense. Universidad de Murcia.

Alfonso López de la Osa Escribano, Decano de la
Facultad de Derecho. Universidad de Nebrija..

www.fomentosanitario.es

Copyright. Cualquier forma de copia, reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede hacerse con autorización de sus titulares. Diríjase a CEDRO si precisa fotocopiar o escanear un fragmento de esta obra. Tf. 91 702 19 70

ADS

ISSN: 1136-6869

DEPÓSITO LEGAL: M-39544-1994
ADS es una marca registrada.

Somos o seremos pacientes

Andoni Lorenzo. Presidente de la Federación Española de Pacientes.

El autor de este artículo fue presidente de la *Asociación de Diabetes de Álava* durante 9 años y de la *Federación Española de Diabetes* (FEDE) durante 7 años. Este empresario y defensor de los derechos del paciente participa activamente con voz y voto en el Sistema Nacional de Salud y preside desde el 2016 el *Foro Español de Pacientes*. Es miembro del *Comité de Seguridad de Medicamentos de Uso Humano* y asesor del Comité Científico Asesor Externo de *Consortio de Investigación Biomédica en Red de Epidemiología y Salud Pública*.

Uno de los aspectos que más preocupan a las organizaciones de pacientes es el actual panorama que tenemos en España respecto a la enorme presión asistencial con las largas listas de espera de más de 6 millones de pacientes y los evidentes problemas de falta de equidad entre las distintas Comunidades Autónomas.

Vivimos una situación en la que, lejos de mejorar nuestra asistencia sanitaria, las cosas se van complicando cada vez más.

La aparición del virus del COVID, además de suponer algo terrible para la sociedad, y, en especial, para los pacientes crónicos, con enormes pérdidas humanas y la forma que se nos fueron muchos amigos y familiares nos dejó un pensamiento de que quizás después de lo vivido por todos y escuchando a nuestros gobernantes las cosas cambiarían.

Nada más lejos de la realidad, las cosas no solo no han mejorado, sino que estamos infinitamente peor que antes.

Cuál es el análisis que hago yo, después de más de 20 años vinculando y trabajando en organizaciones de pacientes sobre la realidad sanitaria en España.

El gran problema que veo todos los días es el de la gobernanza.

Una sanidad transferida que decidimos y que es cierto que es más cercana a los ciudadanos, pero también una sanidad con recursos muy limitados, tanto materiales como humanos.

La enorme falta de profesionales acrecentada tras el COVID y sus condiciones laborales hace que estemos en una falta de personal crónica.

De todo esto el primer indicador que refleja esta falta son las listas de espera.

Cada vez tenemos una sanidad pública más debilitada, y, por el contrario, un mayor número de personas en la privada, que no hace otra cosa más que buscar soluciones a sus situaciones.

Desde mi punto de vista, una de las primeras decisiones que se debería tomar sería reclamar al Ministerio de Sanidad, nuestro Ministerio, que ejerza en la competencia de ser el garante de vigilar el cumplimiento de las estrategias y acuerdos en sanidad, con las Consejerías de sanidad autonómicas, valorar y vigilar las listas de espera que año tras año siguen aumentando.

El Ministerio de Sanidad debe ser la institución neutral para que todo este coordinado, y todos cumplan con la mejor asistencia sanitaria evitando que se produzcan estas **faltas de equidad en función de nuestro código postal**.

A partir de aquí, ya podemos hablar de financiación, presupuestos, estrategias, o de un historial del paciente operativo en toda España.

Podemos tener la mejor estrategia. pero mientras nadie se preocupe por su cumplimiento en las distintas Comunidades, todo seguirá igual, haciendo cada uno lo que puede con sus escasos recursos.

Mientras esto no esté resuelto seguiremos en esta andadura por el desierto donde todos vamos apagando fuegos y urgencias, y donde el paciente y el ciudadano es el gran perjudicado.

Y nunca debemos olvidar que todos somos o seremos pacientes.

Inteligencia artificial y derechos de salud (I): regulación UE

Iñigo Barreda. La aplicación de la inteligencia artificial (IA) presenta indudables ventajas para los servicios de salud y la atención los pacientes, pero también **desafíos bioéticos y jurídicos** de primer nivel para todos los agentes del sistema sanitario.

Conscientes de su importancia, los legisladores de distintos Estados, de la Unión Europea, e incluso de algunas Autonomías en España, han iniciado los trámites necesarios para observar y regular el impacto de la IA desde distintos perfiles, entre éstos, la afectación a la seguridad de las personas y a los derechos humanos fundamentales, o la responsabilidad jurídica por los fallos de los sistemas inteligentes, el mal uso de las tecnologías y las aplicaciones, los fraudes, la delincuencia o la corrupción por quienes tienen el dominio de la información y los datos generados a partir de los sistemas de IA.

La sanidad y la protección de la salud están presentes como una de las áreas prioritarias de las iniciativas regulatorias de la IA. *Actualidad del Derecho Sanitario* viene publicando artículos en los que, además de informar de novedades normativas, destaca el **impacto que tiene la IA, por ejemplo, en la relación médico-paciente**, en la protección de los datos personales y de la confidencialidad, y en los servicios de salud y sociosanitarios.

La utilización de la IA en la asistencia sanitaria es un hecho desde hace tiempo (optimización de las listas de espera quirúrgicas, análisis de imágenes radiológicas para el cribado de cáncer de mama, etc.), que se reforzó durante la pandemia para el **control de la salud pública** (*Pasaporte Covid digital*). Para el buen gobierno y vigilancia de la salud pública, los sistemas de IA -que no existían o no fueron aplicados a tiempo en el comienzo de la pandemia por Covid- son fundamentales.

El **Reglamento de IA de la UE** constituirá, cuando se apruebe, un **texto de referencia** que abordará de forma transversal estas cuestiones, pues implica revisar un buen número de normas comunitarias (Directivas, Reglamentos y otros actos de la UE) referidas a los datos, a la ciberseguridad, a los consumidores, a los servicios digitales, a la seguridad de las máqui-

nas y de los productos, y a la propiedad intelectual, entre otros ámbitos, dentro de la **estrategia digital** de la Comisión Europea, dotando al ordenamiento de la UE de coherencia legislativa.

Una cuestión clave de estas reformas es la **responsabilidad civil** y el aseguramiento de las nuevas tecnologías, productos y servicios basados en IA que surge cuando se produce un daño por fallos o errores de los sistemas, y que incluirá al productor y al operador de servicios de IA.

A tal efecto, el Parlamento Europeo (PE) aprobó el 20 de octubre de 2020 la *Propuesta de Reglamento UE sobre responsabilidad civil por funcionamiento de sistemas de inteligencia artificial*, y la Comisión Europea, el 28 de septiembre de 2022, la *Propuesta de Directiva sobre adaptación de normas de responsabilidad civil extracontractual a la IA*.

Ante la rápida expansión de las tecnologías de IA, la Comisión Europea adoptó el 21 de abril de 2021 la *Propuesta de marco regulador sobre la IA y un Plan coordinado revisado sobre la IA* (ver ADS n° 291 / Abril 2021), en la que aborda desafíos de futuro y posibles riesgos de seguridad y para los derechos fundamentales.

Se trata aquí de dotar a la UE del primer marco legal para la IA a través de un Reglamento considerando esta Propuesta que es clave **proteger las infraestructuras críticas que afectan a la salud y a la vida** de los ciudadanos.

El *Programa Europa Digital*, que tiene en la sanidad uno de sus focos principales (ver ADS n° 292 / Mayo 2021), incorpora como prioridades la **ciberseguridad**, la IA y la informática de alto tendimiento, la cadena de bloques (*blockchain*) y las capacidades digitales avanzadas (*Reglamento UE 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión UE 2015/2240*). Este Reglamento se dirige a garantizar que los ciudadanos tengan el control sobre sus datos personales y puedan acceder, compartir, usar y gestionar sus datos sanitarios personales entre Estados de la UE de una

forma segura y que garantice su privacidad, independientemente de su ubicación o la ubicación de los datos.

Su objetivo es apoyar a los servicios sanitarios y asistenciales públicos, completar la infraestructura de servicios digitales de salud electrónica y ampliarla mediante nuevos servicios digitales relativos a la prevención de enfermedades, la sanidad y los servicios asistenciales mediante la **red de sanidad electrónica** prevista en el artículo 14 de la *Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*.

Paralelamente, se gesta en la UE la *Propuesta de regulación del Espacio Europeo de Datos de Salud* (del 6 de mayo de 2022), que interactuará con la *red Darwin EU* de la *Agencia Europea del Medicamento* (sobre seguridad y eficacia de los medicamentos, incluidas las vacunas), lo que constituye una iniciativa sin precedentes y muy ambiciosa por el **gran valor (económico y asistencial) que tiene el dato de salud** y que supondrá ahorros mil millones en la gestión de la atención médica. En España, se dotó la financiación oportuna para crear el *Espacio Nacional de Datos de Salud* (ADS nº 309 / Dic. 2022).

Los datos personales de salud son altamente sensibles y merecedores de toda protección, pero se permite su explotación en masa (*big data*) para la mejor gestión de los servicios de salud o la investigación mediante la **anonimización y la pseudonimización**, por lo que el marco legal actual de protección de datos (RGPD en la UE y LOPDGDD en España) sería suficiente para garantizar la privacidad de la IA aplicada a la salud.

La *Agencia Española de Protección de Datos* desempeña una importante función al emitir recomendaciones como la *Nota técnica sobre los procesos de anonimización de datos* (ver ADS nº 271 / Jun. 2019), para que no se puedan revertir y así evitar la reidentificación de personas mediante técnicas de IA conectando fuentes de datos independientes, y la *Guía AEPD para servicios de inteligencia artificial* (ver ADS nº 283 / Jul- Ag. 2020). Para facilitar la investigación, la *Directiva 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de junio de 2019 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público* permite que los datos de investigaciones con

financiación pública (artículo 10) sean abiertos desde el diseño y por defecto siempre que sean anonimizados y no se refieran a una persona identificada o identificable (ADS nº 269 / Abril 2019).

El alto nivel de protección de la **privacidad y de la confidencialidad** es, por tanto, primordial para asegurar uno de los derechos esenciales de los pacientes y que la estrategia regulatoria UE observa muy atentamente.

La *Recomendación (UE) 2019/243 de la Comisión, de 6 de febrero de 2019, sobre un formato de intercambio de historiales médicos electrónicos de ámbito europeo*, se refiere precisamente a nuevos enfoques de **interoperabilidad, ciberseguridad, inteligencia artificial**, las nuevas tecnologías y los registros descentralizados (ADS nº 267 / Feb. 2019) en el contexto de la sanidad digital europea.

Las directrices del Parlamento Europeo del 20 de enero de 2021 (ver *Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal*) exponen que en el ámbito de la salud, entre otros sectores, la toma de decisiones autónoma por sistemas de IA no puede eximir a los seres humanos de su responsabilidad: "(...) siempre las personas deben ser responsables en última instancia de los procesos de toma de decisiones de modo que pueda identificarse al ser humano responsable de una decisión".

El componente de la **supervisión y la vigilancia humana de la IA** es clave, y por ello debe garantizarse y programarse en sistemas desde el origen para permitir la intervención del hombre en cualquier momento y corregir o evitar funcionamientos de IA no acordes con las buenas prácticas médicas.

Los **aspectos éticos** de la IA tienen también suma relevancia en esta estrategia regulatoria. Por ello, el PE aprobó el 20 de octubre de 2020 la *Resolución sobre aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas*.

La aplicación de la IA en la gestión sanitaria implicará cambios legales y organizacionales que deben preservar los derechos de los pacientes, **sin perder de vista el humanismo en la atención médica**.



De izda. a dcha. Lucía Gómez Tatay, Mónica López Barahona y Francisco Güell.

Fundación Jérôme Lejeune, 13ª Conversación de Bioética

Expertos exponen límites biológicos y bioéticos de los ensayos con 'embriones sintéticos'

ADS. La 13ª Conversación de Bioética de la *Fundación Jérôme Lejeune* se celebró el 5 de octubre en Madrid bajo el sugerente título '¿Qué es un "embrión sintético?'. Límites biológicos y bioéticos', dirigida y moderada por la Presidenta de esta fundación, la Dra. Mónica López Barahona, bioquímica y bioeticista que lidera su Cátedra de Bioética.

El detonante del debate es la afirmación de un equipo de investigadores liderados por el biólogo Jacob Hanna que afirma ser capaz de cultivar embriones *sintéticos* más allá del octavo día de desarrollo, a partir de células embrionarias de ratón, sin utilizar esperma, óvulos ni tampoco útero de ratón hembra, según un artículo publicado en la revista *Cell* (*Post-gastrulation synthetic embryos generated ex utero from mouse naive ESCs*, *Cell* 185, Issue 18, Sept. 2022).

Esta investigación ha sido replicada en la Universidad de Cambridge con la participación de J. Hanna,

consiguiendo obtener una tasa de éxito mayor y un cerebro con estructuras más complejas, utilizando un útero artificial que imita cómo la sangre y los nutrientes fluyen hacia la placenta reproduciendo las condiciones de presión y temperatura del útero de un ratón hembra (*Amadei, G., Handford, C.E., Qiu, C. et al. Embryo model completes gastrulation to neurulation and organogenesis. Nature* 610, 143–153–2022).

En la 13ª Conversación de Bioética participaron Lucía Gómez Taray, Francisco Güell y la presentadora y moderadora Mónica López Barahona¹.

Gómez Taray, bióloga y Doctora en Bioética realizó su tesis doctoral sobre la biología sintética. Explicó que los denominados *embriones sintéticos* son "meros modelos que pretenden asemejarse a embriones humanos y que se construyen a partir de células troncales pluripotentes", es decir, capaces de devenir varios tipos celulares, pero no todos los tipos celu-

¹ Dra. Lucía Gómez Tatay, profesora en la Facultad de Medicina y Ciencias de la Salud en la Universidad Católica de Valencia, doctora en Bioética, experta en biología sintética y miembro del Observatorio de Bioética de la UCV; el Dr. Francisco Güell, biólogo y filósofo, investigador del ICS y profesor de la Facultad de Ciencias en la Universidad de Navarra e investigador principal del Proyecto Europeo H2020 B2-Inf: *be better informed about fertility*. La Dra. Mónica López Barahona, presidenta de la Fundación Jérôme Lejeune, moderó la sesión.

lares existentes en el organismo (éstas serían las células totipotentes embrionarias). Los experimentos que se han dado a conocer públicamente se refieren a modelos animales, y el conflicto ético, inasumible, podría surgir si estos ensayos se llegaran a plantear con embriones humanos.

Según la Dra. Gómez Taray, el proceso de creación de los embriones sintéticos se resume en que "distintas células troncales embrionarias (con el problema ético añadido de que podrían obtenerse mediante la experimentación y la destrucción de embriones humanos) de distintos tejidos, se juntan y se autoconstruyen para dar lugar a algo que es parecido a un embrión. Es decir, son modelos parecidos a un embrión humano, pero no son propiamente, en el estado de las investigaciones actuales, un embrión humano totipotencial".

El Dr. Güell, biólogo y filósofo, enfatizó que la creación de un embrión humano fuera del útero es imposible: "El proceso de creación natural de un embrión comienza con una unidad que se observa en milisegundos, tiene una continuidad en el feto y posteriormente con el nacimiento de un ser humano".

Gómez Taray indicó que a la fecundación sigue una vida humana, "el problema es que el embrión sintético es un modelo que va a ser tan perfecto que podría incluso nacer si se implanta".

Para la profesora López Barahona esta cuestión presenta un reto epistemológico, "apasionante pero difícil de resolver".

Francisco Güell tiene claro que "el embrión sintético no va a poder transformarse jamás en un organismo, este es el punto de partida. Es distinto que en la clonación, procedimiento éste que es capaz de crear otro organismo, pero nunca será el resultado del sumatorio de células".

"El modelo de embrión sintético no es un embrión humano y no va a poder transformarse jamás en un organismo humano porque el punto de partida es diferente: la relación que hay entre la unicidad y la multiplicidad (que se da en el embrión humano) jamás es una mera suma de partes: nunca un organismo va a ser el resultado del sumatorio de células", como sucede en el denominado embrión sintético, que no se comporta como una unidad sistémica. Es

decir, parece ser que el resultado de esta experimentación no es propiamente un embrión humano totipotencial sino una estructura similar, al menos hoy en día. No sabemos si en un futuro el modelo embrionario obtenido, que no es un embrión, pudiera llegar a serlo".

Gómez Taray opina que es cuestión de tiempo y perfeccionamiento, pero Güell insiste que el nacimiento de un niño con independencia del útero es imposible.

El Dr. Güell ha consultado con el investigador J. Hanna, al que ha interrogado sobre esta cuestión, y observa que "no hay una unidad como en un organismo, sino un grupo autoestructurado de células madre. No es una realidad embrionaria, pero puede llegar a conseguirse".

Estatuto ontológico y visión antropológica

La profesora López Barahona preguntó al Dr. Güell sobre cuál es el estatuto ontológico del embrión sintético, quién esbozó que "hay que ver si estamos hablando de un trocito de piel o uña o qué es. Este debate empezó en los 80; en el momento en que el embrión se puede descifrar no se le está considerando como persona, incluso se llega a hablar de preembrión. La industria de la reproducción asistida es tan fuerte que hablar o ver el estatuto biológico del embrión es difícil, se ha vaciado. Cuando en fecundación asistida se toca un embrión tiene sus riesgos. ¿Acaso los profesionales lo entienden como un paciente al que cuidar?. Aquí no hay discusión. sí que se cuida. Desde la visión antropológica sí que tiene sentido hablar del cuidado del paciente".

¿Cuándo se podría decir que estamos ante un embrión humano?. Sobre esta cuestión, el Dr. Güell indicó que "la condición no depende de la materialidad de la estructura, sino del funcionamiento del organismo".

Según Güell, "el estatuto ontológico es lo que define si el embrión es persona o no. Si se reconoce al embrión carácter personal, como ser vivo de la especie humana y por ende persona, no se podrá someter a manipulación, investigación o congelación. Este investigador se refiere al concepto de embrión

como paciente para cuidar, y así protegerlo como persona. López Barahona dijo que lo ontológico lleva a lo jurídico y a su defensa ética y jurídica, y Güell incide en que el embrión "es persona que habría que proteger totalmente. Hay que tener en cuenta que para obtener células totipotentes hay que destruir un embrión". El modelo sintético es distinto, pues se trabaja con células madre, pero son células, no embriones.

Las quimeras interespecie y la creación de órganos para trasplante en humanos

La profesora Barahona planteó después el debate de las **quimeras interespecie**. Gómez Taray dijo que "los modelos humano animales van más despacio, es más complicado, pues se trata de introducir células en un embrión de cerdo, por ejemplo, para crear un riñón".

La Dra. Gómez Taray explicó qué son las quimeras interespecie, es decir, los "humanos-animales que están siendo producidos en laboratorio, con el fin de obtener órganos para trasplantes en los humanos". Para obtener estas quimeras "se seleccionan células troncales humanas y se insertan en un animal (por ejemplo, en el embrión de un ratón), y se obtiene un órgano" o algo similar al órgano, denominado **organoide**. Posteriormente, nuevos experimentos han logrado modificar embriones de cerdo y de primates, inoculándoles células troncales humanas genéticamente modificadas para obtener órganos animales humanizados susceptibles de ser trasplantados a humanos".

Las **Induced Pluripotent Stem Cell (IPS)** o células pluripotenciales no presentan las objeciones antes descritas, y podrían ser revolucionarias tanto desde el punto de vista científico como del ético. El **conflicto ético** ante su uso es que éstas, una vez introducidas en un embrión de animal, puedan derivar en gametos o en células de cerebro humano y que el nuevo ser que nazca sea una auténtica quimera interespecie, dice esta profesora.

Gómez Taray sugiere que "al provenir de un adulto, se reprograman en el laboratorio para que se parezcan a las embrionarias, pero sin tener que destruir embriones", lo que evitaría las objeciones éticas.

"Las IPS son células que provienen de un adulto y se retocan para que funcionen como las embrionarias, como hizo Yamanaka".

El médico investigador y catedrático japonés **Shinya Yamanaka**, fue galardonado con el premio Nobel de Fisiología y Medicina en 2012 junto a **John Gurdon** por descubrir que las células adultas pueden reprogramarse para convertirse en pluripotentes.

La Dra. Gómez Taray explicó que células humanas se han introducido en embrión animal, "pero no se ha conseguido, no llega a ser un riñón. **Algo que preocupa es que una célula humana provoque que el cerdo genere gametos, espermatozoides de adultos humanos, este es el riesgo más grave**, pero es muy difícil, esto está costando muchísimo. Se están probando las IPS para evitar estas cosas, pero paralelamente hay investigadores que implantan neuronas humanas en animales".

El Dr. Güell dijo que "los problemas responden a una concepción de sumar partes de neuronas para formar un cerebro, no depende de que el ADN sea el mismo. Compartimos el 60 % con una mosca y nos diferenciamos en un 40 % de una alcachofa".

Otra investigación liderada por los científicos del Instituto de Biomedicina y Salud de Guangzhou, en China, junto al médico español Miguel Ángel Esteban, han logrado por primera vez obtener un rudimento de órgano humano en un animal, según publica la revista *Cell Stem Cell*.

Los grandes laboratorios no tienen acceso a las quimeras al haber restricciones legales, pero en China es más fácil llevar a cabo la realización de embriones sintéticos, aunque con ciertas limitaciones.

La *Cátedra de Bioética Jérôme Lejeune* recuerda el **criterio bioético**: "La vida física, que comienza en el momento de la fecundación, es el fundamento que sustenta el valor de la persona, su dignidad, y su primer derecho. Por esta razón la tutela y defensa de la vida del embrión no depende de cómo se ha originado ni de la existencia de soporte biológico para su desarrollo. Se requiere aplicar con especial cautela el principio de precaución y de responsabilidad, siendo prudentes y no haciendo nada que pueda dañar o perjudicar al embrión, a la vida y a la salud de las personas y las generaciones futuras".

20 años de la Ley de Autonomía del Paciente (V). El contenido del consentimiento informado: los riesgos atípicos

Iñigo Barreda. Director de Actualidad del Derecho Sanitario.

En el capítulo anterior, se analizó sucintamente la controversia jurisprudencial en torno a la infracción o no del contenido del consentimiento en función de distintos parámetros o clasificaciones: consentimiento genérico, riesgos típicos y alternativas terapéuticas. En esta entrega se expone la identificación doctrinal de los riesgos atípicos en la jurisprudencia. La frecuencia y la previsibilidad del riesgo determinan su clasificación como típicos o atípicos. El autor señala sentencias clave del Tribunal Supremo y de otros Tribunales de Justicia que cierran controversias y destaca además infracciones detectadas, daños indemnizables y cuantías indemnizatorias en intervenciones quirúrgicas de mayor riesgo.

Índice. *20 años de la Ley 41/2002 (V). El contenido del consentimiento informado del paciente. Los riesgos atípicos.* Casos jurisprudenciales de interés. Conclusiones finales y recomendaciones. Bibliografía: Autores. Bases legales y deontológicas. Selección de jurisprudencia en Actualidad del Derecho Sanitario (ADS). Selección de jurisprudencia en otras fuentes documentales. Otros documentos de interés.

Entregas anteriores de este trabajo del autor en ADS. ADS nº 315 / Junio 2023. 20 años de la Ley 41/2002 (IV). El contenido del consentimiento informado del paciente. El consentimiento genérico. Los riesgos típicos. ADS nº 311 / Feb. 2023. 20 años de la Ley 41/2002 (III). El consentimiento 'firmado' el mismo día de la intervención. Tratamiento informativo en ADS. ADS nº 310 / Enero 2023. 20 años de la Ley 41/2002 (II) / La forma del consentimiento, su controversia jurisprudencial. Análisis desde el repertorio ADS. ADS nº 308 / Nov. 2022. 20 años de la Ley 41/2002 (I). Tratamiento en el repertorio jurídico de la Sanidad.

LOS RIESGOS ATÍPICOS. INTRODUCCIÓN

La doctrina consolidada del Tribunal Supremo establece que quedarían fuera de la obligación de informar al paciente los riesgos atípicos **que son imprevisibles, no conocidos o excepcionales** conforme al saber médico y el estado actualizado del conocimiento científico, aunque en medicina satisfactiva (cirugía estética) el grado de información se acentúa y podría exigirse incluir en el CI riesgos remotos o poco probables.¹

Para el aseguramiento de la responsabilidad civil y patrimonial por daños causados por servicios médicos y de salud, la consideración de un riesgo como típico o atípico, y su inclusión o no en el consenti-

miento, tiene una importante trascendencia económica que deberá valorarse adecuadamente en el momento de configurar las pólizas y asumir la contratación.

También la tiene para la actividad y tranquilidad del profesional de la medicina en su ejercicio, pues la omisión de información esencial sobre un riesgo que considere atípico, pero que de producirse causaría daños graves tiene consecuencias jurídicas, independientemente de su reproche deontológico, al tratarse de una infracción de la *lex artis*.

Por eso, la jurisprudencia hay que examinarla en su propio contexto, pues no es válido elevar a regla o categoría general que no es necesario informar de

¹ Vid GALÁN CORTÉS, J. Capítulo 'El consentimiento informado', en la obra colectiva *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX Aniversario*, pag. 261. Coordinador: Emilio Lizarraga. Aranzadi, 2022.

riesgos raros o infrecuentes, ya que, si son conocidos y tienen efectos graves, aunque exista una baja probabilidad de que se manifiesten, habría que incluirlos en el documento de consentimiento informado como riesgo poco frecuente, y en relación con el perfil y estado de salud previo del paciente.

Por lo tanto, sólo los riesgos imprevisibles o excepcionales que no tengan relevancia o gravedad para la salud o integridad del paciente quedarían fuera de la obligación de informar. La evaluación de riesgos previa y la personalización del consentimiento juegan aquí un papel esencial.

CASOS JURISPRUDENCIALES DE INTERÉS

La sentencia del *TSJ de Asturias del 26 de febrero de 2021* es ilustrativa del concepto de riesgo atípico cuando afirma que se exceptúan de "indemnización y reproche los casos de actuaciones médicas conformes con la *lex artis* en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo **atípico, imprevisible o fuerza mayor**, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso.²

En su sentencia del *28 de marzo de 2022*, la *Audiencia Provincial de Madrid* (APM) considera que, aunque no se trate de un riesgo frecuente, **la afectación neurológica grave respecto de la anestesia locoregional sí debería incluirse en el CI** al entender insuficiente la mera referencia al "(...) u hormigueo" máxime cuando se añade "generalmente pasajeros". La sentencia **indemniza con 319.976,97 €**, más intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro por perjuicio moral por pérdida de calidad de vida teniendo en cuenta las secuelas y la edad del paciente, de 69 años.³

El riesgo advertido por el traumatólogo en el consentimiento fue la posibilidad de causar una afecta-

ción neurológica en la **pierna intervenida**, pero no en la otra pierna ni en el tronco.

Se aprecia un defecto de información en el consentimiento informado de la "anestesia locoregional" porque **no se informa de ningún efecto neurológico relevante**, pues solo se recoge que "tras la administración de la anestesia regional pueden surgir molestias, tales como dolor de cabeza o de espalda, que desaparecerán en los días posteriores. Es posible, después de este tipo de anestesia, que queden molestias en la zona, con la sensación de hormigueo, generalmente pasajeros".

Lesión de la médula espinal

"Si bien conforme al artículo 10.1 de la Ley 41/2002 no sería preciso informar con detalle de aquellos riesgos que no se produzcan con frecuencia, la jurisprudencia entiende que esto se producirá cuando "no revistan una gravedad extraordinaria", y el "edema medular tras anestesia" (como afectación neurológica irreversible), **aunque no frecuente tiene una especial gravedad**, como en el presente supuesto se constata, para que también deba de constar en el consentimiento informado para la anestesia", concluye la sentencia, que no sólo aprecia defecto de información, sino además negligencia en el acto médico de administrar la anestesia.

El **acto anestésico fue contrario a la *lex artis***, al administrarse la anestesia en uno de los dos primeros pinchazos, que se considera causa directa entre esa actuación y el resultado finalmente acaecido a la demandante: edema medular tras anestesia subaracnoidea (patología traumática, síndrome de lesión medular T10 ASIA D).

La sentencia de la *Audiencia Provincial de Madrid* sobre anestesia locoregional analiza las condiciones de la información y consentimiento por escrito en

² Modélica sentencia por su fundamentación y criterio jurídico médico para la resolución del caso que se publica en *ADS nº 291 / Abril 2021. Cumplimiento de protocolos, consentimiento y control postoperatorio por el hospital*. TSJAS del 26 de febrero de 2021. Contencioso ECLI:ES:TSJAS:2021:541)

³ *ADS nº 304 / Junio 2022. Punción anestésica en zona prohibida: mala praxis y consentimiento deficiente*. SAP, Civil sección 14 del 28 de marzo de 2022. (ROJ: SAP M 4826/2022 - ECLI:ES:APM:2022:4826)

el contexto de una reclamación de responsabilidad *extracontractual* en la que se confirma la cobertura de la aseguradora de responsabilidad civil de la Administración (SHAM) desde que tuvo conocimiento de la demanda y no desde la intervención médica, aunque las diligencias preliminares se dirigieran inicialmente frente a la Consejería de Sanidad para que aportara datos del asegurador.

Según la resonancia magnética y los informes aportados por uno de los peritos, se detecta un daño medular a nivel de T12 ocasionado por la **punción intradural por encima del espacio intervertebral donde se debe pinchar**.

La indemnización responde a los daños neurológicos graves causados, las secuelas funcionales y estéticas, la pérdida de calidad de vida, el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados, los gastos por cambio a una vivienda con ascensor y la ayuda de tercera persona.

Para valorar la indemnización se tiene en cuenta que la demandante no es independiente, sigue sonándose, debe utilizar andador en su domicilio y silla de ruedas para sus desplazamientos, no puede ducharse, tiene abolida la sensibilidad afectando a sus relaciones sexuales, y tiene limitada su actividad para preparar la comida.

Las **intervenciones de columna** (artrodesis, laminectomía, colocación de injertos, etc.) constituyen otra fuente de litigio frecuente cuando desembocan en un mal resultado en las que se suele dilucidar la responsabilidad por no informar de **riesgos graves**,

aunque sean excepcionales, o de alternativas de menor riesgo.⁴

Infiltraciones

En el asunto juzgado por la *Audiencia de Pontevedra* en su sentencia del 17 de noviembre de 2016 **no se indemniza el riesgo de mioclonus propioespinal por escandicaína**, o el de trastorno conversivo con movimientos o sacudidas musculares en las piernas, ya que según este Tribunal no puede calificarse de típico ni frecuente en **infiltraciones** -por dolores en la espalda-, por lo que no formaría parte del contenido del consentimiento.

Los peritos lo consideran un **caso rarísimo, atípico**, "por lo que no puede considerarse exigible una información detallada acerca de su posible concurrencia (...), y no hay duda que quedan fuera del derecho a la información riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes (...)"⁵.

La *Audiencia Provincial de Pontevedra* consideró que la omisión de consentimiento escrito previo a una infiltración cortico anestésica no es censurable jurídicamente al interpretar que hubo información verbal porque la paciente fue tratada anteriormente con el mismo procedimiento con éxito.

El diagnóstico de "fibrosis lumbar y en ambos omoplatos" se dirige a aplicar como tratamiento una segunda infiltración cortico-anestésica (*Trigón Depot + Escandicaína*), después de que se hubiera realizado con antelación una primera intervención

⁴ Como así ha venido informando ADS en no pocas ocasiones: ADS nº 151 / jul.-ag. 2008, pág. 534. **Laminectomía** / Condena por consentimiento que no informa de alternativas terapéuticas; en ADS nº 149 / mayo 2008, pág. 409. **Laminectomía**: condena por consentimiento que no informa de riesgo excepcional grave; y en ADS nº 138 / mayo 2007, pág. 379. Supremo: la omisión del consentimiento sólo es indemnizable si hay lesiones (intervención de **artrodesis** en la columna lumbosacra, fijación de vértebras, colocación de un injerto y placa). Destacadamente, la sentencia publicada en ADS nº 68 / Enero 2001, pág. 10. Supremo: el consentimiento informado es un derecho humano fundamental. TS, de 12 de enero de 2001. Ponente: Martínez-Pereda, José Manuel. En el asunto que analiza, la intervención fue acorde con la *lex artis* técnica (**colocación de injertos** liofilizados en los espacios vertebrales C-5/C-6 y C-6/C-7), **pero no en relación con el consentimiento**. El TS expresa que el médico **no informó a la paciente, como era su deber legal, del riesgo de afectación del nervio** derecho que él mismo, en su confesión, calificó como inherente a toda intervención en el cuello.

⁵ ADS nº 244 / Enero 2017. Una sentencia presume el consentimiento en infiltración córtico anestésica. SAP PO 2279/2016- ECLI: ES:APPO:2016:2279 3.

con el mismo tratamiento con éxito, por lo que se considera que existió información verbal.

No consta documento alguno de consentimiento informado para la administración de la inyección de *Trigón Depot* y Escandicaína en la zona interespinosa lumbar, y no se deja constancia alguna al respecto en la historia clínica de la paciente.

Para la AP de Pontevedra “no hay duda que quedan fuera del derecho a la información los riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, como son los referidos que fueron apreciados en el marco de las deficiencias de caracterización sintomatología que se adverbieron en el caso que no ocupa”.

Otras Audiencias provinciales han exigido el consentimiento escrito para infiltraciones, decidiendo la absolución cuando la forma escrita de este requisito ha sido cumplimentada por el médico⁶.

En *ADS nº 218 / Sept. 2018* publicamos análisis y texto íntegro de tres sentencias de Audiencias provinciales (de La Coruña, de Barcelona y de Palma de Mallorca) que establecen la obligación de informar -por escrito- de complicaciones o reacciones adversas posibles de las infiltraciones.

Dos de estas resoluciones (ver *ADS nº 218 / 2014*, págs. 677 y 682) se refieren a intervenciones con finalidad curativa y otra (*ADS nº 218 / 2014*, pág. 689) a actos relacionados con la medicina estética (relleno facial con productos no reabsorbibles que producen granulomas en los labios).

La cuestión principal que se plantea en las tres sentencias es si este acto médico requiere consentimiento informado escrito, teniendo en cuenta que es mínimamente invasivo, llegando a adoptar los tres Tribunales una conclusión afirmativa. La solución judicial adoptada debiera tener gran repercusión

asistencial, pues en muchos casos de la práctica habitual los profesionales no se plantean cumplimentar este requisito al entender que rara vez se producen efectos adversos.

La primera de esas tres sentencias reseñadas en *ADS nº 218*, de la AP de La Coruña, declaró la responsabilidad de *Zurich*, aseguradora del *Servicio Gallego de Salud*, con motivo de una **infiltración con anestesia local en una mano** que causó hiperpigmentación cutánea con lipoatrofia, e hipersensibilidad al tacto, por la utilización de **corticoides depot**.

Se trata de una sentencia declarativa de derechos que deja para un pleito posterior la indemnización y los intereses moratorios. Constituye esta resolución un claro ejemplo de que el daño es indemnizable independientemente de si la praxis médica ha sido o no correcta porque el paciente no ha sido informado de posibles complicaciones, y, por tanto, su libertad de decisión y autodeterminación quedan cercenadas.

Otra sentencia, de la *Audiencia Provincial de Madrid*, condenó a una clínica por omisión de consentimiento en infiltración de **corticoides a indemnizar con 1.848 euros**. En este litigio, el propio médico admitió no haber informado a la paciente sobre alternativas alegando que por su relación anterior la paciente ya las conocía, lo que es censurado por el tribunal. La sentencia admite la aplicación de las reglas de la **culpa contractual** y **extracontractual conjuntamente**⁷.

El hecho de que la paciente fuera tratada diez años antes por el mismo médico no justifica la falta de información, un proceder antijurídico por privar a la paciente del derecho a obtener información esclarecedora de la intervención. El contenido de dicho deber no se refiere a todos los extremos

⁶*ADS nº 218 / Septiembre 2014. La infiltración exige consentimiento escrito (AP La Coruña, 13.06.2014, infiltración terapéutica. SAP C 1381/2014; Rec. 94/2014).*

ADS nº 218 / Septiembre 2014. Omisión de consentimiento en infiltración terapéutica (AP Barcelona, 16.07.2014).

ADS nº 218 / Sept. 2014. El consentimiento escrito en infiltración estética decide la absolución (AP Palma de Mallorca, 30.06.2014; Rec. 272/2014).

⁷*ADS nº 140 / Julio -Agosto 2007. Condena a clínica por omisión de consentimiento en infiltración de corticoides (AP Madrid. Sentencia 109/2007, 14 de febrero del 2007. Recurso apelación 3/2007. Ponente: Ruiz Jiménez, Ramón.*

de la operación, sino a los aspectos relevantes de sus riesgos y de la posibilidad de otras intervenciones, consecuencias y posibles complicaciones, en aplicación del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad-que el juzgador aplica atendiendo a la fecha de los hechos-.

El **desplazamiento de la carga de la prueba al profesional y al centro sanitario** sobre la formalización del consentimiento tiene plena justificación en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que condena por el defecto de información sobre riesgos y alternativas terapéuticas de unas **infiltraciones de corticoides** que se habían practicado por un **problema de ciática**. Se aplica la doctrina de la *unidad de culpa civil* de la propia AP de Madrid y la del Tribunal Supremo sobre consentimiento informado, así como el principio de causalidad adecuada entre el daño y la intervención profesional.

De otro lado, la omisión de informar del riesgo excepcional en radioterapia en el CI no es sancionable, según la sentencia de la *Audiencia Provincial de Barcelona del 16 de septiembre de 2013*, que menciona que la **fibrosis** de los tejidos irradiados es una reacción natural al tratamiento, y que en este caso es la fibrosis la que condiciona la afectación del plexo braquial. Los peritos consideraron en este proceso judicial que el daño por ese efecto secundario es **poco frecuente y “absolutamente excepcional”** una incidencia de la gravedad con que aparece en el caso de la demandante. Tanto los médicos testigos como el perito, todos ellos con larga experiencia profesional en este campo afirman que **nunca se habían encontrado ante un supuesto similar**.⁸

RMN craneal, con sedación

En otro asunto relacionado con la anestesia, la *Audiencia Provincial de Madrid (APM)* califica de daño desproporcionado el resultado de la intervención anestésica durante una simple resonancia magnética craneal con sedación: una encefalopatía hipó-

xico isquémica que causó graves secuelas a un menor.⁹

La indemnización fijada asciende a 600.000 euros, cantidad a la que se añaden los intereses legales desde que es notificado el siniestro a la aseguradora (que no se hizo hasta presentarse la demanda).

La parada cardiorrespiratoria no es un riesgo típico de ese tipo de sedación, según la sentencia, y tampoco se informó de esta posibilidad a los padres en el consentimiento, ya que sólo se especificó el de arritmia cardiaca.

El hecho de que en el consentimiento se aluda a que pueden producirse complicaciones adicionales, entre las que señala las arritmias cardíacas, no significa que dentro de ese concepto de arritmia cardíaca esté incluida la parada cardiorrespiratoria.

Los peritos de la propia aseguradora (AMA) llegaron incluso a negar la existencia de una parada cardiorrespiratoria cuando el propio médico que intervino en la operación la había reconocido expresamente, aunque dijo que fue breve, de unos 40 segundos.

Las pruebas acreditan no sólo que hubo parada cardiorrespiratoria, sino que tuvo que ser superior a ese lapso de tiempo. Contribuyen a este juicio de culpabilidad que había establecido el juzgador de instancia las siguientes omisiones o conductas reprobables:

- No existe registro anestésico ni tampoco registro de las constantes del menor. Sólo existe un informe del propio médico que expresa que la parada cardiorrespiratoria fue breve.

- No hubo monitorización: el anestesista dice que sí lo estuvo el menor después de la parada, pero el testimonio de otras personas presentes en la operación manifiestan lo contrario.

⁸ ADS nº 209 / Nov. 2013. Sentencia 494, del 16 de septiembre de 2013. Audiencia Provincial de Barcelona. PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 1048/2011. Ponente: María de los Angeles Gomis Masque.

⁹ ADS nº 285 / Oct. 2020. Daño desproporcionado en anestesia por infracción de la *lex artis* y del consentimiento.

- **El médico no hizo un estudio preanestésico**, lo que tiene relevancia porque el menor era alérgico a determinados alimentos, proteína de leche de vaca, huevo, frutos secos y marisco.

- **La falta de ese estudio previo es precisamente el primer criterio de imputación** de responsabilidad del anestesista.

- La ausencia de entrevista previa invalida la firma del documento de consentimiento informado por el padre. En ningún momento se informó a los padres del riesgo de que se produjera una parada cardio respiratoria como consecuencia de la anestesia que se iba a suministrar.

- **En el consentimiento informado de la anestesia tan sólo se indicaba que pueden producirse arritmias cardíacas.**

- No se informó de forma completa a los padres por el anestesista de la prueba a la que se iba a someter.

- No existe una explicación clara ni razonable ni por parte del médico ni por parte de prácticamente nadie de porqué se produjo la parada cardiorrespiratoria. Hay una perfecta relación de causa efecto entre elemento hipóxico y las lesiones neurológicas que padece el menor.

La sentencia del Juzgador de instancia analiza la ausencia de información y la pone en relación directa con la existencia del daño desproporcionado,

La demanda se dirige contra AMA (*Agrupación Mutual Aseguradora*), aseguradora de la responsabilidad del anestesista, por daños al hijo menor y por los padres mismos, con ocasión de la realización de la RM craneal con sedación, por incumplir protocolos y la *lex artis ad hoc*.

La APM deduce la culpa virtual, propia de la doctrina del daño desproporcionado, porque el médico ni los peritos explican cómo puede producirse un resultado tan grave “por la simple realización de una RM con sedación (...). Se desprende la culpabilidad al haberse causado un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de

conducta negligente, sin que por parte del doctor (el anestesista) se haya dado ninguna explicación razonable de porque se ha producido dicho hecho”.

CONCLUSIONES SOBRE EL CONTENIDO DE CI

Conforme a lo anteriormente expuesto puede afirmarse que el consentimiento genérico, aunque inicialmente, tras la entrada en vigor de la Ley 41/2002, pudiera ser aceptado por algún Tribunal de Justicia, no cumple con sus preceptos ni con la jurisprudencia más consolidada.

La jurisprudencia ha ido evolucionando desde una postura más flexible en relación con el contenido del CI hacia otra más en línea con las pretensiones del paciente actual, que en general desea estar bien informado y adoptar la mejor opción posible dentro de las circunstancias y el estado personal de salud.

En este artículo, se destaca que la tendencia jurisprudencial exige que el CI sea veraz, informe de contraindicaciones, riesgos probables (típicos) e incluso de los infrecuentes, remotos o excepcionales si revisten gravedad; que ofrezca alternativas terapéuticas si las hubiera, que señale cuál es la menos arriesgada, y que indique si los riesgos de no operarse son mayores o menores que los de operarse, de forma que el paciente pueda tener un conocimiento cabal de las consecuencias de una u otra opción. Que la información sea actualizada al tiempo de la intervención, según el estado y el conocimiento de la ciencia añadirá un plus de certeza al proceso de toma de decisiones, dialógico, que debe presidir el consentimiento informado.

Sólo así se podrá adoptar una decisión informada por el paciente y cumplir en el plano de la legalidad (Ley 41/2002) y de la constitucionalidad (derechos constitucionales, fundamentales y humanos que afectan a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud) y tener certeza de que la documentación clínica refleja fielmente los actos u omisiones que tuvieron lugar durante la asistencia.

La Ley 41/2002 regula suficientemente los aspectos relativos al contenido idóneo del consentimiento informado entre los artículos 1 y 10, especialmente a tener en cuenta el 10, titulado *condiciones de la*

información y del consentimiento escrito, que expresa que el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) *Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención, con seguridad, origina.*
- b) *Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.*
- c) *Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.*
- d) *Las contraindicaciones.*

2. *El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.*

CONCLUSIONES FINALES Y RECOMENDACIONES

Hasta los años 1950 se defendía por los ilustres tratadistas que el ejercicio de la medicina era meta-jurídico o al margen de la responsabilidad por daños, hasta que llegó la revolución tecnológica de después de la II Guerra Mundial y los movimientos a favor de los derechos de los enfermos.

La jurisprudencia actual ha evolucionado dimensionando y aclarando el concepto y los deberes que ha definido la Ley 41/2002. Ésta, en lo referente al CI, se decanta en favor de la autonomía del paciente en relación con la asistencia médico quirúrgica.

La urgencia vital, la falta de capacidad psíquica o jurídica, la minoría de edad sanitaria (16 años según la Ley 41/2002), la protección del menor y del mayor o de las personas ancianas o vulnerables, o con discapacidad, y los intereses generales de salud pública son aspectos que pueden limitar la disponibilidad del consentimiento e incluso restringir algunos derechos fundamentales, trasladando la responsabilidad al representante legal o a la autoridad judicial si fuera necesario.

La forma, el contenido y los tiempos de prestación del consentimiento son esenciales en la relación

médico paciente. Una información completa y actualizada de los documentos que conforman la historia clínica (entre ellos, el de CI) son la mejor garantía para el paciente; y para el profesional y los Servicios de Salud. Así, se verán menos expuestos al riesgo de demandas por defectos del CI, que suponen la gran mayoría de los litigios por responsabilidad médica.

El Tribunal Supremo ha consolidado que el CI no puede ser genérico, pero no ha cerrado la controversia en torno a la forma (verbal o escrita). Sobre el contenido del CI, se apuntan en esta entrega editorial los rasgos que caracterizan un documento idóneo o válido en perspectiva médico deontológica y jurídica.

Según lo expuesto, y de acuerdo con las previsiones iniciales de este trabajo, se puede concluir que:

- La forma verbal del CI, por sí sola, no es la regla general en las intervenciones quirúrgicas o diagnósticas que supongan riesgos relevantes para la salud, seguridad e integridad física, lo que implica asumirse que debe acompañarse de un CI escrito y documentado en la historia clínica con la firma o aceptación del paciente.

- El CI genérico no es aceptado por la doctrina jurisprudencial analizada.

- La forma y el contenido del CI están suficientemente regulados en la Ley 41/2002.

- **De lege ferenda:** el momento de la prestación del consentimiento del CI no se contempla en la Ley 41/2002, por lo que sería recomendable actualizar o dictar un reglamento (real decreto, orden o instrucciones) que concrete la "suficiente antelación" a la que se refieren algunas guías oficiales de CI de los Servicios de Salud.

- Los riesgos adversos bien conocidos por la comunidad médica y publicados por la literatura científica son típicos, sean éstos frecuentes o infrecuentes.

- Que un riesgo grave sea excepcional no lo hace atípico si es conocido por la comunidad médica. Por tanto, debe constar en el CI escrito independiente-

mente de que se pueda transmitir verbalmente en la mejor forma al paciente.

- **De lege ferenda:** también sería recomendable una actualización o desarrollo de la Ley 41/2002 con modelos o formularios de CI, o para la creación de un órgano decisor que actualice y unifique criterios sobre el contenido del CI basado en evidencias científicas y en el conocimiento más actualizado de los eventos adversos.

- **Tendencias:** los Tribunales tienden a reforzar la **autonomía del individuo**, basada en una decisión bien informada, y señalar el **deber de abstención del Estado** incluso en supuestos de rechazo de intervenciones terapéuticas si el individuo tiene capacidad psíquica y jurídica. El **CI personalizado** es la respuesta contraria de la jurisprudencia al CI genérico.

NOTA FINAL

A partir de la pandemia por Covid 19, recientemente superada en el mundo según la *Organización Mundial de la Salud*, se ha modificado la forma de ejercer la medicina, lo que influye en las repercusiones jurídicas de su ejercicio.

La telemedicina es una realidad, al igual que los hospitales y viviendas inteligentes, la hospitalización a domicilio y el control asistencial de los pacientes a partir de los teléfonos móviles y de la universalización de la tecnología 5G y sucesivas.

Sin embargo, la medicina deberá seguir ejerciéndose con base en el respeto de los derechos de los pacientes y con una comunicación mutuamente leal y esclarecedora.

Recomendaciones para la mejor aplicación del CI

- El CI es un elemento fundamental en la relación médico paciente

- Tiene dos aspectos, uno moral y psicológico a lo largo de toda la asistencia y además otro formal que se sustancia en los documentos de CI.

- Se mencionan los documentos de CI en general porque, aunque en la asistencia haya un acto fundamental, en realidad hay actuaciones independientes como son la anestesia, la cirugía, las transfusiones, etc. Cada uno de estos tiene su singularidad en cuanto a riesgos.

- En caso de urgencia vital, la necesidad de salvar la vida, sin pérdida de tiempo, prima sobre la obtención documental del CI, pero rige la información verbal si el paciente está en condiciones de recibirla o sus familiares pueden ser informados sin perjudicar la intervención terapéutica.

- En las sentencias revisadas, se hace un análisis de riesgos que se dividen en típicos, atípicos, frecuentes, infrecuentes, evitables, inevitables, y de consecuencias más o menos graves. En realidad, el concepto de riesgo deriva de una situación de peligro, de la posibilidad estadística de que siendo potencial se materialice.

No depende tanto del acto quirúrgico como de las circunstancias en que éste se realiza y las del estado de salud del paciente. Por lo tanto, cuando la asistencia médica quirúrgica tiene lugar en condiciones adecuadas, con una vigilancia de la evolución del paciente y unas precauciones, por ejemplo de esterilización, de buen hacer a todos los niveles, el riesgo disminuye.

- Actualmente todos los actos médicos están registrados en sistemas informáticos, lo que implica que la documentación clínica procede de múltiples fuentes instrumentales y profesionales (profesionales de la medicina y de la enfermería, etc.).

- En muchos casos los profesionales demandados mencionan que las exigencias de su trabajo les impiden dedicar tiempo necesario a documentar los actos, y, concretamente, garantizar el CI de una forma correcta.

Es cierto que hay que evitar que los profesionales sanitarios tengan una carga burocrática adicional asistencial. Sin embargo, la informatización de la asistencia sanitaria automatiza muchos registros que antes había que cumplimentar manualmente, lo que tiene un gran valor en juicio.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

CASTELLANO ARROYO, M^a. 'El 80 por ciento de las reclamaciones tiene que ver con la historia clínica'. *Actualidad del Derecho Sanitario* nº 248 / Mayo 2017. Pág. 579.

GALAN CORTÉS, J. 'El consentimiento informado'. *Tratado Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX Aniversario. Reflexiones y comentarios*. Págs. 253 y 260. Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

KENNEDY IAN; GRUBB A. 'Medical law, text and materials'. Pág. 173. Butterworths, 1989.

PIGA RIVERO, A.; ALFONSO GALÁN, M^a. 'La pericia médico-farmacéutica por efectos adversos de medicamentos'. Trabajo presentado en el *VI Congreso Latinoamericano de Derecho Médico*, publicado en *Actualidad del Derecho Sanitario* nº 150 / Junio 2008.

LIZARRAGA BONELLI, E. Cap. 'El consentimiento informado', en *La responsabilidad civil y penal del médico*. Pag. 261. Ilustre Colegio de Médicos de Madrid, 1999. Madrid

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. 'El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de *lege ferenda*'. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 19-03 2017.

RUIZ VADILLO, E. 'Consideraciones generales sobre las imprudencias', ponencia 'La responsabilidad de la Administración y de los Profesionales Sanitarios'. *I Congreso Derecho y Salud*, Barcelona, 1992. Pág. 17.

RUIZ VADILLO, E. Conferencia 'La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales', presentada en las Jornadas *El futuro de la información al paciente: el consentimiento informado y la historia clínica*, organizadas por *Actualidad del Derecho Sanitario*. Madrid, 1996.

BASES LEGALES Y DEONTOLÓGICAS

- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Oviedo el 4 de abril de 1997.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

- Constitución Española.

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

- Código de Deontología Médica. Consejo General de Colegios Médicos de España. Versión: diciembre 2022.

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA EN ADS

ADS nº 313 / Abril 2023. *Consentimiento no exhaustivo y mejoría con otro cirujano no suponen mala praxis*. STSJ GAL 1948/2023, del 29 de marzo. de 2023. ECLI: ES:TSJGAL:2023:1948.

ADS nº 312 / Marzo 2023. *Consentimiento válido que no incluye la obesidad como riesgo añadido al de la cirugía*. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 28 de febrero de 2023. Contencioso. ECLI:ES:TSJM:2023:2311

ADS nº 310 / Enero 2023. *Quimioterapia: la información verbal no prueba que incluyera el riesgo de muerte súbita*. TSJGAL, Contencioso, 1 del 09 de diciembre de 2022. (ECLI: ES:TSJGAL:2022:8403).

ADS nº 312 / Marzo 2023. *Pérdida de riñón por demora en intervenir y diagnosticar complicación postoperatoria*. TSJ Madrid, Contencioso, 23 febrero 2023. R^o 620/2021 ECLI:ES:TSJM:2023:1951

ADS nº 305 / Jul. Ag. 2022. TEDH, 8 de marzo de 2022 / *El daño moral por falta de información se indemniza de forma autónoma*. Pg. 775. Asunto Reyes Jiménez Vs. España.

ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD005702018

ADS nº 294 / Jul. Ag. 2021. *Cirugía cardíaca / Daños morales por no informar de riesgo personalizado*. TSJCyL, Contencioso, del 12 de mayo de 2021. ECLI:ES:TSJCL:2021:1798.

ADS nº 294 / Jul. – Ag. 2021. *Daños morales por no informar de riesgos neurológicos de la cirugía cardíaca*. STSJ, Contencioso sección 10 del 27 de abril de 2021 (ROJ: STSJ M 5048/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:5048)

ADS nº 291 / Abril 2021. *Cumplimiento de protocolos, consentimiento y control postoperatorio por el hospital* TSJAS del 26 de febrero de 2021. Contencioso

ECLI:ES:TSJAS:2021:541

ADS nº 283 Jul. Ag. 2020. *Daños morales por consentimiento deficiente y precipitado (resección total de colon)*. Tribunal Superior de Justicia de Murcia del 5 de junio de 2020. Contencioso. ECLI:ES:TSJMU:2020:1121

ADS nº 264 / Noviembre 2018. *No informé al paciente de todos los riesgos porque si no saldría por la puerta*. SAP Barcelona, Civil del 19 de noviembre de 2018. (ROJ: SAP B 11473/2018 - ECLI:ES:APB:2018:11473).

ADS nº 263 / Oct. 2018. SAP, Civil sección 16 del 20 de septiembre de 2018. Ponente: María Carmen Domínguez Navarro. (ROJ: SAP B 8344/2018 ECLI:ES:APB:2018:8344).

ADS nº 251 / Sept. 2017. *Consentimiento informado deficiente en implantación de prótesis sobre osteotomía previa*. TSJM, 27.07.2017. Contencioso. ECLI:ES:TSJM:2017:8557

ADS nº 251 / Sept. 2017. *Daño desproporcionado y consentimiento defectuoso en ligamentoplastia*. TSJAS. Oviedo. Contencioso. Id. Cendoj: 33044330012017100680. ECLI:ES:TSJAS:2017:2515

ADS nº 244 / Enero 2017. *Una sentencia presume el consentimiento en infiltración córtico anestésica*. SAP PO 2279/2016 - ECLI: ES:APPO:2016:2279 3

ADS nº 233 / Enero 2016. *Cirugía torácica: no informar de riesgo típico infrecuente es indemnizable*. TSJGAL del 16 de diciembre de 2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:9695

ADS nº 232 / Dic. 2015. *La información verbal no prueba su contenido en cuanto a riesgos*. STSJ MU 2775/2015, del 27 de noviembre - ECLI:ES:TSJMU:2015:2775

ADS nº 224 / Marzo 2015. *La constancia de la información verbal en el registro de enfermería avala la cesárea urgente*. STSJ CANT 984/2014 - ECLI:ES:TSJCANT:2014:984

ADS nº 215 / Mayo 2014. *Negligencia postoperatoria y*

consentimiento deficiente fechado el día de la operación. SJPI 34/2014. Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Barcelona. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Nº de Recurso: 128/2013. Nº de Resolución: 50/2014. Procedimiento: CIVIL. Ponente: JESUS ARANGÜENA SANDE.

ADS nº 212 / Feb. 2014. TSJ Cataluña: no se indemniza ni el daño quirúrgico ni su omisión en el consentimiento. TSJ CATALUÑA 324/2014, del 14 de enero. Contencioso. Recurso: 126/2013.

ADS nº 202. Marzo 2013. Daño moral por omisión de consentimiento en ligamentoplastia. STSJ LA RIOJA 6/ 2013, del 10 de enero. Sala de lo Contencioso. N.º de Recurso: 28/2012. N.º de Resolución: 6/ 2013.

ADS nº 210 / Diciembre 2013. El Supremo respalda a un médico excluido de la póliza por infringir el consentimiento. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Recurso: 2187/2011. Fecha: 25/11/2013 Procedimiento: Casación Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL. Roj: STS 5633/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5633.

ADS nº 195 / Julio - Agosto 2012. TS / El CI genérico se indemniza aunque la praxis sea correcta. TS, del 2 de enero de 2012 Rec. 6710/2010. Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTÍ.

ECLIES:TS:2012:2

ADS nº 181 / Abril 2011. La sentencia TC sobre consentimiento abre un nuevo escenario jurídico. TC 37/2011, de 28 de marzo de 2011. Recurso de amparo 3574-2008. ECLI:ES:TC:2011:37

ADS nº 177 / Dic. 2010. El consentimiento verbal no es aplicable a intervenciones quirúrgicas. TSJ de Castilla y León. Recurso nº 1117/2005. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Ponente: GUERRERO ZAPLANA, JOSÉ.

ADS nº 177 / Dic. 2010. El TSJ de Galicia rechaza también el consentimiento verbal presunto. Tribunal Sup. de Justicia de Galicia. Recurso nº 63/2010. Sentencia del 6 de octubre de 2010. Ponente: Rivera Frade, M^{ra} Dolores. El consentimiento verbal no es aplicable a intervenciones quirúrgicas. TSJ de Castilla y León. Recurso nº 1117/2005. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Ponente: Guerrero Zaplana, José

ADS nº 161 / Junio 2009. Supremo: La constancia de la información verbal en la historia suple el consentimiento. Tribunal Supremo. Rec 1746/2003. Sentencia del 7 de enero de 2009. Ponente: SEIJAS QUINTANA, J. ECLI ES:TS:2009:68

ADS nº 176 / Noviembre 2010. Contrapeso doctrinal en el Supremo: el consentimiento genérico infringe la 'lex artis'. TS, 29 de junio de 2010. Rec. nº 4637/2008. Ponente: Pico Lorenzo, Celsa. ECLI ES:TS:2010:3498

ADS nº 176 / Nov. 2010. Un tribunal otorga valor de consentimiento a la autorización para intervenir el mismo día. Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Recurso nº 1858/2007. Sentencia del 23 de abril de 2010. Ponente: SOLER MARGARIT, MIGUEL ANTONIO. Sentencia no referenciada con ECLI en CENDOJ.

ADS nº 161 / Jun. 2009. La solicitud de intervención entregada al ingreso hospitalario no es consentimiento. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Recurso 18/2008. Sentencia del 15 de mayo de 2008. Ponente: Domínguez Calvo, Álvaro. Sentencia no referenciada con ECLI en CENDOJ

ADS nº 158 / 2009. Absuelto un cirujano por decidir en el curso de la intervención la mejor terapia posible. TS, 29 de julio del 2008. Civil. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. ECLI, ES:TS:2008:4767

ADS nº 143 / Nov. 2007. La autorización firmada en el antequirófano no es consentimiento (lesión nervio ciático). Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de julio del 2007. Recurso 242/04. Ponente: Fonseca González, Rafael.

ADS nº 120 / 2005. Ginecología / Mala praxis por ausencia de información asistencial y consentimiento. Tribunal Supremo, 20 de abril de 2005. Contencioso Ponente: PUENTE PRIETO, AGUSTÍN. ECLI ES:TS:2005:2446

ADS nº 72 / 2001. El Supremo valida la información verbal en una intervención de alto riesgo. TS del 27 de noviembre de 2000. Contencioso. Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO. ECLI ES:TS:2000:8635

ADS nº 68 / Enero 2001, pág. 10. Supremo: el consentimiento informado es un derecho humano fundamental. TS, de 12 de enero de 2001. Ponente: Martínez-Pereda, José Manuel.

ADS nº 64 / Sept. 2000. No informar de riesgos es un daño moral grave. TS 4 de abril de 2000. Sala de lo Contencioso. ECLI ES:TS:2000:2750

OTRAS SENTENCIAS DE INTERÉS

Destacadas

TS del 24 de noviembre de 2016. Ponente Seijas Quintana, José Antonio. ECLI. ES:TS:2016:5161. Aparece citada en la de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de marzo de 2022, Sala Civil, ECLI:ES:APM:2022:4826

TS del 14 de octubre del 2002. Contencioso. Ponente: JESÚS PÉREZ MORATE, ECLI ES:TS:2002:6703

TS del 24 de mayo de 1995. Civil. Ponente ALFONSO BARCALA TRILLO FIGUEROA, ES:TS:1995:10888

Tribunal Superior de Justicia de Murcia, 18 de marzo de 2021. STSJ MU 652/2021- ECLI:ES:TSMU:2021:652

Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 154/2022 de 28 marzo. JUR 2022\218993.

De la Sala Civil del Tribunal Supremo

Nota del autor. Referencias ordenadas por orden cronológico descendente, 86 resultados obtenidos sobre consentimiento informado entre 2022-2005 tras introducir como criterio de búsqueda 'Ley 41/2002 consentimiento informado' en la base de datos *La Ley Digital*.

Entre 2005 y 2018 tuvieron acceso a la casación anualmente entre 2 y 6 recursos, mientras que entre 2020 y 2022 accedieron 8 asuntos por año. En 2019 tuvieron acceso a la casación 9 recursos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 14 Dic. 2022, Rec. 6542/2020

Ponente: García Martínez, Antonio
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 14 Dic. 2022, Rec. 6231/2020

Ponente: García Martínez, Antonio
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 30 Nov. 2022, Rec. 5881/2020

Ponente: García Martínez, Antonio
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 26 Oct. 2022, Rec. 3939/2020

Ponente: Marín Castán, Francisco
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 6 Jul. 2022, Rec. 932/2020. Ponente: Marín Castán, Francisco. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 1 Jun. 2022, Rec. 1249/2020

Ponente: Marín Castán, Francisco
 RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 30 Mar. 2022, Rec. 282/2020

Ponente: García Martínez, Antonio
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 2 Feb. 2022, Rec. 5512/2019

Ponente: Marín Castán, Francisco
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 1 Dic. 2021, Rec. 4197/2019

Ponente: Marín Castán, Francisco
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 828/2021 de 30 Nov. 2021, Rec. 5955/2018

Ponente: Seoane Spiegelberg, José Luis
 MÉDICOS. RESPONSABILIDAD CIVIL. Intervención quirúrgica de aumento de mamas en la clínica de la sociedad demandada, mediante la implantación de dos prótesis a la demandante. Se desestima la acción de reclamación de indemnización por falta de información que formula la paciente. Suscribió el consentimiento informado. La materialización de un riesgo típico informado...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 6 Oct. 2021, Rec. 1015/2019

Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 29 Sep. 2021,

Rec. 1585/2019. Ponente: Marín Castán, Francisco. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 29 Sep. 2021, Rec. 2446/2019

Ponente: Marín Castán, Francisco
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 16 Jun. 2021, Rec. 1666/2019

Ponente: Marín Castán, Francisco
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. Cuestiones generales. Planteamiento de cuestiones nuevas. Inadmisión del recurso. — Materia civil. Fundamentación y formalidades. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 19 May. 2021, Rec. 901/2019.

Ponente: Marín Castán, Francisco
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 21 Abr. 2021, Rec. 5418/2018

Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 9 Dic. 2020, Rec. 3412/2018

Ponente: Sarazá Jimena, Rafael
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 2 Dic. 2020, Rec. 3616/2018

Ponente: Díaz Fraile, Juan María
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 11 Nov. 2020, Rec. 5265/2017

Ponente: Sarazá Jimena, Rafael
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 15 Jul. 2020, Rec. 2054/2018

Ponente: Marín Castán, Francisco
 PRUEBA. Apreciación de la prueba. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 11 Mar. 2020, Rec. 4239/2017

Ponente: Marín Castán, Francisco
 RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 84/2020 de 6 Feb. 2020, Rec. 1132/2019

Ponente: Seoane Spiegelberg, José Luis
 DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL. Vulneración del derecho fundamental del hijo de los actores por responsabilidad médico-sanitaria del grupo hospitalario demandado en la asistencia al

parto de la madre del menor. No se le detectó la enfermedad que padece durante el embarazo ni en el parto. En anterior proceso penal se declaró probada la intervención de las facultativas y la asistencia médica prestada al neonato en el centro hospitalario titularidad de la entidad demandada. Que su conducta...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 29 Ene. 2020, Rec. 5287/2017

Ponente: Díaz Fraile, Juan María

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 15 Ene. 2020, Rec. 4870/2017

Ponente: Marín Castán, Francisco

ACLARACIÓN DE SENTENCIAS. INCONGRUENCIA. Sentencias civiles. PRUEBA. Apreciación de la prueba. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 11 Dic. 2019, Rec. 4136/2017. Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 27 Nov. 2019, Rec. 2457/2017. Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 2 Oct. 2019, Rec. 3244/2017

Ponente: Marín Castán, Francisco. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 481/2019 de 20 Sep. 2019, Rec. 5169/2018

Ponente: Baena Ruiz, Eduardo

DERECHO AL HONOR. El artículo publicado en un periódico digital no vulnera el honor del demandante. Prevalece el derecho a la libertad de información. La noticia era interés público por referirse a la posible comisión de un delito de falsedad de documento oficial y por la cualidad personal del actor, funcionario del Servicio Canario de Salud. El hecho tiene trascendencia social. La información fue contrastada por la periodista con el denunciado e hizo constar su versión sobre los hechos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 10 Jul. 2019, Rec. 2300/2017. Ponente: Marín Castán, Francisco. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. Por interés casacional.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 22 May. 2019, Rec. 4053/2016

Ponente: Baena Ruiz, Eduardo

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 3 Abr. 2019, Rec. 445/2017

Ponente: Baena Ruiz, Eduardo

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 6 Feb. 2019, Rec. 3906/2016

Ponente: Marín Castán, Francisco

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 23 Ene. 2019, Rec. 1743/2016. Ponente: Marín Castán, Francisco. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 6 Jun. 2018, Rec. 825/2016. Ponente: Marín Castán, Francisco. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad contractual.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 30 May. 2018, Rec. 517/2016

Ponente: Parra Lucán, María de los Ángeles

PRUEBA. Apreciación de la prueba. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad contractual.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 18 Abr. 2018, Rec. 13/2016. Ponente: Parra Lucán, María de los Ángeles.

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. Por interés casacional. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad. RESPONSABILIDAD CIVIL. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad profesional. Médicos y otros profesionales sanitarios. Médicos.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 4 Abr. 2018, Rec. 2124/2015

Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 21 Mar. 2018, Rec. 3681/2015

Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 17 Ene. 2018, Rec. 2663/2015

Ponente: Marín Castán, Francisco

1101 (LA LEY 1/1889) y 1902 CC (LA LEY 1/1889) y los arts. 2 (LA LEY 1580/2002) , 4 (LA LEY 1580/2002) , 6 (LA LEY 1580/2002) , 8 (LA LEY 1580/2002) y 10 de la Ley 41/2002 (LA LEY 1580/2002) , reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información clínica y la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo. PRIMERO.- El recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal se han interpuesto contra una sentencia recaída en procedimiento ordinario iniciado con la demanda interpuesta por D. Serafin , D. Jesús Manuel , D.ª Modesta y D. Avelino contra D. Leovigildo y la compañía aseguradora AMA en reclamación de la cantidad de 208.707,12 euros más los intereses del art. 20 LCS en concepto de indemnización derivada de la responsabilidad sanitaria al haber practicado una intervención programada con resultado de muerte de la paciente sin el debido consentimiento informado.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 552/2017 de 11 Oct. 2017, Rec. 2065/2016

Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio

INCAPACITACIÓN. Se deja sin efecto la incapacidad total de la demandada por excesiva y desproporcionada. Se modifica su previa incapacidad parcial y se mantiene la curatela. Aunque padece un trastorno delirante de tipo persecutorio, goza de autonomía en su vida diaria para su atención personal. Solo precisa apoyos para garantizar su correcta atención médica, porque la falta de conciencia sobre su enfermedad incide directamente en la desatención al tratamiento psiquiátrico, lo que agrava su...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 89/2017 de 15 Feb. 2017, Rec. 2511/2014

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. Implantación de prótesis mamarias defectuosas por la demandada, que opera bajo el régimen de franquicia. Se ejercita frente a dicha franquiciada y frente a la franquiciadora acción de resolución de contrato por no implantarse prótesis seguras y, subsidiariamente, acción de nulidad por deficiente consentimiento informado. Se desestiman ambas acciones. No consta que...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 698/2016 de 24 Nov. 2016, Rec. 455/2014

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio

MÉDICOS. RESPONSABILIDAD CIVIL. Reclamación de indemnización por implantación fallida de implantes. Desestimación. Se ha cumplido el requisito del consentimiento informado. La información dada al paciente fue suficiente. Incluía todos los riesgos que conllevaba la intervención, sin que pueda exigirse información sobre todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 15 Jun. 2016, Rec. 2448/2014

Ponente: Marín Castán, Francisco

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 240/2016 de 12 Abr. 2016, Rec. 618/2014.

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. MÉDICO. RESPONSABILIDAD CIVIL. Desestimación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por inexistencia de actuación negligente en los profesionales que realizaron la intervención quirúrgica. Cumplieron su obligación de información. Al paciente se le informó adecuadamente de los riesgos generales del acto quirúrgico y de la anestesia y de sus riesgos personalizados relacionados con las patologías que le aquejaban, así como de la existencia de posibles complicaciones, inclusive la...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 566/2015 de 23 Oct. 2015, Rec. 2213/2013

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. MÉDICOS. RESPONSABILIDAD CIVIL. Se reclama al facultativo y al centro hospitalario el pago de indemnización por daños y perjuicios sufridos por el demandante a consecuencia de una colonoscopia con sedación en la que se produjo una perforación del sigma. Desestimación. No se infringió el deber de información al paciente. El actor conocía la intervención a la que se sometía por haberse realizado otra con anterioridad, en la que recibió información escrita en la que constaba detalladamente, entre...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 330/2015 de 17 Jun. 2015, Rec. 1275/2013

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio

MÉDICOS. Tratamiento odontológico. RESPONSABILIDAD CIVIL. Se desestima la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por falta de prueba de la negligencia médica que se imputa a las demandadas. Se declara probado que se informó a la paciente de la actuación médica a realizar y de las alternativas a la misma, aunque no conste por escrito. El resultado no fue garantizado. Prevalece la valoración probatoria realizada en la instancia.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 336/2015 de 9 Jun. 2015, Rec. 1370/2013

Ponente: Baena Ruiz, Eduardo

MÉDICOS. RESPONSABILIDAD CIVIL. Abono de indemnización por la aseguradora del profesional que llevó a cabo la intervención quirúrgica de reducción mamaria, por las secuelas causadas a la actora. Inexistencia de consentimiento informado. No se acredita que se informara a la paciente de riesgos que podían derivarse de la intervención quirúrgica a fin de que valorara su alcance. No se ha...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 4 Feb. 2015, Rec. 544/2014

Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. Por interés casacional.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 14 Ene. 2015, Rec. 322/2014.

Ponente: Marín Castán, Francisco. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 23 Sep. 2014, Rec. 1787/2013.

Ponente: Sastre Papiol, Sebastián

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 9 Sep. 2014, Rec. 2305/2013

Ponente: Sastre Papiol, Sebastián

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 226/2014 de 9 May. 2014, Rec. 285/2012

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. MÉDICOS. Se desestima la acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios. La información proporcionada al demandante por el profesional demandado se considera suficiente y continuada. Cumplió la lex artis. El paciente tuvo conocimiento de las alternativas existentes y del tipo de procedimiento terapéutico seleccionado, así como de sus posibilidades y riesgos. Suscribió la información escrita suministrada.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 230/2014 de 7 May. 2014, Rec. 545/2012.

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. MÉDICOS. Reclamación de indemnización por daños y perjuicios sufridos por la actora en una intervención de cirugía estética. No se obtuvo un resultado satisfactorio ni se le informó adecuadamente de dicha posibilidad. Incumplimiento de la lex artis por falta de consentimiento informado. También responde el titular de la franquicia.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 715/2013 de 25 Nov. 2013, Rec. 2187/2011

Ponente: Sastre Papiol, Sebastián. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. Póliza colectiva concertada como tomador por un Colegio de Médicos. Demanda formulada por un médico colegiado reclamando a la aseguradora la indemnización que fue condenado a pagar por mala praxis médica en un tratamiento de inseminación artificial, derivada de la falta de obtención del consentimiento informado por escrito de la paciente. Estimación. La...

A favor: ASEGURADO

En contra: ASEGURADORA

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 19 Nov. 2013, Rec. 3413/2012

Ponente: Marín Castán, Francisco

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. Por interés casacional.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 616/2013 de 15 Oct. 2013, Rec. 1578/2011

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio

RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Acción de reclamación de indemnización por negligencia médica dirigida contra la aseguradora de la Administración sanitaria. Apreciación indebida de la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil por la sentencia de apelación. Se trata de un problema que ha sido resuelto reiteradamente por la jurisprudencia atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS, contra el asegurador...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 513/2013 de 19 Jul. 2013, Rec. 923/2011

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. MÉDICOS. Desestimación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Se cumplió el requisito del consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis. La información proporcionada a la demandante fue suficiente para que ésta comprendiera los riesgos derivados de la intervención a la que iba a ser sometida, a la que se llegó tras diversas...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 475/2013 de 3 Jul. 2013, Rec. 437/2011

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio

RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios por las secuelas padecidas por un recién nacido a resultas del parto. Desestimación de la demanda. Actuación de los médicos que atendieron a la gestante conforme les exige la

lex artis de su profesión. No consta acreditado que las secuelas que padece el menor sean debidas a mala actuación profesional del ginecólogo, sino a un desprendimiento de placenta que se produjo inmediatamente antes de la cesárea o durante...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 199/2013 de 11 Abr. 2013, Rec. 2017/2010

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio
RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Reclamación de daños y perjuicios por negligencia médica. Desestimación de la demanda. Consentimiento informado. Requisitos. En el caso, el documento firmado por el paciente satisface los mínimos éticos de una información adecuada que se le ofrece a partir de un modelo predeterminado por un mismo procedimiento terapéutico. Es cierto que aparece sin rellenar el...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 407/2012 de 4 Jul. 2012, Rec. 67/2008. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio. DEMANDA DE REVISIÓN DE SENTENCIA. Desestimación. Documentos recuperados. Ausencia de carácter decisivo para el pleito con valor y eficacia de resolverlo. Tampoco existió retención u ocultación de los documentos por la demandante del pleito principal.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 333/2012 de 18 May. 2012, Rec. 2002/2009

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio
RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Ictus cerebral sufrido por una paciente tras someterse a una intervención de cirugía plástica. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios. Desestimación. Falta de prueba del nexo causal entre el daño sufrido por la actora y la actuación médica del demandado. No consta que la falta de anticoagulante fuera la generadora del ictus, ni que la retirada del tratamiento con sintrom y su no sustitución por otro tratamiento anticoagulante fuese decisión del...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 6 Mar. 2012, Rec. 1378/2011

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio
RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 948/2011 de 16 Ene. 2012, Rec. 2243/2008

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio
RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Paciente afectado por una tetraplejía a consecuencia de una operación quirúrgica. Omisión de información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo posteriormente materializado. Pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de los riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o someterse...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 964/2011 de 27 Dic. 2011, Rec. 2069/2008

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio
RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios sufridos tras una intervención quirúrgica de hernia discal. Desestimación de la demanda. Existencia de consentimiento informado. La actora tuvo conocimiento cierto y cabal de las circunstancias, complicaciones posibles y todo tipo de vicisitudes que acompañan a esta clase de intervención. Corrección de la...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 12 Jul. 2011, Rec. 1245/2010

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio
RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Admisibilidad o inadmisibilidad.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 357/2011 de 1 Jun. 2011, Rec. 791/2008

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio
RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Operación de cataratas a un paciente que sufrió días después un desprendimiento de retina y

la consiguiente pérdida de visión del ojo. Consentimiento informado. Inexistencia de mala praxis médica. La prohibición de regreso impide que el reproche se realice exclusivamente fundándose en la evolución posterior del paciente.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 62/2011 de 11 Feb. 2011, Rec. 1888/2007. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Fallecimiento de un feto en el momento del parto. Deficiencias en el servicio sanitario. Cuantía de la indemnización. Aplicación orientativa del baremo de accidentes de circulación y en concreto de la Tabla II para «víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente». Existencia de consentimiento informado para la práctica de una ligadura de...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 567/2010 de 22 Sep. 2010, Rec. 1004/2006. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. MÉDICOS. Paraplejía de un paciente intervenido de una hernia inguinal. Consentimiento informado. La información se proporcionó al paciente aunque no por escrito. La exigencia de la constancia escrita de la información tiene como función garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 14 Sep. 2010, Rec. 1221/2009. Ponente: Roca Trías, Encarnación. RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 8 Jun. 2010, Rec. 766/2009

Ponente: Roca Trías, Encarnación
RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 211/2010 de 30 Mar. 2010, Rec. 326/2006

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio
RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Fallecimiento de una paciente con carcinoma de mama tras someterse a un tratamiento de quimioterapia. Falta de prueba de que se informara a la paciente de los riesgos del tratamiento. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. La sentencia de apelación no vulneró el principio de justicia rogada y de aportación de parte. Tampoco se alteraron los términos fácticos y jurídicos en que quedó planteada la controversia. No existió una inversión de la carga de la...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 16 Mar. 2010, Rec. 1515/2008

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio
RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 24 Nov. 2009, Rec. 1188/2008

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio
RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 478/2009 de 30 Jun. 2009, Rec. 137/2002. Ponente: Marín Castán, Francisco. RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Lesión del nervio ciático por elongación durante una implantación de prótesis de cadera. Riesgo típico de la intervención en un 3,5%. Inexistencia de culpa o negligencia durante la intervención. Infracción del deber de informar al paciente sobre el riesgo antes de la intervención. Distinción entre frecuencia y previsibilidad de la complicación o del riesgo. Determinación de la cuantía de la indemnización teniendo en cuenta los padecimientos de la demandante...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 2/2009 de 21 Ene. 2009, Rec. 1746/2003. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. RESPONSABILIDAD CIVIL. Reclamación de indemnización por daños a médico y anestésista, con base en la impericia manifestada en intervención quirúrgica. Desestimación. Si bien no hubo consentimiento informado por escrito, el deber de información se cumplió verbalmente al hablarse con la familia que dio consentimiento verbal.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 943/2008 de 23 Oct. 2008, Rec. 870/2003. Ponente: Corbal Fernández, Jesús. RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Fallecimiento de una paciente como consecuencia de producirse durante el embarazo una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp. Desestimación de la demanda. Fecundación «in vitro». Aun admitiendo que la aplicación de esta técnica forme parte de la medicina voluntaria o satisfactiva, el evento dañoso no se produjo por una causa o circunstancia relacionada con la misma, sino en el desarrollo del embarazo, al que es razonable dar el tratamiento correspondiente a la...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1215/2007 de 28 Nov. 2007, Rec. 4889/2000. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. MÉDICOS. Cumplimiento del deber de información al paciente de los riesgos generados como consecuencia del acto quirúrgico al que fue sometido con constancia en la historia clínica. La información puede ofrecerse en forma verbal. RECURSO DE CASACIÓN. Respeto a los hechos probados. Prohibición de hacer supuesto de la cuestión.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1065/2007 de 4 Oct. 2007, Rec. 4813/2000. Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. MÉDICOS. Falta de prueba de que las lesiones padecidas por la actora fuesen consecuencia de la operación quirúrgica practicada por el médico demandado. Doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza de la obligación del médico, sobre la concurrencia de nexos causales entre el daño causado y la actuación del facultativo, sobre la prueba de la relación de causalidad y sobre el deber de información al paciente.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 667/2007 de 19 Jun. 2007, Rec. 2047/2000

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio. RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Nacimiento de un niño con síndrome de Down. Omisión de información sobre la conveniencia de la práctica de la prueba de la amniocentesis. Inexistencia de negligencia médica. No se ha demostrado que concurrieran circunstancias de riesgo que aconsejaran, con arreglo a la *lex artis* aceptada en momento en que se produjeron los acontecimientos —1994—, la práctica de la prueba de la amniocentesis, de tal suerte que la omisión de información sobre la conveniencia de su...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 544/2007 de 23 May. 2007, Rec. 1984/2000

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio. RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Embarazo de la esposa del demandante después de que éste se sometió a una vasectomía. Ámbito del deber de información de los médicos en los actos de medicina voluntaria o satisfactiva. Existencia de una información completa al paciente del riesgo de recanalización de los conductos seminales.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2007 de 17 Abr. 2007, Rec. 1773/2000

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. MÉDICOS. Consentimiento informado. Cuando se trate de actos médicos de carácter curativo no es necesario informar detalladamente de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no ser específicos del tratamiento aplicado ni producirse con frecuencia. En este sentido, el riesgo de disartria no puede calificarse como típico ni frecuente en un...

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1367/2006 de 21 Dic. 2006, Rec. 19/2000. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Actuación negligente en el postoperatorio. Incumplimiento del deber de información al paciente sobre las consecuencias y riesgos que pudieran derivarse de

la intervención. Cuantía de la indemnización. Revisión casacional de las bases en las que se asienta la cantidad indemnizatoria.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1267/2006 de 5 Dic. 2006, Rec. 4838/1999

Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. MÉDICOS. Solicitud de declaración de negligencia profesional por incumplimiento de los deberes éticos y del código deontológico que guía la praxis médica. Desestimación de la demanda. No es exigible al médico un comportamiento cuya finalidad trascienda a la procura de la salud y el bienestar del paciente, y que tiende únicamente a confortarlo anímica o espiritualmente o a hacer más benigno el trance de la muerte desde un punto de vista estrictamente humanitario.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1132/2006 de 15 Nov. 2006, Rec. 771/2000. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. RESPONSABILIDAD CIVIL. Médicos. Consentimiento informado del paciente. Requisitos. Ausencia de valor de los documentos impresos en los que no aparece particularizado el historial del paciente ni los riesgos y posibles complicaciones del tratamiento.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 915/2005 de 17 Nov. 2005, Rec. 793/1999

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio. RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Intervención quirúrgica. La validez del consentimiento del paciente cuando la información del médico no se realiza por escrito exige que sea el propio médico quien pruebe que le proporcionó todas las circunstancias relacionadas con la intervención, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios.

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 758/2005 de 21 Oct. 2005, Rec. 1039/1999

Ponente: Corbal Fernández, Jesús. RESPONSABILIDAD CIVIL. MÉDICOS. Cirugía estética. Intervención con láser dirigida a hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices en el rostro que deja como secuelas unas cicatrices queloides en el labio inferior y en el mentón. Resultado derivado de una anormal o patológica cicatrización atribuible a la predisposición genética de la paciente. Ausencia de culpabilidad y de causalidad jurídica. Correcta actuación quirúrgica del facultativo y excepcionalidad de las complicaciones sufridas. Infracción...

OTROS DOCUMENTOS DE INTERÉS

- Informe *Belmont*. Disponible en inglés en <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>
- Tratado de Lisboa.
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano, Unesco. 11.11.1997.
- ORDEN de 8 de julio de 2009, por la que se dictan instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de Consentimiento Informado (BOJA nº 152 de 6 de agosto de 2009).
- RESOLUCIÓN de 9 de febrero de 2011, de la Secretaría General de Calidad y Modernización, por la que se constituye el Comité de Evaluación y Seguimiento de los formularios de consentimiento informado escritos del Sistema Sanitaria Público de Andalucía.
- BENZO CANO, E. 'La responsabilidad profesional del médico'. Edit. Excelicer. Madrid. 1944.
- ROYO VILLANOVA, R. 'La responsabilidad profesional del médico'. Edit. Cultura Clásica y Moderna, 1958.

REFORMA DE DIRECTIVA

Productos defectuosos: periodo de responsabilidad de 30 años si síntomas tardan en aparecer

ADS. la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) y la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO) del Parlamento Europeo aprobaron el 9 de octubre su Posición para actualizar las normas sobre responsabilidad de la *Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos*.

Según el texto adoptado, será posible reclamar no sólo los **daños físicos sino también los daños psicológicos médicamente reconocidos** y la destrucción o corrupción irreversible de datos (por ejemplo, la eliminación de archivos de disco duro) cuando el perjuicio supere los 1.000 euros. **Los eurodiputados ampliaron el período de responsabilidad de los 20 años propuestos por la Comisión a 30 en casos excepcionales** cuando los síntomas tardan en aparecer. Para impulsar la innovación, las reglas no se aplicarían al software gratuito de código abierto.

El objetivo de la futura legislación es eliminar las diferencias entre los Estados miembros y responder adecuadamente a la aparición de nuevas tecnologías (como la IA), a la transición a un modelo económico circular y al aumento de las compras en línea (incluso desde fuera de la UE).

La Propuesta regulatoria busca garantizar que incluso cuando algo defectuoso se haya comprado fuera de la UE, haya una empresa con sede en la UE que pueda ser considerada responsable del daño que cause.

Los eurodiputados dicen que en caso de que no se pueda encontrar una empresa responsable, los consumidores aún podrían ser compensados a través de sistemas nacionales. Las autoridades nacionales de protección del consumidor deberán orientar a los consumidores sobre cómo realizar sus reclamaciones de indemnización.

EUROCÁMARA / INFORME

Urgen normas UE para evitar la adicción a móviles, redes sociales y servicios digitales

Redacción. La Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo adoptó el 25 de octubre un proyecto de informe que advierte sobre la naturaleza adictiva de determinados servicios digitales, como los juegos en línea, las redes sociales, los servicios de *streaming* y los servicios *on line*, mercados que explotan las vulnerabilidades de los ciudadanos para captar su atención y monetizar sus datos. Su diseño adictivo puede causar daños físicos, psicológicos y materiales (pérdida de concentración y capacidad cognitiva, agotamiento, estrés, depresión, actividad física limitada) que advierten los eurodiputados.

Los responsables políticos de la UE están especialmente preocupados por el impacto que la adicción digital tiene en los niños y adolescentes, que son más vulnerables a estos síntomas, y piden más investigación y regulación en este ámbito. Los eurodiputados creen que las normas actuales no son suficientes para regular la cuestión del diseño adictivo. Instan a la Comisión a cerrar los vacíos legales existentes y presentar nueva legislación sobre el tema. Si esto no se soluciona, dicen, el Parlamento debería hacer uso de su derecho de iniciativa legislativa.

La Comisión debería examinar y prohibir las técnicas adictivas nocivas que no están cubiertas por la directiva sobre prácticas comerciales desleales (por ejemplo, el desplazamiento infinito, la reproducción automática predeterminada, las notificaciones *push* y de lectura constantes).

Los eurodiputados quieren que las empresas se vean obligadas a desarrollar productos y servicios digitales éticos y justos "por diseño", sin patrones oscuros, engañosos y adictivos. La Comisión debería proponer un "derecho a no ser molestado" digital y

crear una lista de buenas prácticas de diseño como: "pensar antes de compartir"; desactivar las notificaciones de forma predeterminada; *feeds* cronológicos; modo escala de grises; avisos o bloqueos automáticos tras un tiempo de uso preestablecido (en particular para menores); resúmenes del tiempo total frente a la pantalla. Las directrices educativas y las campañas de sensibilización deberían promover estrategias de autocontrol para ayudar a las personas a desarrollar conductas en línea más seguras y hábitos saludables.

La Comisión Europea está llevando a cabo actualmente una evaluación para ver si es necesario actualizar determinada legislación de protección al consumidor para garantizar un alto nivel de protección en el entorno digital. Las características de diseño adictivas (por ejemplo, desplazamiento sin fin, arrastrar para actualizar, videos de reproducción automática sin fin, notificaciones automáticas, historias disponibles temporalmente, *me gusta*, recibos de lectura) juegan con las vulnerabilidades y los deseos de las personas y las empujan a dedicar más tiempo a estas plataformas.

El uso problemático de teléfonos inteligentes o de Internet se ha relacionado con una menor satisfacción con la vida y síntomas de salud mental como depresión, baja autoestima, trastornos de la imagen corporal y de la alimentación, ansiedad, estrés, abandono de familiares y amigos, pérdida de autocontrol, falta de sueño y síntomas obsesivo-compulsivos, siendo los niños y jóvenes los más vulnerables.

Algunas investigaciones también vinculan el uso problemático de las redes sociales por parte de los adolescentes con los síntomas del trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH).

El ponente Kim Van Sparrentak afirmó que "ninguna autodisciplina puede vencer el diseño adictivo al que estamos sujetos hoy. El uso de los teléfonos inteligentes afecta la capacidad de atención y el desarrollo del cerebro desde una edad temprana. Este es uno de los desafíos de nuestro tiempo. Si no intervenimos esto tendrá enorme impacto en generaciones venideras. Contamos con estrictas normas de salud y seguridad para los alimentos, el alcohol y el tabaco para proteger nuestra salud. ¡La UE debe abordar ahora el diseño adictivo!".

PARLAMENTO EUROPEO

Posición UE para la reducción drástica de los pesticidas químicos

ADS. La Comisión de Medio Ambiente del Parlamento Europeo adoptó el 24 de octubre su posición sobre medidas para garantizar el uso sostenible de pesticidas y reducir el uso y el riesgo de todos los pesticidas químicos en al menos un 50 % para 2030.

En el texto adoptado, los eurodiputados afirman que de aquí a 2030 la UE debe reducir el uso y el riesgo de productos químicos fitosanitarios en al menos un 50% y el uso de los llamados "productos más peligrosos" en 65%, respecto al promedio 2013-2017. La Comisión propuso un objetivo del 50 % para ambos basándose en el promedio del período 2015-2017. Los eurodiputados quieren que cada estado miembro adopte objetivos y estrategias nacionales, basados en las sustancias vendidas por año, su nivel de peligrosidad y el tamaño de su superficie agrícola. Luego, la Comisión verificaría si los objetivos nacionales deben ser más ambiciosos para alcanzar los objetivos de la UE para 2030.

Para incrementar el impacto de las estrategias nacionales, los Estados miembros también deben implementar reglas específicas para al menos cinco cultivos prioritarios donde una reducción del uso de pesticidas químicos tendría el mayor impacto.

Los eurodiputados quieren prohibir el uso de pesticidas químicos (excepto los autorizados para la agricultura ecológica y el control biológico) en zonas sensibles y dentro de una zona de amortiguamiento de cinco metros, como todos los espacios verdes urbanos, incluidos parques, áreas de juego, áreas recreativas, caminos públicos, así como espacios Natura 2000. Los países de la UE deben garantizar que los pesticidas químicos sólo se utilicen como último recurso. Para equipar mejor a los agricultores con sustancias sustitutas, quieren que la Comisión establezca un objetivo de la UE para 2030 para aumentar las ventas de pesticidas de bajo riesgo.

FUTURO REGLAMENTO UE

Propuesta para reciclar, reutilizar y reducir envases y embalajes

ADS. El 24 de octubre, la Comisión de Medio Ambiente del Parlamento Europeo aprobó su Posición sobre una propuesta de reglamento que establece requisitos para todo el ciclo de vida de los envases, desde las materias primas hasta la eliminación final.

Además de los objetivos generales de reducción de envases propuestos en el reglamento, los eurodiputados quieren establecer objetivos específicos de reducción de residuos de envases de plástico (10% para 2030, 15% para 2035 y 20% para 2040). La parte plástica del embalaje debería contener porcentajes mínimos de contenido reciclado dependiendo del tipo de embalaje, con objetivos específicos establecidos para 2030 y 2040.

La propuesta pretende prohibir la venta de bolsas de plástico muy ligeras (menos de 15 micras), a menos que sean necesarias por razones de higiene o se proporcionen como embalaje primario para alimentos a granel para ayudar a evitar el desperdicio de alimentos.

Para finales de 2025, la Comisión debería evaluar la posibilidad de proponer objetivos y criterios de sostenibilidad para el plástico de origen biológico, un recurso clave para "desfosilizar" la economía del plástico.

Los eurodiputados quieren distinguir y aclarar los requisitos para los envases que deben reutilizarse o rellenarse. Los envases reutilizables deben cumplir una serie de criterios, incluido un número mínimo de veces que pueden reutilizarse (que se definirá más adelante). Los distribuidores finales de bebidas y comida para llevar del sector HORECA deberían ofrecer la posibilidad a los consumidores de traer su propio envase. La propuesta también pretende prohibir los "químicos permanentes" en los envases de alimentos.

DE 3.000 A 10.000 EUROS

TSJM eleva indemnización en vía administrativa por consentimiento deficiente

ADS. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) eleva la indemnización de 3.000 euros reconocida en vía administrativa por consentimiento informado deficiente a la cuantía de 10.000 euros por daños morales teniendo en cuenta la situación en la que quedó la actora tras una intervención de *hallux valgus*, ya que considera que no fue suficientemente advertida de riesgos teniendo en cuenta sus patologías previas.

De la lectura del consentimiento informado, el Tribunal corrobora que no se informó adecuadamente a la paciente, ya que se encuentra en blanco el espacio dedicado a los riesgos personalizados en el documento que firmó.

La demandante presentaba como patologías previas artritis reumatoide, fibromialgia, tabaquismo, osteopenia, lo que considera que son riesgos personales que condicionan la intervención.

El informe de la Inspección Sanitaria consideró que la patología articular evolutiva de la paciente pudo condicionar el resultado de la intervención, por lo que dicho riesgo personalizado debería haberse advertido en el consentimiento informado. Así lo recoge el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, que reconoció una indemnización de 3.000 euros.

Esta circunstancia permite al TSJM reconocer que la falta de información constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario y un daño moral que afecta al derecho a la autonomía del paciente que la jurisprudencia califica como incumplimiento de la *lex artis*.

Además de la entidad del daño, la sentencia expone que deben ponderarse, "a título de ejemplo y

según los casos: si la asistencia ha sido necesaria y curativa u opcional y satisfactoria; el estado de salud del paciente antes y después de la asistencia sanitaria; la ausencia completa o la insuficiencia de información o del consentimiento informado; el porcentaje de posibilidad o probabilidad de producción del riesgo o complicación; la entidad de la omisión y la trascendencia práctica del defecto en relación al resultado, o si solo se ha tratado de una vulneración formal del derecho de información, sin relevancia material, lo que es tanto como si los riesgos sobre los que no se informó se produjeron finalmente, o no; la edad en el momento de la operación, actividades, formación y situación familiar del paciente; las repercusiones personales y económicas de las lesiones para su vida futura; las opciones disponibles, es decir, en qué medida existía la posibilidad real y razonable de elegir entre someterse al tratamiento o al procedimiento quirúrgico o desistir del mismo; y el daño o situación final del paciente, que consideramos acreditado y valorado en virtud del dictamen de valoración del daño corporal realizado por el perito de la parte actora".

Afirma el TSJM que la falta de consentimiento no da lugar automáticamente a responsabilidad patrimonial, porque para que así sea, resulta necesaria la producción de un resultado dañoso: "Cuando se produce, se causa un daño moral cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se haya acomodado o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre este acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente". La indemnización se fija en función de la potencialidad o probabilidad de que el paciente, de haber conocido el riesgo, no se hubiera sometido al tratamiento, debiendo tener en cuenta también otros factores como el estado previo del paciente, el pronóstico y la gravedad del proceso patológico, las alteraciones terapéuticas existentes, la necesidad de la actuación médica y su carácter preferente o no.

De otro lado, el TSJM no detecta mala praxis técnica. El propio perito de la actora reconoció ante este Tribunal que la conveniencia de operar uno o varios dedos simultáneamente es una decisión que corresponde a cada médico sin que quepa apreciar mala praxis por haber decidido realizar una operación conjunta como ocurrió en este caso. La recidiva

es un riesgo que se presenta en este tipo de intervenciones y se recogió expresamente y se aceptó por la demandante al firmar el consentimiento informado (que se refiere a la "recurrencia de la deformidad que requiera una nueva intervención"). No se debió a la forma en que se practicó la cirugía sino a la presencia de otros factores tales como las patologías previas que presentaba la actora, como es el caso de la artritis reumatoide que padecía.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 313 / Abril 2023. El consentimiento para histerectomía parcial no sirve para realizar una total (TSJGAL eleva la indemnización por infracción del consentimiento).

ADS nº 303 / Mayo 2022. Omisión de consentimiento / Elevan a 6.000 la indemnización de 500 euros.

ADS nº 234 / Feb. 2016. Elevan a 40.000 euros la indemnización por omisión del consentimiento.

ADS nº 238 / Jun. 2016. TSJG reconoce el 'daño desproporcionado' y multiplica por 8 la indemnización.

ADS nº 238 / Jun. 2016. TSJM eleva de 3.000 a 25.000 euros la indemnización en vía administrativa.

STSJ, Contencioso sección 10 del 29 de septiembre de 2023 (ROJ: STSJ M 10373/2023- ECLI:ES:TSJM:2023:10373)
Id. CENDOJ: 28079330102023100706
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid Sección: 10 Sentencia: 763/2023
Recurso: 166/2022 Fecha de Resolución: 29/09/2023
Procedimiento: Procedimiento ordinario
Ponente: GUILLERMINA YANGUAS MONTERO
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sección Décima

Procedimiento Ordinario 166/2022
Demandante: Dña. Delia
PROCURADOR Dña. MARÍA GEMA
MORENAS PERONA

Demandado: COMUNIDAD DE MADRID
CONSEJERÍA DE SANIDAD
DE LA COMUNIDAD DE MADRID
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA
SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES

PROCURADOR D. ANTONIO RAMÓN RUEDA LÓPEZ

SENTENCIA Nº 763/2023

Presidente:

Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRIÓN

D. RAFAEL BOTELLA GARCÍA-LASTRA

Dña. GUILLERMINA YANGUAS MONTERO

D. BENJAMÍN SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

En la Villa de Madrid a veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés.

VISTO el recurso contencioso administrativo número 166 2022 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por D. Delia representada por la Procuradora Dña. María Gema Morenas Perona contra la Orden nº 97/22 de 27 de enero de 2022 del VICECONSEJERO DE ASISTENCIA SANITARIA Y SALUD PÚBLICA por la que se resuelve ESTIMAR PARCIALMENTE la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. Delia (NUM000), reconociendo su derecho a una indemnización por importe total actualizado de 3.000 euros.

Ha sido parte demandada la COMUNIDAD DE MADRID representada por sus servicios jurídicos y parte CODEMANDADA SOCIETE HOSPITALAIRE ASSURANCES MUTUELLES SUCURSAL EN ESPAÑA (SHAM) representada por el Procurador D. Ramón Rueda López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso, se reclamó el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos condenando a la Administración a pagar la cantidad reclamada en su escrito de demanda.

SEGUNDO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid en nombre y representación de la Comunidad de Madrid y la parte codemandada, contestaron y se opusieron a

la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que se invocaron, terminando por suplicar la desestimación del recurso.

TERCERO.- Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. Guillemina Yanguas Montero, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra la Orden nº 97/22 de 27 de enero de 2022 del VICECONSEJERO DE ASISTENCIA SANITARIA Y SALUD PÚBLICA por la que se resuelve ESTIMAR PARCIALMENTE la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. Delia (NUM000), reconociendo su derecho a una indemnización por importe total actualizado de 3.000 euros.

SEGUNDO.- Pretensiones de las partes.

La representación procesal Dña. Delia, parte actora, solicita que se dicte Sentencia en la que estimando la pretensión ejercitada declare la responsabilidad de la CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID y SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES ESPAÑA, S.L., y condene a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados en su persona.

En la demanda, la actora relata los hechos y se refiere a la existencia de los daños, defiende la vulneración de la lex artis ad hoc sobre la base del informe de viabilidad de fecha 16 de diciembre de 2020 del perito médico especialista en cirugía ortopédica y traumatología Dr. Raimundo. Considera que se ha producido en este caso una clara negligencia por parte del servicio COT del Hospital Universitario Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares produciéndole a la paciente unas secuelas en el pie, empeorando el Hallux Valgus que padecía, lo que le ha producido secuelas graves en el pie izquierdo. Asimismo, se afirma que se ha vulnerado la Ley 41/2002, de autonomía del paciente por falta del preceptivo consentimiento informado. Se refiere, en este sentido, a la inexistencia del adecuado y suficiente consentimiento informado al tratarse de una cirugía programada.

En cuanto a la vulneración de la lex artis se afirma que en la documentación obrante en el Expediente Administrativo se puede establecer sin ningún género de dudas, que:

1.- La intervención efectuada el 31/07/2018 fue defectuosa: no solo no corrigió la deformidad del hallux sino que empeoró el estado del pie al intervenir también los dedos 2°, 3° y 4° cuando no era preciso. Esta afirmación es fácilmente demostrable mediante las imágenes aportadas.

2.- Durante el seguimiento posterior en el Hospital Príncipe de Asturias no supieron o no quisieron reconocer el error y plantear una nueva cirugía para intentar mejorar el estado del pie, no siendo hasta que la paciente decidió consultar en otro Hospital (La Paz) cuando se apreció la deficiente intervención realizada, ofreciendo, como no existía otra alternativa una nueva operación, la cual acaba de ser realizada el día 15/12/19.

3.- Posteriormente y dado el mal resultado de la segunda intervención, la paciente ha sido intervenida una tercera y una cuarta intervención, sin los resultados esperados y empeorando la funcionalidad

4.- No existe un consentimiento informado que cubra la intervención quirúrgica fuente de las secuelas.

En su escrito de conclusiones la parte actora hace referencia a los hechos alegados y en cuanto a la prueba practicada, se afirma que se ha producido en este caso una clara negligencia por parte del Servicio de COT del Hospital Universitario Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares, en cuanto a permitir que se produzcan los hechos relatados, y que han sido determinados previamente, mediante una actuación grosera, según la Lex Artis Ad Hoc, produciéndole a la paciente una secuela en el pie, empeorando el Hallux Valgus que ya padecía, así como en una clara relación causal entre la deficiente actuación y el resultado dañoso.

Afirma que el resultado de secuelas graves en el pie izquierdo, en la persona de Doña Delia, es desproporcionado a la evolución de su situación física de haber recibido tratamiento adecuado y haber sido convenientemente abordada en su momento, lo cual revela claramente la penuria negligente de medios empleados, según el estado de la ciencia y el descuido en su conveniente y diligente utilización, según la Regla Res Ipsa Logitur.

Asimismo, se ha vulnerado la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente por falta del preceptivo Consentimiento Informado. En este punto se hace referencia a la incuestionable obligatoriedad de la entrega al paciente del preceptivo documento de consentimiento in-

formado, y su falta vulnera del todo la lex artis ad hoc. Insiste en la inexistencia del adecuado y suficiente consentimiento informado al tratarse de una cirugía programada.

Se afirma que en este caso es evidente la vulneración de la Lex Artis Ad Hoc en el tratamiento recibido por la demandante, siendo muy significativo la falta de información referida a SUS RIESGOS PERSONALIZADOS (artritis reumatoide, fibromialgia, tabaquismo, osteopenia) en el preceptivo consentimiento informado, y sin dicha información la paciente no pudo calibrar los riesgos a los que se sometía en la intervención quirúrgica programada.

Se insiste en la vulneración de la lex artis ad hoc por cuanto que la intervención efectuada el 31/07/2018 fue defectuosa: no solo no corrigió la deformidad del hallux sino que empeoró el estado del pie al intervenir también los dedos 2°, 3° y 4° cuando no era preciso. Esta afirmación es fácilmente demostrable mediante las imágenes aportadas. Durante el seguimiento posterior en el Hospital Príncipe de Asturias no supieron o no quisieron reconocer el error y plantear una nueva cirugía para intentar mejorar el estado del pie, no siendo hasta que la paciente decidió consultar en otro Hospital (La Paz) cuando se apreció la deficiente intervención realizada, ofreciendo, como no existía otra alternativa una nueva operación, la cual acaba de ser realizada el día 15/12/19, prolongando innecesariamente el sufrimiento de la paciente, y empeorando su pronóstico. Posteriormente y dado el mal resultado de la segunda intervención, la paciente ha sido intervenida una tercera y una cuarta intervención, sin los resultados esperados y empeorando la funcionalidad.

Denuncia que no existe un consentimiento informado suficiente que cubra la intervención quirúrgica fuente de las secuelas. Afirma que, de la prueba practicada, es evidente que en el presente caso se produjo en primer lugar, una falta de consentimiento informado en cuando a la intervención de Hallux Valgus realizada, que tiene unos riesgos personalizados con las secuelas establecidas.

Así mismo, se entiende que la lesión en sí misma, es rara y en todo caso Yatrogénica, no pudiendo considerarse en ningún modo idiopática, puesto que existe una relación evidente y establecida pericialmente, con la intervención quirúrgica realizada.

Por último, también es evidente la ausencia de información que consta en la historia clínica de la paciente,

donde se vulnera el Derecho a la misma a la información suficiente, con los diversos tipos de abordaje y la recomendación médica, lo que incumple lo recogido en la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, pudiendo este haber elegido un tratamiento más conservador (biopsia o una intervención interior), que hubieran evitado las gravísimas secuelas padecidas.

En cuanto a la valoración del daño y la cuantía de las indemnizaciones se indica que corresponde una cantidad de 78.000 €.

La Comunidad de Madrid, administración demandada, solicita que, previos los trámites oportunos, se dicte sentencia desestimatoria del recurso en los términos alegados.

Tras referirse a los antecedentes de hecho y a la responsabilidad médica, se refiere al fondo del asunto y considera que no concurren los requisitos expuestos para apreciar la existencia de responsabilidad alguna ni funcionamiento deficiente de los servicios públicos como señala la parte actora, ya que no existe antijuridicidad en la asistencia sanitaria prestada al paciente, a tenor de lo recogido en el expediente.

En cuanto a los reproches de mala praxis en la intervención de hallux valgus y el deficiente seguimiento tras dicha intervención, destaca el Informe de la Inspección Sanitaria, de 1 de diciembre de 2020.

Se invoca la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la inversión de la carga de la prueba y se reproducen y valoran las declaraciones de los peritos realizadas en sede judicial. En cuanto al reproche relativo al consentimiento informado, se remite a lo dispuesto en la Consideración de Derecho Quinta del Dictamen nº 555/21, de la Comisión Jurídica Asesora.

Por todo ello, y teniendo en cuenta el Informe de la Inspección Sanitaria, así como los restantes Informes obrantes al expediente, entiende que procede la desestimación íntegra de la demanda presentada. Sobre esta cuestión, se remite a lo dispuesto por la Comisión Jurídica Asesora, en la Consideración de Derecho Quinta del citado Dictamen nº 555/21, folios 198 y ss. del Expediente. En este mismo sentido, el Fundamento de Derecho Quinto de la Orden nº 97/22, de 27 de enero de 2022, del Consejero de Sanidad. En cualquier caso, para el hipotético supuesto de que otra cosa se entendiera, estima excesiva la cantidad solicitada. En su escrito de conclusiones la Comunidad de Madrid da por reproducidos los hechos y fundamentos de derecho del

escrito de contestación, ratificando íntegramente los argumentos fácticos y jurídicos que constan en el mismo, así como en el expediente administrativo.

En su escrito de conclusiones la Administración demandada señala que el perito Raimundo se retractó de algunas de sus alegaciones, como es el caso de la afirmación de que los dedos segundo, tercero y cuarto eran patológicos por lo que era necesario intervenirlos. Destaca que el perito reconoció que no había reconocido a la actora ni antes ni después de la intervención.

Se afirma que el curso de la evolución de la demandante fue exactamente el que determinó el consentimiento informado por lo que entiende que no existe error en este último. Señala que no se puede valorar la rotación apuntada porque no hay imágenes tridimensionales. Se analiza asimismo la declaración de los peritos propuestos por la codemandada e insiste en que un mal resultado no significa una mala praxis y que por la historia clínica y el postoperatorio parece ser que fue correcto.

Rechaza la consideración de pie catastrófico y entiende, en conclusión, que de la prueba practicada ha quedado acreditada la falta de infracción de la Lex Artis ad hoc, no existiendo, por tanto, base alguna para indemnizar a demandante por la causa ejercitada en autos.

Por la entidad codemandada SHAM se solicita que se dicte en su día Sentencia por la que se DESESTIME la demanda interpuesta, confirmando la resolución recurrida y concediendo exclusivamente a Dña. Delia la indemnización reconocida por la Administración fijada en 3.000 €, con imposición de costas a la parte actora.

En su contestación a la demanda la entidad aseguradora niega los hechos aducidos de contrario en tanto se opongan, contradigan o no coincidan con los recogidos en el expediente administrativo, a los cuales se otorga plena veracidad.

Tras referirse a los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en especial en el ámbito de la Administración sanitaria, se defiende la conformidad a derecho de la Orden 97/22 de la Secretaría General Técnica de Consejería de Sanidad parcialmente estimatoria emitida el 27/01/2022.

Afirma que la asistencia dispensada a la paciente por parte del Hospital Universitario Príncipe de Asturias (HUPA), con ocasión del hallux valgus en pie que le fue

diagnosticado, se ajustó en todo momento a la *lex artis*. La cirugía practicada el 31/07/2018 estaba correctamente indicada, era necesaria y se practicó con una técnica quirúrgica adecuada, sin incidencias.

Tras la cirugía se realizó un correcto seguimiento en consultas, ofreciéndose en todo momento tratamiento por parte del servicio de traumatología ante las complicaciones sufridas. Fue la propia paciente quien abandonó voluntariamente el tratamiento dispensado en el HUPA, no siendo cierto que se le denegase la cirugía.

Alega la ausencia de antijuricidad del daño: la recidiva de hallux valgus, el dolor residual, la infección local y el retraso de consolidación de las osteotomías realizadas, son complicaciones frecuentes, informadas en el consentimiento informado, inherentes a la cirugía practicada y esperables cuando coexisten enfermedades sistémicas como la artritis reumatoide, la fibromialgia o el hábito tabáquico, como sucede en el caso que ahora nos ocupa.

Se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, si la actuación médica es conforme a la *lex artis ad hoc*, pero ha existido una deficiente información y un daño relacionado con aquella actuación médica, se deberá indemnizar sólo el daño moral sufrido.

Se afirma que la obligación de la Administración es una "obligación de medios", no de resultado. Considera que a la administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. Señala que todos los informes emitidos y resoluciones dictadas concluyen que la actuación médica fue correcta y que la posición de objetividad e imparcialidad del informe de la inspección médica ha sido destacada por la doctrina de los Tribunales, así como su valor probatorio.

Considera que las secuelas que presenta la paciente en el pie izquierdo no pueden catalogarse como un daño desproporcionado. no procede por tanto la inversión de la carga de la prueba invocada por la parte actora

Finalmente, se impugna la cuantía solicitada. Se denuncia que la parte actora no cuantificó económicamente la reclamación administrativa presentada el día 03/02/2020 ya que aún no estaban estabilizadas las lesiones, lo que ha generado una importante indefensión.

Sin embargo, en el escrito de demanda se cuantifica la reclamación en la cantidad de SETENTA Y OCHO MIL EUROS (78.000 €), por las secuelas ocasionadas sin que se realice un desglose de las mismas. Es decir, que la cuantía ha sido calculada a tanto alzado, por lo que resulta imposible conocer las partidas por las que se reclama.

Considera que no debería reconocerse cantidad alguna en concepto de daños y perjuicios por cuanto a la vista de los hechos y de la documentación obrante en el expediente administrativo, se puede afirmar que la asistencia sanitaria dispensada a la paciente, Doña Delia, ha sido conforme a la *lex artis ad hoc* en todo momento. Además, y en todo caso, se afirma que la cantidad reclamada de contrario es desmedida y no se encuentra debidamente justificada. Respecto de los intereses, indica que deberán ser calculados desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en primera o única instancia.

En su escrito de conclusiones la entidad codemandada hace referencia a las pruebas practicadas y reitera las consideraciones realizadas en su escrito de oposición a la demanda. Considera que el Dr. Raimundo rectificó las afirmaciones realizadas sobre la cuestión relativa a que no era preciso intervenir los dedos 2º, 3º y 4º por cuanto que la decisión de intervenir o no esos dedos depende de cada profesional.

Se afirma que la cirugía de esos dedos era necesaria y que no habría sido suficiente con intervenir solo el pulgar, por cuanto que la cirugía sobre los dedos 2º, 3º y 4º era necesaria por la metatarsalgia que estos dedos padecían. Afirma que se realizó una técnica quirúrgica adecuada con una ejecución correcta y que tras la cirugía y en los siguientes tres meses existió una pérdida de la corrección inicial. Se indica que la recidiva es la complicación más frecuente que ocurre hasta en el 16% de los pacientes y que en la segunda cirugía se volvió a realizar una intervención de hallux valgus, dejándose los tornillos colocados en la primera cirugía porque estaban bien colocados.

Señala que no es posible afirmar que el dedo estuviera rotado porque no existen imágenes clínicas, solo radiológicas y que se trata de una cuestión que no mencionó el perito de la actora en su dictamen. Se insiste en que el seguimiento es correcto. Respecto del consentimiento informado, se afirma que está diseñado para no necesitar de riesgos personalizados, por cuanto los riesgos generales exponen pormenorizadamente las complicaciones que su situación personal entraña. Los

riesgos que se materializaron están expresamente contenidos en el consentimiento informado.

Sobre la cuantía, se afirma que las secuelas que presenta la paciente en el pie izquierdo no pueden catalogarse como un daño desproporcionado y que no procede por tanto la inversión de la carga de la prueba invocada por la parte actora.

TERCERO.-La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria.

En cuanto a la responsabilidad de las administraciones públicas, hay que resaltar que En cuanto a la responsabilidad de las administraciones públicas, hay que resaltar que con arreglo al artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, añade el apartado 2, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

El indicado precepto constituye el trasunto legislativo de la previsión contenida al respecto en el artículo 106.2 de la Constitución Española y configura el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que tiene como presupuestos o requisitos, conforme a una reiterada jurisprudencia, los siguientes: a) Que el particular sufra una lesión de sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; c) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y d) Que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Para que sea antijurídico el daño ocasionado a uno o varios particulares por el funcionamiento del servicio basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. En

este caso, no existirá deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable. Finalmente es requisito esencial para exigir dicha responsabilidad el que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Así, una vez acreditado el hecho dañoso debe analizarse si se produce la relación causal, siendo menester destacar que se trata de un concepto que se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acontecimiento lesivo se presenta normalmente, no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces el hecho o condición que puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final. La tesis de la causalidad adecuada, comúnmente aceptada, consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o un evento se considere consecuencia o efecto del primero.

En concreto, en lo que hace a la responsabilidad derivada de asistencia sanitaria, la jurisprudencia ha matizado la aplicación del instituto en dicho ámbito poniendo de manifiesto al respecto, la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, recurso de casación 6595/2001, en su FJ 4º, que: "...como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada-y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño

para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar", debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ad hoc*".

En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria " ... es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" (STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la *lex artis* o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay

o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente.

Un aspecto relevante en materia de responsabilidad médica es la forma en que los tribunales valoran las pruebas practicadas en el procedimiento teniendo en cuenta que nuestro derecho les concede un amplio margen de libertad para valorar el acervo probatorio. La valoración se deja al prudente criterio del juzgador que debe ajustarse en definitiva a las más elementales directrices de la lógica humana o, como dice el artículo 348 de la LEC, a las reglas de la sana crítica.

Además del dictamen obrante en autos, se erige en elemento probatorio el conjunto de documentos que contienen datos, valoraciones e información de cualquier índole sobre la situación clínica del paciente a lo largo del proceso asistencial y que se recogen en la Historia Clínica, así como los protocolos y las guías médicas. Ha de tenerse en cuenta que, si bien tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el resto de los que obran en el expediente administrativo no constituyen prueba pericial en sentido propiamente dicho, sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del Médico Inspector, y de la coherencia y motivación de su informe.

CUARTO.- Hechos relevantes que resultan de las actuaciones.

Para la resolución de la presente controversia, deben tomarse en consideración los principales antecedentes fácticos que resultan de las actuaciones:

1.- Dña. Delia, de 51 años de edad en el momento de los hechos, diagnosticada de artritis reumatoide seropositiva y fibromialgia en tratamiento, el 30 de enero de 2017 acudió a la consulta de Traumatología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias y fue diagnosticada de hallux valgus bilateral, unión dolorosa, hallux rigidus con disminución de movilidad MTF del primer dedo en carga. Hiperqueratosis bajo 2º MTT con metatarsalgia. Se propone la utilización de plantillas que la

paciente no acepta. Desea operarse. Firma el documento de consentimiento informado y se incluye en lista de espera quirúrgica.

Con fecha 21 de mayo de 2018, se reconoció un Grado de Discapacidad por parte de la Comunidad de Madrid de un Total del 52%.

Previo preoperatorio que no contraindica cirugía, el 31 de julio de 2018 ingresa en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias para cirugía programada de hallux valgus y metatarsalgia de pie izquierdo. En la exploración física presenta hallux valgus-rigidus con dolor metatarsal bajo M2-M3-M4. 2° dedo en garra, flexible. No dolor en retropié, normoalineado. En la Rx de pies en carga se observa indexminus muy pronunciado. Se realiza osteotomía scarf M1 con efecto traslado y acortamiento, sintetizada con 2 tornillos Barouk. Osteotomía triple Weil M2-M3- M4 sintetizadas con twist off. La evolución es favorable y recibe alta el 1 de agosto de 2018.

El 14 de septiembre de 2018 se realiza Rx en carga en la que se objetiva osteotomías 1°, 2°, 3° y 4° metatarsianos, con osteosíntesis, en proceso de consolidación en pie izquierdo. AIM 15°, AHV 35°. Erosión en cabeza de 5° metatarsiano bilateral (signo precoz de afectación por artritis reumatoide en el pie).

El 16 de noviembre de 2018 acude a revisión. En la exploración física presenta pie izquierdo con hallux valgus residual debido a su patología inflamatoria de base, ligera desviación lateral en los dedos menores. No se objetivan queratosis plantares mecánicas. La paciente refiere dolor en ambos pies, con características de predominio inflamatorio y continúa en tratamiento por artritis reumatoide. La deformidad del pie se asocia a la artritis reumatoide, así como a recidiva y progresión de la deformidad pese a tratamiento quirúrgico. Se descarta tratamiento quirúrgico y se recomienda tratamiento sintomático, órtesis acomodativas (plantillas). Recibe alta en COT y se le indica seguimiento por Reumatología.

El 12 de febrero de 2019 acude a Urgencias por dolor en el pie izquierdo. Refiere que le asoma un tornillo por la piel. Se realiza exploración física y Rx del pie izquierdo y recibe alta con diagnóstico principal de metatarsalgia en pie izquierdo y secundario de rectorragia. El 7 de marzo de 2019 es revisada en consulta de COT por dolor en el pie izquierdo. Se solicita Rx de ambos pies en carga y proyección de Walter-Müller y revisión en la Unidad de Pie. Se le recomienda realizar ejercicios y cal-

zado especial. No se considera indicada intervención quirúrgica.

2.- El 4 de abril de 2019 acude a consulta de Traumatología del Hospital Universitario La Paz por mala evolución de cirugía de hallux valgus izquierdo. Previa radiografía en la que se observa falta de consolidación en tercer y cuarto metatarsianos, en proceso de consolidación con mala orientación de carilla articular y osteotomía no lateralizada es diagnosticada de recidiva de hallux valgus izquierdo. Dada la falta de consolidación de las osteotomías, no se considera indicada la cirugía.

El 9 de mayo de 2019 acude a COT del Hospital Universitario Príncipe de Asturias. En la Rx se objetiva pseudoartrosis en M3, no doloroso en ese momento y deformidad de hallux valgus. Se recomienda ejercicios, calzado especial y se remite a Rehabilitación. El 17 de julio de 2019 acude a consulta de Rehabilitación y se pauta tratamiento con magnetoterapia. El 3 de octubre de 2019 es revisada de nuevo en COT del Hospital Universitario La Paz. Con diagnóstico de recidiva de hallux valgus izquierdo, firma el consentimiento informado para intervención quirúrgica, se incluye en la lista de espera para nueva osteotomía distal de primer metatarsiano y akin de falange proximal y nueva osteotomía distal de 5° metatarsiano con alargamiento de extensores de segundo a cuarto.

El 16 de octubre de 2019 acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Príncipe de Asturias por dolor en el pie izquierdo. En la exploración presenta deformidad en valgo de MTF de 1° dedo. Lesión redondeada, blanquecina, con salida de líquido seroso, a nivel de articulación MCF de 1er dedo. A dicho nivel se palpa material duro redondeado. No otros puntos dolorosos. Balance articular completo indoloro. En la Rx de pie: MOS no desplazado. Osteofito a nivel de cabeza de primer MTT. Se indica tratamiento sintomático y revisión en la Unidad del Pie.

El 18 de noviembre de 2019 es revisada en COT del Hospital Universitario La Paz y tras la exploración física y pruebas complementarias es diagnosticada de hallux valgus y bursitis de primer metatarsiano de pie izquierdo sin signos de infección.

El 22 de noviembre de 2019 acude a revisión a COT del Hospital Universitario Príncipe de Asturias. Presenta hallux valgus con corrección insuficiente, herida en bunion de 2 mm con manchado seroso de baja cuantía. No tumefacción. Dedos en ráfaga lateral, no dolor plan-

tar significativo ni queratosis plantar bajo MI ni bajo radios menores. Se encuentra en tratamiento con metotrexate desde hace un año y se le indica retirar el metotrexate puesto que hay signos de infección local, probablemente secundaria a lesión cutánea por roce de calzado. Se aconseja cirugía de curetaje y desbridamiento en un primer tiempo con retirada de tornillos y en un segundo tiempo reintervenir el juanete. No se considera indicada reintervención 41e radios menores puesto que no tiene dolor plantar y la fórmula metatarsal es correcta. La paciente manifiesta que pensará la propuesta puesto que tenía previsto seguir este proceso en el Hospital Universitario La Paz. El 25 de noviembre de 2019 la paciente comunica su decisión de seguir el tratamiento en el Hospital Universitario La Paz.

El 16 de diciembre de 2019 es intervenida quirúrgicamente en el Hospital Universitario La Paz por recidiva de hallux valgus de pie izquierdo. Se realiza bursectomía con corrección de tejido blando y osteotomía de primer MTT. Artrodesis cuneometatarsiana Lapidus+ akin de falange proximal. El postoperatorio cursa sin complicaciones con buen control analgésico y recibe alta el mismo día.

3.- Mediante escrito presentado en fecha 3 de febrero de 2020, D. Evelio formuló reclamación patrimonial en nombre y representación de DÑA. Delia, por la que considera deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, al entender que el 31 de julio de 2018 se realizó una intervención defectuosa en el pie izquierdo, que no solo no corrigió la deformidad del hallux valgus, sino que empeoró el estado del pie.

4.- Con fecha 2 de noviembre de 2021 se emitió por la Comisión Jurídica Asesora Dictamen nº 555/21 de 2 de noviembre de 2021.

5.- Con fecha 27 de enero de 2022 se dictó por del VICECONSEJERO DE ASISTENCIA SANITARIA Y SALUD PÚBLICA Orden nº 97/22 por la que se resuelve ESTIMAR PARCIALMENTE la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por DÑA. Delia (NUM000), reconociendo su derecho a una indemnización por importe total actualizado de 3.000 euros.

QUINTO.- Pruebas practicadas.

Obra en las actuaciones el expediente administrativo, conformado por la historia clínica de la actora, así como diversos informes, entre los que cabe destacar el Informe de la Inspección Sanitaria, de 1 de diciembre de

2020 (folios 175 y ss. del Expediente) de cuyo punto 7 se desprende que:

" 7. JUICIO CRÍTICO

La reclamación hace referencia a la realización de un procedimiento quirúrgico defectuoso en el HUPA y se basa en un informe pericial que se incluye en la reclamación. También considera que el HUPA "no reconoce el error" y no plantea nueva cirugía por lo que la paciente cambió a otro hospital.

De acuerdo con lo recogido en la historia clínica y en el informe del Jefe de Servicio la indicación quirúrgica fue correcta. Basándose en los datos de la exploración física (dolor metatarsal en 2º, 3º y 4º e hiperqueratosis plantar del 2º, y de la radiología, se considera necesario realizar, además de la corrección del primer metatarsiano, las osteotomías de 2º,3º,4º MTT, decisión acorde con la bibliografía publicada, teniendo en cuenta la sintomatología de la paciente.

Antes de la inclusión en lista de espera quirúrgica se le propone realizar tratamiento conservador ortopédico, pero ella lo rechaza, por lo que se plantea la cirugía, previa firma del documento de consentimiento informado.

En las revisiones posteriores a la intervención se constata la recidiva del hallux valgus que es la complicación más frecuente de esta cirugía como recoge la bibliografía científica, especialmente cuando existen enfermedades sistémicas como la artritis reumatoide, como sucede en este caso.

El documento de consentimiento informado firmado por la paciente con fecha 1/03/17 recoge, entre las complicaciones del procedimiento quirúrgico, en el apartado c) Recurrencia de la deformidad que requiera una nueva intervención.

En cuanto al segundo punto, dice la reclamante que no se le ofrece nueva cirugía, tampoco se ajusta a lo recogido en la documentación clínica. En las primeras revisiones, en noviembre de 2018 y marzo de 2019 se prescribe tratamiento conservador, con rehabilitación y uso de calzado especial, no considerándose indicada en ese momento la intervención quirúrgica, lo mismo que consideran en el Servicio de COT del H. La Paz un mes más tarde, en abril de 2019. Desde octubre se produce una lesión cutánea, probablemente por el roce del juanete, que requiere en un primer tiempo la limpieza de la herida y retirada del material de osteosíntesis. En

noviembre de 2019 se plantea en un segundo tiempo nueva cirugía correctora de la deformidad. Tras esta propuesta la paciente expresa su deseo de continuar dicho tratamiento en el HULP, por lo que interrumpe su atención en el Servicio de COT del HUPA.

En resumen, se trata de un mal resultado (recidiva del juanete) de una intervención quirúrgica correctamente indicada y realizada, practicada en un Hospital con experiencia en el procedimiento y que se realizó sin incidencias y con buena evolución inicial.

La mala evolución, hacia la recidiva del hallux valgus está recogida en el consentimiento informado que firmó la paciente y como recoge la literatura científica se trata de la complicación más frecuente, especialmente tratándose de una paciente con una patología articular evolutiva que puede condicionar el resultado de la intervención.

La atención se ha prestado posteriormente en el servicio de COT del HULP donde se le han realizado desde entonces 2 intervenciones (dic 2019 y octubre 2020) y continúa en seguimiento".

En el Informe de la Inspección se incluye la siguiente CONCLUSIÓN:

" La asistencia prestada se ajusta a la "lex artis".

Por la parte actora, se ha aportado a este procedimiento Informe Médico-Pericial elaborado por el Dr. D. Raimundo, especialista en cirugía ortopédica y traumatología, en el que relata las fuentes del informe, se resumen los hechos y se formulan consideraciones médico-periciales sobre la patología del antepie antes de analizar el caso. Respecto del consentimiento informado, se indica que se debería haber reflejado en el apartado de riesgos personalizados la mayor probabilidad de complicaciones y de peor evolución debido a la artritis reumatoidea y fibromialgia de base, a pesar de no presentar clínica en los pies, sin embargo, esa peor evolución que, en efecto, apareció, no fue debida a su patología de base.

Respecto de la intervención practicada considera que tan solo se debería de haber corregido el valgus y que en la intervención no se ha corregido en absoluto el H. valgus, no se ha actuado sobre la primera falange, se han realizado osteotomías de Wel (no indicadas de entrada) sobre 2º, 3º y 4º MT que además han sido deficientemente fijadas. Considera que la mala evolución del pie izquierdo ni es atribuible a una recidiva del ha-

llux valgus ni es atribuible a la artritis reumatoide de base.

En su informe pericial, el perito propuesto por la actora alcanza las siguientes CONCLUSIONES:

" 1ª.- Dª Delia, de 50 años, con antecedentes de AR y fibromialgia, presentaba un hallux valgus bilateral, siendo más sintomático en el pie izquierdo, por lo que se programó para tratamiento quirúrgico, una vez que no aceptó el tratamiento conservador, en marzo de 2017 por parte del Serv. de COT del H. U. Ppe. de Asturias. Correcto.

2ª.- El consentimiento informado no fue el adecuado para el caso, al no mencionar las circunstancias personales que podían facilitar la aparición de complicaciones.

3ª.- Intervenido el 31/07/2018, se realizaron dos actuaciones, ambas incorrectas: sobre el h. valgus porque nunca se llegó a corregir ni un solo grado de desviación (incluso se empeoró la orientación articular MTF) y sobre 2º, 3º y 4º MT, donde no estaba indicado realizar osteotomías, además de efectuar mal la técnica de fijación al colocar los tornillos fuera de lugar.

4ª.- Ante estas actuaciones, no cabía esperar otra cosa que una mala evolución. La paciente no solo mantuvo el dolor todo el tiempo, sino que la situación del pie fue empeorando a lo largo de los meses siguientes, desarrollando un auténtico "pie catastrófico".

5ª.- Tras acudir a otro hospital, en concreto a La Paz, fue nuevamente intervenida en dos ocasiones: octubre de 2019 y en diciembre de 2020, consiguiendo tan solo una mejoría parcial.

6ª y última: En consecuencia, se aprecia una vulneración de la lex artis ad hoc (mala indicación quirúrgica) y una mala praxis (técnica quirúrgica muy deficiente) por parte del Servicio de COT del H. U. Ppe. de Asturias, lo que ha ocasionado un agravamiento del estado del pie y la necesidad de nuevas intervenciones en otro hospital, que no van a lograr una mejoría completa".

Por la entidad codemandada se ha aportado a este procedimiento informe médico pericial emitido por el Dr. Oscar, Especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, Máster en Valoración del Daño Corporal.

Tras referirse a las fuentes del informe, resumir la historia clínica, se formulan consideraciones médicas

sobre el hallux valgus, la fibromialgia y el tabaquismo y se analiza la praxis y se considera que la indicación y la intervención realizada eran necesarias, dada la clínica, las pruebas de imagen realizadas y el rechazo del tratamiento conservador inicial. Se ajusta a la lex artis. Se indica que se realizó un seguimiento en consultas admitiendo las complicaciones acaecidas y aconsejando manejo conservador en un primer momento. Se ajusta a la lex artis. Posteriormente se le ofreció un plan terapéutico quirúrgico, una vez controlada, curada la infección, que la paciente rechazó por querer seguir el tratamiento en otro centro. Se ajusta a la lex artis.

En la CONCLUSIONES GENERALES de su informe se indica que los factores adversos subyacentes descritos para el resultado final el hospital demandado no ha tenido nada que ver.

Se considera que "La paciente fue correctamente diagnosticada de su lesión tras acudir al hospital demandado. Allí fue correctamente intervenida, previo correspondiente consentimiento informado específico y con informe quirúrgico que demuestra correcto conocimiento y práctica médica, según la lex artis actual de dicha patología. Independientemente de las complicaciones subsiguientes (no infrecuentes, sino esperables en este caso), la paciente fue correctamente atendida, citada y tratada, sin perder nunca el deber de cuidado y la diligencia en atender sus demandas. Todo esto a mayores de estar siendo atendida concurrentemente en otro centro (Hospital La Paz). Estos hechos demuestran el buen hacer del hospital demandado y el que "no haya lugar" para la reclamación patrimonial."

Y se alcanza la siguiente CONCLUSION FINAL:

"El desenlace de este caso no puede ser atribuido a una mala praxis, sino a complicaciones inherentes a la cirugía de las deformidades adquiridas del antepié (hallux valgus y metatarsalgia), como son la recidiva de la deformidad/dolor persistente (la más frecuente de las complicaciones), infección local y retraso/ausencia de consolidación de las osteotomías realizadas.

Dichas complicaciones son, además, especialmente esperables en una paciente con graves factores de riesgo añadidos (como son artritis reumatoide, activa a pesar de la medicación, fibromialgia y tabaquismo activo). Los procedimientos efectuados fueron acordes a la lex artis, con la información y consentimientos previos oportunos (incluido la intervención). Además, en todo momento, se mantuvo el deber de cuidado y la diligencia en el tratamiento de la enferma, incluso cuando

estaba siendo tratada concomitantemente en otro centro, lo que descarga aun más la actuación demandada al hospital."

La entidad aseguradora codemandada ha aportado asimismo al procedimiento un dictamen pericial de valoración del daño corporal emitido por D. Romulo, Licenciado en Medicina y Cirugía por la Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Valoración del Daño Corporal. En el informe, tras referirse a las fuentes y resumir la historia clínica, se identifican las lesiones diagnosticadas, lesiones temporales y las secuelas, se hace referencia al nexo de causalidad y se alcanzan las siguientes CONCLUSIONES:

" 1° La paciente fue intervenida de hallux valgus, en pie izquierdo. Posteriormente, es diagnosticada de recidiva de hallux valgus por lo que tiene que ser reintervenida.

2° La valoración del daño se valora con Ley 35/2015 Baremo de 2018

3° Considero como días indemnizables 392 días; 1 día que consideramos de perjuicio grave y 391 moderado. Y se considera una intervención indemnizable del Grupo IV del nomenclátor

4° Considero como secuelas acreditadas; una limitación funcional de la articulación metatarso falángica que según baremo valoramos en 3 puntos y una metatarsalgia postraumática inespecífica que valoramos en 1 punto."

SÉPTIMO.- Ausencia de mala praxis.

La parte actora denuncia en su demanda, en síntesis, que hubo mala praxis en la intervención realizada en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias el 31 de julio de 2018 y retraso en el abordaje de las complicaciones surgidas tras dicha intervención.

Para sustentar su tesis, la parte actora se basa, fundamentalmente, en el informe pericial por ella aportado en el que se cuestiona la idoneidad de practicar la intervención no solo en el dedo pulgar, sino también en los dedos 2, 3 y 4 y la técnica empleada que se considera incorrecta atendiendo, fundamentalmente, al resultado de la intervención.

Se considera asimismo incorrecto el seguimiento que se hizo en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias tras la intervención y que motivó que la actora tuviera

que pedir una segunda opinión y ser finalmente tratada en el Hospital Universitario La Paz en donde le practicarón nuevas intervenciones.

Frente a esta tesis, nos encontramos con las conclusiones alcanzadas en el Informe de la Inspección y en el Dictamen pericial aportado a este procedimiento por la entidad codemandada y cuyas conclusiones hemos reproducido en el fundamento anterior.

Pues bien, a la vista de la prueba practicada no puede compartirse la opinión sustentada por la actora de que hubo mala praxis en la intervención que le fue practicada a la demandante en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias. El propio perito de la actora reconoció ante este Tribunal que la conveniencia de operar uno o varios dedos simultáneamente es una decisión que corresponde a cada médico sin que quepa apreciar mala praxis por haber decidido realizar una operación conjunta como ocurrió en este caso.

Aun cuando se acepte que el resultado no fue el esperado, como se puede corroborar a la vista de las fotografías aportadas y de la necesidad de someter a la actora a una nueva intervención, no se ha acreditado que esta circunstancia se deba a una incorrecta praxis durante la primera intervención. Por el contrario, de lo actuado, parece más razonable pensar que la recidiva, que es un riesgo que se presenta en este tipo de intervenciones y que se recogió expresamente y se aceptó por la demandante al firmar el consentimiento informado con fecha 1/03/17 (que se refiere a la "Recurrencia de la deformidad que requiera una nueva intervención") no se debió a la forma incorrecta en que se practicó la cirugía sino a la presencia de otros factores tales como las patologías previas que presentaba la actora, como es el caso de la artritis reumatoide que padecía.

Tampoco puede tener favorable acogida la denuncia relativa a que no se realizó un correcto seguimiento de la actora tras la intervención y que no se le ofreció una nueva cirugía. Y ello, por cuanto que ha quedado acreditada la conveniencia, en un primer momento, de un tratamiento conservador, con rehabilitación y uso de calzado especial, no considerándose indicada en ese momento la intervención quirúrgica, lo mismo que consideró el Servicio del Hospital La Paz cuando la actora acudió a pedir una segunda opinión.

De hecho y como se recoge en el Informe de la Inspección, en noviembre de 2019 se plantea en un segundo tiempo nueva cirugía correctora de la

deformidad. Tras esta propuesta la paciente expresa su deseo de continuar dicho tratamiento en el Hospital Universitario la Paz por lo que interrumpe su atención en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias al que no se le puede reprochar que realizara un incorrecto seguimiento de la evolución de la paciente tras la intervención.

Por tanto, aun cuando se acepte que el resultado de la intervención quirúrgica no fue correcto, esta circunstancia no afecta a la conclusión de que la intervención estaba correctamente indicada y realizada. Debiendo considerarse igualmente adecuado el seguimiento que se realizó de la actora tras la intervención.

En definitiva, la actuación médica dispensada a la actora fue conforme a la *lex artis* sin que tenga sustento alguno la denuncia de mala praxis efectuada.

OCTAVO.- Consentimiento informado.

La parte actora también considera "incorrecto" el documento de consentimiento informado firmado por la paciente.

Respecto de esta cuestión, la actora denuncia en su demanda la inexistencia del adecuado y suficiente consentimiento informado al tratarse de una cirugía programada. En concreto, se denuncia la falta de información a la actora referida a sus riesgos personalizados (artritis reumatoide, fibromialgia, tabaquismo, osteopenia) en el preceptivo consentimiento informado. Se considera que sin dicha información la paciente no pudo calibrar los riesgos a los que se sometía en la intervención quirúrgica programada.

Pues bien, la tesis planteada por la demandante fue acogida por la Administración a la vista de las conclusiones contenidas en el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora que reconoce, en la resolución recurrida, que fue vulnerado el derecho de información de la actora, por cuanto que, atendiendo a que la patología articular evolutiva de la paciente pudo condicionar el resultado de la intervención, entiende que dicho riesgo personalizado debería haberse advertido en el documento de consentimiento informado. Concluye que procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo al reclamante una indemnización de 3.000 euros por este concepto.

Sobre este particular, la Comisión Jurídica Asesora señala que "En nuestro caso, el documento de consentimiento informado recoge los riesgos y complicaciones

de la intervención quirúrgica, sin embargo, el informe de la Inspección Sanitaria considera, tal y como ya ha sido apuntado, que la patología articular evolutiva de la paciente pudo condicionar el resultado de la intervención, lo que permite considerar que, dicho riesgo personalizado debería haberse advertido en el documento de consentimiento informado".

Pues bien, deben confirmarse en este aspecto los razonamientos de la Comisión Jurídica Asesora contenidos en la resolución recurrida. Ahora bien, discrepa esta Sala respecto de la valoración de la indemnización que se concede por esta cuestión, teniendo en cuenta la situación en la que quedó la actora y de la que no se considera que fue suficientemente advertida.

Recordemos que el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, excluye el consentimiento verbal, como regla general, respecto de las intervenciones quirúrgicas, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aquellos procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Por lo demás, la jurisprudencia también ha puesto de relieve que el defecto del consentimiento se considera como incumplimiento de la *lex artis* y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, aunque obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado.

En estos supuestos, el principio general de la carga de la prueba sufre una excepción en los casos en que se trata de hechos que prácticamente pueden ser probados por la Administración, que debe demostrar que el paciente ha sido informado de los riesgos reales de la operación y los resultados lesivos verdaderamente previsibles.

En principio la jurisprudencia entiende que la falta de consentimiento no da lugar automáticamente a responsabilidad patrimonial, porque para que así sea, resulta necesaria la producción de un resultado dañoso. Cuando se produce, se causa un daño moral cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se haya acomodado o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre este acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. El incumplimiento de los deberes de información sólo deviene irrelevante y no da, por tanto,

derecho a indemnización cuando el resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (STS de 2 de enero de 2012).

En consecuencia, si se cumple el anterior requisito deben indemnizarse los daños ocasionados por haberse producido el riesgo no previsto.

En estos casos, la cuantificación de la indemnización se debe fijar en función de la potencialidad o probabilidad de que el paciente, de haber conocido el riesgo, no se hubiera sometido al tratamiento, debiendo tener en cuenta también otros factores como el estado previo del paciente, el pronóstico y la gravedad del proceso patológico, las alteraciones terapéuticas existentes, la necesidad de la actuación médica y su carácter preferente o no.

En el caso enjuiciado, como se ha indicado, el defecto que se aprecia por la Administración, y que se puede corroborar de la simple lectura del documento de consentimiento informado que obra en el expediente, se refiere a que no se informó a la actora de los riesgos específicos teniendo en cuenta sus patologías previas. De hecho, en el apartado 2 de dicho documento firmado el 1 de marzo de 2018, se encuentran en blanco los riesgos personalizados.

Esta circunstancia determina que proceda reconocer una indemnización por los daños morales derivados de esta circunstancia. El daño derivado de la falta de información constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario y un daño moral que afecta al derecho a la autonomía del paciente, que la jurisprudencia califica como incumplimiento de la "*lex artis*".

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 declaró que " esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información (...) supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención". Por tanto, salvo supuestos excepcionales, entre los que no se halla el de autos, el importe de la indemnización no se equipara a la que correspondería por la reparación del daño material resultante de la asistencia sanitaria, aunque el mismo haya de ser tenido en cuenta junto a otras circunstancias.

En orden a la indemnización del daño moral, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 (rec. 2.302/2009) vino a declarar que ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su ca-

rácter afectivo y de "pretium doloris", carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

Entre ellas, además de la entidad del daño, habrán de ponderarse, a título de ejemplo y según los casos: si la asistencia ha sido necesaria y curativa u opcional y satisfactiva; el estado de salud del paciente antes y después de la asistencia sanitaria; la ausencia completa o la insuficiencia de información o del consentimiento informado; el porcentaje de posibilidad o probabilidad de producción del riesgo o complicación; la entidad de la omisión y la trascendencia práctica del defecto en relación al resultado, o si solo se ha tratado de una vulneración formal del derecho de información, sin relevancia material, lo que es tanto como si los riesgos sobre los que no se informó se produjeron finalmente, o no; la edad en el momento de la operación, actividades, formación y situación familiar del paciente; las repercusiones personales y económicas de las lesiones para su vida futura; las opciones disponibles, es decir, en qué medida existía la posibilidad real y razonable de elegir entre someterse al tratamiento o al procedimiento quirúrgico o desistir del mismo; y el daño o situación final del paciente, que consideramos acreditado y valorado en virtud del dictamen de valoración del daño corporal realizado por el perito de la parte actora.

Teniendo la doctrina jurisprudencial que permite considerar la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor así como lo actuado en este procedimiento, debemos concluir que concurren varias de las precitadas circunstancias, lo que determina que, a juicio de este Tribunal, se fije la indemnización en la cuantía total de DIEZ MIL EUROS (10.000 euros) de la que se habrá que descontar el importe que efectivamente haya recibido por este concepto. Dicha cantidad se califica como deuda de valor y se estima actualizada a la fecha de la presente sentencia.

En definitiva, por lo razonado, procede ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto y DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, y la condenamos solidariamente junto a la aseguradora codemandada a que indemnice a la recurrente en la cantidad total de DIEZ MIL EUROS (10.000 euros) de la que se habrá que descontar el importe que efectivamente haya recibido la actora por este concepto. Dicha cantidad se califica

como deuda de valor y se estima actualizada a la fecha de la presente sentencia.

NOVENO.- Costas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y teniendo en cuenta la estimación parcial del presente recurso contencioso-administrativo, no procede imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLAMOS

PRIMERO.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo número 166 2022 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por D. Delia representada por la Procuradora Dña. María Gema Morenas Perona contra la Orden nº 97/22 de 27 de enero de 2022 del VICECONSEJERO DE ASISTENCIA SANITARIA Y SALUD PÚBLICA por la que se resuelve ESTIMAR PARCIALMENTE la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por DÑA. Delia (NUM000), reconociendo su derecho a una indemnización por importe total actualizado de 3.000 euros la cual ANULAMOS únicamente en lo que se refiere al importe reconocido y, en su lugar.

DECLARAMOS la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, y la condenamos solidariamente junto a la aseguradora codemandada a que indemnice a la recurrente en la cantidad total de DIEZ MIL EUROS(10.000 euros), de la que se habrá que descontar el importe que efectivamente haya recibido la actora por este concepto. Dicha cantidad se califica como deuda de valor y se estima actualizada a la fecha de la presente sentencia.

SEGUNDO.-NO procede imponer las costas procesales devengadas en la presente instancia a ninguna de las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción

Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 4982-0000-93-0166-22 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 4982-0000-93-0166-22 en el campo "Observaciones" o "Con-

cepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

DE 8.000 A 30.000 EUROS

Incrementan indemnización por omitir riesgo de lesión neuronal por cateterismo cardíaco

ADS. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid incrementa la indemnización reconocida en vía administrativa, de 8.000 a 30.000 euros, por daños morales derivados de la omisión del riesgo de lesión neuronal en una intervención de cateterismo cardíaco en un hospital dependiente de la Comunidad de Madrid.

El cateterismo, indicado para tratar la taquicardia de la paciente, se realizó para ablación intranodal. En ésta, se lesionó el nervio femoro-cutáneo, riesgo no contemplado en el consentimiento informado para la intervención. La paciente quedó con secuelas de dolor neurálgico crónico que afectan a la movilidad y la actividad de la pierna derecha, que dio lugar a situación de baja laboral y a perjuicios personales y profesionales.

La demandante acciona tanto por mala praxis en la ejecución del cateterismo, que no reconoce la Administración sanitaria, y por el defecto de información, que sí se admite en vía administrativa. La sentencia **descarta la mala praxis en la ejecución de la ablación por cateterismo** al no quedar probada por el perito de la demandante, así como la aplicación del criterio de daño desproporcionado al tratarse de una complicación poco probable pero posible de la intervención.

Todas las opiniones de **peritos e inspección sanitaria**, y las propias resoluciones administrativas, coinciden en que la paciente debió ser advertida del riesgo de lesión neuronal (**meralgia parestesia**) como una complicación posible del acto médico.

La meralgia parestésica se presenta como dolor y parestesias en la trayectoria del nervio, pero este posible efecto no se recoge en el consentimiento, que sí informa de la posibilidad de dolor persistente en la zona de la punción.

Para valorar la indemnización, el TSJM tiene en cuenta las siguientes circunstancias:

- La necesidad de la intervención, al no existir alternativas válidas para la taquicardia de la paciente.

- La edad, de 23 años, el buen estado de salud general -a excepción del citado problema cardíaco- y el normal desarrollo de actividades profesionales y personales antes de la intervención.

- El **consentimiento informado incompleto**, que no advierte del riesgo de lesión neuronal.

- La **lesión del nervio femoro cutáneo** producida en las punciones de la vena femoral durante la intervención, y el bajo índice de probabilidad de que dicha lesión se produjera.

- La realización de la técnica del cateterismo conforme a la "lex artis".

- **Los posteriores tratamientos** farmacológicos, "numerosísimas infiltraciones, termocoagulación de ganglio raíz dorsal y colocación de estimulador espinal-cuya batería dura 8 años-, a que la paciente se ha debido someter para paliar el dolor crónico, con resultados prácticamente infructuosos-salvo la eficacia temporal, de un año, de una de las infiltraciones-. Y también el **tratamiento psiquiátrico** que ha debido seguir a consecuencia de la situación creada".

- El largo periodo, aunque no determinado, de perjuicio personal básico por **lesiones temporales**, y los numerosos periodos de **baja laboral**.

- Las **secuelas físicas por neuralgia, psíquicas por depresión crónica, y estéticas**.

- La **pérdida de calidad de vida**, por las percusiones de las secuelas, que limitan la vida ordinaria, incluido el ocio y el deporte -por la interferencia del dolor en la marcha y en la actividad física-, y en la vida profesional por las mismas causas, con necesaria adaptación de su puesto de trabajo por las limitaciones que padece la demandante.

La Sala valora el **dictamen actuarial** del perito, que "se lleva a cabo mediante modelos financieros ma-

temáticos actuariales con el fin de valorar, una **estimación de los ingresos futuros que hubiera podido percibir** la demandante de haber seguido desarrollando su actividad profesional como lo estaba haciendo previo a la adaptación de su puesto de trabajo, frente a una estimación de los ingresos futuros que va a percibir en su nuevo cargo, desde el momento del cambio hasta la edad de jubilación".

La indemnización se considera actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño o de la reclamación -por todas sentencias del Tribunal Supremo de 21 abril 1998-.

Según esta sentencia, la doctrina del daño desproporcionado no se aplica cuando el resultado puede obedecer a un riesgo o a una complicación inherente al acto médico y/o se pueden explicar los hechos a través de las pruebas practicadas en el proceso, ya que la esencia de la doctrina no está en el hecho "físico" de que el resultado sea desproporcionado a lo que se esperaba (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013).

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 318 Oct. 2023. *Elevan la indemnización asignada en vía administrativa por consentimiento deficiente (omisión del riesgo de la intervención de hallux valgus por patologías previas del paciente).*

ADS nº 313 / Abril 2023. *El consentimiento para histerectomía parcial no sirve para realizar una total (TSJGAL eleva la indemnización por infracción del consentimiento).*

ADS nº 303 / Mayo 2022. *Omisión de consentimiento / Elevan a 6.000 la indemnización de 500 euros.*

ADS nº 234 / Feb. 2016. *Elevan a 40.000 euros la indemnización por omisión del consentimiento.*

ADS nº 238 / Jun. 2016. *TSJG reconoce el 'daño desproporcionado' y multiplica por 8 la indemnización.*

ADS nº 238 / Jun. 2016. *TSJM eleva de 3.000 a 25.000 euros la indemnización en vía administrativa.*

ADS nº 294 / Jul. - Ag. 294. *Cirugía cardiaca / Daños morales por no informar de riesgo personalizado.*

ADS nº 294 / Jul.- Ag. 2021. *Cirugía cardiaca / Daños morales por no informar de riesgos neurológicos.*

ADS nº 181 / Abril 2011. *TC 37/2011, de 28 de marzo de 2011. La sentencia TC sobre consentimiento abre un nuevo escenario jurídico. Por Iñigo Barreda. Director de ADS. (En este litigio se expone cómo el recurrente ingresó en urgencias a las 14:16 del 4 de septiembre de 2005, y el cateterismo no se le practicó hasta la mañana del día siguiente. De tal modo que, aunque la decisión médica no se adoptara de manera inmediata al ingreso del paciente, lo cierto es que el lapso de tiempo transcurrido parece suficientemente amplio como para que, una vez que los facultativos entendieron procedente la realización del cateterismo como solución para la dolencia del actor, éste fuera informado sobre las consecuencias,*

riesgos y contraindicaciones de la intervención, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.1 de la Ley 41/2002 (...)".

ADS nº 297 / Nov. 2021. *Recolocación de empleado en prácticas que contrae insuficiencia cardiaca.*

ADS nº 208 / Oct. 2013. *EEUU / 'Boston Scientific' indemniza por venta dispositivos cardiacos defectuosos.*

STSJ, Contencioso, del 29 de septiembre de 2023
(ROJ: STSJ M 10545/2023- ECLI:ES:TSJM:2023:10545)
Id. CENDOJ: 28079330102023100761
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso Sede: Madrid
Sección: 10 Sentencia: 774/2023 Recurso: 728/2022
Fecha de Resolución: 29/09/2023
Procedimiento: Procedimiento ordinario
Ponente: FRANCISCA MARIA DE FLORES ROSAS CARRION
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sección Décima

Procedimiento Ordinario 728/2022 MJ

Demandante: Dña. Valle
PROCURADOR Dña. SILVIA BATANERO VAZQUEZ

Demandado: COMUNIDAD DE MADRID
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA
SOCIETE HOSPITALIERE DASURANCES
MUTUELLES SHAM
PROCURADOR D. ANTONIO RAMON RUEDA LOPEZ

Presidente:
Dña. M^{ra} DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION
D. RAFAEL BOTELLA GARCÍA-LASTRA
Dña. GUILLERMINA YANGUAS MONTERO
D. BENJAMIN SANCHEZ FERNANDEZ

En la Villa de Madrid, a 29 de septiembre de 2023.

La Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha visto el recurso contencioso administrativo trami-

tado con el número 728/2022 de su registro, que se ha interpuesto por doña Valle, representada por la Procuradora doña Silvia Batanero Vázquez y dirigida por la Letrada doña María del Carmen Cao Armillas contra la resolución dictada en fecha de 28 de diciembre de 2021 por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid, parcialmente estimatoria de reclamación de responsabilidad patrimonial, y confirmada en recurso de reposición por la resolución de 19 de mayo de 2022.

Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y dirigida por el Letrado de su Abogacía General don Francisco Peláez Albendea. Se ha personado en el proceso la entidad SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUTUELLES, SUCURSAL EN ESPAÑA (SHAM), representada por el procurador don Antonio Rueda López y dirigida por el Letrado don Esteban de Arespachaga Velo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso administrativo, se reclamó el expediente administrativo y, siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó solicitando sentencia "estimando íntegramente la demanda por la que anulando la actividad administrativa impugnada por ser disconforme a derecho, declare la responsabilidad patrimonial del servicio Público de Salud de la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios ocasionados a mi mandante por un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios públicos y condene a dicha administración a indemnizar a la actora en la cantidad de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000,00) euros, en concepto de indemnización global por los daños y perjuicios por mala praxis medico sanitaria producida en la intervención del día 7 de Diciembre de 2016 en el HOSPITAL000 o subsidiariamente se fije una indemnización por daño moral, en la cantidad de CIEN MIL EUROS (100.000€), por infracción de la lex artis ad hoc a causa de la privación del ejercicio de la autonomía del paciente por los defectos del consentimiento informado y no haber sido adecuadamente informada de los riesgos de la intervención.

A la cantidad objeto de condena se descontará la cantidad reconocida e indemnizada a la paciente por importe de 8.000€.

Y con condena a los intereses y costas del procedimiento".

SEGUNDO.- La Comunidad de Madrid y SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUTUELLES, SUCURSAL EN ESPAÑA, se opusieron a la demanda, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho que invocaron, terminando por solicitar sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Habiéndose recibido el proceso a prueba, se practicaron los medios probatorios propuestos y admitidos con el resultado que obra en autos.

Presentados los escritos de conclusiones por todas las partes personadas en autos y finalizada la tramitación del proceso, se señaló para votación y fallo del recurso el día 27 de septiembre de 2023, fecha en que tuvo lugar.

En la tramitación del proceso se han observado las reglas establecidas por la Ley.

Ha sido Magistrado Ponente doña Francisca María Rosas Carrión, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Valle interpuso el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada en fecha de 28 de diciembre de 2021 por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid, confirmada en reposición por la de 19 de mayo de 2022, mediante la que se estimó parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en fecha de 5 de octubre de 2018, para la indemnización, en cantidad entonces no concretada, de los daños y perjuicios derivados de mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio de Cardiología del HOSPITAL000, en un cateterismo cardíaco realizado el día 7 de diciembre de 2016 para ablación de taquicardia intranodal, en la que se lesionó el nervio femoro-cutáneo, riesgo no contemplado en el consentimiento informado que firmó para la intervención, de la que quedó con secuelas de dolor neurálgico crónico con la movilidad y la actividad de la pierna derecha, que dio lugar a situación de baja laboral y a perjuicios personales y profesionales.

La resolución dictada en fecha de 28 de diciembre de 2021 por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid, estimó par-

cialmente la reclamación y acordó indemnizar en 8.000 euros la falta de la información adecuada sobre los riesgos de la intervención, decisión que tuvo su fundamento en la historia clínica de la paciente, en los informes de los Servicios de Neurología y de Cardiología y en el de la Inspección Sanitaria, así como en dos dictámenes facultativos de valoración del daño encargados por el SERMAS y en el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, concluyendo que la neuralgia que sufre la paciente no se contemplaba como riesgo inherente a la intervención en el consentimiento informado y que debió informarse del mismo porque, aunque la posibilidad de concurrencia sea baja, es conocida por la literatura médica.

La resolución de 19 de mayo de 2022 desestimó el recurso formulado contra la primera, al considerar que, al no haberse acreditado una incorrecta práctica sanitaria, no procede indemnizar todos los daños y perjuicios sufridos, sino únicamente el daño moral causado por el defecto de información a la paciente, lo que impide aplicar, ni siquiera orientativamente, el Baremo establecido para las víctimas de accidentes de tráfico, por lo que se asume la valoración del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que se ha fijado en consideración a las circunstancias del caso.

Previa exposición de los hechos resultantes de la historia clínica y de los documentos obrantes en el expediente y de los aportados con la demanda, con apoyo en los informes actuarial y médicos de los peritos designados por la parte, e invocando el artículo 106 de la Constitución Española, los artículos 32.1 y 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el artículo 10 de la Ley 14/1987, General de Sanidad, el baremos de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, como referencia orientativa, y la doctrina jurisprudencial que los ha interpretado, se alega en la demanda que la praxis médica vulneró la "lex artis" no solo por defectos del consentimiento informado, sino también por haberse empleado una técnica incorrecta en la intervención quirúrgica, que produjo a la demandante una lesión en el nervio femorocutáneo derecho con consecuencias desproporcionadas con la patología inicial, que se han prolongado a lo largo de más de 5 años, durante los que la paciente ha necesitado 5 cirugías posteriores y numerosas infiltraciones y tratamientos paliativos, ha estado en situaciones de baja laboral, se ha tenido que adaptar su puesto de trabajo con importantes pérdidas económicas, ha padecido DIRECCION000, limitaciones para desplazarse, afectación para el ocio y para prácticas deportivas, y se le tiene que cambiar la batería del estimulador cada 8 años.

La Comunidad de Madrid ha solicitado la desestimación del recurso contencioso administrativo, ratificándose en su resolución estimatoria parcial, y discutiendo la extensión del periodo de incapacidad temporal y la valoración del daño corporal por los que se reclama.

Igual pretensión desestimatoria deduce SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D' ASSURANCES MUTUELLE (SHAM) que en su escrito de contestación a la demanda ha objetado que, pese a su personación en el proceso, no se la puede condenar al no haberse deducido pretensiones contra ella en vía administrativa ni en la demanda. A salvo lo anterior, entiende que en el recurso no procede negar la responsabilidad patrimonial por la incorrección del documento de consentimiento informado cuya indemnización ha de ser por daño moral y determinarse teniendo en consideración las circunstancias concurrentes, como ha sido el caso, añadiendo que no ha existido mala praxis en el acto quirúrgico; por último, rebate la cuantía indemnizatoria solicitada en la demanda.

SEGUNDO.- Conviene recordar ahora que el artículo 106.2 de la Constitución Española proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer que: " Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

En concordancia con la norma constitucional el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponía : "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Diremos también que el artículo 32.1 y 2 y el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente al tiempo de la asistencia sanitaria por la que se reclama, disponen:

"Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemniza-

dos por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

.../...

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

"Artículo 34. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

.../...

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante

pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

Pues bien, doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 y de 29 de julio de 2013, exige que para que la misma se produzca concurren los siguientes requisitos:

1º.- Un hecho imputable a la Administración, bastando con acreditar que el daño se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

2º.- Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El daño o perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2011, con cita de la de 1 de julio de 2009, declara que " no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa". Y añade que, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007, " la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido". Finalmente, insiste en que " es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

3º.- Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Se ha de señalar que el concepto de relación causal se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, como presupuesto o "conditio sine qua non", esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del anterior, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso, hasta alcanzar la categoría de causa adecuada, eficiente y verdadera del daño (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 y de 16 de febrero de 1999, entre otras).

4º.- Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.

5º.- Que el derecho a reclamar no haya prescrito, lo que acontece al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, dicho plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

También es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que esa responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, dado que no es posible constituir a la Administración en aseguradora universal (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011 y 14 de noviembre de 2011, entre otras).

TERCERO.- En asuntos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria, la doctrina jurisprudencial -por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008- tiene declarado que "(...) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006, sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia

lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (Ss. 14-10-2003 y 13-11-1997). La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decaer la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)".

Se ha de precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico - sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001-.

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 se declaraba:

"(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Admi-

nistración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la "lex artis" (...)", es decir, que la adopción de los medios al alcance del servicio y el empleo de la técnica correcta, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, traslada el deber de soportar el riesgo al afectado y determina que el resultado dañoso no sea antijurídico- sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001, y de 25 de febrero de 2009-, ya que ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles y de la utilización de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, pero no abarca el deber de garantizar un resultado positivo.

También la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (recurso de casación nº 2099/2013) declaraba que:

"...no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría 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 en-

fermo 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", por lo que "si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la "lex artis", no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que "la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

En suma, el criterio de normalidad delimita la responsabilidad sanitaria exigiendo no sólo que exista el elemento de lesión sino también que no se haya prestado un servicio adecuado a los estándares habituales, bien sea porque el personal sanitario no haya actuado con arreglo a la diligencia debida, diligencia que incluye la utilización de los conocimientos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, "teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información", y la disposición de los medios al alcance que, por su propia naturaleza, no tienen un carácter ilimitado.

CUARTO.- Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, señalaremos ahora que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, regula con carácter básico la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, entre cuyos principios inspiradores se recoge el derecho del paciente a recibir una información adecuada antes de prestar el previo consentimiento a toda actuación en el ámbito de la sanidad; el derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles; y la obligación de todo profesional que intervenga en la actividad asistencial de cumplir los deberes de información y de documentación clínica, y de respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

Ese derecho a la información asistencial, que se concreta en los artículos 3, 4, 5, 8 y 10 de la precitada Ley, ha sido examinado desde la óptica del derecho constitucional a la integridad física, en la importante sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, de la que es tributaria, entre muchas otras, la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012.

En lo que específicamente interesa al consentimiento informado, destacaremos que: El artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora

de la Autonomía del Paciente, dispone que " el consentimiento informado supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud".

El artículo 8 de la precitada Ley, regula el consentimiento informado en los siguientes términos:

"Artículo 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento".

Y que el artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, al regular las condiciones de la información previa al consentimiento por escrito, viene a señalar indirectamente el contenido mínimo del mismo, que será: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d) Las contraindicaciones.

Añadiremos, finalmente, a lo anterior que la jurisprudencia que ha interpretado los preceptos citados, entre

otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012, matizando que "(...) no cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada-puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario".

QUINTO.- La decisión de las cuestiones litigiosas planteadas en este proceso pasa por examinar los elementos probatorios aportados al mismo y por valorarlos en su conjunto y según las reglas de la sana crítica-puesto que en nuestras leyes procesales no rige el principio de prueba tasada-, y aplicando, en su caso, las reglas sobre la carga probatoria establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual corresponde al demandante " la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda", y corresponde al demandado " la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior".

Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se " deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio", si bien se ha de señalar que en este caso ambas partes han tenido una facilidad probatoria similar, por cuanto que en el expediente administrativo y en los autos obra la documentación necesaria para resolver la litis. Añadiremos que, como normas reguladoras de la sentencia, las reglas generales o principios de carga de la prueba establecidos en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entran en juego cuando en la misma se estime que no se ha probado un hecho básico, para atribuir las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que le correspondía el "onus probandi", según las reglas aplicables para su imputación a una u otra parte, pero no cuando se considera que un presupuesto fáctico esencial para la resolución de la litis

ha quedado debidamente acreditado mediante cualquier elemento probatorio, sin que, en virtud del principio de adquisición procesal, importe qué parte aportó la prueba- sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de enero y 14 de febrero de 2012, y de 8 de abril de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras.

Diremos, también, que en este caso en la valoración de la prueba se ha de tener en consideración la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico o de la conducta desencadenante del daño, declarada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y de 10 de junio de 2008, en la que, con cita de las anteriores, se recogía que:

"B) La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa. La imputación objetiva al recurrente-o atribución del resultado, *quaestio iuris* [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los *topoi* [leyes] del razonamiento práctico".

Finalmente, por haberse invocado en la demanda la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado, conviene tener en consideración la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), que define el daño desproporcionado como el que " tiene lugar en los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención, en conexión con los padecimientos que se tratan de atender".

En la sentencia de 6 de abril de 2015 (recurso 1508/2013) se ha declarado que la doctrina del daño

desproporcionado o resultado clamoroso se aplica cuando el resultado lesivo no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, sino inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible-por su desproporción- ante lo esperable de la intervención, por lo que es antijurídico, de ahí que no quepa apreciar daño desproporcionado cuando el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

Por su parte, la ulterior sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 (recurso 2822/2014) concreta los requisitos del daño desproporcionado en los siguientes términos:

"La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" significa lo siguiente:

1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción- ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la *lex artis* por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado". Es decir, conforme a jurisprudencia pacífica y consolidada, de la que son exponentes, entre otras, las sentencias

del Tribunal Supremo de 9 de marzo, 17 de septiembre, 2 y 12 noviembre y 4 de diciembre de 2012, 4 de junio y 30 de abril de 2013 y 24 de abril de 2018, las reglas generales sobre la carga de la prueba se excepcionan, recayendo sobre la parte demandada la carga de acreditar que la prestación sanitaria se ha acomodado a la "lex artis ad hoc", en aquellos casos en que el daño del paciente es desproporcionado o clamoroso " ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla "res ipsa loquitur" (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla "Anscheinsbeweis" (aparición de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la "faute virtuelle" (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción".

Ahora bien, la inversión de la carga probatoria no se produce automáticamente por la sola presencia de un gravísimo resultado, sino que, además de requerir que exista nexo causal entre la producción de un resultado desproporcionado con la patología inicial del paciente y la esfera de actuación de los servicios sanitarios y que el daño producido no constituya una complicación o riesgo propios de la actuación médica, exige también que no se haya acreditado la causa de la producción de ese resultado, es decir, que la doctrina del daño desproporcionado no es aplicable cuando el resultado puede obedecer a un riesgo o a una complicación inherente al acto médico y/o se pueden explicar los hechos a través de las pruebas practicadas en el proceso, ya que la esencia de la doctrina no está en el hecho "físico" de que el resultado sea desproporcionado a lo que se esperaba (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013).

SEXTO.- Como resulta de la demanda, en este proceso se acciona tanto por mala praxis en la ejecución del cateterismo, que no han reconocido las resoluciones de 28 de diciembre de 2021 y de 19 de mayo de 2022, como por el defecto de información a la paciente, que sí se ha admitido en vía administrativa, por cuanto que la actora estima que ha de ser íntegramente indemnizada en la totalidad de los daños y perjuicios que ha padecido.

Para que surja la responsabilidad patrimonial por el cateterismo es preciso que se haya incurrido en mala praxis o vulnerado la "lex artis" en su ejecución, o que se haya producido pérdida de la oportunidad terapéu-

tica por falta de utilización en la prestación sanitaria de todos los medios disponibles y adecuados; y también que exista relación causal entre éstas y el daño cuya indemnización se pretende, cuestiones que son eminentemente técnicas, en cuanto pertenece al ámbito de la ciencia médica dilucidar si la intervención quirúrgica se realizó, o no, debidamente, y si el daño a la paciente se produjo por su causa.

Cuando para apreciar y valorar algún punto de hecho de relevancia para resolver esas cuestiones sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece, como cauce adecuado para hacerlos llegar al proceso el de la prueba pericial, y también, en su caso, el del informe de la Inspección Sanitaria que, aunque no sea propiamente una prueba pericial, no deja de ser un importante elemento de juicio cuya fuerza de convicción que proviene de la circunstancia de que el Inspector Médico informa con criterios de profesionalidad e imparcialidad.

Pues bien, a los folios 97 y siguientes del expediente administrativo, obra un informe de praxis realizado en fecha de 25 de marzo de 2019 por la Médica Inspectora doña Inés.

El informe de la Inspección Sanitaria indica sus fuentes, describe detalladamente los hechos recogidos en la historia clínica de la paciente en el HOSPITAL000 a partir del 17 día de diciembre de 2016, con expresión de los actos de asistencia sanitaria y de sus resultados, incluidos el examen del documento de consentimiento informado y los informes de los Servicios implicados.

Después examina y valora el caso en el apartado de "Consideraciones médicas y Juicio Crítico", y concluye que:

"A la vista de lo expuesto anteriormente, y, según la evidencia científica consultada, se concluye que:

Aunque el porcentaje de complicaciones neurológicas, como son las lesiones periféricas en miembros inferiores es baja (un 0,2%), consta en la bibliografía científica que son posibles. Además, también se recoge en la bibliografía consultada que es un riesgo que debería advertirse en el consentimiento informado

Sin embargo, dicha posibilidad no ha quedado reflejada en el consentimiento informado.

La asistencia sanitaria NO fue correcta según los criterios de la lex artis ad hoc".

Este informe no examina la cuestión de la praxis en la intervención del día 7 de diciembre de 2016, aunque, de las consideraciones médicas y del juicio crítico sobre el caso, se deduce que no le reprocha mala praxis ni vulneración de la "lex artis".

Lo mismo se aprecia en el dictamen facultativo de 28 de enero de 2020 y su ampliación de 29 de abril de 2020, así como en la revisión de ambos en fecha de 6 de mayo de 2021, realizados por doña Leonor a instancia del SERMAS, ya que su objeto se restringió a la valoración del daño corporal.

La parte actora ha aportado, como pruebas periciales de praxis, dos informes médicos realizados, respectivamente, por los peritos de su designación don Laureano y don Leovigildo.

El Informe de don Laureano, Licenciado en Medicina, Especialista en Psiquiatría Forense y Máster en Pericia Sanitaria y en Ciencias Forenses, realizado previa anamnesis y exploración de la paciente el 28 de marzo de 2022, especifica sus fuentes, resume la asistencia dispensada, concretan el nexo de causalidad médico-legal, y valora el daño corporal, llegando a las siguientes conclusiones:

"A criterio de estos peritos, se pueden emitir las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Que D^a. Valle sufre meralgia parestésica tras realización de ablación el día 7/12/2016.

SEGUNDA.- Que dicha complicación no fue advertida en el consentimiento informado, lo cual constituye una transgresión de la lex artis.

TERCERA.- Que por las lesiones sufridas requirió un tiempo de estabilización de 8 días de perjuicio grave, 728 de perjuicio moderado, y los 410 restantes de perjuicio básico.

CUARTA.- Que persisten secuelas fisiológicas que se puntúan en 15 puntos de secuelas y estéticas que se puntúan en 3. Como consecuencia de las secuelas persiste un perjuicio moral por pérdida de calidad de vida compatible con 13.000€ y se considera la existencia de un perjuicio excepcional.

QUINTA.- Nos encontramos ante un daño desproporcionado, producido por la intervención quirúrgica de fecha 7/12/16. Este informe, que es muy detallado en cuanto a la determinación y valoración de las secuelas

de la paciente, únicamente examina y valora la praxis en lo que atañe a la problemática propia del consentimiento informado.

En el apartado denominado "Sobre la asistencia dispensada" sugiere, pero no afirma, que la praxis médica no ha sido correcta porque:

"Las lesiones sufridas por la informada en la ablación llevada a cabo el día 7/12/2016 no son inherentes a la técnica, son complicaciones indeseables y que no tienen por qué ocurrir".

Lo que contradice seguidamente cuando, remitiéndose al informe de la Inspección Sanitaria, recuerda que en el mismo se consideran las complicaciones neurológicas como posibles, aunque las lesiones periféricas en miembros inferiores sean bajas (un 0,2%).

Y al exponer los criterios de causalidad, el perito sostiene que una punción nivel femoral puede desencadenar una neuralgia parestésica y que las secuelas de la paciente están descritas como secundarias a un traumatismo en los diagnósticos del SERMAS.

El doctor Laureano califica el resultado lesivo como un daño desproporcionado, pero, en realidad no motiva esa conclusión, puesto que solo la apoya en la consideración de que "obviamente no es esperable que por una punción una paciente quede con una lesión que requiera tratamientos por la unidad del dolor de por vida y que limite para su práctica deportiva y profesional".

Por las razones expresadas, la Sala no le atribuye fuerza de convicción en orden a demostrar que la lesión en el nervio femorocutáneo derecho tuvo su causa en una técnica incorrecta utilizada en la intervención de 7 de diciembre de 2016.

El segundo informe de praxis, realizado por don Leovigildo, Licenciado en Medicina y Cirugía y Especialista en Medicina del trabajo, ha tenido por objeto determinar si existe alguna parte de la asistencia sanitaria recibida que no se ajusta a la "lex artis" así como los daños y perjuicios causado y su valoración. Se ha realizado previa declaración testimonial y examen físico y psíquico del estado anterior y actual de la paciente, y en el mismo se detallan las fuentes, se describe y se valora la praxis sanitaria, concluyendo, en lo que ahora interesa, que:

"Ha existido alguna acción involuntaria del sanitario no ajustada al código de deontología médica: Sí.

Existe algún daño y/o perjuicio objetivo y real en la persona reconocida: Sí

El daño y/o perjuicio apreciado es compatible con la asistencia recibida: Sí

El diagnóstico del daño y/o perjuicio apreciado ha de considerarse de certeza por disponer de suficientes elementos de juicio para emitirlo: Sí"

La primera de las conclusiones periciales no puede interpretarse como un reproche de vulneración del código deontológico, porque, de haber sido así, no se estaría ante una acción involuntaria del sanitario.

Es cierto que en su valoración de la praxis el perito ha dicho:

"La lesión del nervio femorocutáneo derecho es ocasionada por una técnica incorrecta de la punción y si podía haber sido evitada si la técnica hubiera sido correcta y precisa.

Es una lesión previsible y evitable que no forma parte de los riesgos habituales del cateterismo femoral".

Sin embargo, además de que el perito no explica por qué razón se efectuó una punción incorrecta ni de qué otra forma tendría que haberse hecho para evitarla la lesión, tales afirmaciones no son coherentes con otras partes del informe en la que el perito afirma que:

"En este caso concreto existe un cumplimiento adecuado y correcto del procedimiento de realización de la ablación, apreciándose un error involuntario de tipo accidental en la técnica de realización del cateterismo, que ocasionó una lesión traumática en el nervio femorocutáneo derecho.

.../...

Al no apreciarse una acción u omisión voluntaria que haya ocasionado daño o perjuicio a la paciente, la actuación sanitaria ha de ser considerada ajustada y adecuada a la "lex artis".

Al margen de que en el informe no se explica por qué ha existido un daño desproporcionado, el perito se contradice nuevamente cuando califica ese daño como "no previsible" ni lógico. Y así, este informe pericial tampoco tiene fuerza de convicción para sostener la mala praxis ni la vulneración de la "lex artis" en la práctica de la punción del cateterismo. La praxis del cateterismo tampoco se aborda en el dictamen realizado por los peritos de

designación de SOCIETE HOSPITALIÈRE D'ASSURANCES MUTUELLES (SHAM), doña Rosalia y doña Sagrario, ambas Licenciadas en Medicina y Cirugía y Especialistas en Neurología, que han examinado el caso de forma motivada pero desde la perspectiva de la información previa a la paciente, la suficiencia del consentimiento informado y su relación con las secuelas, concluyendo que:

"V.- CONCLUSIONES GENERALES

-Las complicaciones neurológicas del cateterismo cardiaco son poco frecuentes (0.01-0,4%).

- La meralgia parestésica se presenta como dolor y parestesias en la trayectoria del nervio. Si bien esta complicación no está recogida como tal en el consentimiento informado, sí se refiere la posibilidad de dolor persistente en la zona de la punción.

- Tras la primera intervención de la Unidad del Dolor, éste desaparece durante 10 meses.

VI.- CONCLUSIÓN FINAL

Aunque en el consentimiento informado no figura específicamente la meralgia parestesia como posible complicación del cateterismo cardiaco, sí figura la posibilidad de dolor persistente en la zona de inyección. Por tanto, era una consecuencia posible del procedimiento".

Tanto el informe de la Inspección Sanitaria como los informes y dictámenes periciales coinciden, con algún matiz, en que en este caso ha quedado demostrado el defecto de información a la paciente a través de un consentimiento informado incompleto, pero ese extremo ya ha sido reconocido por la Administración en las resoluciones que aquí se impugnan.

Y como ninguno de esos medios probatorios ha examinado la praxis médica desde la perspectiva de la "lex artis" en la técnica utilizada, y la vulneración de la misma se niega en los informes de los servicios sanitarios implicados que obran en el expediente administrativo, se impone la conclusión de que la parte actora no ha cumplido con la carga de acreditar el hecho, alegado en la demanda, de que la lesión del nervio femorocutáneo tuvo su causa en el empleo de una técnica inadecuada en la intervención quirúrgica, carga que le incumbe conforme a las reglas generales del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente, por haberse invocado en la demanda la doctrina del daño

desproporcionado, es preciso matizar aquí que en este caso no cabe alterar la carga probatoria de la recurrente alegando que las consecuencias del cateterismo fueron desproporcionadas con su estado de salud previo, porque, como se ha explicado anteriormente, para que se produzca ese efecto es preciso que el daño producido, que no es otro que la lesión neuronal, no sea previsible, lo que no es el caso porque ese resultado puede producirse, hasta el punto de que todas las opiniones técnicas, y las propias resoluciones administrativas, han coincidido en que la paciente debió ser advertida de ese riesgo o complicación del acto médico.

SÉPTIMO.- Queda por examinar y resolver la cuestión de la suficiencia de la indemnización acordada a favor de doña Valle, en la resolución de 28 de diciembre de 2021, que fue confirmada por la de 19 de mayo de 2022.

El daño derivado de la falta o del defecto de información constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario y un daño moral que afecta al derecho a la autonomía del paciente, que la jurisprudencia califica como incumplimiento de la "lex artis".

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000, relativa a una intervención quirúrgica realizada a un menor sin informar de sus riesgos a los padres, se declaró que " esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información (...) supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención" que ha de ser indemnizado, si bien otra corriente jurisprudencial (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009) hacen depender el derecho a la indemnización de que se haya ocasionado un resultado personal lesivo, diferencia que es irrelevante en el supuesto que nos ocupa porque en la intervención de cateterismo se produjo una lesión neuronal.

Sin embargo, y al contrario de lo que mantiene la demandante, el importe de la indemnización no se equipara a la que correspondería por la reparación integral del daño material resultante de la asistencia sanitaria adecuadamente prestada, aunque el mismo haya de ser tenido en cuenta junto a otras circunstancias. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2018, ya citada, declaraba:

"Bien es verdad que la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que " el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una in-

fracción de la <lex artis> y revela una manifestación anormal del servicio sanitario. No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar" (STS de 22 de junio de 2012, recurso de casación 2506/2011, con abundante cita).

Ahora bien, a los efectos de indemnización, esa misma jurisprudencia se ha cuidado de señalar que en tales supuestos, no procede la indemnización por el resultado del tratamiento, si este fue, como se ha concluido en el caso de autos, conforme a la "lex artis" (sentencias de 27 de diciembre y 30 de septiembre de 2011, y de 9 de octubre de 2012; dictadas en los recursos de casación 2154/2010, 3536/2007 y 5450/2011).

Porque lo procedente en tales supuestos es, como acertadamente concluye la Sala de instancia, la fijación de una indemnización sobre la base del daño moral que se haya ocasionado, para lo cual se ha de atender a las circunstancias del caso; circunstancia que en el supuesto ahora enjuiciado no puede desconocer ni la situación del paciente, la necesidad de las intervenciones y la correcta actuación médica, como concluye la Sala de instancia".

En orden a la indemnización del daño moral, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 (recurso de casación 2.302/2009) vino a declarar que ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de "pretium doloris," carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

En el supuesto de autos son varios los medios probatorios que permiten apreciar las circunstancias a valorar: la Sala tiene en cuenta los informes de los doctores don Laureano y don Leovigildo, que son útiles en la determinación de las secuelas físicas y psíquicas, el perjuicio estético, los tratamientos posteriores al cateterismo y la pérdida de la calidad de vida de la demandante.

No así para ponderar el perjuicio personal básico por lesiones temporales, extremo en que no asumimos, por excesivas, las determinaciones y valoraciones de

los citados peritos, pero que, aunque no determinado, estimamos considerablemente mayor que los 58 días de perjuicio moderado fijados en el dictamen de la doctora Leonor, como también entiende la propia Comisión Jurídica Asesora. Sin embargo, no consideramos demostrado el hecho de que doña Valle tendrá una pérdida salarial de 83.813,41 euros desde el momento de la adaptación de su puesto de trabajo hasta que alcance la edad de jubilación, ya que cálculo actuarial realizado por el perito don Jose Carlos (sobre la pérdida económica que la demandante va a sufrir a lo largo de su vida laboral a consecuencia de la adaptación, en 2019, de su puesto de trabajo en el HOSPITAL000), solo constituye una mera estimación realizada en base a presupuestos fácticos futuros.

Y así resulta de la determinación del objeto del dictamen actuarial, cuando el perito señala:

"Esta valoración se ha llevado a cabo mediante modelos financieros matemáticos actuariales con el fin de valorar, una estimación de los ingresos futuros que hubiera podido percibir la demandante de haber seguido desarrollando su actividad profesional como lo estaba haciendo previo a la adaptación de su puesto de trabajo, frente a una estimación de los ingresos futuros que va a percibir en su nuevo cargo, desde el momento del cambio hasta la edad de jubilación".

En el presente caso, la Sala tiene en consideración las siguientes circunstancias:

- La necesidad de la intervención, al no existir otras alternativas válidas para la taquicardia que padecía la paciente.

La edad, de 23 años, el buen estado de salud general -a excepción del citado problema cardiaco- y el normal desarrollo de la actividades profesionales y personales de doña Valle en ese momento.

-La existencia de consentimiento informado firmado por la paciente, pero incompleto, ya que no fue advertida del riesgo de lesión neuronal.

-La existencia de una lesión del nervio fémoro-cutáneo, producida en las punciones de la vena femoral durante la intervención, y el bajo índice de probabilidad de que dicha lesión se produjera.

-La realización de la técnica del cateterismo conforme a la "lex artis".

- Los posteriores tratamientos farmacológicos, numerosas infiltraciones, termocoagulación de ganglio raíz dorsal y colocación de estimulador espinal-cuya batería dura 8 años-, a que la paciente se ha debido someter para paliar el dolor crónico, con resultados prácticamente infructuosos-salvo la eficacia temporal, de un año, de una de las infiltraciones-. Y también el tratamiento psiquiátrico que ha debido seguir a consecuencia de la situación creada.

- El largo periodo, aunque no determinado, de perjuicio personal básico por lesiones temporales, y los numerosos periodos de baja laboral.

-Las secuelas físicas por neuralgia, psíquicas por depresión crónica, y estéticas.

-La pérdida de calidad de vida, por las percusiones de las secuelas, que limitan la vida ordinaria, incluido el ocio y el deporte -por la interferencia del dolor en la marcha y en la actividad física-, y en la vida profesional por las mismas causas, con necesaria adaptación de su puesto de trabajo por las limitaciones que padece la demandante.

Por todo ello, teniendo en cuenta las precitadas circunstancias y la doctrina jurisprudencial que permite considerar la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño o de la reclamación-por todas sentencias del Tribunal Supremo de 21 abril 1998-, fijamos prudencialmente la indemnización en la cantidad de 30.000 euros, actualizada al momento de la presente resolución y de cuyo pago deberá responder la Comunidad de Madrid, lo que comporta la estimación parcial del presente recurso contencioso administrativo.

OCTAVO.- El artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece en su primer párrafo: "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho".

En el presente caso no procede formular condena al pago de las costas procesales, dada la estimación parcial de la demanda.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Valle contra las resoluciones dictadas por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid en fechas de 28 de diciembre de 2021 y de 19 de mayo de 2022, que anulamos, condenado a la Administración demandada a que indemnice a la recurrente en la cantidad actualizada de 30.000 euros. Sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Con-

signaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 4982-0000-93-0728-22 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 4982-0000-93-0728-22 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Indemnizan no informar del riesgo de patologías previas a cirugías de mama

ADS. En páginas anteriores de este número de ADS (pág. 1111) informamos de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que indemniza por daño moral la omisión del riesgo asociado a la existencia de patologías previas en el consentimiento informado prestado por la paciente para una intervención de *hallux valgus*.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (TSJAS) reitera este criterio. La omisión en el consentimiento informado del incremento del riesgo de la intervención por patologías previas de una paciente a la que se practica una mastectomía bilateral radical (y posterior reconstrucción mamaria) constituye un daño moral indemnizable, según el TSJAS.

El daño moral surge por no reflejar el consentimiento informado para reconstrucción mamaria riesgos potenciales asociados a la patología preexistente. Se considera probado que algunos se materializaron finalmente, por lo que se estima parcialmente el recurso y se reconoce una indemnización de 12.000 euros.

El Servicio de Salud del Principado de Asturias (*Sespa*) tiene que tener en cuenta "los antecedentes clínicos relevantes para advertir de un riesgo específico y personalizado, que no va acompañado de mala praxis, pero sí de materialización de riesgos".

Los informes periciales indican que se agravó la delicada situación de la paciente, de 60 años, causada por dolencias preexistentes, con serio impacto psicológico final.

En la reclamación, se alega que la reconstrucción del pecho fue indebida por no ser las prótesis acordes al tamaño del pecho, y que tuvo consecuencias lesivas el mismo día de la intervención y posteriores,

y se aduce que hubo omisión de las consecuencias y riesgos de la intervención.

La paciente refiere numerosas algias en distintas partes del cuerpo y músculos cuando realiza cualquier movimiento, y, además del daño físico, el psicológico que afecta a su vida normal y profesional, e incluso afirma que ha tenido que cerrar el local en el que desarrolla su actividad. Por perjuicios patrimoniales, por baja médica, por la reconstrucción del pecho y por pérdida de actividad laboral solicita una reclamación de 255.200 euros.

Consentimientos firmados

El TSJAS afirma que "ni los consentimientos informados para biopsias, ni cada consentimiento informado para mastectomía de la mama derecha e izquierda, ni el que consideramos debería haber afinado en relación con la historia clínica de la paciente, el consentimiento informado para la reconstrucción mamaria o asimetrías con prótesis mamarias, aluden a la potencial concurrencia lesiva de sus patologías preexistentes".

Según el perito de la aseguradora concurría la enfermedad traumatológica que justifica completamente el dolor que padece y la incapacidad funcional de sus hombros, "pero precisamente -dice el Tribunal- esa dolencia imponía tomarla en consideración a la hora de someterle a la firma el consentimiento informado. La sentencia del *Tribunal Supremo de 29 de junio de 2020* (rec.4637/2008) recuerda que "no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales como aquí se invoca respecto a la primera intervención. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar".

Recambio de prótesis y expansores

Tras las correspondientes revisiones médicas, se realizó el recambio de los expansores por prótesis *Allergan* de 320CC, habiendo conseguido la expansión un llenado de 340cc. El magistrado subraya que

no existe prueba pericial que avale la tesis de la recurrente de que los expansores fueron rellenados en exceso y que las prótesis eran más grandes del volumen mamario original: "En particular el informe de la perito de la aseguradora confirma que las prótesis implantadas son acordes en forma y volumen para los expansores que se explantaban".

Por tanto, según la sentencia, no existió quebranto de *lex artis* y se actuó "conforme a protocolos e indicaciones clínicas en atención a la sintomatología y estado del paciente en cada fase de la intervención (biopsias, mastectomía y reconstrucción) y sus consecuencias".

El magistrado insiste que el consentimiento informado tiene que ser personalizado tomando como referencia la situación e historial clínico del paciente, con el fin de alertarle de las posibles consecuencias y riesgos de la intervención a la vista de su singularidad clínica.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 287 / Dic. 2020. Daño desproporcionado / CI defectuoso y daño estético en cirugía de mama.

ADS nº 298 / Dic. 2021. Asimetría de mamas y cicatrices "tolerables" no se indemnizan, dice el Supremo.

ADS nº 318 / Oct. 2023. Elevant la indemnización asignada en vía administrativa por consentimiento deficiente (omisión del riesgo de la intervención de hallux valgus por patologías previas del paciente).

ADS nº 318 / Oct. 2023. Elevant indemnización por omitir riesgo de lesión neuronal por cateterismo cardíaco.

ADS nº 313 / Abril 2023. El consentimiento para histerectomía parcial no sirve para realizar una total (TSJGAL eleva la indemnización por infracción del consentimiento).

ADS nº 303 / Mayo 2022. Omisión de consentimiento / Elevant a 6.000 la indemnización de 500 euros.

ADS nº 234 / Feb. 2016. Elevant a 40.000 euros la indemnización por omisión del consentimiento.

ADS nº 238 / Jun. 2016. TSJG reconoce el 'daño desproporcionado' y multiplica por 8 la indemnización.

ADS nº 238 / Jun. 2016. TSJM eleva de 3.000 a 25.000 euros la indemnización en vía administrativa.

ADS nº 294 / Jul. - Ag. 294. Cirugía cardíaca / Daños morales por no informar de riesgo **personalizado**.

ADS nº 294 / Jul.- Ag. 2021. Cirugía cardíaca / Daños morales por no informar de riesgos neurológicos.

ADS nº 181 / Abril 2011. TC 37/2011, de 28 de marzo de 2011. La sentencia TC sobre consentimiento abre un nuevo escenario jurídico. Por Iñigo Barreda. Director de ADS.

STSJ, Contencioso, 27 de septiembre de 2023
(ROJ: STSJ AS 1985/2023- ECLI:ES:TSJAS:2023:1985)
Id. CENDOJ: 33044330022023100466

Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso Sede: Oviedo Sección: 2
Sentencia: 914/2023 Recurso: 357/2022
Fecha de Resolución: 27/09/2023
Procedimiento: Procedimiento ordinario
Ponente: JOSE RAMON CHAVES GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

SALA de lo Contencioso-administrativo

Sección Segunda

RECURRENTE Doña Bárbara
PROCURADORA Doña María Teresa González Torrado
LETRADA Doña Natalia Álvarez Montes

RECURRIDO Consejería de Salud del
Principado de Asturias del Principado de Asturias

CODEMANDADO Bilbao Cía. Anónima
de Seguros y Reaseguros, S.A.
PROCURADOR
LETRADO Doña Begoña Tellado Egusquiza
Don Juan Luque Cabrera

LETRADO SERVICIO JURÍDICO
DEL SESPA Don Javier Jiménez Iglesias

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María José Margareto García, presidente
Don Jorge Germán Rubiera Álvarez
Don Luis Alberto Gómez García
Don José Ramón Chaves García
Don Daniel Prieto Francos

En Oviedo, a veintisiete de septiembre de dos mil veintitres.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 357/2022, interpuesto por doña Bár-

bara, representada por la procuradora doña María Teresa González Torrado y asistida por la letrada doña Natalia Álvarez Montes, contra la Consejería de Salud del Principado de Asturias del Principado de Asturias, representada y asistida por el Letrado del Servicio Jurídico del Sespa don Javier Jiménez Iglesias y codemandada Bilbao Cía. Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A., representada por la Procuradora doña Begoña Tellado Egusquiza, y asistida por el letrado don Juan Luque Cabrera, en materia de responsabilidad patrimonial.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don José Ramón Chaves García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos.

Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a la parte codemandada para que contestase a la demanda lo hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

CUARTO.- Por Auto de 21 de julio de 2022, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para

que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 19 de septiembre pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actuación impugnada

1.1 Es objeto de recurso contencioso-administrativo por doña Bárbara la resolución dictada por la Consejería de Salud del Principado de Asturias de 8 de febrero de 2022 por la que se desestimó la reclamación de indemnización por daños y perjuicios derivados de asistencia sanitaria prestada por el SESPA (Expte. R.P.2021/17), en cuantía de 255.200,00 euros.

1.2 La demanda se fundamenta en que la paciente ha sufrido consecuencias perjudiciales tras la colocación de las prótesis, por haberse realizado: a) una reconstrucción excesiva; b) una reconstrucción inmediata, sin que fuere informada de la posibilidad de elegir o renunciar a ella, ni las consecuencias de llevarla a cabo; se insiste en que no se le habló de las consecuencias de la intervención, sin darle copia del consentimiento informado ni se le indicasen las opciones, y respecto de las prótesis no se le advirtió del posible resultado negativo; se invocó la Ley 41/2002 y sus exigencias de consentimiento personalizado y con especificación, sin que se le hubiese advertido de la influencia de su patología previa; c) Una reconstrucción indebida pues las prótesis no son acordes al tamaño del pecho, produciéndose hemorragias el mismo día en que fue dada de alta médica, con problemas en los puntos de sutura y fuertes dolores en ambos brazos en los meses siguientes, con tendinitis y contracturas, fallos de agarre, e incluso al valorarse la posible técnica radiológica para infiltración guiada se manifiesta en informes de 2018 la negativa por la "limitación de movilidad de hombro derecho para la elevación y separación por encima de 100º. Movilidad de ambos hombros dolorosa". Se insistió en que inicialmente el cirujano doctor Eulogio solo planteaba reemplazar la prótesis derecha, lo que se aplazó hasta la intervención de cambio de ambas prótesis de 13 de febrero de 2020. Se sostuvo que el informe de 23 de mayo de 2018 plasma la movilidad dolorosa de ambos hombros y dolor irradiado, lo que evidenciaría la descompensación, y que "las prótesis de ambas mamas fueron migradas a parte lateral, con defecto volumen y

adherencias en polo medial", por lo que se habría vulnerado la *lex artis*. Se expuso que no se reclama una cirugía estética sino evidenciar una situación sangrante pues como alegó en vía administrativa: "Tengo tanta tensión y están tan estirados todos mis músculos torácicos y piel de la parte delantera hacia atrás y hacia abajo, que me hacen estar encogida y con los hombros subidos continuamente. Tengo que estar desencogíendome, porque tengo dolores en la nuca y hombros, y de tenerlos tensos se me fortalecen y engrosan los trapecios y esplenios, músculo, grasa o lo que sea en la nuca, haciendo un bulto que hace que me resulte incómodo hasta los cuellos de las camisas y chaquetas, y echar la cabeza hacia atrás. Lo mismo si tengo que estirarme un poco, por poco que sea, para alcanzar algo: tengo la sensación de aplastar las prótesis. Inclusive, cuando me doblo para agacharme, la parte alta de los abdominales está tirante y también se está acumulando grasa, sintiendo que estoy aplastando las prótesis, que además son duras como piedras. Todo eso hace que inconscientemente esté en malas posturas hasta para sujetar algo, a poco que pese, con las 2 manos, por el bulto que se me forma al hacer apenas nada de fuerza, en la parte de delante de las axilas (esto me hace encoger los hombros para poner los brazos por encima de los bultos), que corrijo conscientemente siempre que me doy cuenta, pero acabo con fuertes dolores de espalda, cervicales, dorsales y lumbares. Por la noche despierto con los brazos totalmente dormidos y doloridos de las tendinitis continuas, a la mínima que me pongo solo un poco de lado. Controlo la ansiedad que me causan las complicaciones, ya que cada día tengo menos pelo por la parte frontal y de arriba de la cabeza. Me duele moverme, y no solo me refiero a los brazos, sino a todo el contorno torácico; planchar, secar las manos o retorcer una bayeta se me hacen cada día más complicados. No puedo echar los brazos hacia atrás del montón de músculo que debería estar en la parte delantera, ni pegar los brazos al cuerpo longitudinalmente, al hacer la mínima presión, por los abultamientos debajo de las axilas; no puedo "abrazarme" me resulta difícil hasta ducharme, del bulto tan duro y tirante de las prótesis, tampoco puedo doblar bien el cuerpo hacia delante para agacharse. Todo ello hace que mi cuerpo se esté deformando, el brazo derecho engorda y en la axila se formó una masa de grasa que además de ser molesta a veces da pinchazos. Lo que cosieron lateralmente para que todo el músculo, piel o grasa que echaron hacia atrás y esté sujeto para que no pueda volver a su sitio, hacia delante, me da pinchazos y tirones continuamente, y al estirar un poco un brazo para alcanzar algo siento tirantez y pinchazos de desgarro de fibras. Tirar de abajo hacia arriba, de lo que

se tensan los pectorales en las axilas, se me hace un bulto tan grande en la axila que casi no puedo tirar. No puedo hacer fuerza para cortar algo, ya que me causa tendinitis y dolores al realizar la abducción del brazo, por introducirse el tendón bajo el acromion claramente e indicado en el diagnóstico del médico rehabilitador, al valorar el compromiso subacromial, por descompensación por la cirugía de reconstrucción de mama. El simple hecho de sujetar un papel a la altura del pecho para leer algo, genera dolor de los brazos, sobre todo el derecho, que hace que tenga que bajarlo, porque aunque aguante el dolor, quedo sin fuerza. No tengo sensibilidad en la parte de atrás de los brazos y la espalda de los 2 lados, y el hombro derecho, y no me entero si me doy golpes, solo cuando veo los hematomas".

En suma, aduce que se le produce no solo daño físico sino psicológico, que afecta a su vida cotidiana normal, y daño económico pues ya no puede realizar la actividad laboral que desarrolló durante ocho años, ni nueva actividad añadida a la anterior, llegando a perder su local por no poder asumir los pagos de la hipoteca, por lo que se reclama una indemnización de 255.200 €, desglosados: 30.000 euros presupuesto aproximado para la realización de las mejorías; 7.500 euros por días de baja médica para la realización de la reconstrucción necesaria; 37.700 euros por días de baja médica desde la fecha de la operación del cambio de los expansores por las prótesis; 160.000 euros por la pérdida de la actividad laboral durante los últimos 4 años e ingresos dejados de percibir (lucro cesante); 20.000 euros por daños morales.

Tras la pericia judicial, la demandante indica que no cabe achacar todos los padecimientos a la patología previa artrósica y degenerativa de columna, pues todo deviene una vez que se rellenan los expansores en exceso y se colocan unas prótesis demasiado grandes, colocadas pese a la negativa de la paciente.

1.3 Por la Administración del Principado se formuló contestación a la demanda, y con apoyo en el Informe del Servicio de Cirugía Plástica de 12 de abril de 2021, el Dictamen de la Compañía de Seguros de 18 de junio de 2021 y el dictamen del Consejo Consultivo de 17 de noviembre de 2021, se concluye en que el proceso asistencial fue correcto, negándose que se hubiese señalado por dos cirujanos plásticos que las prótesis eran muy grandes para su complejión, sin aportar la demandante ningún informe pericial. Se insistió en la procedencia de la técnica empleada y la idoneidad del tamaño de las prótesis mamarias colocadas, haciendo hincapié en que según la historia clínica de la paciente

estaba aquejada de traumatología no relacionada con la reconstrucción desde mucho antes de practicarse. De ahí que considera que "En conclusión, según el Consejo Consultivo, no se objetiva negligencia alguna, siendo la actuación del personal sanitario conforme a la *lex artis ad hoc*, según se desprende de los informes obrantes en el expediente, que en ningún momento han sido desvirtuados por la reclamante.

La falta del resultado deseado en la reconstrucción mamaria y las molestias que padece la reclamante no pueden imputarse causalmente a la asistencia dispensada, en la que no se objetiva mala praxis.

En definitiva, en la demanda no se razona ni acredita adecuadamente la causa, debiendo considerarse que todas las actuaciones médicas, tanto diagnósticas como terapéuticas, han sido totalmente correctas sin evidencias de mala praxis o actuación médica contraria a la *lex artis*, así, en el presente caso, se acreditó la procedencia de la técnica reconstructiva y la idoneidad del tamaño de las prótesis mamarias implantadas, debiendo tenerse en cuenta la existencia de una patología previa traumatológica a nivel de los hombros, que no está directamente relacionada con la reconstrucción, que conduce a la conclusión de que la falta del resultado deseado en la reconstrucción mamaria y las molestias que padece la reclamante no tienen relación causal con la asistencia dispensada de la falta de atención y diligencia, en relación a la intervención realizada.

1.4 Por Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros se formuló contestación a la demanda y se adujo, su adhesión a la contestación a la demanda del Principado, y dando por reproducido y asumido el dictamen del Pleno del Consejo Consultivo (folios 138 a 159 E.A.) así como a los fundamentos de la resolución expresa de la Consejería de Salud aquí recurrida.

En particular se insistió en que la limitación de movilidad de los brazos no guarda relación con las cirugías plásticas realizadas, y que falta el elemento culpable que permita fundamentar la responsabilidad.

Se señaló que la propia resolución que declara la discapacidad del 33% indica que el origen de las patologías del hombro y la columna vertebral son de carácter degenerativo y ajenas por tanto a la actuación de profesionales del SESPA.

Se opuso a la indemnización solicitada y a todos y cada uno de los conceptos, tildando la valoración de infundada, arbitraria y partidista. Se aportó informe de

Valoración de Daño Corporal del Dr. Ismael que exploró a la paciente el 7 de julio de 2022. Tras citar jurisprudencia se solicitó la desestimación.

SEGUNDO.- Antecedentes relevantes

Constituyen antecedentes clínicos relevantes para la decisión de fondo los siguientes:

1. La paciente (60 años en 2021) contaba con antecedentes de cervicalgia con lesión en C5 (2009).

2. Con fecha 19 de septiembre de 2016 el comité de tumores determinó la realización a la paciente como tratamiento en mama derecha la mastectomía derecha y estudio del ganglio centinela con reconstrucción inmediata y en mama izquierda mastectomía y estudio de ganglio centinela con reconstrucción inmediata.

3. La paciente fue informada de la resolución del comité de tumores y junto con su cirujano se acuerda la mastectomía bilateral dado que la mama derecha presentaba más de un foco e hiperplasia lobulillar atípica lo que hacía más probable la multifocalidad también el mama izquierda y además se trata de unas mamas pequeñas.

4. Con fecha 6 de octubre de 2016 la Dra. Blanca procede a realizar la mastectomía bilateral incluyendo complejos areola-pezones conservando piel y estudio bilateral de ganglios centinelas. Por su parte, el Dr. Eulogio -cirujano plástico- realiza la reconstrucción inmediata en el mismo acto quirúrgico implantando expansores en un bolsillo submuscular completo.

5. Tanto la cirugía como el postoperatorio evolucionan sin complicaciones y de forma secuencial se van rellenando ambos expansores hasta alcanzar volumen de 340 cc, siendo la movilidad de los brazos buena según consta en la Historia Clínica.

6. El diagnóstico tras la mastectomía fue de carcinoma ductal infiltrante de mama grado II de 1,3x1 cm, bordes libres de tumor y ganglio centinela negativo en Mama derecha. Y en mama izquierda, carcinoma ductal infiltrante grado II de 0,9 x 0,7 cm. Bordes libres de tumor y ganglio centinela negativo.

7. Dado que el tumor es Her2 negativo y hormono dependiente se pauta tratamiento con tamoxifeno con buena tolerancia por parte de la paciente según consta en la Historia Clínica.

8. Tras las correspondientes revisiones tanto de la

Dra. Blanca como del Dr. Eulogio se procede, en fecha 18 de octubre de 2017 a realizar el recambio de los expansores por prótesis Allergan de 320CC, habiendo conseguido la expansión un llenado de 340cc. Recibe el alta el 21 de octubre de 2017.

9. Durante el postoperatorio la paciente refiere comenzar con dolor y tirantez mamaria a los 3-4 meses siendo diagnosticada en mayo de 2018 de tendinopatía calcificante del supraespinoso y del supraclavicular.

10. En revisión de 14 de noviembre de 2018 se refiere que si bien el tamaño y la forma general de la reconstrucción es bastante simétrica se aprecia leve disimetría en las alturas de los surcos (El derecho 1 cm más bajo) y defecto de relleno de la zona medial preferentemente en la mama derecha calificándose como bien la mama izquierda.

11. Se programó la cirugía para el 25 de junio de 2019 para recolocación de implantes mamarios.

12. El 29 de octubre de 2019 decide ser valorada por otro médico especialista en cirugía plástica y en el informe se detalla que no se da garantías de conseguir mejorar el exceso cutáneo lateral con el recambio de las prótesis ni de mejorar la movilidad de los brazos, expectativas que tenía la paciente.

13. El 13 de febrero de 2020 se realiza reposicionamiento de las prótesis por unas de menor tamaño (270 cc) mediante capsulotomías mediales y capsulorrafia lateral de la mama izquierdo. Tras esta cirugía es revisada en consultas externas donde se confirma prótesis con buen aspecto aunque refería molestias por exceso de volumen en lateral de la mama izquierda y notar la prótesis muy alta en mama derecha (especialmente al realizar contracción pectoral).

14. El 2 de agosto de 2021 tras ser revisada en consultas externas de cirugía plástica se plantean opciones terapéuticas señalándose entre otras la opción de retirar la prótesis y reconstruir con colgajos locales microquirúrgicos acompañado de posible injerto de grasa.

TERCERO.- Marco jurisprudencial

3.1 En materia de responsabilidad sanitaria hemos de partir de lo señalado por la STS de 16 de marzo de 2.005 (rec. 3149/2001), en cuanto «a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad

basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente», o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso. En concreto, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo afirmó que «La asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y esto es, precisamente, lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugería, desde el punto de vista médico, la evolución del cuadro médico que presentaba el paciente» (STS del 18 de julio de 2016, rec. 4139/2014).

3.2 Asimismo, en relación a la exigencia del consentimiento informado, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (arts. 3 , 4 y 8) precisa que en la definición del consentimiento informado se comprende " la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud ", consentimiento que ha de ser escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas y bien entendido que la información que ha de proporcionarse al paciente ha de consistir en "la finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias ". Bajo esta idea, el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de enero de 2012 mantiene que: " Expuesto lo anterior, deben traerse a colación las pautas generales que rigen la prestación del consentimiento informado, conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. A su tenor, el consentimiento informado supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud (art. 3). A tenor de su artículo 8, se trata de que, una vez recibida la información prevista en el artículo 4, el paciente haya valorado las opciones propias del caso ; siendo evidente también la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3)."

Tal y como recuerda la STS de 22 de junio de 2012 (rec.2506/2011): "También se prevé respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones."

CUARTO.- Sobre la vulneración de la lex artis

Hemos de partir de la necesidad de la intervención de mastectomía bilateral por la existencia de un Carcinoma de mama bilateral. La premisa de la demanda descansa en la imputación a la actuación sanitaria de haber rellenado los expansores en exceso y haber colocado unas prótesis demasiado grandes, de tres o cuatro tallas más del volumen mamario original, incorrectamente puestas y lateralizadas con lo que altera el equilibrio del cinturón escapular y la movilidad de hombros y escapula. La demanda sintetiza el origen de las lesiones en los siguientes términos: "debido a la colocación de las prótesis inadecuadas, presenta mamas con unas prótesis que en los cuadrantes inferiores tienen muy poca cobertura y están encapsuladas en el seno de unas mamas dinámicas, de forma que al contraerse el pectoral mayor las prótesis ascienden y se lateralizan, apareciendo pliegues y arrugas cutáneas en toda la mitad inferior, que le ha generado fuertes dolores por el bloqueo de los músculos y tendones, lo que es posible mejorar según indicaciones médicas; por lo que no cabe sino entender que ha existido una mala praxis".

Para determinar si tal colocación de prótesis fue ajustada a las lex artis hemos de acudir a los informes o pericias médicas. En este punto, ningún informe aporta la parte demandante, ni en vía administrativa ni jurisdiccional que desde la especialización avale el error en la colocación de las prótesis, sino incidencias propias de tan compleja labor.

En cambio, todos los informes obrantes en el expediente avalan la corrección de la intervención, incluso del perito judicial. En efecto, el perito judicial don Teodoro, especialista en Cirugía Plástica Reconstructiva y Estética afirma que "La necesidad de la intervención propuesta (mastectomía bilateral) es evidente dada la existencia de un Carcinoma de mama bilateral, la información de los riesgos y del tipo de procedimiento a realizar adecuada, la técnica realizada fue ajustada a las

guías de práctica clínica habitual y el seguimiento durante el postoperatorio y en consultas externas fue estrecho y continuado en el tiempo, tratando todas las dolencias y complicaciones que han ido surgiendo a lo largo de todo el proceso asistencial sin existir ninguna inobservancia del deber de cuidado".(folios 105- 107 autos).

Así pues, fuera del margen natural de ajuste de las prótesis mamarias y que no existe infalibilidad médica, hemos de subrayar que no existe prueba pericial alguna, que avale la tesis de la recurrente de que los expansores fueron rellenados en exceso y que las prótesis eran más grandes del volumen mamario original; en particular el informe de la perito de la aseguradora confirma que "Las prótesis implantadas son acordes en forma y volumen para los expansores que se explantaban"(folio 102 expte.).

Por tanto, no existe deficiencia alguna de lex artis y la sanidad pública ha actuado conforme a protocolos e indicaciones clínicas en atención a la sintomatología y estado del paciente en cada fase de la intervención (biopsias, mastectomía y reconstrucción) y sus consecuencias.

QUINTO.- Sobre el consentimiento informado

5.1 Consta que la paciente prestó el consentimiento informado en tiempo y forma para las sucesivas actuaciones sanitarias, sin reparo o queja, y pudiendo pedir explicaciones complementarias. De ahí que la queja sobre su posibilidad de obtener más información o revocarlo es inatendible, pues conocía y sabía las premisas y consecuencias de realizar biopsias, mastectomía y la ulterior reconstrucción.

Cosa distinta es que, el consentimiento informado tiene que ser personalizado, y tomar como referencia la situación e historial clínico del paciente, con el fin de alertarle de las posibles consecuencias y riesgos de la intervención a la vista de su singularidad clínica.

5.2 Una vez planteada la reclamación de indemnización por la paciente y en la resolución administrativa desestimatoria, así como en los informes periciales (aseguradora y judicial) cuando brota el dato que desconecta de la asistencia sanitaria, la patología final de la paciente. Es ahora, cuando la Administración y code mandado pretenden exonerar la responsabilidad aduciendo que tal patología guarda relación o causa con la patología preexistente.

Sobre la patología degenerativa, la Administración y los informes obrantes en autos coinciden en sostener que tal dolencia la poseía la paciente antes de ser diagnosticada de las tumoraciones, por lo que valorados bajo la sana crítica, es patente la falta de nexo de causalidad directa por las siguientes consideraciones:

a) Consta en la histórica clínica, como hechos no controvertidos, que desde el año 2000 precisó de tratamiento y realización de TAC Cervical; sufrió un accidente de tráfico en 2005 y fue diagnosticada en febrero de 2009 de cervicalgia con lesión C5. Se añaden otras patologías concurrentes y preexistentes como son migrañas de larga evolución, hipotiroidismo, depresión en tratamiento, lesión isquémica subcortical, dos intervenciones de cesárea y dos nódulos mamarios y tenía tratamiento médico habitual con alprazolam, condrosan y sedotime.

b) Sobre ello, señaló la perito de la aseguradora, doctora Sacramento, autora del informe pericial obrante en el expediente (folios 85 a 103) afirma que "La reclamante relaciona su dolor e incapacidad funcional en los hombros con la reconstrucción mamaria, sin embargo, queda claro por la documentación aportada que padece una tendinitis del supraespinoso con rotura parcial de fibras del mismo y una cervico artrosis severa de C2 a C5. Esa es muy probablemente la verdadera causa de su incapacidad funcional y dolor. Se trata de una patología traumatológica no directamente relacionada con la reconstrucción". Añadió, en el acto del juicio (2:16), "Esta paciente tenía una patología degenerativa previa en los hombros, en las cervicales y además, antes de la intervención había tenido también un accidente de tráfico importante, politraumatismo, fracturas múltiples...Tenía una historia traumatológica muy larga cuando se intervino de las mamas. La patologías degenerativa no es causada por la cirugía de mastectomía". Asimismo, el segundo perito de la aseguradora, doctor Ismael, especialista en Valoración de Daño Corporal, va más allá y precisa que la prueba de scanner evidencia "una cervicoartrosis degenerativa discal con una estenosis, con una estrechez, de la médula espinal a nivel de columna cervical que condiciona evidentemente esa cervicobraquialgia esto es dolor irradiado hacia los miembros y esa imposibilidad en la movilidad de las articulaciones de los hombros" (declaración de siniestro, folio 78)

c) En la misma línea, el dictamen técnico facultativo del Equipo de Valoración y Orientación del Centro del Centro de Valoración de Personas con Discapacidad que precisa que la paciente presenta "limitación funcional

de columna por osteoartrosis localizada de etiología degenerativa". Y añade la constancia de "limitación funcional en ambos miembros superiores. Por Tendinopatía de etiología degenerativa". Ello en paralelo con la constancia en el mismo informe de "pérdida quirúrgica total de un órgano po N.de Mama de etiología tumoral" (folio 115 expte). Es patente que la causa o etiología es degenerativa y desconectada de la patología tumoral y su intervención.

A mayores, de la práctica de prueba pericial en la vista, se derivó que buena parte de las molestias y dolores sufridos según la posición de la paciente, se debían a la actitud de defensa de la misma, que "para evitar el movimiento de los implantes...adopta posiciones que yo creo que si favorecen el que puedan justificar los dolores que ella dice", porque "está en una tensión vigilante". En suma, existe una humana atención de la paciente o reacción que paradójicamente le provoca males mayores, lo que no sería tampoco imputable a la administración sanitaria.

Por tanto, nada que reprochar en la vertiente asistencial de diagnóstico, técnica y tratamiento asistencial médico.

5.3 Ahora bien, tal y como expone la demanda y resulta elocuente a ojos de la Sala, si la paciente presentaba unos antecedentes clínicos serios que pudieran tener consecuencias, directas o indirectas, ante la intervención quirúrgica, lo suyo sería que los consentimientos informados (al menos y particularmente, el relativo a la reconstrucción mamaria) de forma explícita indicasen los posibles riesgos asociados a esa patología preexistente. Ello porque como señala la perito de la aseguradora concurría la "enfermedad traumatológica que justifica completamente el dolor que padece y la incapacidad funcional de sus hombros"(conclusión 17, folio 103), pero precisamente esa dolencia imponía tomarla en consideración a la hora de someterle a la firma el consentimiento informado. La STS de 29 de junio de 2020 (rec.4637/2008) recuerda que " No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales como aquí se invoca respecto a la primera intervención. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar".

5.4 Y no se diga que estaba totalmente desvinculado el daño final sufrido por la demandante, respecto de la intervención asistencial médica.

a) En primer lugar, la patología traumatológica final se manifiesta inicialmente, en los meses siguientes a la intervención de implante de prótesis mamarias (17/10/2017), a finales de 2017, pues nota dolores en ambos brazos, además de tendinitis, contracturas y fallos en la fuerza de agarre en las manos. Es entonces cuando se decidió proceder a centrar la prótesis derecha, aunque posteriormente se optó por la sustitución bilateral de la prótesis por otras apropiadas a su complejidad, de manera que su capacidad de manejo de los brazos se presentó muy limitada, impidiéndole trabajar, y sin que la intervención de recambio acometida el 13/02/2020 resolviese los problemas. No resulta determinante en términos de causalidad que la patología aparezca tras la intervención de implante de prótesis mamarias, y que se muestre virulentamente al final del proceso asistencial (con un cuadro de dolores y deficiencias graves), pero es un dato indiciario poderoso que cuestiona que casualmente aflore la patología vinculada a dolencias remotas justamente durante y tras el proceso asistencial litigioso. Ello con mayor razón cuando la Administración sanitaria, con arreglo al principio de facilidad probatoria (art.217 LEC, STS de 11 de mayo de 2010, rec. 5933/2005) bien podía haber acreditado la total falta de incidencia o impacto, ni directo ni indirecto, de las patologías que le constaban en la historia clínica con el resultado final.

b) En segundo lugar, es sumamente relevante que tanto el informe pericial de la perito de la aseguradora como la perito judicial precisan que la patología traumatológica final "no está directamente relacionada con la intervención". Ahora bien, que no esté relacionada "directamente" supone admitir tácitamente que existe una relación indirecta, colateral o concurrente, y es aquí donde se echa en falta en todos los informes periciales el detalle o incidencia de la intervención quirúrgica (mastitis... y reconstrucción de mama) sobre el estado final. El propio informe del Jefe de Servicio de Cirugía Plástica del HUCA señaló que "...no podemos olvidar que, desgraciadamente, esta paciente venía padeciendo años antes de la mastectomía y reconstrucción problemas de patología musculoesquelética de ambos hombros".

c) Ni los consentimientos informados para biopsias, ni cada consentimiento informado para mastectomía de la mama derecha e izquierda (prestados el 19/09/2016) ni el que consideramos debería haber afinado en relación con la historia clínica de la paciente, el consentimiento informado para la reconstrucción mamaria o asimetrías con prótesis mamarias, aluden a

la potencial concurrencia lesiva de sus patologías preexistentes. En particular, este último es firmado por la paciente y como riesgos típicos recoge, entre otros, hemorragia, infección, alteración de la sensibilidad, cicatrices cutáneas, necrosis cutáneas, dehiscencias de suturas, mal resultado para la paciente, dolor residual y asimetrías. Nada se personaliza en relación con las patologías preexistentes, ni nada se indica sobre su posible incidencia o concurrencia con la intervención quirúrgica. Y ello pese a que la existencia de las patologías previas, o al menos su referencia, debieron ser recogidas expresamente en dicho consentimiento al suponer un riesgo incrementado de las consecuencias de la intervención quirúrgica, haciéndoselo saber a la paciente.

Por tanto, estamos ante un consentimiento informado deficiente, pues la Administración tenía la carga de tomar en cuenta los antecedentes clínicos relevantes para advertir de un riesgo específico y personalizado, que no va acompañado de mala praxis, pero sí de materialización de riesgos.

SEXTO.- Indemnización

Tratándose de un defecto de consentimiento hemos de tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sienta la naturaleza de los daños derivados de la ausencia del consentimiento informado, debiendo considerarse con abstracción de la gravedad de la lesión sufrida, que no podrá ser tomada en consideración a efectos indemnizatorios. Así precisa la STS de 3 de enero de 2012 (rec.7014/2010): "la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente". Por ello, a dichos efectos no se pueden tener en cuenta las secuelas e incapacidad que alega la actora, puesto que cuando, como en el caso presente sucede, no se aprecia el empleo de una técnica inadecuada ni la ausencia de los medios y conocimientos necesarios por parte de la Administración sanitaria, sino la vulneración de las normas reguladoras del consentimiento informado, lo indemnizable es el daño moral derivado de haber privado a la paciente de la información necesaria sobre los posibles riesgos y

complicaciones, a fin de que adoptase la decisión que reputaba más conveniente. Se trata de un daño moral autónomo que supone la lesión del derecho de auto-determinación del paciente al impedirle elegir con conocimiento entre las diversas opciones vitales que se le presentan, lo que no impide que examinemos de soslayo el telón de fondo de dicho perjuicio.

Ahora bien, la gran dificultad radica en precisar el grado de vinculación de ese estado patológico previo con la intervención de reconstrucción y subsiguientes intervenciones, en cuanto a su impacto en el resultado final. Esta dificultad deriva:

a) Como punto de partida, la demandante efectúa una pretensión de 255.200 € por diversos conceptos vinculados a la supuesta quiebra de la *lex artis*, y situando el monto de daños morales en 20.000 €.

b) Ha de tenerse presente que el estado final tras una reconstrucción de mama no supone la reposición al estado original, pues no es una cirugía estética dadas las limitaciones de tejidos extirpados con la tumoración y las naturales secuelas de adelgazamiento muscular, atrofia o dolores.

c) Además, se ha reconocido a la recurrente con fecha 16 de julio de 2021 el grado de discapacidad "del 30% por pérdida total de un órgano por N.de mama (de etiología tumoral), limitación funcional de columna por osteoartritis localizada (de etiología degenerativa) y limitación funcional en ambos (miembros superiores) por tendinopatía (de etiología degenerativa)". Sin embargo, esa discapacidad es global y comprende la totalidad de patologías, cuya existencia no es imputable a la sanidad pública, sino solamente la falta de advertencia en el consentimiento informado de la incidencia de sus patologías preexistentes en la intervención de reconstrucción mamaria y que podría derivar en específicos agravamientos o lesiones.

d) Finalmente insistiremos en la clamorosa falta de pericia, ni de parte ni judicial, que precise con exactitud la incidencia de la patología preexistente que constaba en su historia clínica sobre el estado final de la paciente, si bien valorando lo que se deriva de los informes periciales bajo la sana crítica, es que se agravó su ya delicada situación causada por dolencias preexistentes, con serio impacto psicológico final fácilmente comprensible.

En suma, al fijar la indemnización por daño moral derivado de la insuficiencia de consentimiento informado

ha de tenerse presente como indica la citada STS de 29 de junio de 2010 (rec. 4637/2008) "esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, y atendiendo a las circunstancias concurrentes". Por lo expuesto, a título de daño moral, por no haberse expuesto en el consentimiento informado relativo a la reconstrucción mamaria, los riesgos potenciales vinculados a la patología preexistente, pues consideramos probado que algunos se materializaron finalmente, hemos de estimar parcialmente el recurso y reconocer un derecho a indemnización de 12.000 euros, por todos los conceptos y como cifra actualizada a fecha de dictarse la presente sentencia, pues no debe extenderse la condena a los intereses debido a la ausencia de liquidez previa dado que la cuantía definitiva de la condena se ha fijado en la presente, en la cual ya se ha incluido la correspondiente actualización.

SÉPTIMO.- Costas

No procede imponer costas tras la estimación parcial.

FALLO

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

Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Bárbara frente a la resolución dictada por la Consejería de Salud del Principado de Asturias de 8 de febrero de 2022 por la que se desestimó la reclamación de indemnización por daños y perjuicios derivados de asistencia sanitaria prestada por el SESPA (Exte. R.P.2021/17), en cuantía de 255.200,00 euros

Se reconoce el derecho a indemnización en favor de la recurrente en la cifra total de 12.000 €.

Sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala recurso de casación en el término de treinta días, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

La estancia en la UCI del paciente no impide recabar el consentimiento por teléfono

ADS. El hecho que el paciente este ingresado en una UCI de neonatos no es razón suficiente para que no se recabe de la madre el consentimiento informado para canalización umbilical, ya que la dinámica especial de su actividad y los horarios limitados no impiden que ante una urgencia se pueda recabar por vía telefónica, según afirma una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La sentencia asigna una indemnización de 100.000 euros por el concepto de *pretium doloris* de la unidad familiar (padres y dos hermanos) debido el fallecimiento de un neonato a los pocos días de nacer teniendo en cuenta no sólo la infracción del consentimiento, sino de la praxis por inadecuada posición de la canalización umbilical.

Esa infracción de la *lex artis* está causalmente conectada con el fallecimiento del menor, según la sentencia. La mala posición de la canalización fue la causa del tromboembolismo pulmonar que llevó a la muerte del neonato seis días después de nacer.

La sentencia analizada censura no sólo la omisión de consentimiento informado, sino la praxis por la canalización umbilical del neonato, ya que **no se practicó un control ecográfico de la canalización**, por lo que "no se hizo un adecuado abordaje ni de la sepsis, ni del tromboembolismo pulmonar, ni de los factores de riesgo del menor, entre los que, al margen de su prematuridad destacaban los **problemas de coagulación que presentaba la madre (...)**, y ese inadecuado abordaje a juicio de la Sala implica una falta de la *lex artis ad hoc*".

La Sala considera que faltó el consentimiento informado para la canalización de la vía umbilical, ya que no se firmó inicialmente sino unos días después ante la situación de extrema gravedad, pero el neo-

nato había sido canalizado anteriormente, en el momento mismo del parto.

Protocolo que exige del consentimiento

La Administración y la aseguradora codemandada sostienen que en la UCI de neonatos es posible prescindir del consentimiento informado, a lo que la magistrada de la Sala responde que la primera canalización intraquirúrgica, inmediatamente después de la cesárea, podía estar amparada por razones necesidad terapéutica (art. 9.2 b) de la Ley 41/2022), pero con posterioridad la recanalización **debió requerir un consentimiento informado expreso que no se obtuvo hasta unos días después, pese a que los protocolos del Hospital eximan del mismo.**

La madre estuvo ingresada en el centro hospitalario debido al postoperatorio de su cesárea, con lo que, "nada impedía, al menos en esos días, haber recabado el consentimiento informado pues la recurrente esta, igual que sus dos hijos, ingresada en el centro hospitalario, y se podía perfectamente recabar su consentimiento o el del padre. La dinámica del trabajo en la UCI, y la habitualidad del procedimiento no permiten excusar de la regla de necesidad del consentimiento informado, pues al menos hasta el 3 de mayo era perfectamente factible recabar el mismo. Desde el alta en planta hasta el fallecimiento de Eloy, la madre prestó un consentimiento el 4 de mayo para la canalización umbilical, con lo que nada impedía que se hubiera recabado el primer consentimiento cuando se hace la primera recanalización el mismo día del nacimiento al ingreso en la UCIN".

"Es cierto que las UCIs tienen una dinámica especial, con unos horarios de visita limitados, pero ello no impide, a nuestro juicio, que **en los supuestos de urgencia se pueda recabar un consentimiento por vía telefónica**, lo que trasladaría el problema a la prueba de éste, pero no a su inexistencia", afirma la sentencia.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 172 / Jun. 2010. *Obstetricia / La ausencia de consentimiento es un daño moral indemnizable.*

ADS nº 297 / Nov. 2021. *Óbito de neonato con miocardiopatía cuya madre padece diabetes gestacional.*

ADS nº 260 / Jun. 2018. Fallecimiento de neonato por aspiración masiva de líquido amniótico.

ADS nº 253 / Nov. 2017. Óbito de neonato y esterilización de la madre por técnica inadecuada de parto.

ADS nº 235 / Marzo 2016. Daños graves a neonato y rotura de útero, sin registro de monitorización.

ADS nº 206 / Jul. Ag. 2013. El Supremo exige prueba de mala praxis para indemnizar graves daños a neonato.

ADS nº 193 / Mayo 2012. OBSTETRICIA / Culpa por no anotar antecedentes en la historia.

STSJ, Contencioso, del 21 de septiembre de 2023
(ROJ: STSJ M 9953/2023- ECLI:ES:TJSM:2023:9953)
Id. CENDOJ: 28079330102023100672
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso Sede: Madrid.
Sección: 10 Sentencia: 717/2023.
Recurso: 630/2021.
Fecha de Resolución: 21/09/2023
Procedimiento: Procedimiento ordinario.
Ponente: RAFAEL BOTELLA GARCIA-LASTRA.
Tipo de Resolución: Sentencia.
Resolución distribuida por CENDOJ.

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sección Décima

Demandante: D./Dña. Benita y otros 3
PROCURADOR D./Dña. JOSE NOGUERA CHAPARRO

Demandado: COMUNIDAD DE MADRID
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA
SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES
MUTUELLES (SHAM) SUCURSAL EN ESPAÑA
PROCURADOR D./Dña. ANTONIO
RAMON RUEDA LOPEZ

SENTENCIA Nº 717 / 2023

Ilmos. Sres. :

Presidenta : Doña María del Camino
Vázquez Castellanos

Magistrados : Doña Francisca María Rosas Carrión
Don Rafael Botella y García Lastra
Doña Guillermina Yanguas Montero
Don Benjamín Sánchez Fernández

En la Villa de Madrid el día veintiuno de septiembre del año dos mil veintitrés.

VISTOS por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados, integrantes de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 630-2021, seguidos a instancia del Procurador de los Tribunales Sr. D. José Noguera Chaparro en nombre de D^a Benita y D. Juan Francisco así como de sus hijos menores Enriqueta y Balbino, bajo la dirección de la Letrado Sra. D^a Silvia Hernández Herrero en impugnación la Orden de fecha 24 de marzo de 2021 dictada por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid por la que se desestimó el recurso de reposición contra la resolución de la misma autoridad de fecha 4 de diciembre de 2020 por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 3 de mayo de 2019 por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo Eloy derivado de la deficiente asistencia dispensada al mismo en el HOSPITAL000 de Madrid.

Ha sido parte demandada la COMUNIDAD DE MADRID representada y asistida la Sra. Letrado de sus Servicios Jurídicos, y en calidad de codemandada SOCIÉTÉ HOSPITALAIRE D'ASSURANCES MUTUELLES SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Antonio Ramón Rueda López, bajo la dirección del Letrado D. Emilio Lizárraga Bonelli en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 17 de junio de 2021 el Procurador de los Tribunales Sr. D. José Noguera Chaparro en nombre de D^a Benita y D. Juan Francisco así como de sus hijos menores Enriqueta y Balbino compareció ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid interponiendo recurso contra la Orden de fecha 24 de marzo de 2021 dictada por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid por la que se desestimó el recurso de reposición contra la resolución de la misma autoridad de fecha 4 de diciembre de 2020 por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 3 de mayo de 2019 por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo Eloy derivado de la deficiente asistencia dispensada al mismo en el HOSPITAL000 dependiente de la Sanidad pública madrileña.

SEGUNDO: Tras subsanarse defectos procesales por decreto de fecha 6 de julio de 2021 se admitió a trámite el recurso anterior, disponiéndose recabar el expe-

diente administrativo con la finalidad de que pudieran los actores deducir la demanda.

TERCERO: Tras interesarse el complemento del expediente por la representación de los actores en fecha 4 de octubre de 2021 se acordó requerir a la recurrente para que formulase demanda lo que verificó mediante escrito fechado el 20 de octubre de 2021, en el que tras alegar lo que a su derecho convenía terminaba suplicando lo que se transcribe:

"Que tenga por presentado este escrito de demanda con sus copias y los documentos que se acompañan y, previos los trámites necesarios, la estime íntegramente, declarando no ser conforme a Derecho la resolución administrativa impugnada y, en consecuencia la anule y deje sin efecto, y que:

1. Condene de forma solidaria a la Administración demandada y a la SOCIETE HOSPITALIARE D'ASSURANCES MUTUELLES (SHAM), a indemnizar a mi principal, en la cantidad de 250.000 euros derivado de la mala praxis y 100.000 euros por daño moral, debidamente actualizada, e incrementada con los correspondientes intereses, y con expresa condena en costas a la Administración demandada, con todo lo demás a lo que haya lugar.

2. Subsidiariamente a lo anterior y para el improbable caso de que no se estime la petición anterior, se condene a la forma solidaria a la Administración demandada y a la SOCIETE HOSPITALIARE D'ASSURANCES MUTUELLES (SHAM), por pérdida de oportunidad, a indemnizar la cantidad que estime el prudente arbitrio de la Sala, incrementada con los correspondientes intereses legales y con expresa condena en costas a la Administración demandada, con todo lo demás a lo que haya lugar. "

CUARTO: Mediante diligencia de fecha 3 de noviembre de 2021 se dispuso dar traslado a la representación de la Comunidad de Madrid para que contestase la demanda lo que verificó en el plazo concedido mediante escrito fechado el 2 de diciembre de 2021 en el que, tras alegar lo que a su derecho convenía, terminaba suplicando se dictase sentencia desestimando el recurso con expresa imposición de costas a los recurrentes.

QUINTO: Mediante diligencia de fecha 20 de diciembre de 2021 se dispuso dar traslado a la representación de la codemandada Societé Hospitaliere D'Assurances Mutuelles, para que contestase la demanda, lo que verificó en el plazo concedido el siguiente 24 de enero de

2022 en escrito en el que tras alegar lo que a su derecho convenía terminaba suplicando que se desestimase el recurso con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEXTO: Por decreto de fecha 11 de enero de 2022 se tuvo por fijada la cuantía del recurso en la suma de trescientos cincuenta mil euros (350.000) ,y, mediante auto del 14 de enero siguiente se acordó el recibimiento del pleito a prueba, disponiéndose la práctica de las que se consideraron pertinentes.

SEPTIMO: Practicadas las pruebas acordadas por el auto anterior, mediante diligencia de fecha 13 de abril siguiente se abrió el trámite de conclusiones sucintas, habiéndose evacuado por cada parte las propias, tras lo cual, por diligencia de fecha 27 de mayo de 2022 se acordó dejar las presentes pendientes de señalamiento para deliberación y fallo.

y OCTAVO: En fecha 6 de julio pasado se dispuso el señalamiento para la votación y fallo del presente el día 20 de septiembre de 2023 fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Botella y García-Lastra, quien expresa el parecer de la Sección.

A los anteriores son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La representación procesal de D^a Benita y D. Juan Francisco así como de sus hijos menores Enriqueta y Balbino formula el presente recurso contencioso administrativo contra la Orden de fecha 24 de marzo de 2021 dictada por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid por la que se desestimó el recurso de reposición contra la resolución de la misma autoridad de fecha 4 de diciembre de 2020 por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 3 de mayo de 2019 por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo Eloy derivado de la deficiente asistencia dispensada al mismo en el HOSPITAL000 de esta Villa.

La pretensión de los ahora recurrentes ha quedado transcrita en el antecedente tercero de esta resolución, por lo que, a lo ahí expresado nos remitimos ahora.

SEGUNDO: Los recurrentes relatan en la demanda cómo su hijo y hermano, Eloy, recibió asistencia en el

Servicio de Neonatología, Unidad de Cuidados Intensivos neonatales (UCIN) del HOSPITAL000 desde su nacimiento el NUM000 de 2018 hasta su fallecimiento el siguiente 6 de mayo de 2018. El menor provenía de una gestación gemelar, nacieron dos hermanos prematuros de 29 semanas y 5 días (Eloy y Balbino) , a consecuencia de un DIRECCION001, al no ser efectivas las donaciones intrauterino. Eloy, que era el hermano donante, nació con 1600 gramos de peso, y con un test de Apgar normal a los 5 y 10 minutos. Balbino, era el hermano receptor y tuvo un peso al nacimiento de 1400 gramos, con igual test de Apgar, Balbino fue dado de alta el 14 de junio habiendo sido previamente trasladado al Servicio de Neonatología del HOSPITAL001 de Salamanca.

Los dos hermanos ingresaron en la Unidad de Cuidados Intensivos neonatales (UCIN) del HOSPITAL000. Eloy, presentaba factores de riesgo de trombosis neonatal al tener la madre anticuerpos antifosfolípidos, además de las circunstancias de proceder ambos de un tratamiento de fertilidad, que, según afirma la actora, no fueron debidamente tenidos en cuenta al ser atendida.

Sostiene que la existencia de factores de riesgo de trombosis neonatal precisaba de unos controles y cuidados especiales, en concreto, un pediatra hematólogo, que no le fueron dispensados ocasionando mala praxis y daños, incumpléndose ,incluso, el propio protocolo de trombosis neonatal elaborado por el Servicio de Neonatología del HOSPITAL000.

Por otra parte, Eloy, presentó una sepsis neonatal precoz en el nacimiento, pues, igualmente concurrían factores de riesgo, derivados de su prematuridad, maniobras de reanimación realizadas en el momento de nacer, intubación, presencia de un catéter central venoso umbilical, realización de 4 cordocentesis (punción del cordón umbilical a través del útero materno y la bolsa amniótica); no habiéndose realizado una profilaxis adecuada de estreptococo B (menos de 4 horas), ventilación mecánica, presentando al nacer evidentes signos de sepsis, como son las temperatura a 38º al ingreso en la UCIN, previa la elevación de reactantes de fase aguda leucocitosis (30.000), trombocitopenia mantenida, distensión abdominal y no expulsión del meconio. Sostiene que pese a los factores de riesgo y los signos de sepsis no se administraron antibióticos precozmente. Concluye finalmente que existió una vulneración de la lex artis ad hoc, concurriendo con las circunstancias anteriormente mencionadas, en esencia: canalización de una vía central (catéter venoso umbilical), sin consentimiento informado, que estuvo malpo-

sicionado en diversas ocasiones, produciéndose mala praxis que ocasionó la trombosis; y además sepsis precoz, que no fue tratada de forma precoz, este proceso morboso infeccioso genera interacción con la trombosis, ocasionando empeoramientos recíprocos. Es decir, no se realizó un manejo diagnóstico y terapéutico adecuado, conforme a lex artis ad hoc de la trombosis y la sepsis que ocasionaron la muerte de Eloy.

Respecto de la fundamentación jurídica, se muestra en desacuerdo con la negativa a indemnizar a su esposo Juan Francisco, para lo que expresa que la legitimación activa la ostentan los dos progenitores, y que la reclamación se hizo en el impreso disponible en la página web de la Consejería, en la que solo se pueden incluir los datos de un reclamante. Al lado de esto se muestra en desacuerdo, igualmente, con la inadmisión de la reclamación en nombre del padre, quien sí reclamó en el expediente como se deduce de la cuantificación que hizo en fecha 17 de julio de 2019, y, en cualquier caso si la Administración consideraba que el padre estaba indebidamente representado debió requerir de subsanación conforme al art. 5.6 de la LPAC, y, finalmente su esposo y padre del menor fallecido ha expresado su voluntad de impugnar el acto recurrido con la interposición de este recurso y el otorgamiento de poder al Procurador Sr. Nogueira Chaparro.

En orden al fondo de la cuestión controvertida, señala tras analizar los elementos que caracterizan la responsabilidad patrimonial de la Administración, como en el caso debatido concurren los elementos de la misma, para lo que transcribe las conclusiones del informe pericial que aporta con la demanda suscrito por los neonatólogos Dres. D. Damaso y Dª Silvia, quienes expresan lo siguiente:

" CONCLUSIONES

1. El neonato proviene de una gestación gemelar, prematuro de 29+5, con 1,600 kg de peso, presentó un apgar de 1/8/9, por tanto, con una puntuación normal a los 5 y 10 minutos, que de acuerdo con toda la literatura científica, corresponde a un buen pronóstico.

2. El neonato presentaba factores de riesgo de trombosis neonatal, necesitando por ello para su caso, controles especiales en cuanto a diagnóstico y tratamiento que no se tuvieron en cuenta. Los factores de riesgo eran tanto factores maternos, por presentar esta anticuerpos antifosfolípidos y por tratarse de un tratamiento de fertilidad; como del parto y neonatales, como se corrobora, en el apartado 2 y tabla 2 del Pro-

toloco de trombosis neonatal del HOSPITAL000 facilitado (p. 2), por tanto, ha existido una ausencia de diligencia y falta de medios en la valoración de los factores de riesgo del neonato, ocasionando una flagrante vulneración de *lex artis ad hoc* contemplada en abundantes publicaciones científicas, y desatendiendo a lo establecido en sus propios protocolos, respecto a la existencia de múltiples factores de riesgo de trombosis neonatal. Esto ha ocasionado una causa directa en el daño producido, fallecimiento por tromboembolismo.

3. Se tenía que haber efectuado, un estudio de trombofilia o hipercoagulabilidad en el recién nacido, e interconsulta con el Servicio de Hematología o Hematólogo Pediatra, por factores familiares predisponentes incluyendo las determinaciones analíticas que contienen la tabla 6 del Protocolo de trombosis neonatal del HOSPITAL000, en su apartado 4.2. Por tanto, ha existido una falta de ejecución correcta y a tiempo de las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica diaria, incluso no atendiendo sus propios protocolos. Nunca se realizó este estudio, se limitaron a unos análisis muy someros y deficientes a los dos días de vida. Esta situación ha producido una causalidad directa en el daño ocasionado, fallecimiento por tromboembolismo.

4. Penuria negligente de los medios empleados o descuido en su conveniente y temporánea utilización, según el estado de la ciencia, las reglas de la experiencia y las circunstancias de tiempo y lugar, del manejo del catéter central. La vía central umbilical ha estado mal posicionada en diversos momentos, la primera vez, desde su canalización a las 5 h, en sus primeras cinco horas de vida, hasta más de 12 horas más tarde, según consta en los estudios radiológicos, la clínica de taquicardia supraventricular presentada por el neonato (reflejado en las gráficas del día 28 de abril) y las anotaciones del evolutivo del turno de mañana de enfermería, con un nexo causal flagrante con la trombosis, que ha evolucionado a tromboembolismo pulmonar, ocasionando el fallecimiento. Nuevamente, no se ha tenido en cuenta su protocolo de trombosis en cuanto a la localización de la punta del catéter, en relación a la prevención de la trombosis. La punta del catéter y la existencia de trombosis asociada, se localiza de forma precisa mediante eco doppler, de acuerdo al protocolo de trombosis neonatal (p. 6) y esta no se utilizó.

5. Existe evidencia de signos clínicos y de radiodiagnóstico de la existencia de trombosis de vena cava inferior (venas suprahepáticas), aurícula derecha, ventrículo derecho y ramas pulmonares, que ocasionaron

tromboembolismo que originaron el fallecimiento por falta de diligencia y negligencia.

6. Error notorio en el diagnóstico y tratamiento de la insuficiencia respiratoria con desaturaciones ocasionadas por la trombosis, produciendo acidosis mixta grave e hipoxia.

7. Se ha administrado al recién nacido nutrición parenteral, junto con el resto de sueroterapia, con elevada osmolaridad, que ha producido la formación de trombos, desatendiendo reiteradamente lo establecido en la prevención de la trombosis de su protocolo de trombosis.

8. Incuestionablemente, ha existido un error en el diagnóstico al no tener en consideración la trombopenia como signo indirecto de trombosis, por consumo de plaquetas a nivel del trombo, hay un gran descenso desde el primer día y en los sucesivos días a pesar de la realización de transfusiones. Encontramos, otra vez, desatención a sus protocolos. (p.5) La trombopenia también constituye un signo de sepsis.

9. En cuanto al tratamiento, ha habido un empecinamiento en la negativa a realizar ningún tipo de tratamiento a pesar de que los trombos intracardiacos constituían un importante riesgo para la vida u órgano. Se han limitado a tener una conducta expectante omisiva que abocaba ineludiblemente a tromboembolismo y fallo multiorgánico.

10. Error manifiesto en el diagnóstico diferencial de hemoptisis autolimitada. No ha existido ninguna causa de sangrado activo que pudiera contraindicar algún tratamiento de las trombosis, no habiendo signos clínicos, ni de estudios radiológicos, ni de las determinaciones analíticas que así lo indicaran. La hemoglobina se ha mantenido estable, salvo una sola determinación alterada por hemodilución a consecuencia de la infusión de líquidos previamente.

11. Ha existido una general falta de criterio, ineficacia y carencia en el uso de medios adecuados al diagnóstico de sepsis precoz. No se han tenido en cuenta los factores de riesgo, signos clínicos y analíticos, dando ello lugar a un manifiesto retraso en la consecución del diagnóstico de la enfermedad, mucho más allá de lo que podría ser razonable aplicando la *lex artis ad hoc* de dicha patología y por tanto, produjo una demora en el tratamiento para que se tratara cuanto antes de la infección. Posteriormente, la utilización de antibióticos fue caótica con falta absoluta de criterio. De haberse

realizado cuanto antes el tratamiento adecuado, el resultado sería muy distinto, ya que se habría evitado la sepsis que empeoró la trombosis que ocasionaron el fallecimiento.

12. Flagrante falta de medios en el diagnóstico y tratamiento de la insuficiencia renal e hiperpotasemia. No se realiza corrección de hiperpotasemia severa de inmediato tras realizar analítica, tardan en iniciar tratamiento con insulina. No se suspenden aportes de potasio de forma inmediata.

13. En conjunto se han realizado pruebas diagnósticas, analíticas y radiológicas a las que no se prestaba la debida diligencia y medios adecuados al diagnóstico, a pesar de existir alteraciones manifiestas, estas no conlleva actuaciones terapéuticas inmediatas para solventarlas que es lo que se espera de una Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal de un Hospital de Tercer Nivel.

14. Valorando la Historia Clínica electrónica, ha existido una falta de coordinación durante la estancia del neonato en la UCIN, no hubo un Pediatra Neonatólogo responsable del paciente, la atención era facilitada por los médicos del equipo de guardia, sin existir una valoración global. El ingreso del neonato coincidió con un fin de semana previo al Puente de Mayo y día de la Comunidad y esto causó una atención deficiente."

Razona como existe un indudable nexo de causalidad entre la infracción de la *lex artis* y el resultado del fallecimiento del menor, quedando demostrado como incluso se han desatendido los criterios establecidos en el protocolo de trombosis neonatal establecido por el propio hospital, señalando como el informe pericial al que nos acabamos de referir, expresa lo que sigue a este respecto:

"Existe, sin ningún lugar a duda, una contundente relación causa- efecto entre la existencia de una falta médica, error médico o infracción de la "*lex artis ad hoc*" y el fallecimiento del paciente. El tromboembolismo que desencadenó su fallecimiento, como ya ha sido expuesto en el presente Dictamen, posee una clara relación causa efecto con las siguientes circunstancias expuestas anteriormente como infracciones de la *lex artis ad hoc*: falta de consideración de factores de riesgo neonatales, malposición del catéter umbilical, la inexistencia de interconsulta a Hematología que implicó un inapropiado manejo de las alteraciones de la coagulación tanto en el diagnóstico como en el tratamiento, falta de valoración de trombopenia persistente, la exis-

tencia de sepsis precoz y su falta de tratamiento antibiótico precoz, a pesar de existencia de múltiples factores de riesgo y signos precoces de sepsis como la hipertermia al ingreso en UCIN, la administración de soluciones hipertónicas; todas ellas ocasionaron tromboembolismo pulmonar, que desencadenó el fallecimiento.

" Eloy presentó varios empeoramientos bruscos a nivel respiratorio y hemodinámico que posteriormente se interpretaron como sueltas de trombos desde las cavidades cardiacas descritas hacia el pulmón ya que cursaron con retención de carbónico, desaturación grave, acidosis mixta e hiperlactacidemia mantenida" (pág. 104 expediente) Tal como consta en el informe el fallo multiorgánico refractario se atribuyó a un tromboembolismo pulmonar severo (trombos intracardiacos y a nivel de rama pulmonar derecha, empeoramientos respiratorios bruscos, hipoxemia con altas necesidades de oxígeno, hipertensión pulmonar suprasistémica con disfunción sistólica de ventrículo derecho, elevación de dímeros D) con signos de hipoxia tisular extensa (hiperpotasemia, hiperfosforemia, acidosis láctica mantenida, hipotermia, shock refractario) (pág. 105 expediente). Una adecuada provisión de medios de diagnóstico y tratamiento inicial habría evitado el fallecimiento del paciente por tromboembolismo pulmonar."

Sostiene así que su hijo Eloy no falleció por circunstancias naturales sino por la falta de adecuada asistencia habiéndose producido una mala praxis en la UCIN del HOSPITAL000.

Con carácter subsidiario afirma la existencia de una pérdida de oportunidad, como consecuencia de la falta de consideración de factores de riesgo neonatales, la inexistencia de interconsulta a Hematología que implicó un inapropiado manejo de las alteraciones de la coagulación tanto en el diagnóstico como en el tratamiento, la falta de valoración de trombopenia persistente, y la falta de tratamiento antibiótico precoz de la sepsis. Todas estas circunstancias determinaron que el menor no tuviera la asistencia sanitaria posible y exigible conforme a los conocimientos médicos actuales y a los protocolos del propio HOSPITAL000, pues de haberse tomado las decisiones adecuadas y efectuado la interconsulta con Hematología y realizado un manejo diligente de la trombosis y la sepsis, las posibilidades de supervivencia del paciente hubieran sido del 100% o prácticamente del 100%. Prueba de ello es que su hermano, ingresado como él en la UCIN sobrevivió y es en la actualidad un niño sano.

Afirma también que no existió el debido consentimiento informado para la canalización umbilical del paciente, señalando que, pese a que pese que el protocolo de canalización umbilical del HOSPITAL000 establezca la innecesariedad del mismo en los supuestos de ingreso en UCI por lo habitual de esa técnica, considera que el criterio de la habitualidad no es suficiente para exonerar de esta obligación a la luz de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, pues considera que esa técnica implica riesgos que están previstos en el propio protocolo, en concreto, para los catéteres umbilicales se describen: Infección; Oclusión del dispositivo causada por la presencia de una vaina de fibrina; Precipitado de medicación, trombos, o contacto con la pared, Hemorragia, Trombosis de aurícula derecha o vena cava; Trombo-embolismo; Rotura del catéter; Arritmias, en caso de catéteres muy progresados con la punta en la aurícula derecha; Endocarditis; Perforación peritoneal, vesical o pericárdica, y, para los catéteres umbilicales venosos: Trombosis portal o de alguna de sus ramas; Hipertensión portal secundaria a cavernomatosis portal; Absceso o necrosis hepática; Tromboembolismo pulmonar; Mal posición (paso a través de FO a aurícula izquierda, colocación en senovenoso a través de VCI, catéter en aurícula derecha o en territorio portal).

En orden al informe de la inspección médica considera que el mismo contiene errores tales como fijar la fecha de nacimiento en 25 semanas cuando en realidad fueron 29 semanas, lo que es relevante pues 25 semanas es el límite de viabilidad de los neonatos, así como la confusión del DIRECCION001 grado IV y el DIRECCION000, que se trata de entidades diagnósticas distintas, confundiendo también la fecha en que el menor presentó una taquicardia supraventricular que no fue el 29 de abril sino el 28; afirmándose también que la madre firmó consentimiento informado de catéter venoso umbilical, cuando no es así; confunde complicaciones del consentimiento de catéter de arteria femoral con los del catéter venoso umbilical, y, finalmente omite los informes de las radiografías que se realizaron el día 28. Los mismos errores que adolece dicho informe se reproducen en el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, lo que sostiene lo invalida.

Argumenta también con las dificultades que ha tenido para obtener toda la documentación necesaria, habiéndose tenido que completar el expediente al amparo del 55 de la LJCA, en dos ocasiones, incluso ha tenido que reclamar el acceso a la historia clínica a través de la AEPD, considerando que la Administración ha mantenido una actitud obstruccionista por lo que soli-

cita se aplique el principio de facilidad probatoria en orden a valorar la prueba respecto a la mala praxis, a las actuaciones que determina la pérdida de oportunidad terapéutica y a las consecuencias de la falta de consentimiento informado.

Argumenta también que pese a existir en la UCI del HOSPITAL000 un protocolo para el abordaje de la trombosis neonatal, que es un criterio para la valoración de la *lex artis* en el caso debatido, sostiene, no se han cumplido las previsiones de dicho protocolo.

Finalmente aborda el tema de la valoración del daño causado, para lo que afirma acogerse a las previsiones de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación reclamando una indemnización de 250.000 € derivado de la mala praxis, y 100.000 € en concepto de daños morales.

TERCERO: La Administración demandada, como cuestión previa, sostiene que existe una desviación procesal, pues hay determinadas partidas que no se reclamaron en la vía administrativa, en concreto por los siguientes conceptos: a) perjuicio personal básico a cada progenitor, b) perjuicio personal básico a cada hermano, c) perjuicios particulares d) perjuicio patrimonial (daño emergente) y e) gastos específicos derivados del entierro y funeral.

Tras ello analiza los elementos caracterizadores de la responsabilidad patrimonial, considerando la imposibilidad de considerar la existencia de una infracción de la *lex artis*. Señalando a este respecto el informe de Ginecología y Obstetricia del HOSPITAL000 que señala

"(...) la actitud obstétrica que se siguió en este caso se ajustó en todo momento a las recomendaciones actuales de manejo de esta complicación, específica de la gestación monocorial. Sobre lo que menos consenso hay es sobre la utilidad de las transfusiones intrauterinas, que en este caso se aplicaron en un afán por reducir la prematuridad pero que no fueron tan eficaces como lo han sido en otras ocasiones, aunque, en cualquier caso, lo que no fueron esperjudiciales. Por último, destacar que el antecedente en la gestante de padecer de DIRECCION002 estaba perfectamente recogido y documentado en los múltiples informes que se entregaron por parte del Servicio de Obstetricia y Ginecología".

El 24 de junio de 2019 emiten informe la jefa del Servicio y la jefa de Sección de Neonatología del HOSPI-

TAL000. En dicho informe se destaca que fue un niño de extrema gravedad desde la gestación y responden a las cuestiones planteadas en el escrito de reclamación. Señala, igualmente la relevancia del informe de la Inspección Médica de 6 de septiembre de 2019. En el que se expresa lo siguiente:

"- La reclamante presentó una gestación complicada lo que motivo que se realizara cesárea urgente a las 25 semanas+5 días. Eloy nace pálido, sin respirar, con frecuencia cardiaca baja por lo que fue necesario realizar maniobras de reanimación avanzadas con altas concentraciones de oxígeno y colocación de vía venosa central estable (vena umbilical)

- Es ingresado en Unidad de cuidados intensivos neonatal, donde la evolución es: Insuficiencia respiratoria aguda hipoxémica; Anemia grave; Insuficiencia respiratoria aguda, Sospecha de sepsis precoz; Hemorragia pulmonar grave. Shock multifactorial. Acidosis metabólica con hiperlactacidemia.; Hipertensión pulmonar; Disfunción de ambos ventrículos. Hipoxia mantenida grave; Episodio de taquicardia; Sepsis clínica tardía sin aislamiento microbiológico. Insuficiencia renal aguda anúrica.; Alteraciones metabólicas; Anemia; Trombopenia; Hiperleucocitosis Hemorragia interventricular Clínica compatible con tromboembolismo pulmonar severo con evolución a fallo multiorgánico refractario. Adecuación de esfuerzo terapéutico dada la irreversibilidad del fallo multiorgánico. Todo ello desemboca en el fallecimiento. No se autoriza necropsia.

- Tras la canalización de la vena umbilical se realizaron varias RX de tórax-abdomen para visualizar su localización. A pesar de la correcta posición tras su colocación, más de la mitad de los catéteres venosos umbilicales migran después de la inserción a posiciones con riesgos de complicaciones, hasta el 28% migran hacia el corazón. No está claro por qué ocurre el cambio de posición de los catéteres, pero probablemente influya la distensión abdominal que ocurre tras el nacimiento y la momificación del cordón umbilical. Es por este motivo, entre otros, por lo que se realizan numerosos controles radiológicos y ecográficos en los primeros días de vida. Los trombos en relación con los catéteres ocurren casi en el 50 por ciento de los casos en los niños prematuros.

- Dado este nuevo hallazgo se retiró el catéter umbilical y se canalizó un catéter central epicutáneo. Como Eloy, en el momento del diagnóstico del trombo, presentaba hemorragia pulmonar y siguiendo indicaciones del protocolo de trombosis del servicio, se decidió de

forma consensuada en sesión clínica no iniciar tratamiento anticoagulante con heparina, ya que existía alto riesgo de sangrado a otros niveles, especialmente a nivel cerebral (como así ocurrió).

- Respecto al uso de heparina profiláctica, no hay una recomendación uniforme sobre la heparinización de los catéteres venosos umbilicales, sí los arteriales. En el protocolo del Servicio de canalización de venas umbilicales no está recomendada la heparinización de los catéteres venosos umbilicales.

- Eloy nace pálido, sin respirar, con frecuencia cardiaca baja, por lo que fue necesario realizar maniobras de reanimación avanzadas con altas concentraciones de oxígeno y colocación de vía venosa central estable (vena umbilical), para lo que se pide consentimiento informado, que firma la madre donde se recoge entre otros datos : " En los recién nacidos se suele acceder a las venas centrales mediante un catéter en la vena umbilical o por un epicutáneo (a través de una vena periférica de menor grosor). Pero en ocasiones, como la actual, no se puede realizar así y hay que recurrir a la punción directa de una vena central. Entre otros riesgos: Coágulos sanguíneos que pueden obstruir el catéter o el paso de sangre a ciertas zonas del cuerpo. El catéter puede romperse, desplazarse, perforar una arteria cercana...La única alternativa a esta vía central, es no realizar una canalización de este tipo. En la situación actual de su hijo, no tener acceso a una vena central, puede empeorar su evolución, al tener que limitar los tratamientos y controles que precisa."

- La canalización de los vasos umbilicales en el periodo neonatal, dadas las condiciones clínicas de gravedad, es de primera elección en todas las vías clínicas neonatales, y así está referenciado en el protocolo clínico de canalización de la arteria y vena umbilical. La aparición de trombos cardiacos, no es un riesgo exclusivo de la canalización de la vena umbilical, sino que viene recogida como riesgo en el consentimiento informado, para cualquier canalización de una vía central. La oclusión trombótica de los catéteres venosos centrales es un problema común en los recién nacidos. El manejo de los catéteres y los controles, se hicieron siguiendo los protocolos del servicio, apoyados en la bibliografía actual. El DIRECCION002 de la madre no aumenta el riesgo de trombosis, ni precisa ningún estudio en periodo neonatal ni tratamiento específico del niño. La afirmación de la reclamante, de que hubo negligencia por no haberse tenido en cuenta es estado de hipercoagulabilidad por la existencia del DIRECCION002 de la madre, junto con la colocación de una vía venosa

central (vía umbilical), que según la reclamante nunca tenía que haberse colocado, no tiene consistencia, ya que cualquier vía central, que era imprescindible para el tratamiento de Eloy, hubiese tenido las mismas posibles complicaciones, tal y como viene recogido en el consentimiento informado, que se recoge en la historia clínica.

- La reclamante manifiesta que no se realizó ningún control analítico de coagulación, a pesar del incremento de riesgo por el DIRECCION002 de la madre cuando figura recogida en la historia clínica estos controles. Estos controles analíticos se realizaron cuando estaba indicado en el contexto de su cuadro clínico, pero no en relación con la patología materna, porque no está indicada la detección de anticuerpos anticardiolipina, ya que el DIRECCION002 es una enfermedad autoinmune que afecta a mujeres en edad fértil y que complica las gestaciones con prematuridad.- Los niños prematuros tienen un riesgo muy elevado de trombosis. No está indicada la anticoagulación preventiva por el altísimo riesgo de sangrado, sobre todo sangrado cerebral. Eloy desarrolló en su evolución un sangrado pulmonar y una hemorragia cerebral con afectación de los ventrículos. El estado de hipercoagulabilidad se incrementó en Eloy por las transfusiones "imprescindibles" de concentrados de hematíes y plaquetas. Y concluye el Informe de la Inspección médica poniendo de manifiesto que "la asistencia sanitaria dispensada a Eloy, por el servicio de neonatología del HOSPITAL000 fue adecuada, de acuerdo a la gravedad de Eloy y a los protocolos del servicio."

Igualmente se refiere al Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora fechado el 27 de octubre en el que se considera que no existe ningún déficit en orden al consentimiento informado.

Finalmente se refiere que no procede indemnización alguna, y, para el caso que se accediese a una indemnización debe fijarse esta de acuerdo con lo inicialmente reclamado, sin fijar indemnización a favor del marido de la recurrente acogiendo el criterio de la orden recurrida.

CUARTO: Por su parte la representación de la code mandada SHAM, tras exponer la posición de la actora, expresa en su antecedente 2º B) lo que constituye su versión de los hechos, a la luz del expediente. Señala así que la recurrente, nacida en 1970, había sido diagnosticada de DIRECCION002 que estaba siendo tratado con clexane, tromalit e isovorín, con antecedentes de dos abortos (2010 y 2013) y una niña sana, se sometió

a un tratamiento de fecundación in vitro. La misma padecía hipotiroidismo subclínico, alergia gestacional en tratamiento así como hipertensión ocular tratada y en el año 2010 se le había realizado una polipectomía endometrial. En la semana 25 de la gestación se detectó una gestación gemelar monocorial biamniótica, con DIRECCION001 (DIRECCION001 en Gemelos) por lo que se la derivó desde el centro de Salamanca en el que estaba siendo tratado hasta el HOSPITAL000. En el HOSPITAL000 se le realizaron dos transfusiones intraútero por DIRECCION003, sin que se consiguiese un ascenso de los niveles de hemoglobina, por lo que se le hizo una cesárea urgente el NUM001 de 2018.

Nacieron dos varones, el menor Eloy, que es quien falleció, pesó 1600 gramos de peso y un test de Apgar de 1 que remontó a 8 a los 5 minutos y 9 a los 10 minutos. Eloy nació pálido, sin respiración por lo que fue intubado y se conectó a respiración mecánica, se le hizo masaje cardiaco y se le canalizó la vena umbilical para la administración de fármacos, nutrición y extracción de controles analíticos, ingresándosele en la UCIN por prematuridad.

A su ingreso en la UCIN se detecta insuficiencia respiratoria aguda siendo intubado, con dilatación biauricular e hipertensión pulmonar suprasistémica. A su ingreso a las 5:05 h, se le hace una radiografía de tórax en la que se aprecia acceso venoso umbilical con extremo distal en vena porta izquierda por lo que se le re canaliza, apreciándose cardiomegalia extrema, aireación parcial del estómago, apreciándose que el tubo endotraqueal estaba bien colocado. El 29 de abril, a primera hora, presenta un episodio de taquicardia por lo que se le hace un electrocardiograma en el que se objetiva dilatación biaricular, con disfunción sistólica de ventrículo izquierdo.

Ese mismo día, por la tarde, presenta un nuevo episodio de taquicardia autolimitada y en la radiografía se visualiza que la vía venosa central umbilical en aurícula derecha que se retira 0,5 cms, hasta situarse en control posterior en situación correcta. Presentaba acidosis metabólica progresiva que necesita soporte vasoactivo con dopamina, presentó también ictericia mucocutánea y se le hizo la prueba de coombs que dio un resultado negativo, sometiéndole a fototerapia simple durante 65 horas. El mismo día se le hace ecocardiograma en el que no se visualiza el catéter intracardiaco ni trombos, apreciándose un derrame moderado pericárdico con leve repercusión hemodinámica e hipertensión e hipertensión pulmonar suprasistémica con disfunción leve/moderada del ventrículo derecho.

El día 30 de abril el menor presentó un episodio de desaturación con taquicardia, hipoxemia y acidosis fundamentalmente respiratoria y sangrado por el tubo endotraqueal y se le hace una transfusión de plasma, plaquetas y hemáties. Se le hace una nueva radiografía señalándose que el tubo endotraqueal a 13 mm de la carina apreciándose que los volúmenes pulmonares disminuidos con aumento de densidad que pueden ser debidos a atelectasias subsegmentarias y/o hemorragia pulmonar. Se anota como juicio crítico " DIRECCION003 por DIRECCION000. Derrame pericárdico leve, en mejoría respecto al estudio previo. Hipertensión pulmonar a nivel sistémico. Disfunción sistólica moderada de ventrículo izquierdo. Se informa a los padres de la situación del niño.

El 1 de mayo siguiente se mantiene la inestabilidad con diuresis más recortadas en la tarde, glucemias justas a pesar de cambiar las perfusiones de glucosado, coagulación normal, se le hace una nueva radiografía con mejora de las capacidades pulmonares, sin que se cambien los tubos y catéteres. Se repite por la tarde la situación de empeoramiento por sospecha de hemorragia pulmonar. La ecografía revela una hepatomegalia homogénea, catéter venoso umbilical con extremo distal progresado hacia la aurícula derecha, adherido a la pared posterior con punta móvil, se le retira el catéter 4mm y se constata la existencia de un pequeño trombo/vaina de fibrina asociada a punta del catéter, por lo que se le retira la vía umbilical, apreciándose un aumento de las suprarrenales, aumentando la ecogenicidad córtica de los riñones en posible relación de nefropatía médica. Informándose nuevamente a los padres.

El siguiente 2 de mayo se le hace una nueva radiografía por empeoramiento que informa de la opacidad del lóbulo superior derecho con posible relación con la atelectasia. Se optimiza, ante este empeoramiento respiratorio, el tratamiento antibiótico y se le hace una ecografía para visualizar recorrido de umbilical dada la imagen de trombo en ventrículo derecho que podría generar tromboembolismo pulmonar. Se realiza a las 20:51 horas y el informe se valida a las 00:23 del 3 de mayo. La ecografía abdominal no muestra cambios significativos respecto a los estudios previos.

Ecografía cerebral en la que no se observan signos de sangrado intracraneal, que se repite el 3 de mayo, por shock grave con esclerema generalizado, color grisáceo de mala perfusión periférica, hiperglucemia por encima de 400mg/dl, que se informa con sangrado intraventricular bilateral que se extiende a tercer y cuarto ven-

trículo. Lesión parenquimatosa grado 1. Se sustituye la vía umbilical por epicutáneo central en miembro inferior derecho

Se repite ecocardiografía, que evidencia escaso llenado de ventrículo derecho además de imagen sugestiva de trombo en rama pulmonar derecha. Se aprecian también alteraciones importantes de datos analíticos a pesar de las medicaciones. Ecocardiograma con hipertensión pulmonar severa, hipertrofia y disfunción de ventrículo derecho, hipertrofia y disfunción diastólica de ventrículo izquierdo con ambos ventrículos escasamente precargados, con sospecha de tromboembolismo pulmonar periférico con desaparición de los trombos descritos en el lado derecho del corazón. Insuficiencia renal aguda oligúrica. Presenta insuficiencia renal aguda oligúrica con alteraciones metabólicas secundarias (hiperpotasemia, hipernatremia, hiperfosforemia, hipocalcemia). Se informa a los padres.

El siguiente 3 de mayo de 2018 presenta a primera hora esclerema generalizado con un color grisáceo de mala perfusión periférica. Está sedorrelajado. Vibra con el oscilador de alta frecuencia. Tiene un catéter central epicutáneo y dos vías periféricas, una de las cuales se pierde a primera hora, por lo que se canaliza un epicutáneo en miembro superior izquierdo que se retira 2 cm (se desplaza a mamaria) para dejarlo periférico. Dada su situación crítica no se plantea repetir ecocardiografía ni eco cerebral. Se informa a los padres y la madre, pregunta por la posibilidad de usar fibrinolíticos. Se le informa del riesgo en la situación actual y de que la hemorragia pulmonar lo contraindica.

El niño entra en un estado de disfunción multiorgánica, que se atribuye a tromboembolismo pulmonar severo con disfunción diastólica e insuficiencia renal grave con anuria en las últimas 36 horas e hipertensión pulmonar suprasistémica.

El día 4 de mayo se anota: "Padres informados de la situación de extrema gravedad y de que tras reunirnos en sesión conjunta la actitud del equipo es, por el momento, continuar con los cuidados optimizando la asistencia y los tratamientos que recibe, aunque el cuadro global del niño es sugestivo de una hipoxia tisular extensa (hiperpotasemia, hiperfosforemia, acidosis láctica mantenida, hipotermia, shock refractario) que le condiciona una gravedad extrema. Se les informa también de la posibilidad de fallecimiento". La madre firma el consentimiento informado para la canalización de una vía central. El 6 de mayo de 2018 ante la mala evolución se recoge en la historia que, dada la ausencia de res-

puesta a ningún tipo de medida, el empeoramiento progresivo y la posibilidad de fallecimiento próximo se avisa a los padres para plantearles el acompañamiento con su hijo hasta el último momento, los padres acuden al hospital donde finalmente fallece a la 1:30 horas del día 6 de mayo, se indica a los padres la posibilidad de realizar una autopsia que declinan.

En el apartado B) del fundamento 2º de su contestación reseña los informes que obran en el expediente, en concreto: i) informe del Jefe de servicio de Ginecología y Obstetricia del HOSPITAL000 ; ii) informe de la Jefa del Servicio y Jefa de Sección de Neonatología de dicho Hospital y iii) informe de la Inspección Sanitaria, destacando de cada uno de estos elementos los datos que considera relevantes para la posición que sostiene.

En orden a la fundamentación jurídica, analiza los elementos que caracterizan las responsabilidades patrimoniales de la Administración, analizando los elementos que ha desglosado la actora en la demanda (pérdida de oportunidad, consentimiento, facilidad probatoria, y el valor de los protocolos médicos, sosteniendo que, además en este caso se cumplieron, centrándose en el análisis del quantum indemnizatorio, discrepando de los criterios de cuantificación y por último se refiere a los intereses del art. 20 de la LCS- que, por cierto, no fueron pedidos por la recurrente- concluyendo tras ello con la súplica de que se desestimase la demanda.

QUINTO: Precisadas ya las posiciones de las partes en este procedimiento, conviene recordar ahora que el artículo 106.2 de la Constitución Española proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer que : "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

En concordancia con la norma constitucional el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponía : "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona

o grupo de personas". El artículo 32.1 y 2 y el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente en el momento de prestación de la asistencia sanitaria objeto de este proceso, disponen, a su vez:

"Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

.../...

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

"Artículo 34. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

.../...

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fi-

jado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

La doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 y de 29 de julio de 2013, exige para que la misma se produzca que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Un hecho imputable a la Administración, basando con acreditar que el daño se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

2º.- Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar.

El daño o perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2011, con cita de la de 1 de julio de 2009, declara que " no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa". Y añade que, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007, " la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido". Finalmente, insiste en que " es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la

única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

3º.- Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Se ha de señalar que el concepto de relación causal se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, como presupuesto o " conditio sine qua non " , esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del anterior, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso, hasta alcanzar la categoría de causa adecuada, eficiente y verdadera del daño (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 y de 16 de febrero de 1999, entre otras).

4º.- Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.

5º.- Que el derecho a reclamar no haya prescrito, lo que acontece al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, dicho plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

También es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que esa responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, dado que no es posible constituir a la Administración en aseguradora universal (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011 y 14 de noviembre de 2011, entre otras).

SEXTO: En interpretación de esta normativa en asuntos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria, la doctrina jurisprudencial

dencial-por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008- tiene declarado que "(...) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006 , sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (Ss. 14-10-2003 y 13-11-1997).

La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994 , que cita las de 19 enero y 7 junio 1988 , 29 mayo 1989 , 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993 , según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10- 2000 y 30- 10-2003)".

Se ha de precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico- sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001-.

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 se declaraba:

"(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004 , con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (...)"

También la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (RCAs nº 2099/2013) declaraba que:

"...no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría 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 ", por lo que " si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis , no cabe apreciar la infracción que se articula por

muy triste que sea el resultado producido" ya que " la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

SEPTIMO: Empecemos con el análisis de las cuestiones previas. De un lado la posibilidad de que D. Juan Francisco, esposo de la recurrente D^a Benita y padre del menor fallecido Eloy, pueda reclamar para sí en este procedimiento. No nos cabe duda que esas dos condiciones, la de esposo y padre, le confieren un interés legítimo (art. 19.1 LJCA) para actuar en este procedimiento. Lo que ocurre es que no formuló previamente reclamación ante la Administración, y, su primer acto de contenido impugnatorio se produce el 20 de enero de 2021 al interponer recurso de reposición contra la Orden de fecha 15 de diciembre de 2020, cuando la acción para reclamar estaba prescrita con holgura, pues el dies a quo, hay que referirlo al fallecimiento de Eloy el 6 de mayo de 2021. Es cierto que en el escrito de 17 de julio de 2019, encabezado y suscrito por D^a Benita, se interesaba, entre otras partidas, una indemnización en cuantía de 71.297,60 €, en su calidad de padre, sin embargo es rigurosamente cierto que el art. 71 del Código Civil expresa, que " Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida", y, si nos fijamos en el documento anterior al escrito de 10 de julio de 2020, vemos que en el folio 447 del expediente consta un mandato representativo atribuido al mismo, pero en su calidad de profesional como gestor administrativo, y ese documento no le atribuye la condición de reclamante sino la de mero representante en el expediente (art. 5 de la Ley 39/2015). No cabe argüir un exceso formalista ni que los impresos normalizados de la Administración solo permiten la colocación de un reclamante, pues podemos ver como a lo largo del expediente la única persona que actuó fue la esposa D^a Benita, aun cuando esta, en el escrito de 17 de julio de 2019 hubiese reclamado una cantidad para su esposo D. Juan Francisco.

OCTAVO: La segunda cuestión que ha de analizarse es la referida a la desviación procesal que se plantea por la Administración demandada.

En el escrito que comentamos de fecha 10 de julio de 2020 la actora realiza una cuantificación de los daños en la suma seuo de 233.330,08 €, en las cuantías y partidas que ahí se mencionan (vid folio 198 ea), sin embargo en la demanda, los recurrentes cifran la suma reclamada en la cantidad de 350.000 €, modificando,

sustancialmente el petitum, e introduciendo una partida en concepto de daños morales.

La desviación procesal trae causa, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos de la LJCA, del carácter no meramente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. A propósito de la misma, el artículo 56.1 in fine LJCA refleja la antigua doctrina jurisprudencial según la cual en los escritos de demanda y de contestación " podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración". Las partes pueden alterar en estos escritos el esquema argumental de orden jurídico (los motivos determinantes de la legalidad o ilegalidad de la actuación impugnada) empleado en la vía administrativa, eliminando motivos ya empleados, incorporando otros nuevos o alterando la forma y contenido de los que se repiten. El artículo 56 LJCA no autoriza a que la parte actora formule en su demanda una pretensión distinta a la que planteó en su día ante la Administración, pero evidentemente puede variar la razón fundadora de su pretensión que permanece inalterada.

Ello implica cuestionarse cuándo se está ante una cuestión nueva o ante un argumento nuevo, lo que motivó copiosa jurisprudencia muy antigua, sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de abril de 1980, en los siguientes términos:

"Conforme al art. 69.1 de la Ley Jurisdiccional, las partes pueden deducir en la demanda nuevas argumentaciones jurídicas que sirven de fundamento para ilustrar al Tribunal sobre el conocimiento de si los actos impugnados fueron o no dictados con arreglo al ordenamiento jurídico aplicable al caso, y aplicando esta doctrina al presente supuesto, debe observarse que se está no ante una cuestión nueva, sino que, en apoyo de la pretensión esgrimida en el expediente administrativo y en este procedimiento, se utiliza un motivo de impugnación nuevo, complementario del rechazado en el considerando precedente, que aunque no se hubiera expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste, debe ser estudiado en el recurso contencioso-administrativo, como cualquier otra argumentación alegada en justificación de las pretensiones deducidas".

En un sentido parecido la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1992, "se da una desviación por esta causa cuando realmente se produzca una discordancia objetiva entre lo pedido, pretendido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional, y si

pueden invocarse cuantas razones quepa expresar para fundamentar las pretensiones, no se pueden plantear cuestiones nuevas que consisten en la falta de previo pronunciamiento administrativo de la cuestión que actúa como antesala de su posterior enjuiciamiento jurisdiccional y como requisito sine qua non para el ulterior actuar de esta jurisdicción".

Lo expuesto debe matizarse a la luz de la reciente jurisprudencia, que a su vez cita las SSTs de 20 de julio de 2012, RCAs. 5435/2009, y 19 de julio de 2012, RCAs. 2324/2010, distinguiendo entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación, "las primeras no pueden hacerse valer de forma novedosa en sede jurisdiccional y las segundas en cambio pueden plantearse sin limitación, sin embargo considera que son cuestiones nuevas la inadecuación del procedimiento y la falta de competencia del órgano de liquidación" (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, núm. 666/ 2017, de 17 de abril).

En conclusión, tal y como resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional:

a.- Los hechos no pueden ser alterados en vía jurisdiccional, "sí pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la única pretensión ejercitada" (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 158/2005, de 20 de junio , FJ 5.º).

b.- El órgano judicial debe pronunciarse sobre la cuestión planteada si no existe discordancia entre lo solicitado en la vía administrativa y la Contencioso-Administrativa al no alterarse en todo o en parte el acto administrativo que la demandante señala como el impugnado una vez acude a los Tribunales de Justicia ni interesarse la nulidad de otros actos y que "el planteamiento de alegaciones no suscitadas en la vía administrativa, está amparada por la literalidad del art. 56.1 LJCA y por la doctrina del Tribunal Supremo, pues la demandante no trajo al proceso cuestiones nuevas no suscitadas ante la Administración, sino que se limitó a introducir o a añadir nuevos argumentos jurídicos con los que fundamentar su pretensión de anulación" del acto impugnado (Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 133/2005, de 23 de mayo , FJ 4.º).

c.- "El recurso Contencioso-Administrativo no ha de fundarse necesariamente en lo ya alegado ante la Administración demandada, sino que, siempre que no se incurra en desviación procesal, podrán aducirse en él cuantos motivos se estimen convenientes en relación al acto administrativo impugnado, se hubiesen alegado

o no al agotar la vía administrativa" (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 202/2002, de 28 de octubre, FJ 3.º).

Es evidente que no existe tal situación. El objeto de la pretensión no se identifica exclusivamente por la resolución o acto impugnado, sino por otros dos elementos identificadores de carácter objetivo: la identidad en el petitum y en la causa petendi. Una cosa es añadir en sede judicial nuevos motivos que justifiquen la pretensión actora (que sí puede hacerse), y otra bien distinta suscitar cuestiones nuevas, no planteadas en sede administrativa (que no puede hacerse). En esta línea puede traerse a colación lo dispuesto por la STS de 15 de marzo de 2010 (rec. 558/2008), que expresa

"Cuarto. La pretensión expuesta en la vía administrativa no puede ser esencialmente distinta de la formulada en la vía jurisdiccional y que, si bien pueden alegarse, en el escrito de demanda, cuantos motivos procedan en Justificación de las pretensiones aunque no se hayan alegado anteriormente en la vía administrativa, ello ha de entenderse en sus justos términos, es decir, en el sentido de que se pueden alegar nuevas razones o argumentos para fundamentar las pretensiones, pero no en el de que cabe suscitar cuestiones nuevas".

En relación a la "desviación procesal", el Tribunal Constitucional en su sentencia 58/2009, de 9 de marzo, afirmó que " no cabe confundir nuevo planeamiento de cuestiones sobre las que no se ha pronunciado la Administración con nuevos motivos aunque no hayan sido aducidos en vía administrativa conforme autorizan los art. 56.1 y 78.6 de la Ley 28/1998, de 13 de julio , reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa , [...]"

En la sentencia de del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000, recurso 3810/1995:

"Como hemos declarado, entre otras muchas, en sentencia de 28 de febrero de 1994 y las que allí se citan, la Ley de esta Jurisdicción supuso una superación de las viejas concepciones según las cuales no se podía atacar un acto administrativo sino en virtud de argumentos que ya hubieran sido articulados en vía administrativa, permitiendo que en el escrito de demanda pudieran alegarse cuantos motivos procedieran aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste (artículo 69.1), pero sin que ello supusiera la posibilidad de plantear cuestiones no suscitadas en vía administrativa. La distinción entre cues-

tiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que las justifican, y la Sala de instancia recoge acertadamente esta doctrina, desestimando las antes indicadas pretensiones por tratarse no tanto de motivos de impugnación como de auténticas pretensiones materiales no planteadas antes en vía administrativa".

Por ello ha de descartarse la pretendida desviación procesal, sin perjuicio de lo que hemos dicho respecto del marido y padre del menor en el fundamento 7º

NOVENO: Estamos ya en condiciones de responder a la primera de las cuestiones que se suscitan en este procedimiento cual es la existencia o no de mala praxis en el proceso asistencial que llevó a la muerte al hijo y hermano de los recurrentes. Está claro que hay un factor que no puede ser desdeñado cual es el de la gravedad del cuadro inicial del mismo, esto es la prematuridad y las repercusiones inmediatas del posparto. No nos cabe duda de que el niño nació sin respiración pero fue inmediatamente reanimado. Sin embargo, se produjeron dos factores concurrentes cuales son la trombosis neonatal, que los actores hacen derivar directamente de la omisión del tratamiento adecuado del DIRECCION002 que padecía la madre, y la sepsis que estos atribuyen a la mal posición del catéter umbilical.

La Administración y la codemandada señalan que la sepsis fue debida a una transmisión horizontal, lo cual es razonable, pues si fuera una transmisión vertical el hermano la habría padecido, lo que no fue el caso, sin embargo tal transmisión no descarta que el catéter estuviese bien puesto o que la intubación estuviese correctamente hecha, es más, el dato de la PCR negativa en las primeras 48 horas, no excluía la administración de antibióticos, cuya administración se inició el primer día de vida del menor, pues precisamente por su prematuridad y por sus problemas circulatorios, el menor podía ser objeto de infecciones, además, a ello hemos de unir el dato de que la propia canalización lleva implícito un riesgo de infección, extremo que no es negado por la Administración, con lo que nos parece que no debió descartarse la terapia antibiótica desde el mismo momento del parto, pues el menor presentaba ya factores de riesgo asociados (hipertemia, leucocitosis, trombopenia) compatibles con la sepsis precoz.

Pese a la afirmación contundente que hace el informe de la Inspección médica sobre que el DIRECCION002 de la madre no afecta a corto plazo al neonato y ante la ausencia de sangrados o trombosis no aconsejaban que

el niño fuera visto por un hematólogo pediátrico, hemos de señalar que, precisamente este antecedente y la existencia de la DIRECCION000 estadio IV, fueron, como nota el informe de los ginecólogos la razón de adelantar mediante cesárea urgente el parto de los gemelos. La relación entre la DIRECCION000 (DIRECCION000 Gemelar) y el DIRECCION002 de la madre, nos parece suficientemente clara, y no es posible, como hace la inspección médica, descartar su relevancia ab initio; de un modo mucho más prudente el perito Dr. Jon, tanto en el informe como en la ratificación, apunta a que estas dolencias aconsejaban que Eloy hubiese sido examinado por un hematólogo pediátrico. Es más, ante un menor canalizado con antecedentes de que su madre padecía el DIRECCION002 nos parece que tal actuación era la adecuada. En efecto, el " protocolo de trombosis neonatal" del Hospital que obra en los autos, lo primero que nos dice es que las autopsias han demostrado que del 20 al 56% de RN (recién nacidos) canalizados que mueren tienen evidencia microscópica de trombo asociado a catéter venoso umbilical (folio 108 de los autos) y que el antecedente del DIRECCION002 de la madre es un factor de riesgo (108 vto), lo cual nos parece suficientemente explicativo de que, ante un caso como el de Eloy, se hubieran extremado los cuidados para evitar el resultado lesivo.

Volviendo a la canalización de la vena umbilical, dejando al margen el consentimiento informado sobre el que ahora volveremos, no cabe duda que la mal posición de la misma fue la causa del tromboembolismo pulmonar que llevó a la muerte a Eloy, junto con otros factores concomitantes tal y como reseña el certificado de defunción (folio 7 del expediente). El protocolo de canalización umbilical de neonatos que obra en el expediente señala como complicación asociada a dicho procedimiento el tromboembolismo pulmonar (vid folio 191) y existen evidencias de que la vía no estaba bien canalizada, pues no solo se sustituyó inmediatamente sino que el 1 de mayo de 2018 no se hace un control ecográfico de la canalización.

A nuestro juicio no se hizo un adecuado abordaje ni de la sepsis, ni del tromboembolismo pulmonar, ni de los factores de riesgo de Eloy, entre los que, al margen de su prematuridad destacaban los problemas de coagulación que tenía tanto por el DIRECCION002 de la madre y la DIRECCION000, y ese inadecuado abordaje a juicio de la sala implica una falta de la *lex artis ad hoc*.

El criterio de la *lex artis* se utiliza como delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria, y cuya infracción determina que el daño sea antijurídico en el

sentido de que el administrado no tenga obligación de soportarlo con la procedencia de la indemnización.

Así, la STS de 11 de abril de 2014 (RCAs 2766/2012), en su FJ 7.º indica que

" este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".

De esta forma, en los casos donde se produce la infracción de la *lex artis* es cuando los daños causados se pueden considerar antijurídicos y se origina la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, cuando la asistencia sanitaria se adecua a la *lex artis*, aunque se produzca un daño, éste no es antijurídico y no existiría responsabilidad patrimonial. Con ello el sistema de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario se acerca a un sistema de responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público, y esa infracción de la *lex artis*, a nuestro juicio está causalmente conectada con el fallecimiento del menor Eloy.

DECIMO: Despejada esta cuestión consideramos que faltó el consentimiento informado para la canalización de la vía umbilical, este solo se firma el 4 de mayo ante la situación de extrema gravedad, y Eloy había sido canalizado en el momento mismo del parto. Se sostiene por la Administración y la codemandada que en la UCIN es posible prescindir del consentimiento informado. La Sala considera que la primera canalización intraquirúrgica, inmediatamente después de la cesárea, podía estar amparada por razones necesidad terapéutica (art. 9.2 b) de la Ley 41/2022, pero con posterioridad ingresado Eloy en la UCIN, la recanalización debió requerir un consentimiento informado expreso que no se obtuvo hasta el 4 de mayo, pese a que los protocolos del Hospital eximan del mismo. El propio perito de SHAM Dr. Jon, destaca la no solicitud de consentimiento (vid folio 215 de los autos), aun cuando concluye que eso no es, necesariamente, una mala praxis.

Hemos de señalar que en el ámbito de la medicina curativa que ahora examinamos, se concibe el consentimiento como un acto unilateral del paciente o, en su caso, de sus familias o allegados, que manifiestan su voluntad de someterse a un determinado tratamiento clínico o quirúrgico. Se señala que para que el consentimiento produzca el efecto de eximir a la Administración de responsabilidad cualquiera que fuera la

forma de manifestarse, es necesario que sea válido y que el hecho determinante del daño esté dentro del objeto del consentimiento. Según la jurisprudencia, entre otros aspectos, toda persona tiene derecho a que se le dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y medidas de tratamiento. Asimismo, tiene derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso. También tiene derecho a que quede constancia por escrito de todo su proceso.

En el ámbito sanitario es de suma importancia la elaboración de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse la finalidad pretendida por la Ley. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo a una terapia por razón de sus riesgos.

El derecho de información en el específico ámbito de la asistencia sanitaria se recoge en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, que dispone que " el consentimiento informado supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud", así como en el artículo 8.3 de la precitada Ley, que impone que al mismo se incorpore información sobre los posibles riesgos.

Entre muchas otras, la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, con cita de la de 26 de marzo del mismo año, declaraba lo siguiente:

" Resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del "consentimiento escrito del usuario" (art. 10.6 Ley General de Sanidad, 14/1986 , art. 8.2. Ley 41/2002) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, RCAs 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, RCAs 5060/2002 sobre que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos".

.../...

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)".

Y una constante jurisprudencia [Sentencias de 16 de enero de 2007, (RCAs 5060/ 2002), 1 de febrero de 2008 (RCAs 2033/2003), de 22 de octubre de 2009 (RCAs 710/2008), sentencia de 25 de marzo de 2010, (RCAs 3944/2008)] insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye, per se, una infracción de la " lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

El Tribunal Constitucional declaró (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15y 24.1. CE que " no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad". La jurisprudencia [SSTS 29 de junio 2010 (RCAs 4637/2008), 25 de marzo de 2010, (RCAs 3944/2008)] sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña un procedimiento clínico de naturaleza invasiva, así como las consecuencias que del mismo podrían derivar una vez iniciada su práctica.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí exis-

tan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento.

Además hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado, de la existencia de mala praxis, pues el defecto o insuficiencia en el consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis, con lo que concluye el Perito Dr. Jon no nos parece acertado, pues de por sí, y en abstracto, la omisión del consentimiento es una mala praxis. Así señalamos en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007y las que en ella se citan.

Diremos también, refiriéndonos a la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, ya citada, que en ella se consideró que la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo (entre otros, auto del Tribunal Constitucional 333/1997, con cita de sus sentencias 25/1981, 53/1985 y 129/1989 y de su auto 382/1996).

Hemos de añadir a lo anterior que el artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, al regular las condiciones de la información y consentimiento por escrito, dispone que la misma comprenda: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d) Las contraindicaciones.

La jurisprudencia que ha interpretado el precepto citado, expresada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012, ha venido matizando que

"(...) no cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada-puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester inter-

pretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica-no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario".

El hecho que el paciente este ingresado en una UCI, y más en la de neonatos, no es razón suficiente para que no se recabe un consentimiento informado, hemos de tener en cuenta que la madre desde el día 28 de abril hasta el 3 de mayo de 2018, tal y como consta en la historia clínica del Servicio de Ginecología estuvo ingresada en el centro hospitalario como consecuencia del posoperatorio de su cesárea, con lo que, nada impedía, al menos en esos días, haber recabado el consentimiento informado pues la recurrente esta, igual que sus dos hijos, ingresada en el centro hospitalario, y se podía perfectamente recabar su consentimiento o el del padre de Eloy.

La dinámica del trabajo en la UCI, y la habitualidad del procedimiento no permiten excusar de la regla de necesidad del consentimiento informado, pues al menos hasta el 3 de mayo era perfectamente factible recabar el mismo. Desde el alta en planta hasta el fallecimiento de Eloy, la madre prestó un consentimiento el 4 de mayo para la canalización umbilical, con lo que nada impedía que se hubiera recabado el primer consentimiento cuando se hace la primera recanalización el mismo día del nacimiento al ingreso en la UCIN.

Es cierto que las UCIs tienen una dinámica especial, con unos horarios de visita limitados, pero ello no impide, a nuestro juicio, que en los supuestos de urgencia se pueda recabar un consentimiento por vía telefónica, lo que trasladaría el problema a la prueba de este, pero no a su inexistencia.

En definitiva, vemos que existió un déficit en el consentimiento, que unido a la mala praxis que hemos analizado en el fundamento anterior nos hace concluir que existe una responsabilidad patrimonial que merece ser indemnizada.

DECIMOPRIMERO: Efectuada esta conclusión de la existencia de un daño antijurídico que los recurrentes no tenían obligación de soportar conectado causalmente con una inadecuada praxis médica, hemos de fijar la indemnización a los recurrentes.

Hemos notado en el fundamento 7º supra que el padre del menor no formuló su reclamación dentro del año, con lo que no es posible, como se pide, indemnizar a este.

La representación de los recurrentes utilizan en la demanda, como criterio para fijar la indemnización, el baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, reclamando una cantidad para cada uno de los progenitores, para los dos hermanos menores, unos perjuicios económicos para cada uno de los miembros de la familia, y una partida a tanto alzado de 100.000 € en concepto de daño moral.

Al margen de que la Sala considera que es más adecuado fijar a tanto alzado la indemnización, valorando las circunstancias del caso y personales de los perjudicados, como ahora expresaremos, no se comparten los conceptos indemnizatorios por los que se reclama. Es sabido que la jurisprudencia ha reiterado que la aplicación del baremo para accidentes de tráfico en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es de ampliación orientativa, y no directa y vinculante (entre otras, SSTS de 14 de octubre de 2014; de 6 de mayo de 2015; de 23 de julio de 2015; ó de 25 de septiembre de 2015, y más recientemente el TS en su sentencia de 28 de septiembre de 2020, RCAs 123/2020, reiterando su anterior doctrina, nos dice:

"Suscitado el debate en la forma expuesta es necesario comenzar por recordar que el recurso a los baremos fijados para accidentes de circulación a los efectos de calcular las indemnizaciones que resultaren procedentes en el ámbito de la responsabilidad de los poderes públicos, ciertamente que han sido utilizados a veces por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, también por este Tribunal Supremo. El mismo Legislador, ya se dijo, se hace eco de esa posibilidad cuando en el artículo 34. 2º de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, acepta esa posibilidad que, por cierto, no estaba en el artículo 141 de la Ley de Procedimiento de 1992, que regulaba también la indemnización y su cálculo. Sin embargo, es lo cierto que este Tribunal Supremo ha venido también declarando que los mencionados baremos, en el mejor de los supuestos, solo podrían tener un valor orientativo y que, en modo alguno podrían comportar el automatismo en la determinación de las indemnizaciones, como decía la sentencia de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación 527/2010) " no son vinculantes y solo tienen un carácter meramente orientativo " (en el

mismo sentido, sentencia de 3 de mayo de 2012, recurso de casación 2441/2010). Y nada ha cambiado con la nueva regulación que se estable en el actual artículo que regula la indemnización que, como se ha expuesto en su transcripción, se limita a proponer que la determinación de la indemnización, que la primera que deba aplicar es la Administración, en su caso, " podrá tomar como referencia " dicho baremo, es decir, ni se impone imperativamente ni, menos aún, de aceptarse ese recurso al baremo, deba ser aplicado en toda su pureza. porque lo que se propone es " tomarlo como referencia".

Pues bien, consideramos que, en base a las circunstancias relatadas en esta sentencia, procedería fijar en favor de los recurrentes, a excepción del padre D. Juan Francisco, por la razón expresada en el fundamento 7º, la suma de 100.000 €, omnicomprendiva de todos los daños y perjuicios- materiales y morales- indemnizables. No es posible indemnizar separadamente del fallecimiento de Eloy el daño moral, pues este está englobado ya en la suma fijada, y, tampoco nos parece posible considerar que exista un lucro cesante derivado del fallecimiento un menor que falleció con seis días de vida. Entendemos que la suma de 100.000 € (cien mil) repara suficientemente el dolor de la unidad familiar, en la que incluimos a los hermanos Enriqueta y Balbino, habiéndose ya descontado del importe fijado, la cantidad que le habría correspondido percibir al padre, y, que, por las razones expresadas en el fundamento 7º de esta sentencia.

A la cantidad anterior habrá de añadirse los intereses legales desde la fecha de notificación de esta sentencia, sin que procedan otros mecanismos de actualización, toda vez que consideramos que indemnización anterior ha sido fijada como una como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda ya actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño (por todas, sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 1998, dictada en el RCAs 7223/1993); procedimiento, ese, que parece especialmente adecuado en un caso como el de autos, en que la cantidad no ha sido determinada hasta sentencia y nunca ha sido líquida ni liquidable.

Todo ello nos lleva a una estimación parcial del recurso como se expresará en el fallo de la presente sentencia.

y DECIMOSEGUNDO: Tratándose de una estimación parcial no ha lugar a efectuar pronunciamiento en

orden a las costas causadas en esta instancia, de conformidad con el art.139 de la LJCA.

V I S T O S los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

F A L L A M O S

PRIMERO: Que DEBEMOS ESTIMAR y EN PARTE ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo formulado por el Procurador de los Tribunales Sr. D. José Noguera Chaparro en nombre y representación de D^a Benita y D. Juan Francisco así como de sus hijos menores Enriqueta y Balbino contra la Orden de fecha 24 de marzo de 2021 dictada por el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid por la que se desestimó el recurso de reposición contra la resolución de la misma autoridad de fecha 4 de diciembre de 2020 por la que se desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 3 de mayo de 2019 por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo Eloy derivado de la deficiente asistencia dispensada al mismo en el HOSPITAL000 de esta Villa, resolución que, por no ser conforme a derecho DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS, fijándose a favor de los recurrentes una indemnización total en cuantía de CIEN MIL EUROS (100.000), en los términos expresados en el fundamento décimo primero de la presente sentencia y de ella responderán solidariamente la Comunidad de Madrid y la codemandada SOCIETE HOSPITALIERE DŽAS-SURANCES MUTUELLES. La suma anterior devengará los intereses legales desde la fecha de notificación de la presente sentencia.

SEGUNDO: No hacemos pronunciamiento en orden a las costas causadas en esta instancia.

Expídanse por Sra. Letrado de la Administración de Justicia las copias y testimonios que fueren precisos de esta resolución archivándose el original en el legajo especial de sentencias que en esta Sección se custodia conforme lo establecido en el art. 256 de la L.O.P.J.

Notifíquese la presente resolución con arreglo a lo dispuesto en el art. 248 de la L.O.P.J. expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los art. 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

IGUALDAD ANTE LA LEY

Obligan al Servicio Murciano de Salud a financiar fármaco especial para enfermedad rara

ADS. El Tribunal Superior de Justicia de Murcia confirma el criterio del Juzgado de obligar al Servicio Murciano de Salud (SMS) a restablecer e instaurar de forma urgente el tratamiento con un medicamento extranjero con principio activo Luspatercept (nombre comercial *Reblozyl*) para el tratamiento del síndrome mielodisplásico. Este medicamento se prescribe en situaciones especiales de enfermedad rara (síndrome mielodisplásico) y no está incluido como prestación del Sistema Nacional de Salud.

La reclamación se inicia por el cauce de derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, lo que se desestima, y por infracción del principio de igualdad, que se estima habida cuenta que el medicamento se suministra a 161 pacientes en situaciones especiales (con anemia dependiente de transfusiones por síndromes mielodisplásicos) en 14 Comunidades Autónomas.

Para apreciar la vulneración del principio de igualdad debe aportar "quien lo invoque un término de comparación idóneo, como indicaba la STC 98/92, de 22 de junio. En este caso, el término de comparación se ha aportado, pues acreditó la parte recurrente en la instancia un término de comparación idóneo, pues 161 pacientes que sufrían síndrome mielodisplásico habían recibido tratamiento con *Reblozyl* según la *Aemps* desde 2016 hasta el 20 de junio de 2022, tratamiento instaurado a través de medicamentos en situaciones especiales, es decir, conforme al RD 1015/2019, en 14 Comunidades Autónomas".

De no suministrarse este medicamento a la recurrente, con el mismo síndrome que los pacientes de otras Comunidades Autónomas, se estaría vulnerando el principio de igualdad en la aplicación de la ley por el trato desigual en supuestos sustancial-

mente idénticos, "siendo mejor tratados los de otras Comunidades Autónomas, produciéndose un agravio comparativo, derivado solo del lugar donde reside la paciente, respecto del mismo medicamento y para tratar el mismo síndrome".

El TSJM afirma que la autonomía de las Comunidad Autónoma en la gestión de sus servicios sanitarios no puede justificar la denegación de un medicamento que no está incluido en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, pero que se suministra a otros pacientes en las restantes Comunidades en situaciones especiales conforme al RD 1015/2019, para tratamientos de enfermos con la misma patología.

La demandante no hizo una invocación abstracta o genérica o indeterminada, sino que acreditó, incluso con fechas y Comunidades Autónomas, las personas que, sufriendo también, como la recurrente, síndrome mielodisplásico habían recibido tratamiento con *Luspatercept* en prácticamente todo el territorio español.

Tratamiento no curativo

El Juzgado consideró, al igual que el SMS y el Ministerio Fiscal, que no existe vulneración del derecho a la vida y a la integridad, aunque sí del principio de igualdad. Sobre el primer derecho se alega por el SMS que el tratamiento prescrito no es curativo, pues simplemente existe la posibilidad de que pueda reducir el número de transfusiones con una menor toxicidad que otros tratamientos que ya fueron aplicados y que han cesado por la respuesta de la recurrente a los mismos.

Los especialistas que depusieron en el plenario coincidieron en que la administración de *Luspatercept* tiene la misma finalidad en el caso de la beta-talasemia y en el de un síndrome mielodisplásico (SMD), en el subtipo displasia multilínea con sideroblastos en anillo, "que es la **enfermedad poco habitual que sufre la recurrente**; a saber, reducir el número de transfusiones para reducir, de forma natural, el incremento de carga férrica". Los médicos expusieron que la esperanza de vida media una vez diagnosticado el síndrome mielodisplásico (SMD),

en el subtipo displasia multilínea con sideroblastos en anillo, es de diez años, y que la actora, cuando fue diagnosticada, tenía una "buena calidad de vida", calidad que ha ido perdiendo paulatinamente por el incremento del número de transfusiones a la que se está teniendo que someter, una vez que ha fracasado el tratamiento frente a la anemia con otras alternativas.

En España, entre 2017 y 2020, se han tratado con Luspatercept 219 pacientes, siendo 161 de ellos pacientes adultos con anemia dependiente de transfusiones debida a síndromes mielodisplásicos (SMD) de riesgo muy bajo, bajo e intermedio, con sideroblastos en anillo, que obtuvieron respuesta insatisfactoria o no son candidatos a los tratamientos basados en la eritropoyetina; "esto último es lo mismo que le ha sucedido a la recurrente, que ya no puede ser tratada con eritropoyetina, quedándole ya solo el tratamiento con transfusiones y queloides".

Afirma el Juzgador de instancia que existe identidad sustancial con lo ya resuelto por el TSJM en su sentencia de la Sección 2.ª de 27-4-2021.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 317 / Sept. 2023. El TSJM ordena visar un anticoagulante oral y abonar al paciente el porcentaje exento.

ADS nº 313 / Abril 2023. Deniegan reintegro de fármaco comprado sin receta antes de su financiación pública (Xarelto, paciente aquejado de fibrilación auricular).

ADS nº 311 / Feb. 2023. Reembolso de autovacuna bacteriana para infección reincente de tracto urinario.

ADS nº 301 / Marzo 2022. Reintegro de gastos a Servicio Extremeño de Salud por asistencia a desplazado.

ADS nº 299 / Enero 2022. Reintegro de gastos por tratamiento de hormona del crecimiento en centro ajeno.

ADS nº 295 / Sept. 2021. Reintegro de gastos por implantación de estimulador cerebral en Clínica de Navarra.

ADS nº 270 / Mayo 2019. Reintegro de gastos en clínica oftalmológica líder por desprendimiento de retina.

ADS nº 269 / Abril 2019. Reintegro de gastos en la privada a paciente con seguro privado y público.

ADS nº 244 / Enero 2017. Reembolso de gastos en QUIRÓN por demora asistencial en el SERGAS.

ADS nº 240 / Sept. 2016. Reembolso de gastos en clínicas privadas por denegación de asistencia.

ADS nº 224 / Marzo 2015. Sofosbuvir y el Derecho a la Salud. Iñigo Barreda. Director de ADS.

ADS nº 225 / Abril. El TSJPV ordena dispensar un medicamento no financiado en todos los casos.

ADS nº 207 / Sept. 2013. La tarjeta sanitaria única elimina barreras autonómicas en el acceso a prestaciones.

ADS nº 223 / Feb. El término España en la TIS identifica unidad nacional e igualdad prestacional.

ADS nº 317 / Sept. 2023. La demora en la aprobación de medicamentos en España, de 630 días de media, perjudica el acceso por pacientes.

ADS nº 309 / Dic. 2022. Dificultades en el acceso a tratamientos con medicamentos huérfanos en España. La visión del paciente. Daniel de Vicente. Miembro de la Junta de Fed. Española de Enfermedades Raras.

ADS nº 308 / Nov. 2022. 'Urge una regulación especial para facilitar el acceso de pacientes con enfermedad rara a medicamentos' (pág. 1068) y 'I Congreso de la Sección de Derecho Farmacéutico del ICAM'.

ADS nº 308 / Nov. 2022. Multa a laboratorio por vender a precio excesivo fármaco para enfermedad rara.

ADS nº 250 / Jul. Ag. 2017. Las enfermedades raras: los valores y los principios jurídicos para la innovación, la investigación y la asistencia sanitaria. Jesús Esteban Cárcar Benito, Doctor en Derecho, Profesor Asociado de la Universidad de Murcia.

ADS nº 240 / Sept. 2016. Financiación / Sistemas de información y estrategias para enfermedades raras.

ADS nº 183 / Jun. 2011. Derechos específicos de los pacientes con enfermedades raras (I). JAVIER SÁNCHEZ-CARO, DR. UNIDAD DE BIOÉTICA Y ORIENTACIÓN SANITARIA. C. MADRID.

ADS nº 184 / Jul. Ag. 2011. Derechos específicos de los pacientes con enfermedades raras (I). JAVIER SÁNCHEZ-CARO, DR. UNIDAD DE BIOÉTICA Y ORIENTACIÓN SANITARIA. C. MADRID.

STSJ, Contencioso, 28 de septiembre de 2023
(ROJ: STSJ MU 1746/2023- ECLI:ES:TSMU:2023:1746)
Id. CENDOJ: 30030330022023100459
Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso Sede: Murcia
Sección: 2 Sentencia: 464/2023 Recurso: 84/2023
Fecha de Resolución: 28/09/2023
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: LEONOR ALONSO DIAZ-MARTA
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Recurso de apelación

De D./ña. SERVICIO MURCIANO DE SALUD
Representación D./Dª.

Contra D./Dª. MINISTERIO FISCAL, Modesta
Representación D./Dª. , MARIA DEL
CARMEN GUASP LLAMAS

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA. SECCIÓN
SEGUNDA, compuesta por los Ilmos. Sres.:

Doña Leonor Alonso Díaz- Marta
Presidenta

D. José María Pérez-Crespo Payá
D. Francisco Javier Kimatrai Salvador
Magistrados

han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA n.º 464/23

En Murcia, a veintiocho de septiembre del dos mil veintitrés. En el rollo de apelación n.º 84/23 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia n.º 50/23, de 20 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de Murcia, en el recurso contencioso administrativo 502/2022 (DF 8/2022) tramitado por las normas de protección de los derechos fundamentales de la persona, en cuantía indeterminada, sobre vulneración del derecho a la protección a la vida e integridad física y derecho de igualdad, figuran como parte apelante el Servicio Murciano de Salud, representado y defendido por el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y como parte apelada D.ª Modesta, representada por la Procuradora Sra. Guasp Llamas y defendida por el Letrado Sr. Losana Perales. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal; siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Leonor Alonso Díaz-Marta, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Murcia, lo admitió a trámite, y después de dar traslado del mismo a la parte apelada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, la cual designó Magistrada ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para votación y fallo el día 15 de septiembre de 2023.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Juzgado de instancia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado

por la Procuradora de los Tribunales Sra. Guasp Llamas, en nombre y representación de Dña. Modesta contra la inactividad administrativa del Hospital Rafael Méndez por la no instauración a la recurrente del medicamento con principio activo Luspaterceptt (nombre comercial Reblozyl) para el tratamiento del Síndrome Mielodisplásico que sufre; declaró nula y contraria a Derecho la inactividad administrativa que produce la violación del derecho-principio a la igualdad ante la Ley (artículo 14 CE) para con la recurrente, obligando al SMS a que proceda al restablecimiento del mismo a través de la instauración urgente y financiación del tratamiento, como medicamento extranjero, por ser la medida positiva de reparación adecuada. Y desestimó la vulneración del derecho a la vida y a la integridad (artículo 15 de la CE).

La sentencia apelada, tras reproducir los argumentos de cada una de las partes interesadas, considerando el expediente administrativo, así como valorada la prueba testifical que se practicó el día 22-2-2023 (interrogatorio de testigos y peritos), entiende que el SMS ha vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley para con la recurrente; no así el derecho a la vida y a la integridad física. Comparte con la defensa del SMS y el Ministerio Fiscal que no existe vulneración del derecho a la vida y a la integridad de la recurrente. El tratamiento prescrito por los médicos tratantes, según los mismos reconocen, no es un tratamiento curativo, pues simplemente existe la posibilidad de que pueda reducir el número de transfusiones con una menor toxicidad que otros tratamientos que ya fueron aplicados y que han cesado por la respuesta de la recurrente a los mismos.

Comparte con la defensa del SMS que no puede confundirse el derecho a la protección de la salud (artículo 43 de la CE) con el derecho a la vida y a la integridad (artículo 15 de la CE), derechos que sólo son vulnerados de forma conjunta cuando, como explicita esta Sala, la decisión de no acudir a la aprobación excepcional del empleo del medicamento prescrito y no incluido genere un peligro grave para la salud, situación que no se ha justificado en este caso, habida cuenta que se trataría de adoptar la decisión acerca de la financiación de un medicamento cuya eficacia no es curativa, ni tan siquiera de cronificar los efectos de esta, sino a retrasar parte de los efectos perniciosos de la propia enfermedad, habiéndose valorado por la Administración para adoptar este criterio no solo razones económicas sino el propio beneficio que le pudiera generar al paciente.

Comparte, sin embargo, con la parte recurrente y con el Ministerio Fiscal la existencia de vulneración del principio de igualdad. Y entiende que los especialistas que

depusieron en el plenario coincidieron en que la administración del medicamento Luspaterceptt tiene la misma finalidad en el caso de la Betatalasemia y en el de un síndrome mielodisplásico (SMD), en el subtipo displasia multilinea con sideroblastos en anillo, que es la enfermedad poco habitual que sufre la recurrente; a saber, reducir el número de transfusiones para reducir, de forma natural, el incremento de carga férrica. Los médicos tratantes expusieron que la esperanza de vida media una vez diagnosticado el síndrome mielodisplásico (SMD), en el subtipo displasia multilinea con sideroblastos en anillo, es de diez años, y que la actora, cuando fue diagnosticada, tenía una "buena calidad de vida", calidad que ha ido perdiendo por el incremento del número de transfusiones a la que se está teniendo que someter, una vez que ha fracasado el tratamiento frente a la anemia con otras alternativas.

No es controvertido que en España, entre 2017 y 2020, se han tratado con Luspaterceptt 219 pacientes, 161 de ellos por pacientes adultos con anemia dependiente de transfusiones debida a síndromes mielodisplásicos (SMD) de riesgo muy bajo, bajo e intermedio, con sideroblastos en anillo, que obtuvieron respuesta insatisfactoria o no son candidatos a los tratamientos basados en la eritropoyetina; esto último es lo mismo que le ha sucedido a la recurrente, que ya no puede ser tratada con eritropoyetina, quedándole ya solo el tratamiento con transfusiones y queloides.

Entiende el Juzgador de instancia que existe identidad sustancial con lo ya resuelto por el este TSJ en su sentencia de la Sección 2.ª de 27-4-2021, cuando dice:

"... puede entenderse que se va a producir a través de la falta de suministro del medicamento una vulneración del derecho a la igualdad, puesto que ha quedado demostrado que existen menores, con igual padecimiento que sí están recibiendo aquel tratamiento financiando por las Comunidades Autónomas, tal y como han reconocido las facultativas que están pautando el tratamiento de estos pacientes, destacando los efectos positivos que han tenido los mismos, tratamiento se ha proporcionado no solo como uso compasivo sino como medicamento extranjero. La existencia de aquellos supuestos en los que realizar la comparación que, no pueden ser numerosos, al tratarse de una enfermedad rara y la diferente respuesta dada por este Servicio de Salud a la de otros, sin que, al propio tiempo pongan de manifiesto el distinto avance de la enfermedad de unos y otros, para descartar su aplicación, nos debe llevar a estimar que si se produce esta vulneración".

Por lo concluye que procede la estimación parcial del recurso, declarando la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, desestimando la vulneración del derecho a la vida y a la integridad.

SEGUNDO.- El Letrado de la CARM basa su recurso de apelación en los siguientes fundamentos:

1.- Considera que la sentencia de instancia infringe el artículo 14 CE, en relación con los artículos 92.1 de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Real Decreto Legislativo 1/2015) y el artículo 17.6 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre.

Centra el objeto del proceso de derechos fundamentales en determinar si el informe desfavorable de la Comisión Regional de Farmacia y Terapéutica (CFTRM) en relación con la autorización de uso financiado de Luspaterceptt, infringía los derechos fundamentales de la demandante de los artículos 14 y 15 de la Constitución Española de 1978 (CE).

Entiende que no existe tal vulneración del principio de igualdad porque la sentencia de instancia yerra en la apreciación de los hechos, y porque interpreta incorrectamente el principio de igualdad en materia de prestación farmacéutica y lo aplica erróneamente en este caso, por no estar acreditado que se haya autorizado la financiación de este medicamento a otros pacientes en similares circunstancias a las de la demandante en otras Comunidades Autónomas o en la Comunidad Autónoma de Murcia.

2.- Revisión de los hechos de los que parte la sentencia apelada por error en la valoración de la prueba.

Para valorar la posible infracción del principio de igualdad, considera esencial que exista una identidad sustancial entre los hechos respecto a los que se afirma un trato desigual injustificado. Detalla los hechos que motivan este proceso corrigiendo uno que es de especial relevancia para el fallo.

Destaca en particular que, según la literalidad del informe de la Agencia Española del Medicamento (AEMPS), aportado con la demanda como documento número 3, el acceso a este medicamento a través de Medicamentos en Situaciones Especiales se instauró el 6 de marzo de 2016, desde entonces 219 pacientes han iniciado en tratamiento con Luspaterceptt, e identifica tales pacientes por Comunidades Autónomas. El número de pacientes indicado engloba todas las indica-

ciones del medicamento Reblozyl, tanto las incluidas en la ficha técnica autorizada como el uso en condiciones diferentes a las autorizadas.

Señala que el informe de la AEMPS dice que 19 pacientes han iniciado en tratamiento con Luspaterceptt y que ese número engloba todas las indicaciones del medicamento Reblozyl, tanto las incluidas en la ficha técnica autorizada (...) como el uso en condiciones diferentes a las autorizadas. No existe prueba alguna de la afirmación de la demanda, que hace suya la sentencia, según la cual se ha tratado con este medicamento a 161 pacientes adultos con anemia dependiente de transfusiones debida a síndromes mielodisplásico.

Este hecho resulta sumamente relevante porque el fallo de la sentencia descansa sobre la idea de que en otras Comunidades Autónomas se ha autorizado el uso financiado de este medicamento en casos similares al de la actora.

La CFTRM solo ha emitido informe favorable para el inicio de tratamiento con Luspaterceptt en un solo caso referido a paciente con anemia dependiente de transfusiones asociada a betatalasemia que, a priori, tenía más posibilidades de eficacia y de éxito que el caso y patología de la demandante (SMD) (Hecho no controvertido).

3.- Derecho de igualdad y prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

Señala que cuando las circunstancias no sean las mismas, un trato diferente no implique una infracción del principio de igualdad.

Las diferencias relevantes que justifican tratos desiguales en la prestación sanitaria que recibimos los ciudadanos pueden ser muy variadas. Así es posible que, en unos casos, esta diferencia de trato puede deberse a diferencias resultantes de la organización político-territorial de nuestro país que da lugar a que existan normas distintas confiriendo derechos y obligaciones diferentes por razón del territorio.

En otras ocasiones, el trato distinto dependerá de las particulares circunstancias de cada caso.

Sostiene que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud no tiene por qué ser necesariamente igual en todos los Servicios de Salud autonómicos y el hecho de que en un Servicio de Salud se actúe de una manera determinada no conlleva que en otro deba se-

guirse inexorablemente esta forma de proceder. Las diferencias resultantes no suponen una infracción del principio de igualdad porque son expresión del sistema de organización territorial de nuestro país.

En el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud el principio de igualdad es inseparable de la regulación establecida por la Legislación ordinaria que regula esta parte de la prestación sanitaria. Es un derecho que se reconoce igual para todos los ciudadanos, pero sometido a una limitación, en cuanto a los medicamentos financiados, como consecuencia de un principio de financiación selectiva de los medicamentos, y la posibilidad de que existan diferencias por las decisiones que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias (artículos 91.12, 92.13 y 93 de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, Real Decreto Legislativo 1/2015, Ley del Medicamento).

Por tanto, la prestación farmacéutica financiada por el Sistema Nacional de Salud no es indiscriminada ni omnicompreensiva, sino que es selectiva de los medicamentos a financiar.

La financiación selectiva de medicamentos cuenta con una excepción prevista en el artículo 17.6 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, al amparo del artículo 24 de la Ley del Medicamento.

Este artículo establece la posibilidad de que los hospitales del Sistema Nacional de Salud puedan adquirir y emplear medicamentos y productos sanitarios que no cuenten con autorización de financiación. Esta posibilidad está sujeta al previo acuerdo de la comisión responsable de los protocolos terapéuticos u órgano colegiado equivalente en cada comunidad autónoma. En la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia esta comisión es la Comisión de Farmacia y Terapéutica de la Región de Murcia regulada por la Orden de 21 de junio de 2016 de la Consejería de Sanidad (BORM 06/07/2016). Esta Comisión tiene un manual de procedimiento que regula en su punto 5 el Uso de medicamentos con indicación autorizada y no financiados por el Sistema Nacional de Salud.

Sostiene que el mero hecho de que uno o varios Facultativos de un Servicio soliciten la autorización de financiación de un medicamento no financiado, no implica que la Comisión responsable de decidir sobre esa solicitud deba autorizarla. Es lógico que el Facultativo considere procedente el medicamento para el que

solicita financiación porque si no fuera así no solicitaría esa financiación. Pero el sólo parecer del o los solicitantes, por muy razonado que sea, no evidencia que la decisión contraria de la Comisión sea errónea. De no ser así, la autorización de la Comisión sería un mero trámite formal, sin un contenido real, porque siempre estaría abocada a autorizar cualquier solicitud de autorización de financiación, la excepción no sería tal y la financiación selectiva de medicamentos perdería su sentido. Otra cosa es que pueda demostrarse el error de la Comisión, pero esta demostración exigiría el concurso de terceros que pudieran acreditar ese error.

Por tanto, la prestación farmacéutica selectiva del Sistema Nacional de Salud puede ser excepcionada casuísticamente. Esta excepción supone una ruptura del principio de igualdad. Por tal motivo, la decisión sobre la procedencia de esta excepción corresponde a una Comisión responsable de los protocolos terapéuticos. Y el parecer del o los Facultativos solicitantes no puede imponerse por sí solo al de la Comisión.

4.- Errónea comparación con la sentencia 224/2021, de 27 de abril, de la Sala. Inexistencia de situaciones comparables con otras Comunidades Autónomas y con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La sentencia 224/2017, de 27 de abril, recurso 3/2020, mencionada por la sentencia de instancia, es similar a la sentencia 456/2019, de 19 de julio, recurso 8/2018 y repite lo dicho por ésta. En ambos casos, el fundamento de las sentencias estimatorias fue que en otras Comunidades Autónomas había menores en las mismas circunstancias que los menores para quienes se pedía autorización para el uso financiado del medicamento, a quienes, las Comisiones de esas Comunidades Autónomas, habían autorizado la financiación de ese medicamento.

Considera que entre aquellos casos y el de la demandante recurrida en este caso no existe parecido alguno. Es cierto que en todos los casos se suscita el problema de la no autorización excepcional de uso financiado de un medicamento excluido de financiación por el Ministerio de Sanidad. Pero aquí acaban los parecidos. Las circunstancias fácticas son sustancialmente distintas en cada caso (tanto por los pacientes y sus patologías como por los medicamentos y su acción en cada caso). Y por otro, la comparación entre el proceder de unos y otros Servicios de Salud tampoco es parecida.

Entiende, con carácter general, que las decisiones que pueda tomar la Comisiones responsables de los

protocolos terapéuticos de unas Comunidades Autónomas no pueden vincular a las demás Comisiones homólogas de otras Comunidades Autónomas.

En consecuencia, no es correcto afirmar que la decisión de una Comisión responsable de los protocolos terapéuticos de una Comunidad Autónoma contraría el principio de igualdad porque la Comisión de otra Comunidad Autónoma ha decidido lo contrario.

Concluye que aceptar que se vulnera el principio de igualdad porque otras Comisiones de otras Comunidades Autónomas han autorizado excepcionalmente el uso financiado de un medicamento no financiado, conduce simplemente a la destrucción del principio de financiación selectiva de medicamentos y a la desaparición de la autonomía de las Comisiones de otras Comunidades Autónomas, porque basta con que una de esas Comisiones conceda esa autorización para que las demás, acriticamente, deban concederla, so pena de vulnerar el principio de igualdad.

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso no está demostrado que las Comisiones correspondientes en otras Comunidades Autónomas hayan autorizado el uso financiado de Luspatercept para patologías y circunstancias similares a la de la demandante en este proceso.

Según la sentencia 161 pacientes adultos con anemia dependiente de transfusiones debida a síndromes mielodisplásicos (SMD) han sido tratados con Luspatercept. Pero el informe de la AEMPS no dice eso. Lo que dice es que 219 pacientes han iniciado tratamiento con Luspatercept y que ese número engloba todas las indicaciones del medicamento Reblozyl, tanto las incluidas en la ficha técnica autorizada (...) como el uso en condiciones diferentes a las autorizadas. Esos 161 pacientes a los que alude la sentencia no aparecen en este informe ni en ningún otro.

Además, la demandante no ha probado que las circunstancias de esos 161 pacientes que, según ella, han sido tratados con Luspatercept en otras Comunidades Autónomas, sean siquiera parecidas a las de ella.

Por tanto, resulta imposible realizar un juicio comparativo que permita apreciar una infracción del principio de igualdad entre el caso de la actora y cualquier otro de otras Comunidades Autónomas.

En consecuencia, aun cuando se aceptara la doctrina de las sentencias 456/2019 y 224/2021 de la Sala, no

se puede aceptar la vulneración del principio de igualdad porque no está demostrado que en otras Comunidades Autónomas se haya autorizado el uso de este medicamento a otros pacientes con la misma patología y en similares circunstancias que las de la demandante.

Aborda seguidamente el caso de un paciente para quien la Comisión Regional de Farmacia y Terapéutica sí autorizó el uso financiado excepcional de Luspatercept. La sentencia de instancia no aborda el caso en su ratio decidendi.

En relación con este caso tampoco puede apreciarse un trato desigual injustificado porque su patología y circunstancias son distintas a las de la demandante. Éste sufre betatalasemia, que es una enfermedad distinta a la de la demandante, y se informó favorablemente porque se tenía la esperanza de obtener un resultado satisfactorio, que no lo ha sido.

TERCERO.- La parte apelada se opone al recurso en los siguientes términos:

1.- Conformidad plena con la sentencia dictada y oposición al Recurso de Apelación presentado.

Muestra su plena conformidad con los Hechos y Fundamentos de Derecho recogidos en la Sentencia recurrida por lo que interesa el mantenimiento del contenido y fallo de la misma por ser plenamente conforme a Derecho, negando por tanto cualquier hecho o argumentación distinta de los contenidos en la referida resolución.

2.- Oposición a la revisión de hechos que se propugna de contrario relativos a no acreditación de personas con síndrome mielodisplásico que son tratadas con Luspatercept en otras Comunidades Autónomas y al objeto del procedimiento. Señala que ya obra en Autos, desde el momento de la interposición, un Informe que cifra el número de personas que con la misma enfermedad que la recurrente (a fecha de interposición del Recurso ya que hoy puede ser diferente la cifra por razones de la propia enfermedad) que reciben el tratamiento de Luspatercept, lo que supone que este hecho obrante en un documento público y aportado a este proceso, que está plenamente acreditado que es conocido por todas las partes procesales.

Además, al hacer referencia en el escrito de demanda a la existencia de esa cifra de personas tratadas, lo hizo a través de una reproducción parcial del contenido de la Resolución de la AEMPS aportada. Por tanto, esa re-

misión expresamente efectuada al escrito de interposición así como a la resolución que lo acompañaba, son suficientes para justificar la precisión que se realiza por parte del Juzgador a quo, en cuanto al número concreto de personas enfermas de Síndrome Mielodisplásico que reciben Luspatercept y en consecuencia dar por acreditado el hecho, que se cuestiona de contrario, de que en otras Comunidades Autónomas no se ha financiado ese tratamiento para personas que sufren la enfermedad.

También se puede inferir esta situación, persona enfermas de Síndrome Mielodisplásico que reciben Luspatercept, del Informe de la AEMPS por la propia lógica que evidencia lo incuestionable, puesto que es incuestionable que entre esas 219 personas que reciben el medicamento hay personas con síndrome mielodisplásico que no viven en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y ello porque, el medicamento se está utilizando en la población diana a la que va dirigido, personas enfermas de Síndrome Mielodisplásico, en la misma modalidad que la recurrente, también en la otra enfermedad Betatalesemia, donde en Murcia hay un caso tratado, así como en otras enfermedades en "fuera de indicación", y que se detalla el acceso por años en distintas Comunidades Autónomas del Sistema Nacional de Salud.

También considera un hecho no controvertido, que el tratamiento lo que promueve es una menor necesidad de transfusiones, lo que supone no incrementar la sobrecarga férrica asociada que puede tener resultados muy graves sobre la integridad y vida de la recurrente, mientras que los "quelantes" se usan para eliminar hierro del cuerpo humano pero no están indicados para promover la menor dependencia transfusional, lo que conlleva inexorablemente que el tratamiento de Luspatercept constituya, como dice la EMA y en consonancia la AEMPS, la "única" alternativa terapéutica disponible para el tratamiento del padecimiento que sufre la recurrente.

Ante estas pruebas de la existencia de la discriminación sufrida, a la vista de lo anterior, la Administración apelante tenía la obligación de aportar una "contra-prueba" para argumentar que no existía el trato diferenciado, como en este sentido manifiesta la STC 17/2003, que en parte reproduce; doctrina del TC que engarza con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha ido admitiendo el desplazamiento de la carga de la prueba hacia las autoridades de los Estados demandados a la hora de justificar un tratamiento diferenciado cuando se presenten eviden-

cias iniciales de discriminación como se recogen en las sentencias Nachova et altri c. Bulgaria (2005) y Timishev c. Rusia (2005).

Entiende que la revisión de hechos que se pretende de contrario no debe prosperar a la vista de lo expuesto, dado que queda plenamente acreditado que en otras Comunidades Autónomas del Sistema Nacional de Salud existen personas, ciento sesenta y una como en su momento indicaba la AEMPS, que con el mismo padecimiento reciben el tratamiento con Luspaterceptt y sin que la Administración haya probado lo contrario.

En cuanto a hechos no controvertidos, señala que el objeto del presente procedimiento es la inactividad administrativa prestacional del Hospital "Rafael Méndez", a la vista de que se cumplen todos los requisitos para que le pueda ser instaurado el medicamento que es recomendado hasta por un antiguo vocal, por el hematólogo Sr. Alejandro, de la Comisión de Farmacia, lo que lleva a requerir al centro hospitalario para que se proceda a su instauración.

Por tanto, es evidente que el objeto del pleito es ese y no el que pretende respecto de la Decisión de la Comisión de Farmacia de 5 de mayo de 2022 como se dice de contrario puesto que el fallo va en consonancia con el requerimiento dirigido a un centro hospitalario a fin de cumplir una obligación prestacional y cesar en la discriminación que sufre la recurrente.

Y en consecuencia esta pretensión de reconducir el pleito, pues así se indica por la apelante en su suplico, a la mera impugnación del referido Acuerdo de la Comisión de Farmacia tampoco debe prosperar.

3.- Correcta apreciación del Derecho de Igualdad por parte de la Sentencia de instancia respecto de la prestación sanitaria, así como de aplicación de doctrina de esta Sala.

Ha quedado plenamente acreditado que existen personas en otras Comunidades Autónomas del Sistema Nacional de Salud que con la misma enfermedad que sufren la recurrente reciben el tratamiento denominado Luspaterceptt.

Y también ha quedado plenamente acreditado que por parte de la Administración no se ha demostrado la existencia de una justificación objetiva y proporcional para limitar el derecho de la interesada al acceso, en condiciones de igualdad efectiva, al tratamiento y que por supuesto le han supuesto una degradación de su

calidad de vida a causa de la mayor dependencia transfuncional que sufre como se ha puesto de manifiesto por la propia Sentencia recurrida.

No es justificación suficiente para denegarle el medicamento, la organización político-territorial del Estado autonómico cuando indica que la residencia en una u otra Comunidad Autónoma puede conferir derechos y obligaciones diferentes según el lugar donde una persona tenga su residencia. Admitir esto sería justificar una discriminación por razón del territorio, que no es constitucionalmente admisible conforme a lo dispuesto en los artículos 41 y 43.2 de la Constitución que son desarrollados por los artículos 3.2, 6, 18 y 45 y concordantes de la Ley General de Sanidad que suponen la introducción del principio de la universalización del derecho a la asistencia sanitaria, cuyo acceso, incluidas las prestaciones sanitarias, se llevará a cabo en condiciones de igualdad efectiva, consecuencia del artículo 14 de la Constitución, por lo que de asumir las tesis propuestas de contrario supondría dejar un espacio abierto a la arbitrariedad de los poderes públicos lo que también es contrario a las previsiones del art. 9.3 CE.

Por tanto, desde el principio de favorabilidad del Derecho Fundamental, que consagra la STC 32/1981, es evidente que la anterior tesis no puede prosperar como causa justificativa objetiva y proporcional de excluir el Derecho de Igualdad ante la Ley por vivir en distintas Comunidades Autónomas como tampoco lo puede hacer la financiación selectiva de medicamentos que se esgrime de contrario máxime cuando en nuestra propia Región se reconoce el derecho de acceso a medicamentos en situaciones especiales como excepción a la financiación selectiva a través de los procedimientos establecidos por la Comisión de Farmacia en su documento ad hoc.

Pero esta situación no supone una excepción para "tratar igual a los iguales" como preceptúa el art. 14 CE y determina el Tribunal Constitucional en su prolija jurisprudencia sobre el referido precepto.

El acceso al tratamiento que reclama la interesada al Centro Hospitalario conforme a las previsiones Real Decreto 1015/2009, relativo al acceso a medicamentos en situaciones especiales como se explica en el Fundamento Primero de la Sentencia recurrida y que son los mismos sobre los que informa la Agencia Española del Medicamento.

Analiza las dos resoluciones o informes de la Comisión de Farmacia con resultados contradictorios res-

pecto al Luspatercept. Una de estas resoluciones deniega la solicitud efectuada por la facultativa tratante de la apelada simplemente por no cumplir los criterios del referido documento. La otra, informa favorablemente para la otra enfermedad que se puede tratar, la Betatalasemia, pues según dice la apelante en su escrito "se tenía la esperanza de obtener un resultado satisfactorio" sin más consideraciones.

Esto demuestra que estas decisiones "contradictorias" no son fruto del error de la Comisión ni del empeñamiento de los médicos tratantes en discusiones clínicas que son asumibles y discutibles en términos de discrecionalidad técnica, sino más bien son propias de una cuestión discriminatoria puesto que en identidad de situaciones, dos personas enfermas que precisan la reducción de la necesidad de transfusiones a través del mismo tratamiento con resolución expresa de no financiación, siguiendo el criterio propio del Punto 5 del Documento de Uso de la Comisión, no se debería haber tramitado ninguna de las dos solicitudes.

Pero la referida norma excepciona de nuevo el rechazo absoluto de las solicitudes y permite el acceso al tratamiento si se dan unos requisitos, los que allí aparecen, que no fueron tampoco tenidos en consideración por las circunstancias propias de la interesada, la edad, para poder acceder al tratamiento que supone, a todas luces, una infracción de la doctrina que recoge la STC 49/1982, respecto de la ausencia de causa justificativa que le impida tener la misma oportunidad de usar el mismo tratamiento, con la misma resolución de no financiación, que la otra persona, sobre todo cuando queda acreditado que el acceso de esta persona joven fue informado favorablemente "por razones humanitarias" como declaró el testigo, miembro de la Comisión de Farmacia, más que por la discrecionalidad técnica.

Y esta actitud discriminatoria no es novedosa, sino más bien recurrente en la Administración apelante que ha supuesto que en otras situaciones similares por esta Sala se dicten la Sentencia 224/2021, cuya doctrina aplicable al presente supuesto es de plena aplicación, y que es similar a la que recoge la Sentencia 456/2019, puesto que ambas se basan en que existen personas con igual padecimiento dentro de la población diana del tratamiento que lo están recibiendo en otras Comunidades Autónomas, incluso en la Región de Murcia, con resolución expresa de no financiación y que tiene efectos positivos, como en el caso de Luspatercept, pusieron de manifiesto las facultativas solicitantes.

Por ello, la referencia de la apelante de que no existen

elementos comparativos entre las situaciones descritas por las sentencias y la que nos ocupa, no es cierta.

En consecuencia entiende que la sentencia dictada debe ser mantenida en su integridad puesto que la misma ha realizado una correcta aplicación de los criterios relativos a determinar la existencia de discriminación sufrida por la recurrente por la inactividad del centro hospitalario en consonancia con las previsiones del art. 14 CE y la doctrina de esta Sala.

CUARTO.- El Fiscal interesa la desestimación del recurso interpuesto, haciendo expresa reproducción de las alegaciones efectuadas al contestar a la demanda deducida y a los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

QUINTO.- Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que adecuadamente recoge la fundamentación de la sentencia de esta Sala de 27 de abril de 2021 que, a su vez, hace suyos los expuestos por otra sentencia de esta misma Sala n.º 456/2019, de 19 de julio.

Considera el Letrado de la Administración apelante que existe un error en la valoración de la prueba. Hace referencia para ello al informe de la AEMPS aportado con la demanda, que dice que 19 pacientes han iniciado tratamiento con Luspatercept y que ese número engloba todas las indicaciones del medicamento Reblozyl, tanto las incluidas en la ficha técnica autorizada como en uso en condiciones diferentes a las autorizadas, pero que no existe prueba de la afirmación que hace suya la sentencia de que se ha tratado con este medicamento a 161 pacientes adultos con anemia dependiente de transfusiones debida a síndromes mielodisplásico.

Tal alegación no puede prosperar porque olvida la Administración apelante que cuando la recurrente interpuso el recurso, en principio ante esta Sala y remitido posteriormente a los Juzgados, acompañó como documento n.º 3 la resolución de concesión de solicitud de acceso a la información pública n.º 001-069475 de la Dirección de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) de fecha 20 de junio de 2022 en la que respecto a la información solicitada sobre los tratamientos autorizados por la AEMPS en situaciones especiales conforme al RD 1015/2009, por fechas y Comunidades Autónomas, del tratamiento para el Síndrome Mielodisplásico con principio activo Luspatercept y denominación comercial Reblozyl, indicaba textualmente respecto a este último los siguiente:

"El acceso a este medicamento a través de Medicamentos en Situaciones Especiales se instauró el 6 de marzo de 2016, desde entonces 161 pacientes con Síndrome Mielodisplásico han iniciado en tratamiento con Luspatercept:

- 2016: 1 paciente inició tratamiento (Comunidad Valenciana)

- 2021: 117 pacientes iniciaron tratamiento (Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla La Mancha. Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana)

- 2022: 43 pacientes iniciaron tratamiento (Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla La Mancha. Galicia, Madrid, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana)

Por tanto, han accedido al tratamiento con Luspatercept, a través de Medicamentos Especiales y por Comunidades Autónomas el siguiente número de pacientes con Síndrome Mielodisplásico (SMD):

Andalucía: 10 pacientes
 Aragón: 14 pacientes
 Baleares: 5 pacientes
 Canarias: 17 pacientes
 Cantabria: 2 pacientes
 Castilla La Mancha: 7 pacientes
 Castilla y León: 8 pacientes
 Cataluña: 22 pacientes
 Comunidad Valenciana: 26 pacientes
 Extremadura: 1 paciente
 Galicia: 13 pacientes
 Madrid: 32 pacientes
 Navarra: 2 pacientes
 País Vasco: 2 pacientes

También han iniciado el tratamiento con Luspatercept 25 pacientes con talasemia.

Por tanto, queda acreditado, pese a lo manifestado por el Letrado del Servicio Murciano de Salud, que sí hay prueba que acredita la afirmación de la sentencia referida a que se han tratado con Reblozyl 161 pacientes con anemia dependiente de transfusiones debida a síndromes mielodisplásicos, y, además, se ha hecho en 14 Comunidades Autónomas diferentes a través de Medicamentos en Situaciones Especiales, conforme al RD 1015/2019; aparte de otros 25 tratamientos iniciados con pacientes con talasemia. Es cierto que hay otro informe aportado de la AEMPS, de 9 de diciembre de

2022, que habla en general de los pacientes que han iniciado tratamiento con Luspatercept, aunque no diferencia los que lo recibieron por sufrir síndrome mielodisplásico de los pacientes con talasemia. Y hay más pacientes que en el informe anterior lógicamente por la diferencia de fechas; pero el anterior, más detallado respecto a la enfermedad tratada, no deja lugar a dudas. Añade la Administración apelante que no se vulnera el derecho de igualdad y prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud al no ser la prestación farmacéutica financiada por dicho sistema indiscriminada ni omnicomprensiva, sino que es selectiva de los medicamentos a financiar, y puede haber diferencias entre una Comunidades Autónomas en el ejercicio de su competencias. Sin embargo, dicha alegación tampoco puede prosperar, ni se trata de cuestiones de estricta legalidad ordinaria.

Es cierto que para apreciar la vulneración del principio de igualdad debe aportar quien lo invoque un término de comparación idóneo, como indicaba la STC 98/92, de 22 de junio; y en este caso el término de comparación se ha aportado, pues acreditó la parte recurrente en la instancia un término de comparación idóneo, pues 161 pacientes que sufrían síndrome mielodisplásico habían recibido tratamiento con Reblozyl según la AEMPS desde 2016 hasta el 20 de junio de 2022, tratamiento instaurado a través de medicamentos en situaciones especiales, es decir, conforme al RD 1015/2019, en 14 Comunidades Autónomas.

Por lo que es evidente que, de no suministrarse este medicamento a la recurrente con el mismo síndrome que el sufrido por los pacientes de esas Comunidades Autónomas, se estaría vulnerando el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por el trato desigual en supuestos sustancialmente idénticos, siendo mejor tratados los de otras Comunidades Autónomas, produciéndose una agravio comparativo, derivado solo del lugar donde resida la paciente, respecto del mismo medicamento y para tratar el mismo síndrome. La autonomía de las Comunidad Autónomas en la gestión de sus servicios sanitarios no puede justificar la denegación de este medicamento, que ciertamente no está incluido en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, pero que se suministra en las restantes comunidades en situaciones especiales conforme al RD 1015/2019, para tratamientos de pacientes con la misma patología.

En esta caso la recurrente no hizo una invocación abstracta o genérica o indeterminada, sino que acreditó, incluso con fechas y Comunidades Autónomas, las per-

sonas que, sufriendo también, como la recurrente, síndrome mielodisplásico habían recibido tratamiento con Luspatercept en prácticamente todo el territorio español.

Por último, se ha de indicar que los pronunciamientos contenidos en las sentencias de esta Sala 456/19, de 19 de julio (DF 8/2018), y 224/21, de 27 de abril (DF 3/20), son perfectamente aplicables al presente supuesto ya que se ha demostrado que existen pacientes con igual padecimiento que sí están recibiendo aquel tratamiento financiado por la Comunidades Autónomas.

Por lo que la diferente respuesta dada por este Servicio de Salud sin que se haya puesto de manifiesto por el mismo el distinto avance de la enfermedad en unos o otros, nos debe llevar a estimar que sí se produce la vulneración, máxime cuando en este caso todos los informes periciales de los médicos que trataron a la recurrente pusieron de manifiesto cómo fue tratada con Aranesp y G-CSF hasta agosto de 2020, con adecuada respuesta, pero que a partir de esa fecha fue en aumento la necesidad transfusional que llegó en 2022 a 6 CH/mes, y posteriormente llegó a requerir el soporte de hasta 8 concentrados de hematíes al mes, con la gran sobrecarga férrica que ello motiva, por lo que ante el progreso de la enfermedad y la pérdida de respuesta de las terapias previas y la mayor toxicidad de la Lenalidomida, fueron solicitando, con carácter urgente, en abril de 2021 y en abril de 2022, la autorización del uso del tratamiento con Luspatercept, por considerarlo, ante los resultados obtenidos y en el contexto de la paciente, con buen estado general y excelente calidad de vida, que era la mejor opción para conseguir la independencia transfusional y su menor toxicidad hematológica.

Llegando incluso a solicitar una segunda opinión del hematólogo del Hospital Morales Meseguer, miembro de la Comisión de Farmacia Regional, Sr. Alejandro, que les indica que no les permiten el tratamiento con Luspatercept, que aunque no es curativo, es un fármaco autorizado en su caso, pero pendiente de acuerdo de financiación entre autoridades sanitarias e industria farmacéutica.

Y no es discutido que "Reblozyl está indicado para el tratamiento de pacientes adultos con anemia dependiente de transfusiones debida a síndromes mielodis-

plásicos (SMD) de riesgo muy bajo, bajo e intermedio, con sideroblastos en anillo, que obtuvieron una respuesta insatisfactoria o no son candidatos a los tratamientos basados en la eritropoyetina (ver sección 5.1). *Reblozyl* está indicado para el tratamiento de pacientes adultos con anemia dependiente de transfusiones asociada a betatalasemia (β -talasemia) (ver sección 5.1)".

SEXTO.- En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación confirmando la sentencia apelada; y dadas las cuestiones que se suscitan que requieren criterios valorativos puntuales, en aplicación del tratamiento ponderado que permite el artículo 139. 2 de la LJCA, no ha lugar a imposición de costas a la parte apelante.

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

F A L L A M O S

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Servicio Murciano de Salud contra la sentencia n.º 50/23, de 20 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de Murcia, dictada en el recurso para la protección de los derechos fundamentales de la persona 502/2022; sentencia que se confirma por ser ajustada a Derecho, sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el artículo 88 de la citada ley. El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el artículo 89.2 de la LJCA.

En el caso previsto en el artículo 86.3 podrá interponerse recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Absuelven por no ingresar en UCI a paciente mayor al inicio de la pandemia por Covid

Publicamos por primera vez en ADS una sentencia que se pronuncia sobre uno de los casos típicos denunciados por familiares de pacientes en los comienzos de la pandemia por Covid 19, por una posible desatención o abandono de los servicios sanitarios públicos al tratarse de una persona mayor (73 años) con factores de comorbilidad a la que no se ingresa en la UCI ni se aplican medios extraordinarios como el respirador, y que acaba falleciendo en el hospital unos días después del ingreso en urgencias. Se descarta la pérdida de oportunidad desde el estado de la ciencia (medios terapéuticos aplicados, hidroxiclороquina, entre otros) de acuerdo con protocolos establecidos en ese periodo inicial de la pandemia y por la saturación de los hospitales, y se acepta el 'criterio ético' médico de no priorizar al paciente siguiendo el documento elaborado por la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (Semicyuc).

ADS. Se dilucida en el presente proceso judicial la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid (CAM) y de su aseguradora (SHAM) por no ingresar el servicio médico del hospital en la UCI a un paciente de 73 años con sospecha de neumonía por infección con Covid 19 e hiponatremia moderada sintomática en el comienzo de la pandemia.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) desestima la reclamación de la familia por considerar que la exclusión del paciente de la UCI se adopta conforme a protocolos por su edad, sus patologías previas y la situación de mal pronóstico que no cede a pesar de aplicarse el arsenal terapéutico estándar en los momentos iniciales de la pandemia, y que la adopción de otras medidas extraordinarias no habrían variado su estado clínico de insuficiencia severa respiratoria. La sentencia afirma que la Administración sanitaria ofreció los medios y tratamientos necesarios, de acuerdo con lo que se disponía y se

sabía en marzo de 2020, por lo que considera, que, pese a la fatal consecuencia del fallecimiento del padre y esposo de los recurrentes no hubo vulneración de la *lex artis*.

El paciente es tratado con hidroxiclороquina y antibióticos, y oxigenoterapia, el tratamiento estándar de COVID-19 en el mes de marzo de 2020. Ante la mala evolución del paciente, sucesivamente se introdujo tratamiento con interferón y esteroides.

Criterios éticos de priorización

La sentencia de la Sala expone que "no puede obviarse la situación de pandemia en la que nos encontrábamos, a nivel global, en la fecha de los hechos, con los servicios de UCI limitados, por lo que se tuvieron que priorizar los casos más graves, de forma que la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (Semicyuc) emitió un documento de consideraciones éticas en el que se plantea el ingreso en la UCI únicamente a los pacientes de prioridad 1. Pues bien, dada las patologías que presentaba el paciente, según el criterio médico, no cumplía los criterios de prioridad 1, pudiéndole suministrar la medicación y atención precisa en planta".

Añade el Tribunal que "el 19 de marzo de 2020 estábamos en pleno estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, provocado por la pandemia global de Covid19, de forma que los recursos sanitarios, dado el número de personas afectadas, muchas en estado grave, eran limitados, especialmente en ocupación de camas en las Unidades de Cuidados intensivos".

Por ello, la Semicyuc emitió un documento ético en el que señala que "en una situación de pandemia prevalece el deber de planificar, el principio de justicia distributiva y la maximización del beneficio global. Se debe tener consciencia de la justa asignación de la distribución de recursos sanitarios limitados".

El Servicio de Medicina Intensiva descartó el traslado del paciente a la UCI considerando que su edad y comorbilidad desaconsejaban su traslado a dicha unidad. El paciente y sus familiares fueron informados de dicha negativa.

En los días posteriores la situación del paciente empeoró progresivamente, produciéndose su fallecimiento en la madrugada del día 23 de marzo.

El Servicio de Medicina Interna del hospital informó que "el paciente recibió el mejor tratamiento posible en aquella fecha, **oxigenoterapia, hidroxilcloroquina, antibióticos, inmunomoduladores (esteroides e interferón)**, y no podemos más que lamentar con sus familiares que nuestros esfuerzos no pudieran salvar la vida de D. Luis Enrique."

De otro lado, según la Sala no es posible acudir a la doctrina de la **pérdida de oportunidad**, porque:

- el paciente recibió los tratamientos para el Covid-19 existentes y conocidos al tiempo de los hechos conforme al estado de la ciencia.

- No se ha demostrado por los actores la existencia de algún otro tratamiento hubiese sido útil en sus condiciones, tal y quedó demostró la experiencia posterior respecto de pacientes en iguales condiciones.

*- La Administración ha demostrado como la decisión de no ingresarle en la UCI se adoptó por criterios médicos, a los que hemos aludido en el fundamento anterior, al considerarse que dicho soporte vital extraordinario no hubiera aportado nada a su curación y, por el contrario, habría provocado un dolor psíquico y físico innecesario constituyendo una **obstinación terapéutica**.*

Abandono en el pasillo y extravío del cadáver

Los demandantes afirman que su padre permaneció treinta horas sin que se le proporcionaran los medios idóneos para tratarle, y que, ante las quejas de los familiares, solo obtuvieron por respuesta que no había ni respiradores ni medicamentos para todos.

Por ello reiteran que se dejó morir al paciente y que, si se hubiera diagnosticado la dolencia en el momento del ingreso y se le hubiese atendido en la UCI, su pronóstico hubiera sido distinto. Denuncian además el extravío del cadáver después de su traslado apareciendo un mes después en el tanatorio

de Móstoles, donde no pudo ser incinerado en su momento por haberse extraviado el certificado de defunción.

La sentencia responde a esta cuestión que la responsabilidad de la Administración sanitaria termina cuando pone a disposición de la empresa funeraria el cadáver para su traslado al tanatorio.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 316 / Jul. - Ag. 2023. *Rechazan indemnizar la puesta a disposición de hospitales privados por Covid.*

ADS nº 293 / Jun. 2021. *Ley de medidas para la gestión de la pandemia de Covid 19.*

ADS nº 288 / Enero 2021. *Gestión y prevención de pandemias: reformas pendientes en la sanidad con motivo de Covid 19.*

ADS nº 286 / Nov. 2020. *BOE / Prórroga del estado de alarma de 6 meses por la pandemia.*

ADS nº 286 / Nov. 2020. *ADS nº 286 / Nov. 2020. Covid 19 / Los aspectos legales de la gestión de la pandemia, en el Congreso ADS.*

ADS nº 286 / Nov. 2020. *Prestaciones personales obligatorias para el personal de SACYL por Covid 19*

ADS nº 286 / Nov. 2020. *Covid 19 / Medidas extraordinarias de recursos humanos en el SAS.*

ADS nº 286 / Nov. 2020. *Covid 19 / Compensación económica a personal de servicios sociosanitarios.*

STSJ, Contencioso, del 28 de septiembre de 2023
(ROJ: STSJ M 10527/2023- ECLI:ES:TSJM:2023:10527)
Id. CENDOJ: 28079330102023100748

Órgano: Tribunal Superior de Justicia.
Sala de lo Contencioso Sede: Madrid Sección: 10
Sentencia: 782/2023 Recurso: 600/2021
Fecha de Resolución: 28/09/2023
Procedimiento: Procedimiento ordinario
Ponente: RAFAEL BOTELLA GARCIA-LASTRA
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

Procedimiento Ordinario 600/2021

Demandante: D./Dña. Lina, D./Dña. Loreto
y D./Dña. Segundo

PROCURADOR D./Dña. FELIPE BERMEJO VALIENTE

Demandado: CONSEJERIA DE SANIDAD
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

SOCIETE HOSPITALIERE D'ASSURANCES MUTUELLES
PROCURADOR D./Dña. ANTONIO
RAMON RUEDA LOPEZ

S E N T E N C I A Nº 782 / 2023

Ilmos. Sres. :

Presidenta : Doña María del Camino
Vázquez Castellanos

Magistrados : Doña María Francisca Rosas Carrión
Don Rafael Botella y García Lastra
Doña Guillermina Yanguas Montero
Don Benjamín Sánchez Fernández

En la Villa de Madrid el día veintiocho de septiembre del año de dos mil veintitrés.

V I S T O S por los Ilmos. Sres. arriba reseñados, Magistrados integrantes de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 600-2021 seguidos a instancia del Sr. Procurador de los Tribunales D. Felipe Bermejo Valiente en nombre de D^a Lina y sus hijos D. Segundo Y D^a Loreto , bajo la dirección del Letrado Sr. D. Pedro Blanco Gómez, contra la desestimación inicialmente presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha 6 de julio de 2020 como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre D. Luis Enrique en el Hospital Universitario 12 de Octubre dependiente de la red sanitaria de la Comunidad de Madrid. Ha sido parte demandada la COMUNIDAD DE MADRID representada y asistida por la Sra. Letrado de sus Servicios Jurídicos , y en calidad de codemandada SOCIÉTÉ HOSPITALAIRE D'ASSURANCES MUTUELLES SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Antonio Ramón Rueda López, bajo la dirección del Letrado D. Bernardo Ybarra Malo de Molina en base a los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El pasado 14 de enero de 2021 el Sr. Procurador de los Tribunales D. Felipe Bermejo Valiente en nombre de D^a Lina y sus hijos D. Segundo y D^a Loreto compareció ante el Decanato de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid interponiendo re-

curso contra la desestimación inicialmente presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha 6 de julio de 2020 como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre D. Luis Enrique.

SEGUNDO: El asunto fue turnado al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3º, el cual, tras subsanarse defectos procesales en fecha 8 de febrero de 2021 dictó decreto admitiendo el recurso disponiéndose recabar el expediente administrativo para que la representación de los actores pudieran deducir demanda.

TERCERO: Recibido el expediente administrativo en fecha 8 de marzo siguiente se dispuso hacer entrega del mismo a la representación de los recurrentes para que pudieran formular demanda.

CUARTO: Los actores dedujeron demanda en fecha 12 de abril de 2021 en la cual, tras alegar lo que a su derecho convenía terminaba suplicando lo que se transcribe: "SUPlico AL JUZGADO: Que habiendo por presentado este escrito con el documento adjunto y sus copias con el expediente administrativo que devuelvo, lo admita y en su mérito tenga por formulada en tiempo y forma la DEMANDA en estos autos, y previa ulterior sustanciación legal, dicte en su día justa sentencia por la que se estime este recurso y posterior demanda, acogiendo por su orden las defensas esgrimidas en el cuerpo del presente escrito, declarando expresamente la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada por su actuar negligente, condenando a la misma al pago de la cantidad de DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON TREINTA Y UN CENTIMOS DE EURO (268.269,31 €), según interesamos en nuestro hecho quinto, con los demás pronunciamientos inherentes en Derecho y con imposición de costas si se opusiere a nuestras legítimas pretensiones."

QUINTO: Mediante diligencia de fecha 22 de abril de 2021 se dispuso dar traslado a la representación de la Comunidad de Madrid para que contestase la demanda. En fecha 4 de mayo de 2021 la Letrado de la Comunidad de Madrid presentó escrito formulando alegaciones previas al amparo del art. 58.1 de la LJC-A, en las que interesaba que se remitiesen las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, por ser la cuantía del procedimiento superior a la prevista en el art. 8.2.c) de la LJC-A, debiendo aplicarse el 11.1.a) del mismo cuerpo legal. nTras escucharse al Ministerio Fiscal y restantes partes el siguiente 25 de mayo el Juzgado nº 30 de los de Ma-

drid dictó auto declarando la falta de competencia y acordó la remisión a esta Sala previo emplazamiento de las partes.

SEXTO: Personadas las partes ante esta Sala, por virtud de auto de fecha 14 de junio de 2021 se aceptó la competencia para conocer del presente recurso, disponiéndose conceder plazo a la representación de la Comunidad de Madrid para que contestase la demanda, lo que verificó en fecha 16 de julio de 2021, en el que tras alegar lo que a su derecho convino terminó suplicando se desestimase el recurso en los términos alegados.

SEPTIMO: Por resolución de fecha 21 de julio de 2021 se acordó tener por contestada la demanda, a la vez que se disponía dar traslado a la representación de la codemandada SHAM, quien el 1 de septiembre de 2021 presentó escrito interesando, al amparo del art. 55 de la LJC-A se ampliase el expediente administrativo, recabándose la historia clínica del fallecido D. Luis Enrique. El complemento interesado se recibió el 28 de septiembre fecha en que se dispuso dar traslado a la actora para que pudiera hacer alegaciones complementarias, lo que verificó en el sentido que consta en el escrito fechado el 6 de octubre de 2021. Igualmente, en fecha 18 de octubre se dispuso conferir traslado a la representación de la Comunidad de Madrid para que pudiera formular alegaciones complementarias al respecto, lo que verificó en el sentido que consta en el escrito fechado el 4 de noviembre de 2021.

OCTAVO: Por diligencia de fecha 10 de noviembre de 2021 se dispuso dar traslado a la representación de la codemandada SHAM para que contestase la demanda.

NOVENO: En fecha 22 de noviembre siguiente se recibió en esta Sala una ampliación del expediente por lo que se dispuso dar traslado nuevamente a las partes por si a su derecho convenía realizar alegaciones complementarias. La representación de los actores presentaron un escrito fechado el 25 de noviembre de 2021 así como otro firmado digitalmente el 7 de diciembre de 2021.

DECIMO: Mediante escrito fechado el 13 de diciembre de 2021 la representación de la codemandada contestó la demanda, interesando, tras alegar lo que a su derecho convino terminó suplicando la desestimación de la demanda con expresa imposición de costas.

UNDÉCIMO: Por decreto de fecha 20 de diciembre de 2021 se fijó la cuantía del procedimiento en la suma de

268.269,31 €, y, mediante auto de fecha 31 de enero de 2022 se dispuso el recibimiento del pleito a prueba declarando la pertinencia de alguna de las pruebas propuestas por las partes. Dichas pruebas han sido practicadas con el resultado que consta en las actuaciones.

DUODÉCIMO: Mediante diligencia de ordenación de fecha 18 de junio de 2022 se abrió el período de conclusiones sucintas, habiéndose por cada parte evacuado las propias, tras lo cual, por diligencia de fecha 7 de julio de 2022 se acordó dejar los autos pendientes de señalamiento.

DECIMOTERCERO: NUEVAMENTE la Administración amplió el expediente remitiendo actuaciones posteriores realizadas por la Consejería de Sanidad, y en particular, la Orden de fecha 13 de julio de 2022 por la que se desestimó la reclamación de los recurrentes, disponiéndose nuevamente, por diligencia de fecha 26 de julio de 2022, dar traslado a las partes, para que, en el plazo común de diez días pudieran hacer alegaciones complementarias.

Las partes hicieron alegaciones al respecto, expresándose por la representación de los recurrentes, mediante escrito fechado el 27 de julio de 2022, la posibilidad de que se hubiere incurrido en un motivo de nulidad de las actuaciones desde el día de la vista hasta la actualidad. Las restantes partes hicieron sus respectivas alegaciones, dictándose providencia el siguiente día 15 de septiembre de 2022, dejándose las actuaciones pendientes de señalamiento, si bien, respecto de la cuestión suscitada por los actores se resolvería lo oportuno en sentencia.

DECIMOCUARTO: En fecha 6 de julio pasado se dispuso el señalamiento para la votación y fallo del presente el día 27 de septiembre de 2023 fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Botella y García-Lastra, quien expresa el parecer de la Sección.

A los anteriores son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La representación procesal de D^a Lina y sus hijos D. Segundo y D^a Loreto formulan el presente recurso contencioso-administrativo contra la desestimación inicialmente presunta de la reclamación de

responsabilidad patrimonial formulada en fecha 6 de julio de 2020 como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre D. Luis Enrique en el Hospital Universitario 12 de Octubre dependiente de la red sanitaria de la Comunidad de Madrid.

La pretensión de los actores es la que hemos dejado transcrita en el antecedente de hecho 4º de esta resolución, por lo que ahí expresado nos remitimos ahora.

SEGUNDO: Antes de abordar cuales son las posiciones de las partes hay dos cuestiones previas que resolver, cuales son el i) el objeto del recurso, y, ii) las sucesivas ampliaciones del expediente y el alegato de nulidad planteado por los actores en el escrito fechado el 27 de julio de 2022.

La primera cuestión debe ser respondida tal y como se reseña en el encabezamiento de esta sentencia, así como el antecedente y fundamento primero. En efecto, como hemos señalado en el antecedente decimotercero de esta resolución en fecha 13 de julio de 2022 se dictó resolución expresa desestimando la reclamación de los actores, resolución que, por cierto, no consta se haya notificado por la Administración a los actores, aun cuando no cabe duda que los mismos tuvieron conocimiento de ella a través del traslado acordado mediante diligencia de fecha 26 de julio de 2022. Lo cierto es que los actores, una vez conocida tal resolución, no ampliaron el recurso al acto expreso, y debemos determinar si esa no ampliación tiene alguna consecuencia en este procedimiento.

En este punto debe de notarse que el artículo 36.1 LJCA utiliza el término "podrá" que empleaba el artículo 46 de la Ley de lo contencioso de 27 de diciembre de 1956, dándole el sentido de que la ampliación del recurso no es necesaria como ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo salvo en los casos en los que el acuerdo tardío y expreso modifique el presumido por silencio; en esos casos la ampliación sí es una carga de la parte recurrente, como ha recordado la Sentencia de 27 de febrero de 1997 (Apelación 10636/1991), con cita de una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 98/1988, de 31 de mayo , FJ 5) Pero, conforme a los más recientes pronunciamientos, hay que entender que la ampliación del recurso es facultativa y no necesaria cuando la pretensión mantiene su virtualidad impugnatoria a pesar de la resolución tardía. (Cfr. STS de 15 de junio de 2015, Rec. 1762/ 2014, con abundante cita de jurisprudencia anterior). En ese caso puede entender legítimamente el recurrente que la resolución tardía no afecta al objeto esencial de su recurso [(así STC

231/2001, de 26 de noviembre; en parecido sentido Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 2009 (Casación 1887/2007)].

TERCERO: Íntimamente conectado con lo anterior está la eventual alegación de nulidad que suscita la representación de los actores, en el escrito de 26 de julio de 2022.

Es evidente que no existe ningún tipo de quebranto que sea sanable con la declaración de nulidad. La Administración tiene el deber, exigido por el art. 21 de la Ley 29/2015, de 1 de octubre, y de hecho la propia LPAC prevé en el art. 24.3. b) la posibilidad de que la Administración resuelva extemporáneamente sin sujeción al silencio negativo. Igualmente tal posibilidad está prevista en el art. 36.1 de la LJC-A, que hemos invocado más arriba.

Nada hay, en nuestro caso, inconveniente alguno para que la Administración pueda resolver una vez iniciado el procedimiento contencioso-administrativo. Solo hay un supuesto en que la Administración debe de abstenerse, cuál es la existencia de un procedimiento administrativo sancionador, que no es el caso tal y como establece el art. 2 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid.

No hay ninguna norma que obligue a la Administración a abstenerse de pronunciarse una vez iniciado el procedimiento judicial. Es cierto que el Consejo de Estado en ocasiones (vid Dictamen con número de expediente 873/2001, de 25 de abril de 2001 y Dictamen con número de expediente 3242/2003, de 11 de diciembre de 2003) en los que ha sostenido la imposibilidad de pronunciarse el propio Consejo una vez iniciado el procedimiento judicial. Probablemente debería ser un criterio de lege ferenda la imposibilidad de pronunciamiento de la Administración en supuestos como el de autos, sin embargo, como hemos visto la legislación no prohíbe la dualidad de procedimientos-administrativo y judicial- , con lo que no vemos inconveniente alguno en que la Administración haya continuado con el procedimiento hasta su conclusión con la resolución en fecha 13 de julio de 2022, a la que arriba nos referíamos.

CUARTO: Despejadas estas cuestiones hemos de analizar las posiciones de las partes a la vista de sus escritos rectores. La representación de los recurrentes relata en la demanda, como el 18 de marzo de 2020 D. Luis Enri-

que, su esposo y padre, respectivamente, de 73 años de edad ingresó en el Hospital Universitario 12 de octubre, con síntomas de neumonía bilateral, que no fue inicialmente diagnosticada, que, posteriormente derivó en Covid-19, señalando que el mismo no padecía patología alguna previa relacionada con el Covid-19 que le fue diagnosticado 3 días después de la fecha de ingreso en el Hospital.

Sostiene que durante la estancia del paciente en el Hospital únicamente se le realizaron pruebas iniciales, consistentes en auscultación y analíticas de sangre, únicamente el 21 de marzo se le hace una primera radiografía de tórax tras la cual se le diagnostica SARS-Cov-2. Debido al deterioro del estado de salud del mismo fue valorado para el ingreso en UCI y se concluyó " que el paciente no es susceptible de ingreso en dicha unidad dada la edad y comorbilidad" . Debido a lo que considera "actuar negligente" el paciente falleció el 23 de marzo de 2020.

Además, una vez fallecido el padre y esposo de los recurrentes, al realizar el traslado del cadáver al tanatorio de Móstoles, el cadáver se extravió, apareciendo finalmente en el tanatorio de dicha localidad el 23 de abril de 2020, no pudiendo ser incinerado por haberse extraviado el certificado de defunción.

Tras analizar los elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial señala como D. Luis Enrique en el momento de su ingreso en el Hospital habiendo de permanecer el mismo durante treinta horas sin recibir tratamiento en una camilla en un pasillo. Sostiene que no se le dispensó un tratamiento adecuado sin proporcionársele los medios adecuados para tratarle, y ante las quejas de los familiares solo obtuvieron por respuesta que no había ni respiradores ni medicamentos para todos, por ello concluyen que se dejó morir a D. Luis Enrique, sostiene que si se hubiera diagnosticado la dolencia en el momento del ingreso y se le hubiese atendido en la UCI su pronóstico hubiera sido distinto.

Analiza la evolución del Covid desde el 31 de diciembre de 2019, fecha en que se detecta el primero de los casos en China, hasta el 30 de abril de 2020, señalando que a la vista de la evolución y de las directrices de la OMS no era posible considerar la existencia de fuerza mayor, sino que, muy por el contrario lo que existió fue un retardo en el diagnóstico y una omisión de medios en el tratamiento, de la cual deduce la existencia de responsabilidad patrimonial, señalando, además, la imprevisión de las autoridades sanitarias españolas que no adoptaron medidas para evitar la expansión de la en-

fermedad. A continuación aborda el tema del traslado del cadáver y su posterior extravío apareciendo un mes después el mismo en el tanatorio de Móstoles, donde no pudo ser incinerado en su momento por haberse extraviado el certificado de defunción. Sostiene que en esta cuestión la responsabilidad de la Administración es clara pues se debió controlar por el Hospital donde estaba el cadáver, habiendo formulado reclamación contra la aseguradora de decesos con la que el difunto tenía contratado una póliza.

Finalmente cuantifica el montante de la reclamación en la suma de 268.269,31 €.

QUINTO: Por su parte, la representación de la Comunidad de Madrid, tras analizar los elementos de la responsabilidad patrimonial, niega su concurrencia para lo cual se remite al informe de la Coordinadora de Urgencias donde se reseña el tratamiento dispensado a D. Luis Enrique desde ingreso en el Hospital 12 de octubre a las 21,46 horas del 18 de marzo, hasta el 19 de marzo a las 18,58 horas en que pasa a medicina interna. El informe de Urgencias expresa lo que se transcribe:

"El paciente fue trasladado desde el H. Puerta del Sur donde se encontraba ingresado al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario 12 de Octubre el 18 de marzo de 2020 a las 21 .46h tras petición de la familia (alta voluntaria). Según informe de dicho hospital el paciente presentaba un cuadro evolucionado de 8 días de fiebre, probablemente COVID19 sin prueba de confirmación realizada. A su llegada y tras la valoración clínica inicial se solicitaron las pruebas complementarias. Se traslada al paciente al Servicio de Radiodiagnóstico para la realización de radiografía de tórax (22:48 horas) objetivándose neumonía. Posteriormente se le traslada al Área de Encamados y se le realizan pruebas complementarias y se prescribió oxigenoterapia para mantener una adecuada saturación de oxígeno. El tratamiento prescrito durante su estancia en Urgencias incluye ácido acetil salicílico, ceftriaxona vía intravenosa, paracetamol vía intravenosa, amlodipino, clexane, azitromicina, dolquine, sueroterapia y oxigenoterapia."

Como acabamos de decir se le traslada al servicio de medicina interna el 19 de marzo de 2020 a las 18,58 horas, reflejando el informe de dicho servicio lo siguiente:

"El paciente D. Luis Enrique ingresó en el Servicio de Medicina Interna, procedente del Servicio de Urgencias al que había llegado trasladado desde el Hospital HM Puerta del Sur de Móstoles, el día 19 de Marzo por la

tarde. El cuadro que condujo a su ingreso fue una neumonía COVID-19 con criterios de gravedad incluyendo insuficiencia respiratoria e hiponatremia. A su llegada el paciente es tratado con el tratamiento estándar de COVID-19 en el mes de marzo de 2020: 7 de 14 hidroxiquina y antibióticos, y oxigenoterapia. Ante la mala evolución del paciente, sucesivamente se introdujo tratamiento con interferón y esteroides.

Durante su estancia en la planta de hospitalización, y ante la mala evolución respiratoria del paciente se solicitó valoración por parte del Servicio de Medicina Intensiva para su posible traslado a la UCI. El Servicio de Medicina Intensiva descartó el traslado del paciente a la UCI considerando que su edad y comorbilidad desaconsejaban su traslado a dicha unidad. El paciente y sus familiares fueron informados de dicha negativa.

En los días posteriores la situación del paciente empeoró progresivamente, produciéndose su fallecimiento en la madrugada del día 23 de marzo.

Desde nuestro punto de vista, el paciente recibió el mejor tratamiento posible en aquella fecha, oxigenoterapia, hidroxiquina, antibióticos, inmunomoduladores (esteroides e interferón), y no podemos más que lamentar con sus familiares que nuestros esfuerzos no pudieran salvar la vida de D. Luis Enrique ."

Por su parte, se refiere al informe del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital en el que se expresa lo que sigue:

"Consultada la historia clínica del paciente, consta que acudió al Servicio de Urgencias de este centro el día 18 de marzo de 2020 a las 21:46 horas por sospecha de neumonía Covid-19, siendo ingresado en planta de Medicina Interna el día 19 de marzo de 2020 a las 18:58 con el diagnóstico de neumonía bilateral grave por Covid-19. A pesar del tratamiento, el paciente presentó una mala evolución, por lo que se consultó al S. de Medicina Intensiva para valorar ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) el día 20 de marzo a las 18:12. Tras dicha valoración, se desestimó el ingreso en UCI, de lo cual queda constancia en la historia clínica con el siguiente comentario del médico intensivista:

* Dada la edad y comorbilidad del paciente, se decide que el paciente no es susceptible de ingreso en unidad de cuidados intensivos, se le hace saber dicha decisión al paciente que comprende dicha información. Se informa a sus médicos responsables de dicha decisión. El paciente falleció el día 23 de marzo de 2020 a las 02:45

siendo el diagnóstico principal final el de "neumonía adquirida en la comunidad por Covid 19".

Cabe comentar que la indicación para ingresar a un paciente en UCI viene dada por la presencia, actual o previsible en un futuro inmediato, de una situación de gravedad de tal magnitud que puede condicionar el fallecimiento del paciente.

Al mismo tiempo, debe darse una segunda condición que es la de considerar que la situación del paciente puede ser reversible si se aplican las medidas diagnósticoterapéuticas propias de la Medicina Intensiva en una UCI. La decisión debe ser tomada por un médico con conocimientos y experiencia en el manejo de estas situaciones.

En el caso concreto de este paciente, se consideró que presentaba criterios que hacían razonablemente improbable la adecuada reversión del proceso clínico. Los criterios analizados eran la edad del paciente, la patología previa (hipertensión arterial en tratamiento con tres fármacos, síndrome de apneahipopnea del sueño en tratamiento con CPAP/ tuberculosis pulmonar latente, bronquiectasias, cardiopatía isquémica en estudio, déficits cognitivos de repetición en estudio) y la falta de respuesta al tratamiento adecuado ya iniciado desde su llegada al S. de Urgencias. Teniendo en cuenta estos tres factores, se desestimó el ingreso en UCI considerando, con una opinión basada en el conocimiento y la experiencia del médico intensivista, que los medios de tratamiento que podrían ser aplicados en la UCI para la situación concreta paciente (intubación traqueal y ventilación mecánica, sedación y analgesia continuas, relajación muscular, ventilación en decúbito prono, administración de óxido nítrico inhalado, oxigenación con membrana extracorpórea y otras técnicas de terapia de depuración extracorpórea) serían razonablemente ineficaces para salvar la vida del paciente. Por el contrario, el ingreso en UCI y la aplicación de los tratamientos indicados, podría producir complicaciones añadidas al proceso basal y supondría una situación de gran discomfort para el paciente. En definitiva, se utilizó el criterio de "futilidad" como elemento principal para la toma de la decisión de "no ingreso" en UCI, considerándose el ingreso como una "obstinación terapéutica".

La futilidad, y la adecuación del esfuerzo terapéutico en función de ésta, son situaciones que deben ser consideradas en la toma de decisiones de ingreso de un paciente en UCI. Así está reconocido por la Deontología médica y recogido en los Códigos Éticos de diferentes sociedades científicas y en la legislación vigente. En

ellos se considera que la adecuación del esfuerzo terapéutico (que consiste en retirar, ajustar o no instaurar un tratamiento cuando el pronóstico de vida limitada así lo aconseje), forma parte de la buena práctica clínica y es una obligación moral y normativa de los profesionales. La "obstinación terapéutica" es, por el contrario, una mala práctica clínica y una falta deontológica. Tras las consideraciones anteriores, entendemos que la decisión de no ingresar al paciente en UCI fue correcta y adecuada a las circunstancias del paciente basadas en la consideración de futilidad y dirigida a evitar la obstinación terapéutica en el paciente."

Por todo ello concluye que conforme a los Informes transcritos, no cabe duda de que la Administración sanitaria hizo todo lo posible por salvar la vida del paciente, teniendo en cuenta las circunstancias de fuerza mayor y la situación de crisis sanitaria derivada del COVID 19. Señalando como la prestación sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, no existe la obligación de obtener el resultado pretendido que, si bien debe ser perseguido con la máxima diligencia, cuidados, previsión y dedicación, puede verse truncado por la condición de la propia naturaleza humana señalando como en el caso del recurrente se dispensaron los medios disponibles. Finalmente discrepa de la valoración del quantum indemnizatorio planteado en la demanda.

SEXTO: La representación de SHAM niega los hechos de la demanda, señalando que, pese a la afirmación de la demanda, no es cierto que se abandonase a su suerte al padre y esposo de los recurrentes, sino, que, por el contrario se le dispensó la asistencia posible en aquellos momentos, prescribiéndose los tratamientos adecuados y conocidos para combatir la enfermedad en aquellos momentos. Considera que la asistencia dispensada fue la correcta y el paciente recibió todos los tratamientos adecuados, incluyéndose la placa de tórax al poco tiempo de su ingreso, señalando que no se le ingresó en la UCI al concluirse que el paciente no era recuperable, y considerar por ello que el tratamiento era fútil y constituía una obstinación terapéutica. Al margen de ello considera que se debe de tener en cuenta que el ingreso del paciente fue en el momento temporal de inicio de la pandemia, cuando el Gobierno Central había asumido todas las competencias para combatir los contagios causados por el Covid-19, y existía un grave problema de falta de medios materiales y humanos para poder atender las urgencias sanitarias causadas por la pandemia. Señala así como el 14 de marzo de 2020 el Ministerio de la Presidencia aprobó el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma

para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El Gobierno Central se declara la autoridad competente a todos los efectos del estado de alarma. Consecuencia de ello fue que las Comunidades Autónomas carecían de competencias para el abastecimiento de medicamentos y productos sanitarios, dado que el Gobierno Central se había arrogado para sí todas las competencias. En ese momento existía un grave desabastecimiento de medios materiales: mascarillas, Equipos de Protección Individual (EPIs), respiradores, unido a la falta de medios humanos (facultativos y personal sanitario) para atender la enorme demanda de asistencia sanitaria provocada por la pandemia. De hecho, el 15 y el 30 de marzo de 2020 se aprobó las Ordenes SND/232/2020 y SND/299/2020 que permitían la contratación de estudiantes de medicina en su último año de formación, profesionales de la medicina con título de especialista en Estados no miembros de la Unión Europea y a médicos jubilados, etc. Esto es, nos encontramos ante una situación de crisis y emergencia sanitaria sin precedentes que es absolutamente necesario contextualizar para juzgar la atención prestada a don D. Luis Enrique los días 18 a 23 de marzo de 2020, justo al comienzo de la pandemia.

Analiza la secuencia cronológica de la asistencia dispensada al paciente, a la luz de la historia clínica y del informe pericial de praxis aportado que confecciona el Dr. Edemiro, especialista en medicina intensiva, y a la luz de esos datos objetivos señala que en la demanda no se menciona una concreta actuación médica contraria a la *lex artis*, más allá de afirmar, sin ningún criterio médico, que el paciente debía haber sido ingresado en la UCI, considerando inconcebible que le "dejaran morir". Igualmente afirma que en la demanda se sostiene, siendo contrario a la verdad, que únicamente se auscultó al paciente y se le realizaron unos análisis de sangre y un hemograma y que hasta tres días después de su ingreso no se realizó una placa de tórax. Tal y como aparece en la abundante documentación del seguimiento, evolución y pruebas realizadas al paciente, dichas afirmaciones no son veraces, se le realizaron las pruebas necesarias, y se le dispensó el tratamiento que requería la situación. Igualmente analiza los criterios que determinaron no ingresar al paciente en la UCI, señalando como el informe del servicio de medicina intensiva que obra en autos (folio 116 a 188) coincide con los criterios científicos usuales, aportando el código ético de la Sociedad de Medicina Intensiva, crítica y unidades coronarias, donde se ponderan todos los criterios necesarios para ingresar a un paciente en las UCI, entre los que destaca la futilidad y los criterios de justicia. Se centra en los informes médicos obrantes en el expe-

diente emitidos por los facultativos que atendieron de manera constante al difunto D. Luis Enrique, en los que se explican las atenciones dadas, que el paciente no era candidato para su ingreso en UCI y que, a pesar de realizar los mejores esfuerzos terapéuticos, falleció dada la gravedad de su situación (neumonía Covid-19 con criterios de gravedad), incluyendo insuficiencia respiratoria e hiponatremia):

- Informe de la doctora doña Custodia, Coordinadora de Urgencias Generales (folios 112 y 114 ea).

- Informe del doctor don Federico del Servicio de Medicina Interna (folio 115 ea).

- Informe del doctor don Fernando, Jefe de Servicio de Medicina Intensiva (folios 116 a 188 ea)

Y, analiza tales elementos documentales en relación con el informe pericial suscrito por el Dr. Edemiro (folio 208 y ss de los autos) del que extrae las siguientes valoraciones: en el momento de los hechos (18 a 23 de marzo de 2020), al inicio de la pandemia, no existía ningún tipo de protocolo ni tratamiento o fármacos universalmente aceptado para el tratamiento del Covid-19, ni los corticoides ni ningún otro tipo de fármaco. El hecho de que la PCR de Covid-19 no se hiciera de manera inmediata no modifica en modo alguno los acontecimientos, ya que el momento en que se realice dicha prueba no altera el hecho objetivo de que el paciente había sido infectado de Covid-19 extra hospitalariamente. En cualquier caso, las analíticas y radiografía realizadas indicaban ya un diagnóstico compatible con Covid-19 y fue objeto de tratamiento médico conforme a dicho diagnóstico.

Transcribe parte de dicho informe señalando porqué el paciente no era candidato a la UCI, señalando lo que sigue:

"A la hora de valorar la gravedad y actuaciones a seguir intervienen multitud de factores relacionados: el riesgo vital, la intensidad de la agresión, la repercusión de la misma, el esfuerzo terapéutico necesario para su control, las probabilidades de recuperación, su pronóstico etc. En este caso:

- Intensidad de la agresión: Enfermedad pulmonar SEVERA

- Repercusión de la misma: Insuficiencia respiratoria GRAVE? Esfuerzo terapéutico necesario para su control: NO HAY CLARO TRATAMIENTO.

- Probabilidades de recuperación: ESCASA. Se trataba de una enfermedad nueva con una alta tasa de letalidad y limitada expectativa de supervivencia en pacientes ancianos, varones y en presencia de comorbilidades tales como la hipertensión y la enfermedad pulmonar crónica que ya eran conocidas por ensombrecer el pronóstico de cualquier enfermedad o paciente que ingresa en UCI (particularmente el distrés respiratorio, incluyendo por tanto el asociado al Covid 19).

-¿Al momento de los hechos existían datos que permitían suponer la futilidad de su ingreso en UCI?: Por todo lo que he explicado anteriormente y lo que consta en el expediente, la respuesta es Sí.

D. D. Luis Enrique estaba en el grupo III.

En opinión de este perito el razonamiento que orienta la actuación del intensivista y su anotación desestimando su ingreso en UCI es la siguiente: Si a una enfermedad pulmonar grave sin claro tratamiento, con una alta tasa de letalidad y por tanto con una limitada expectativa de supervivencia, le sumamos comorbilidades (hipertensión arterial en tratamiento con tres fármacos, síndrome de apnea-hipopnea del sueño en tratamiento con CPAP, tuberculosis pulmonar latente, bronquiectasias, cardiopatía isquémica en estudio, déficits cognitivos de repetición en estudio)-, la falta de respuesta al tratamiento adecuado ya iniciado desde su llegada al S. de Urgencias- y la edad-capaz por sí misma de reducir ostensiblemente la reserva biológica de un paciente y por tanto, ensombrecer el pronóstico de cualquier enfermedad paciente que ingresa en UCI (particularmente el distrés respiratorio)- se entiende claramente que la posibilidad de revertir esta situación (criterio de recuperabilidad) es muy improbable, desaconsejando su ingreso en una Unidad de Cuidados Intensivos. He de insistir una vez más que en contra de lo que sostienen en la demanda, NO había ningún tratamiento específico para el Covid."

Igualmente el expresado perito da respuesta a los "puntos de hecho" que plantean los actores en la demanda, respondiendo a los interrogantes que estos suscitan respondiendo a dichas cuestiones del siguiente modo:

" 1.- "Ser cierto o no el hecho del ingreso de D. D. Luis Enrique el día 18 de marzo de 2020 con síntomas semejantes a los de la posteriormente detectada patología por SARS-COV-2; teniendo en cuenta la inexistencia de patologías previas semejantes con la posteriormente detectada".

Respuesta: Desde el primer momento ya se contempla correctamente el diagnóstico de Covid 19, basado no solo en la presencia de un cuadro clínico compatible (Cuadro febril de 8 días de evolución de hasta 38°C a pesar de antipiréticos, escasa tos productiva con expectoración verdosa y confusión. Hipo persistente incluso durante el sueño acompañado de náuseas. Diarrea autolimitada a 1 día la semana pasada...) sino también en la presencia de infiltrados bilaterales sospechosos de infección por Covid 19 en un entorno epidemiológico pandémico.

2.- "Derivado de lo anterior, acreditación o no, a la vista del Expediente Administrativo, de si desde el día 18 de marzo de 2020 hasta el 21 del mismo mes y año, de las pruebas, diagnósticos y demás proceder médico, a D. D. Luis Enrique se le realizó alguna prueba, análisis, etc., distinto de la auscultación, análisis de sangre y hemogramas"

Respuesta: He de manifestar que en la ciencia médica la anamnesis y el examen físico son los pilares fundamentales de cualquier diagnóstico y no pueden asumirse (o retóricamente intentar hacerlas parecer) como "cuestiones menores". Dicho esto, constan como realizadas analíticas completas de sangre, electrocardiograma, radiografía de tórax, hemocultivos, determinación de SARS Cov 2 y un TAC craneal (este realizado previo a su traslado al hospital 12 de Octubre).

3.- "Derivado de lo anterior, y a la vista del Expediente Administrativo, si las pruebas realizadas desde el día 18 de marzo hasta el 21 del mismo mes y año eran pertinentes para la detección de la patología SARS-COV-2".

Respuesta: Eran totalmente pertinentes. Insistir nuevamente que el criterio rector era el cuadro clínico compatible en un entorno pandémico, a lo que hay que sumar la presencia de infiltrados bilaterales sospechosos de infección Covid 19 en la radiografía de tórax y por supuesto, la detección POSITIVA del Nuevo Coronavirus 2019 (SARS-CoV-2) en la muestra que se remitió el mismo día 18/03/2020.

4.- "Derivado de lo anterior, acreditación o no del hecho de que, de haberle realizado la RX Tórax antes del día 21 de marzo de 2020, hubiese sido detectable la patología de SARS-COV-2".

Respuesta: Incluso una lectura superficial del expediente demuestra que el día 18/02/2020 ya obra el resultado de una radiografía de Tórax Urgente que informa de "opacidades parenquimatosas parcheadas

bilaterales de predominio en campo pulmonar inferior y medio derecho y campo inferior izquierdo, compatible con la sospecha de infección por SARS-CoV-2 en este contexto epidemiológico" Dicen también (los recurrentes) que "durante su estancia en el Hospital 12 de Octubre no se le atendió ni sanitaria ni personalmente de la manera que debe tratarse a una persona mayor de más de 70 años, lo tuvieron en una camilla, en un pasillo durante más de 30 horas; no se le facilitó tratamiento alguno ni respiradores ni nada que fuese eficaz e idóneo para corregir la patología por la cual fue ingresado", este razonamiento solo puede entenderse a tenor de la más completa falta de lectura del expediente clínico y desconocimiento de la realidad vivida (y que seguimos viviendo) en la pandemia Covid ya que:

- Lo que claramente interpretan como casi abandono del paciente "en una camilla" no tiene nada que ver con lo realmente ocurrido, que no es otra cosa que la continua preocupación por parte de los sanitarios hacia D. D. Luis Enrique tal y como queda perfectamente explicado en este comentario evolutivo de urgencias: "...Por otro lado, dada la afectación analítica + radiológica que presenta compatible con COVID-19, se cursará ingreso. Sin embargo, se mantiene por el momento en Encamados para control estrecho de sintomatología neurológica y de valores analíticos de natremia. JUICIO CLINICO - AFECTACIÓN PULMONAR INTERSTICIAL. Sospecha de COVID. - Hiponatremia moderada sintomática euvolémica +/- toma de diuréticos"

- Durante su estancia el paciente recibió el mejor tratamiento posible en aquella fecha: oxigenoterapia, Hidroxicloroquina, antibióticos, inmunomoduladores (esteroides e interferón) así como Paracetamol, Amlodipino, ácido acetil salicílico y sueroterapia.

- NO existía en ese momento ningún tratamiento "eficaz e idóneo" para tratar la infección por Covid 19. Tal como corroboran incluso los propios reclamantes en su escrito donde se lee "El 18 de marzo de 2020, la OMS y sus asociados ponen en marcha el ensayo "Solidaridad", un ensayo clínico internacional que tiene por objeto generar datos sólidos de todo el mundo para encontrar los tratamientos más eficaces contra la COVID-19." Es decir que al momento que ocurren los hechos (Casualmente el mismo 18/03/2020) no había evidencia sólida que apoyase los tratamientos que se estaban usando."

Analiza igualmente el informe de inspección, remitiéndose a sus conclusiones, y tras ello se refiere a la reclamación por el extravío del cadáver, señalando que en este tema el Hospital carece por completo de res-

ponsabilidad pues el mismo día del fallecimiento entregó el cadáver a empresa funeraria, señalando, además que ya han reclamado a la aseguradora de decesos que tenía concertada la póliza el difunto D. Luis Enrique, y, finalmente reprocha el sistema de fijación de la indemnización que no se corresponde con la valoración habitual de los mismos.

En orden a la fundamentación concluye que no se dan los elementos necesarios para la atribución de responsabilidad patrimonial, pues no existió ni mala praxis ni tampoco pérdida de oportunidad considerando que no existe relación causal entre la actuación administrativa y el fallecimiento del recurrente.

SEPTIMO: Sentadas las posiciones de las partes, analicemos los hechos que han quedado acreditados a la luz de la actividad probatoria desarrollada en los presentes autos, de la misma resulta lo siguiente:

D. Luis Enrique, padre y esposo de los ahora recurrentes de 73 años, fue derivado desde el Hospital Puerta del Sur al Hospital Universitario 12 de Octubre el 18 marzo 2020, donde ingresa a las 21:46 horas, a petición de la familia, con sospecha de neumonía por infección COVID19 e hiponatremia moderada sintomática.

Según informe previo refería cuadro febril de 8 días de evolución de hasta 38°C a pesar de antipiréticos, escasa tos productiva con expectoración verdosa y confusión. Hipo persistente incluso durante el sueño acompañado de náuseas. Diarrea autolimitada a 1 día la semana pasada. No datos de insuficiencia cardiaca congestiva (ICC). Sin datos de insuficiencia cardiaca congestiva (ICC). No clínica miccional. En el centro se objetiva hiponatremia moderada 117 e infiltrados bilaterales sospechosos de infección por COVID 19 (exudado no extraído). No lesiones agudas en neuroimagen. Inicialmente se procedió a manejar la hiponatremia con suero hipertónico, "pero antes de que pasen, la familia pide alta voluntaria para acudir a centro público". El paciente presentaba como antecedentes personales de interés: hipertensión arterial (HTA); fumador desde los 15 a los 71 años de aproximadamente 15 cigarrillos/día; quejas amnésicas leves estudiadas por Neurología en 2018, con Tomografía computarizada por emisión de fotón único (SPECT) cerebral sin hallazgos y sin cumplir criterios de deterioro cognitivo leve (DCL); dolor torácico estudiado por Cardiología con ergometría no concluyente, clínica y electrocardiograma (ECG) negativo en 2016; SPECT de perfusión miocárdica tras esfuerzo y reposo sin alteraciones significativas en 2019; síndrome de apnea/hipoapnea del sueño (SAHS) en trata-

miento con presión positiva continua en la vía respiratoria (CPAP); tuberculosis pulmonar latente no tratada; bronquiectasias en seguimiento anterior de lóbulo superior derecho (LSD); nódulo pulmonar calcificado parahiliar derecho en TAC en 2020; fracturas de 9º a 11º arcos costales izquierdos por traumatismo en agosto de 2019; herniorrafia; cirugía de rodilla, prótesis rodilla y cirugía de oído.

A la exploración presentaba una tensión arterial (TA) 153/57mmHg, frecuencia cardiaca (FC) 69 latidos por minuto (LPM), Tª 39.1°C, SatO2 95% basal. Taquipneico en reposo a 36 rpm, respiración abdominal y tiraje abdominal, normohidratado, normocoloreado y normoperfundido. Exploración neurológica: Consciente, mantiene apertura ocular y responde a estímulos. Inatento, desorientado, discurso inicialmente coherente pero después se vuelve reiterativo e inconexo con el resto de la anamnesis. No focalidad neurológica grosera.

Auscultación: rítmica sin soplos. Pulmonar (AP): crepitantes izquierdos secos pero ventilación de manera simétrica.

Abdomen: ruidos hidroaéreos normotónicos, blando depresible, no doloroso a la palpación, no masas ni megalias.

Miembros inferiores (MMII): no edemas, no signos de trombosis venosa profunda (TVP).

RX tórax AP urgente: No se dispone de radiografía anterior. Tórax con escasa inspiración, con opacidades parenquimatosas parcheadas bilaterales de predominio en campo pulmonar inferior y medio derecho y campo inferior izquierdo, compatible con la sospecha de infección por SARS-CoV-2 en este contexto epidemiológico.

Ateromatosis calcificada en el cayado aórtico. No otras alteraciones relevantes. (Nota: mediante esta proyección no son completamente valorables las bases pulmonares).

En relación con la evolución del paciente y el tratamiento recibido, analíticamente presentaba hiponatremia moderada de 121, LDH de 500 en muestra muy hemolizada, PCR de 5, linfopenia de 800. "Dada la hiponatremia que presenta (moderada, desconocemos evolución, aunque impresiona de aguda/subaguda), en paciente con estado mental alterado y con volemia normal +/- toma de diuréticos, se pauta suero hipertónico al 3% en 6 horas (control analítico tras 2 horas de suero

para valorar interrupción o continuación de tratamiento)". Según consta en la historia clínica, "dada la afectación analítica y radiológica que presenta compatible con COVID-19, se cursará ingreso. Sin embargo se mantiene por el momento en encamados para control estrecho de sintomatología neurológica y de valores analíticos de natremia"

El 19 de marzo de 2020, a las 10:14 horas el paciente presentaba una TA: 154/60 mmHg FC 61 lpm satO₂: 97% con gafas nasales (GN) a 2 litros. Buen estado general normohidratado y perfundido eupneico en reposo, "llama atención hipo persistente", consciente y orientado en las 3 esferas lenguaje conservado, no focalidad neurológica. EEII no edemas. "Dada la mejoría de nivel de consciencia, y mejoría de alteraciones hidroelectrolíticas inicio dieta y ajuste tratamiento". Diuresis de 300 cc en ultimas horas (pendiente recoger orina). A nivel respiratorio saturación aceptable con gafas nasales a 2 litros saturación O₂ 97%. COVID19 positivo, curso ingreso dado estabilidad de paciente. Informo a familia (su hija ...) por teléfono. A las 16:57 horas de ese mismo día, 19 de marzo de 2020, el paciente presentaba similar estado general, persistiendo desorientación y dificultando anamnesis por lo que no fue posible precisar inicio de los síntomas. Mejora de febrícula con saturación de O₂ 96% con GN 2 lpm sin cianosis y "sin TR". Tensión arterial sistólica (TAS) 110. En la analítica destacaba Na 121. ALT 56 AST 71 PCR 5 linfocitos 800. Radiografía de tórax: opacidades parenquimatosas parcheadas bilaterales de predominio en campo pulmonar inferior y medio derecho y campo inferior izquierdo. ECG RS a 80 Sin prolongación de QTc COVID19 positivo. Con el juicio clínico de neumonía intersticial bilateral por COVID19, insuficiencia respiratoria hipoxémica secundaria, se inició tratamiento hidroxiclороquina (HDQ) empíricamente. Se solicitó consentimiento verbal q la familia que según consta en la historia clínica, se concedió (folio 70). A las 17:01 horas de ese mismo día consta en la historia clínica: "informada familia esta mañana e iniciada HQ esta mañana (entiendo consentimiento verbal). No informo hoy pero confirmar en parte de información diaria consentimiento. Por otro lado, natremia ha mejorado con hipertónico 100 cc a 124 por lo que dejo salino de mantenimiento a dosis bajas evitando expansión de volumen y mañana valorar control analítico. Es probable que sea de origen farmacológico (clortalidona)".

El paciente pasó a planta de Medicina Interna donde ingresa a las 18:00 horas. A la exploración a las 20:06 horas se encontraba consciente, orientado en persona, desorientado en tiempo y espacio. Inatento. TA:

156/38mmHg, FC: 84 lpm, T^a: 36.7°C, Spo₂: 89%. FR: 36rpm.

Cabeza y cuello: carótidas rítmicas y simétricas a 100lpm. PVY no valorada. No bocio. No adenopatías. Auscultación cardiaca: rítmico sin soplos a 100 lpm. Auscultación pulmonar: murmullo vesicular disminuido, con crepitantes en bases.

Abdomen: blando, no doloroso. No signos de irritación peritoneal. Ruidos presentes. Miembros inferiores: No edemas.

En el momento de la valoración al ingreso el paciente presentaba mal estado general, desorientado y con desaturación con gafas nasales (89%). Se ajustó el tratamiento añadiendo interferón gamma y dada la buena situación basal previa se avisó a la UCI de cara a plantear una posible intubación ante el probable fracaso respiratorio, en todo momento se habla con la familia (hija) para mantenerla al tanto de la situación clínica del paciente.

Al día siguiente, 20 de marzo, el paciente fue valorado por UCI Polivalente, equipo de guardia. Valoramos al paciente a petición de sus médicos tratantes para estudiar posibilidad de ingreso en nuestra unidad.

"En resumen: varón de 73 años con antecedentes más limitantes para el ingreso de SAHS GRAVE, así como estudio de demencia no concluyente, y episodios de dolor torácico sin cardiopatía isquémica conocida. HTA de 3 fármacos.

Carga tabáquica relevante, exfumador desde hace 2 años. (IPA >40) Vida activa.

Actualmente presenta deterioro respiratorio secundario a neumonía por SARSCOV-2. Deterioro respiratorio en las últimas horas, con necesidad de uso de reservorio para saturación 96%. Presenta taquipnea de mínimos esfuerzos, en reposo sin uso de musculatura accesoria ni mala dinámica respiratoria. Neurológicamente impresiona de discreto grado de delirium.

Dada la edad y comorbilidad del paciente, se decide que el paciente no es susceptible de ingreso en unidad de cuidados intensivos, se le hace saber dicha decisión al paciente que comprende dicha información. Se informa a sus médicos responsables de dicha decisión". Consta en la historia clínica en el comentario de evolución del día 20 de marzo de 2020, a las 19:09 horas, que no es susceptible de ingreso en UCI dada la edad y co-

morbilidad, "el adjunto de guardia responsable de unidad Covid19 se ha comunicado con familiares para poner en su conocimiento la decisión de no ingreso en UCI".

Durante el fin de semana el paciente experimentó un deterioro respiratorio, recibiendo por este motivo tratamiento con corticoides y antipsicóticos para control del delirium, en las analíticas de control se objetivó mejoría de la hiponatremia con empeoramiento de los reactantes de fase aguda (RFA). A pesar de todos los esfuerzos terapéuticos finalmente se produce el fallecimiento. Según consta en la historia clínica, el siguiente día 23 de marzo de 2020 a las 03.24 horas se avisó a los familiares por teléfono y se firmó certificado de defunción. Se trasladó el cadáver al mortuorio, entrando en esa unidad a las 06:15 horas, donde fue custodiado hasta las 22:00 horas, realizándose entrega a una empresa de servicios funerarios de Móstoles para su traslado al Tanatorio de Móstoles el 23 de marzo a las 22 horas (folios 122 y 123 ea).

OCTAVO: Conviene recordar ahora que el artículo 106.2 de la Constitución Española proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer que :

"Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

En concordancia con la norma constitucional el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponía : "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

El artículo 32.1 y 2 y el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, vigente en el momento de prestación de la asistencia sanitaria objeto de este proceso, disponen, a su vez: " Artículo 32. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

.../...

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

" Artículo 34. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

.../...

2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para

lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

La doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 y de 29 de julio de 2013, exige para que la misma se produzca que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Un hecho imputable a la Administración, basando con acreditar que el daño se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

2º.- Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar.

El daño o perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2011, con cita de la de 1 de julio de 2009, declara que " no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa". Y añade que, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007, " la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido". Finalmente, insiste en que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

3º.- Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Se ha de señalar que el concepto de relación causal se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, como presupuesto o " conditio sine qua non " , esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del anterior, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso, hasta alcanzar la categoría de causa adecuada, eficiente y verdadera del daño (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 y de 16 de febrero de 1999, entre otras).

4º.- Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.

5º.- Que el derecho a reclamar no haya prescrito, lo que acontece al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, dicho plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

También es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que esa responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, dado que no es posible constituir a la Administración en aseguradora universal (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011 y 14 de noviembre de 2011, entre otras).

NOVENO: En interpretación de esta normativa en asuntos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria, la doctrina jurisprudencial- por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008- tiene declarado que "(...) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006 , sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración

respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (Ss. 14-10-2003 y 13-11-1997). La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994 , que cita las de 19 enero y 7 junio 1988 , 29 mayo 1989 , 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993 , según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10- 2000 y 30- 10-2003)".

Se ha de precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico- sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001-.

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 se declaraba:

"(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de

resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004 , con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (...)"

También la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (recurso de casación nº 2099/2013) declaraba que:

"...no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría 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 ", por lo que " si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis , no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que " la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

DECIMO: Ha de señalarse que no todo daño que produzca la Administración es indemnizable sino tan sólo los que merezcan la consideración de lesión, entendida,

según la doctrina y jurisprudencia, como daño antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a Derecho, sino porque el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo, por no existir causas de justificación que lo legitimen. Las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 1.998, y de 17 de octubre de 2000 (Rec. 9201/1995) han enumerado los siguientes requisitos para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración:

a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.

c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.

d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado; a lo que hay que añadir, la ausencia de fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Con carácter general, debemos recordar que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente, y desde antiguo (así en sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero y 1 de abril de 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad ad-

ministrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Al margen de la matización que recoge igualmente la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 5 de junio de 1998, de 13 de septiembre de 2002; y STS de 17 de abril de 2007) no procede generalizar ese principio de responsabilidad patrimonial objetiva más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible el nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico; la doctrina general, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria recibe otras matizaciones importantes y específicas que se derivan de la naturaleza de la obligación asumida, puesto que nos encontramos ante una "obligación de medios", no de resultados. La jurisprudencia del TS considera que esta "obligación de medios" implica la puesta a disposición del paciente de cuantos medios conozca la ciencia médica, en la fecha de los hechos, en relación con el proceso patológico sufrido, obligación que no queda referida sólo a los medios técnicos y estructurales, sino, también, al factor humano. Y, aun cuando los medios no fueran suficientes, dicha circunstancia, por sí, no determina la existencia de responsabilidad, de la Administración. En la ponderación de esa obligación de medios, es preciso tener en cuenta las limitaciones lógicas de todo servicio público; la prioridad en la utilización de los medios limitados, el plazo en que pueden ser puestos a disposición del usuario. En este sentido, las SSTS de 25 de febrero de 2009, y STS de 24 de mayo de 2011.

Derivada de esa obligación de medios, en las reclamaciones que nacen de la actuación médica o sanitaria, resulta insuficiente, en doctrina de nuestro Alto Tribunal, 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. La obligación se concreta en prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio (así lo recuerda la STSJ DE CYL, Burgos, Secc. 2ª, de 6 de mayo de 2010, y lo expresa con claridad la STS de 10 de julio de 2012).

La aplicación de este criterio se traduce en la práctica en la asunción de la regla de responsabilidad por culpa, analizando los distintos supuestos en los que puede concurrir una vulneración de la lex artis, como serían el error de diagnóstico; la tardanza en el mismo; en la determinación del tratamiento, etc. En todo caso, en la apreciación de esa vulneración de las normas y leyes de la ciencia médica, deben considerarse una serie de criterios, a saber:

i) El estado de la ciencia, como criterio de referencia para valorar la idoneidad de la actuación sanitaria; ii) Inversión de la carga de la prueba de la culpa sin perjuicios de excepciones, como en el caso de la denominada doctrina del daño desproporcionado; supuestos de facilidad y disponibilidad probatorias, por aplicación del art. 217.6 de la LEC; Pérdida o extravío de la historia clínica (STS 20 de noviembre de 2012 Rec. de Casación 4891/2011); o Infecciones nosocomiales); iii) Teoría de la pérdida de oportunidad; y, iv) La teoría de la responsabilidad por actuación sanitaria conjunta defectuosa. En este punto, procede recordar nuestra doctrina juris-

prudencial sobre lo que debe entenderse por lex artis, y más concretamente sobre la lex artis ad hoc recoge. Así, ya el Tribunal Supremo en SSTs de fecha 8 de junio de 1994 y STS de fecha 25 de mayo de 1999, señalaba: " Es la Medicina la que establece y define la "lex artis" y la " lex artis ad hoc", siguiendo estándares aceptados en el propio ejercicio de la profesión y teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones de la ciencia y la concreta situación del paciente, así como la existencia de la llamada "libertad clínica", que obliga al médico a tomar decisiones que pueden ser discutibles, pero que deben considerarse prudentes entre tanto no existan elementos de los que quepa inferir lo contrario. Debe tenerse en cuenta que la ciencia médica no es una ciencia exacta, sino que la exigencia de responsabilidad presenta siempre grandes dificultades porque su ciencia es inexacta por definición. Concurren en ella factores y variables imprevisibles que pueden provocar serias dudas sobre las causas determinantes del daño, a lo que debe de añadirse la libertad del médico que nunca debe de caer en audacia o aventura".

En la valoración de la conducta del profesional sanitario queda descartada, como ya se señaló más arriba, toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, estando, por tanto, a cargo del paciente la carga de la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (" lex artis ad hoc") (SSTs 8 de septiembre de 1998 ; 26 junio 2006).

Y dentro de esta actividad probatoria opera con especial relevancia la prueba pericial. No se escapa que para poder apreciar si concurre o no defectuosa praxis o lex artis ad hoc, se hace necesario analizar y valorar la técnica médica empleada en cada supuesto y para ello es necesario un estudio técnico para el que se exigen conocimientos médicos específicos. La aportación de dichos conocimientos solo puede realizarse a través de una prueba pericial que tiende a convertirse en muchos supuestos, en el centro del recurso. La trascendencia de la prueba pericial se aprecia con más intensidad en supuestos en los que la estimación o no de la reclamación depende de que se determine si se ha producido una violación o no de la lex artis; y a partir de ahí, concluir si el daño reúne la condición de antijurídico, o si debe entenderse que es una consecuencia inherente al padecimiento mismo de la enfermedad y que, por tanto, no debe dar lugar a indemnización. En la valoración de esta prueba, existe una constante doctrina jurisprudencial que se expresa, entre muchas otras, en la

sentencia de esta Sala y Sección de fecha 30 de diciembre de 2014, citando la jurisprudencia del TS:

"Finalmente, no puede desconocerse que para la determinación de la existencia de posibles infracciones de la "lex artis" se requieren especiales conocimientos de la ciencia médica que deben ser facilitados por técnicos especializados en la materia. En tal sentido, la jurisprudencia viene sosteniendo que la valoración de los informes periciales o de técnicos peritos requiere un análisis crítico de los mismos, incumbiendo al órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en ellos de acuerdo con los criterios de la sana crítica que determina el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y debiendo atender a la fuerza probatoria de los dictámenes con base en la mayor fundamentación y razón de ciencia aportada, y conceder, en principio, prevalencia a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional. Y precisa que el principio de libre valoración de la prueba pericial permite al Juez o Tribunal decantarse por uno u otro dictamen en función de su fuerza técnica, generadora de convicción, sin que ello suponga valoración arbitraria o contraria a las reglas de la sana crítica [sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 20-11-2012 (recurso 5870/2011) y 21 de diciembre de 2012 (4229/2011)]".

Por otro lado, en cuanto a la teoría de la pérdida de oportunidad, esta pretende indemnizar aquellos daños derivados, no tanto de una conducta activa del causante de los daños, como de una omisión. De no haber ocurrido tal omisión, el daño no se habría materializado, o el resultado habría sido más favorable. Consiste en entender que deben estimarse aquellas reclamaciones en la que se acredite que la asistencia sanitaria se ha producido de tal modo que de haberse producido de otra manera habría sido posible obtener otro resultado distinto y más favorable a la salud del paciente respecto del que se plantea en la reclamación.

La pérdida de oportunidades entiende que basta con que se acredite una cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera haber evitado el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización que deberá reconocerse 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. Aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina los ciudadanos deben contar 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.

A tales efectos, se debe precisar que la llamada pérdida de oportunidad se caracteriza, según reiterada jurisprudencia, por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance del mismo [SSTS de 19 de octubre de 2011 (RCAs 5893/2006), 22 de mayo de 2012 (RCAs 2755/2010) y 21 de diciembre de 2012 (RCAs 4229/2011)].

La Sentencia de esta misma Sala de 4 de junio de 2018, señala: "En este punto recordaremos que la jurisprudencia ha apreciado que "la caracterización de la "pérdida de oportunidad" se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta" (STS del 26 de Septiembre de 2014 (RJ 2014, 5048), rec. 3637/2012), como "la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo" (STS de 19 de Octubre de 2011 (RJ 2012, 1298), rec. 5893/2006)".

La STS de 20 de marzo de 2018 (recurso 2820/2016) refiere respecto a la doctrina de la "pérdida de oportunidad".

"NOVENO.- Y no puede ser ello de otro modo, porque la razón de la acogida por parte de la jurisprudencia de esta doctrina se mueve en distinto plano que el de la "lex artis". Concretamente, se sitúa en el terreno de la incertidumbre, como, entre tantas otras, resaltan las resoluciones que precisamente cita la sentencia recurrida, nuestras Sentencias de 19 de octubre de 2011 RC 5893/2006 y 22 de mayo de 2012 RC 2755/2010): "la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente en-

trada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo".

Como, por otra parte, señala también la más reciente Sentencia de 27 de enero de 2016 RC 2630/2014 : "En el caso enjuiciado, lo que se considera indemnizable es la pérdida de oportunidad que se produjo como consecuencia del retraso de 18 y 20 minutos, respectivamente, en avisar enfermería al ginecólogo de guardia y al anestesista. Sobre la base de un supuesto de hecho diferente, como el aportado de contraste, se pretende una modificación al alza de la cuantía concedida. Y, es sabido, el " quantum" de la indemnización no es susceptible de ser combatido en casación.

Es decir, no se ha apreciado que haya mala praxis, sino pérdida de oportunidad, conceptos que no son estrictamente equiparables y que, por tanto, impiden apreciar la triple identidad en cuanto fundamentos, hechos y pretensiones del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En sentencia de 3 de diciembre de 2012-recurso de RCAs núm. 2892/2011-, entre otras, se dijo: "Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once, recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores":

Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, recurso de casación 1593/2008: La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, 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. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En de-

finitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)".

En definitiva, como afirma la Sentencia de 21 de diciembre de 2012 RC 4229/2011, la doctrina de la pérdida de oportunidad "existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma". En este sentido cumple señalar que se trata de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad ("un régimen especial de imputación probabilística", atendiendo a lo establecido por la Sala Primera de este Tribunal: Sentencia de 16 de enero de 2012)".

DECIMOPRIMERO: Apliquemos lo arriba expresado a nuestro caso.

Es preciso recordar, en primer término, que en materia de responsabilidad patrimonial adquiere gran importancia la correcta aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, de modo que corresponderá a quien sostiene que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial acreditar la concurrencia de los requisitos a los que nos hemos referido, incluidos los distintos conceptos por los que reclama una indemnización y el importe de los mismos, siendo carga de la Administración probar los hechos impeditivos u obstaculizantes a la pretensión de la parte actora, conforme dispone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiéndose recordar en este punto que a tal fin son admisibles tanto las pruebas directas como las indirectas. Las normas de la carga de la prueba deben cohonestarse con el principio de facilidad probatoria (cuando a una de las partes le resulta fácil probar el hecho controvertido y no lo hace) y con el de la posibilidad probatoria (ya que no es posible exigir pruebas que resulten difíciles o de imposible realización).

En esta línea, resulta evidente que en este ámbito opera con especial relevancia la prueba pericial. No se escapa que para poder apreciar si concurre o no defectuosa praxis o *lex artis ad hoc*, se hace necesario analizar y valorar la técnica médica empleada en cada supuesto y para ello es necesario un estudio técnico para el que se exigen conocimientos médicos específicos. No obstante esa importancia de la pericia, a la hora de efectuar la tarea de valorar los medios probatorios debe partir de la consideración previa, cual es que las

pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado, por lo que no prevalece, en todo caso, y necesariamente, sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarla, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, aunque es claro, como decimos, que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida, entre otros criterios, como se señala, en su fundamentación y coherencia interna, la especialidad del autor, en las fuentes de información, y documentación científica consultada, y/o en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes; en cualquier caso toda opinión técnica proporcionada a instancia de cualquiera de las partes en litigio.

Y lo anterior debe aplicarse, teniendo en consideración la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición de regreso lógico desde acontecimientos posteriores desconocidos en el momento del diagnóstico o de la conducta desencadenante del daño, declarada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y de 10 de junio de 2008, en la que, con cita de las anteriores, se recogía que: "B) La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa. La imputación objetiva al recurrente-o atribución del resultado, *quaestio iuris* [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los *topoi* [leyes] del razonamiento práctico".

En el fundamento 5º nos hemos referido a la pericia del Dr. Edemiro, en ella se nos pone de relieve dos datos sobre los que los razonamientos de actora no inciden ni los analizan debidamente. Hay un hecho indiscutible, sobre el que nada se nos dice. En el momento de los

hechos (18 a 23 de marzo de 2020), al inicio de la pandemia, no existía ningún tipo de protocolo ni tratamiento o fármacos universalmente aceptado para el tratamiento del Covid-19, ni los corticoides ni ningún otro tipo de fármaco.

El hecho de que la PCR de Covid-19 no se hiciese de manera inmediata no modifica en modo alguno los acontecimientos, ya que el momento en que se realice dicha prueba no altera el hecho objetivo de que el paciente había sido infectado de Covid-19 extra hospitalariamente. En cualquier caso, las analíticas y radiografía realizadas indicaban ya un diagnóstico compatible con Covid-19 y fue objeto de tratamiento médico conforme a dicho diagnóstico.

La ausencia de protocolos y alternativas terapéuticas claras en el mes de marzo de 2020, el informe del Dr. Edemiro es claro al respecto (vid folio 215 vto y ss autos) y, al respecto nada nos dice la actora. En efecto el informe expresa lo siguiente:

"En los primeros meses de la pandemia (como era el caso que nos ocupa) la evidencia disponible de las diferentes estrategias terapéuticas utilizadas en este tipo de pacientes era escasa y con muchísimas limitaciones metodológicas, por lo que existía gran incertidumbre del beneficio clínico que aportaban y en qué situaciones podía ser mayor.

Aunque los tratamientos que se han utilizado en España desde el principio han estado focalizados en tres pilares (terapia antiviral, terapia antiinflamatoria y tratamiento antibiótico), lo cierto es que han ido evolucionando y no son los mismos, a los cuales también hay que sumarles la inclusión de tratamientos antitrombóticos o anticoagulantes, así como fármacos diana mediadores de la inflamación y vitamina D, cada uno de ellos con su propia evolución a lo largo de estos meses desde que comenzó la pandemia.

En cuanto a la terapia antiviral, se utilizaron desde el principio antivirales aunque sin una demostración muy sólida de que funcionasen. En el inicio se empezó a utilizar Hidroxicloroquina y Cloroquina porque existían algunos datos a nivel experimental de que tenían actividad contra la replicación del virus, así que se utilizaron bajo este soporte de baja evidencia.

También se empezaron a utilizar antivirales de tipo anti VIH como Ritonavir o Remdesivir, éste último no estaba disponible en España y solo podía ser bajo autorización expresa de los centros que estaban en un en-

sayo clínico de este fármaco. También fueron utilizados sin que tuviesen evidencia clara, aunque Remdesivir sí que había mostrado resultados favorables en ensayos. Sobre los antiinflamatorios, en un primer momento los corticoides empezaron a utilizarse en los pacientes que estaban muy graves y cerca de llegar a la UCI con dosis no intensas.

Con el tiempo se han incluido en los tratamientos para la Covid-19 unos fármacos diana mediadores de la inflamación, que en un principio también se reservaban para los casos más graves. Lo mismo ocurría al principio con antitrombóticos y anticoagulantes, que ahora mismo se usan de entrada en todos los casos que se hospitalizan e incluso en algunos casos en los que los pacientes se pueden ir a casa bajo una estrecha vigilancia. Son heparinas subcutáneas, que es como se conocen de modo general.

Dada la afirmación sostenida en la reclamación de que no se le dio tratamiento alguno, entiendo como muy ilustrativo (por extrapolable al resto de fármacos) lo que ocurrió en ese momento con uno de los fármacos más comunes al momento de los hechos analizados. En el caso de los CORTICOIDES y la COVID 19 el punto de partida de partida (los primeros meses de la pandemia y al momento de los hechos analizados) era que el tratamiento con corticoides en las neumonías víricas era controvertida. Existía incertidumbre sobre el beneficio de su uso en la neumonía por SARS-CoV-2 y por otros coronavirus, ya que la poca evidencia disponible no era concluyente y el tratamiento con dosis altas en la etapa inicial parecía ser PERJUDICIAL. Esta incertidumbre se refleja en la variabilidad de las recomendaciones publicadas.

Así, una revisión sistemática en la base de datos Cochrane de Abril de 2020 decía lo siguiente:

- No se dispone de estudios fiables que hayan evaluado la eficacia y seguridad de los corticoesteroides en pacientes con COVID-19.

- Los datos disponibles de estudios en pacientes afectados por otras infecciones víricas son contradictorios y en algunos casos están sujetos a múltiples sesgos, aunque muchos destacan que el tratamiento podría producir diversos efectos no deseados en los pacientes. - A pesar de estos datos, algunas sociedades científicas han definido situaciones en las que utilizar el tratamiento con corticoesteroides para paliar la respuesta inflamatoria descontrolada provocada por el virus, aunque en ningún caso existe unanimidad en sus propues-

tas. Los recurrentes no han aportado ninguna pericial, la única documental que se aporta sobre la actuación de la Administración es el documento que obra en el folio 184 de los autos, en el que se reseña unas declaraciones de la entonces Sra. Vicepresidenta Segunda del Gobierno, sobre la imprevisión de la actuación administrativa en orden al Covid. Evidentemente ese documento tiene escaso valor a los efectos que nos ocupan, pues el expresado documento se refiere más bien a la actuación de la Administración laboral que a la actuación de la Administración sanitaria.

Durante su estancia en urgencias se le prescribió ácido acetil salicílico, ceftriaxona vía intravenosa, paracetamol vía intravenosa, amlodipino, clexane, azitromicina, dolquine, sueroterapia y oxígeno terapia y en el servicio de medicina interna se le dispensó el tratamiento que era el usual en esos momentos, la hidroxilcloroquina, previo consentimiento de los familiares.

Es evidente que ello nos coloca ante la doctrina del "estado de la ciencia" a la que alude el artículo 39 de la Ley 40/2015 establece que "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos". Existen, por otra parte, abundantes precedentes jurisprudenciales en los que se ha justificado la excepción en el desconocimiento científico completo de una determinada patología o infección, así como de los medios concretos que puedan asegurar su curación o evitar o mitigar su propagación, tomando como referencia, en última instancia, el estado de los conocimientos médicos o sanitarios en el momento de producirse el daño [Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 enero 2003, (RCAs. 7926/1998) 2 abril 2004, 15 abril 2004, 11 noviembre 2004, 12 enero 2005 y 14 febrero 2005, (RCAs 1077/2001)], ese es el caso de autos, en que no hay evidencia alguna de que se pudiese dispensar un tratamiento distinto del que se dispensó al paciente D. Luis Enrique, pese a que el mismo falleciese el 23 de marzo de 2020.

Resulta así que, pese a la afirmación de los actores, no se produjo ni una falta de atención, ni un abandono terapéutico, al paciente se le dispensó un tratamiento adecuado, conforme a lo que eran los protocolos existentes, en concreto el protocolo de actuación frente al Covid (actualizado a 25 de febrero de 2020) que obra incorporado a los autos (vid folios 2434 y ss), sin que tal protocolo y las reglas de actuación en él marcadas hayan merecido ni una sola mención por los recurrentes.

tes. Hemos de recordar como la asistencia sanitaria se configura como una prestación de medios por lo que ha de atenderse a sí, efectivamente, fueron utilizados los medios materiales y humanos adecuados a la situación. En efecto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero y 1 de febrero de 2008, con cita de otras anteriores como las de 7 y 20 de marzo, 12 de julio y 10 de octubre de 2007, dicen que "a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente", insistiendo la Sentencia de 11 de julio de 2007 en que "a la Administración sanitaria pública no cabe exigirle otra prestación que la de los medios disponibles por la ciencia médica en el momento histórico en que se produce su actuación, lo que impide un reconocimiento tan amplio de la responsabilidad objetiva que conduzca a la obtención de una indemnización aun en el supuesto de que se hubiera actuado con una correcta praxis médica por el hecho de no obtener curación, puesto que lo contrario sería tanto como admitir una especie de consideración de la Administración como una aseguradora de todo resultado sanitario contrarios a la salud del actor, cualquiera que sea la posibilidad de curación admitida por la ciencia médica cuando se produce la actuación sanitaria.

Por el contrario, y partiendo de que lo que cabe exigir de la Administración sanitaria es una correcta aportación de los medios puestos a disposición de la ciencia en el momento en que se produce la prestación de la asistencia sanitaria pública, es lo cierto que no existiendo una mala praxis médica no existe responsabilidad de la Administración y, en definitiva, el paciente o sus familiares están obligados a sufrir las consecuencias de dicha actuación al carecer la misma del carácter antijurídico, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.3 de la Ley 30/92, es exigible como requisito imprescindible para el reconocimiento de responsabilidad de la Administración".

Más recientemente, los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario, se recogen, entre otras muchas, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 de la que podemos destacar el siguiente tenor: "En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribu-

nal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011, y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría 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", por lo que "si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que "la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

Pues bien, de todo lo que hemos dicho y con los elementos que se han facilitado a la Sala, podemos concluir que, en nuestro caso, la Administración demandada dispuso de los medios y tratamientos necesarios, de acuerdo con lo que se disponía y se sabía en marzo de 2020, por lo que consideramos, que, pese a la fatal consecuencia del fallecimiento del padre y esposo de los recurrentes no hubo vulneración de la lex artis.

DECIMOSEGUNDO: La segunda cuestión que se nos plantea es la referida al no ingreso en la UCI, no puede obviarse la situación de pandemia en la que nos encontramos, a nivel global, en la fecha de los hechos, con los Servicios de UCI limitados, por lo que se tuvieron que priorizar los casos más graves, de forma que la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) emitió un documento de consideraciones éticas en el que se plantea el ingreso en la UCI únicamente a los pacientes de prioridad 1. Pues bien, dada las patologías que presentaba el paciente D. Luis Enrique, según el criterio médico, no cumplía los criterios de prioridad 1, pudiéndole suministrar la medicación y atención precisa en planta. Este fue el criterio de los facultativos de la UCI, que no consideró al paciente tributario de la UCI en ese momento en atención a su sintomatología. El 19 de marzo de 2020 estábamos en pleno estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, provocado por la pandemia global de Covid19, de forma que los recursos sanitarios, dado el número de personas afectadas,

muchas en estado grave, eran limitados, especialmente en ocupación de camas en las Unidades de Cuidados Intensivos. Por ello, la referida SEMICYUC emitió un documento ético. En la justificación del documento se señala: " En una situación de pandemia prevalece el deber de planificar, el principio de justicia distributiva y la maximización del beneficio global. Se debe tener consciencia de la justa asignación de la distribución de recursos sanitarios limitados.

La infección por coronavirus, causante de COVID-19, produce cuadros clínicos de diferente gravedad, evolucionando en los casos más graves a cuadros de insuficiencia respiratoria aguda con distrés respiratorio que precisan del ingreso en una unidad de cuidados intensivos (UCI) y de ventilación mecánica.

El distrés respiratorio es una situación clínica de gravedad, con elevada mortalidad y con posibles secuelas para los pacientes que la padecen, lo que implica que solo algunos pacientes se van a beneficiar de los recursos especializados. Y es en estos pacientes en los que será útil, y se debe indicar, la ventilación mecánica.

Por otro lado, la situación pandémica puede conllevar un desequilibrio entre las necesidades de ventilación mecánica y los recursos disponibles en la fase más avanzada. Es imprescindible establecer un triaje al ingreso, basado en privilegiar la "mayor esperanza de vida", y unos criterios de ingreso claros y de descarga de la UCI, basados en un principio de proporcionalidad y de justicia distributiva, para maximizar el beneficio del mayor número posible de personas...".

Este documento, a efecto de adoptar la decisión de ingreso en UCI, en atención a las posibilidades de cada centro, distingue los enfermos en cuatro grados de prioridad; y para el supuesto de una situación de falta de recursos se priorizarán los ingresos en UCI de pacientes con Prioridad 1; y en aquellos hospitales que dispongan de dispositivos de cuidados intermedios, se dejan estos para los pacientes con Prioridad 2. Los pacientes de prioridad 1 son aquellos en situación crítica e inestable. Necesitan monitorización y tratamiento intensivo que no puede ser proporcionado fuera de la UCI (ventilación mecánica invasiva, depuración renal continua...), situación que no se reflejaba en el padre y esposo de los recurrentes, que presentaba unos criterios como la edad del paciente, la patología previa (hipertensión arterial en tratamiento con tres fármacos, síndrome de apnea-hipopnea del sueño en tratamiento con CPAP/ tuberculosis pulmonar latente, bronquiectasias, cardiopatía isquémica en estudio, déficits cognitivos de repetición

en estudio), patologías estas sobre las que nada ha dicho la representación de los actores, a lo que se añade la falta de respuesta al tratamiento adecuado ya iniciado desde su llegada al Servicio de Urgencias, por lo que la decisión de no ingresarlo en la UCI era conforme con los criterios y protocolos médicos.

DECIMOTERCERO: Aun cuando de lo arriba expuesto, referido a la *lex artis* y el ingreso en la UCI, es fácil inferir que no existió, como pretende ahora la representación de los recurrentes en conclusiones. Dicho alegato no se formuló autónomamente en la demanda, con lo que en puridad, no podría plantearse *ex novo* conforme a lo expresado en el art. 65.1 de la LJC-A.

Como sabemos que la responsabilidad patrimonial, en ocasiones, puede ser exigible a título de pérdida de la oportunidad, para ello interesa también citar la doctrina declarada, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se refería a otras anteriores, se recuerda que aquella definía la doctrina citada en los siguientes términos:

"Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009: "La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, 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. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º)". Con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011

y de 22 de mayo de 2012, la dictada en fecha de 20 de marzo de 2018 insiste en la doctrina de la pérdida de la oportunidad desde la óptica de la incertidumbre "acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo".

En similar sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 reitera que la doctrina de la pérdida de la oportunidad " exige que concurra un supuesto estricto de incertidumbre causal, esto es una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto ".

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 se refería a la doctrina de la pérdida de la oportunidad por retraso en dispensar al paciente, en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; en ella se declaraba que "(...) esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la "pérdida de oportunidad" [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2 º) y 26 de junio de 2008, ya citada, FJ6º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, 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 pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio"".

En la de 12 de julio de 2007, tras declarar el Tribunal Supremo que hubo un error de diagnóstico producido por evidente mala praxis, al no haberse valorado adecuadamente al paciente en función de los síntomas y signos que presentaba, se añade que " Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad

de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber, como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado".

En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007 se entiende que, en estos casos, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 insistió en que " acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la " facilidad de la prueba", aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas". Todo ello nos lleva a la conjetura en relación con los llamados cursos o nexos causales no verificables, siendo significativa la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 18 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8530) al declarar que: " basta la certidumbre manifiesta de que el conjunto de circunstancias han repercutido en el daño sufrido para estimar responsabilidad ",

En nuestro caso el paciente D. Luis Enrique, tenía, como ya se ha dicho un historial de comorbilidades sobre las que los actores nada han dicho- que ensombrecían gravemente su pronóstico, fallece como consecuencia del contagio extra-hospitalario del Covid-19 y neumonía a pesar del esfuerzo terapéutico. Por razones estrictamente médicas, y a las que ya nos hemos referido, el mismo no era candidato a su ingreso en la UCI.

Al criterio de la Sala no es posible acudir a la doctrina de la pérdida de oportunidad, y ello por varias razones.

Pese a lo que se afirma por los actores, el difunto D. Luis Enrique recibió todos los tratamientos para el Covid-19 existentes y conocidos al tiempo de los hechos conforme al estado de la ciencia. No se ha demostrado por los actores la existencia de algún otro tratamiento

hubiese sido útil en sus condiciones, tal y quedó demostró la experiencia posterior respecto de pacientes en iguales condiciones. La Administración ha demostrado como la decisión de no ingresarle en la UCI se adoptó por criterios médicos, a los que hemos aludido en el fundamento anterior, al considerarse que dicho soporte vital extraordinario no hubiera aportado nada a su curación y, por el contrario, habría provocado un dolor psíquico y físico innecesario constituyendo una obstinación terapéutica.

En efecto, el art. 9.5 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir la obstinación terapéutica constituye una mala práctica clínica y una falta deontológica, con lo que, como bien apunta la representación de SHAM, si la obstinación terapéutica es una mala práctica clínica, debemos convenir que no existe antijuridicidad en el resultado cuando se omite una praxis médica incorrecta.

Al lado de esto hemos de considerar que el fatal desenlace, el fallecimiento de D. Luis Enrique trae causa de las comorbilidades previas del paciente, en la neumonía grave y el Covid-19 adquirido extra hospitalariamente. No se puede sostener que los soportes de la UCI no hubiesen aportado nada a su eventual curación, por ello cabe concluir que no existió pérdida de oportunidad dado que las probabilidades de supervivencia del paciente eran muy limitadas, en efecto, la conclusión final (vid folio 222 de los autos) del informe pericial del Dr. Edemiro, especialista en medicina intensiva, al que nos hemos venido refiriendo más arriba, quien señala :

"Uno de los criterios de exclusión de ingreso en los Servicios de medicina Intensiva es el de aquellos pacientes con mal pronóstico a pesar de admisión en UCI. El pronóstico de este paciente estaba condicionado muy negativamente no solo por la grave infección respiratoria-para la cual no había ningún tratamiento eficaz- que causó una insuficiencia respiratoria severa, sino también por su edad y sus enfermedades previas, factores que no dependen ni pueden ser modificados de forma aguda por ninguna de las actuaciones del equipo sanitario que asistió al paciente ni por cuestiones extra-asistenciales como las que se mencionan repetidamente en el texto en la demanda. "

DECIMOCUARTO: Respecto al extravío del cadáver de D. Luis Enrique, es algo por completo ajeno al SERMAS y al Hospital 12 de Octubre. Este entregó el cuerpo en el fallecimiento a los servicios funerarios para su traslado al Tanatorio de Móstoles, tal y como consta en el

documento obrante al folio 123 ea haciéndose cargo la empresa Albia del mismo. En cualquier caso el protocolo para el manejo de cadáveres de casos de Covid-19 que se aporta (folio 20 vto y ss de los autos) es de fecha muy posterior al fallecimiento del paciente (25 de mayo de 2020) y de ser aplicable al caso de autos, queda claro que la responsabilidad de la administración sanitaria finaliza con la entrega del cadáver a los servicios funerarios.

Todo lo anterior nos lleva a desestimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Felipe Bermejo Valiente en nombre de D^a Lina y sus hijos D. Segundo y D^a Loreto contra la desestimación inicialmente presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha 6 de julio de 2020 como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre D. Luis Enrique, resolución que se confirma por no ser contraria a derecho.

DECIMOQUINTO: El art. 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece en su primer párrafo:

"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho."

Por su parte, el art. 139.4 del mismo Texto Legal dispone:

"La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima."

En el presente caso se imponen las costas a la recurrente, al haber visto rechazadas todas sus pretensiones y no apreciar la Sala que existan serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, se limita el importe máximo que podrá reclamarse por todas las partes y todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a la suma de 1500 euros.

V I S T O S los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

F A L L A M O S

PRIMERO: DEBEMOS DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Procurador de los Tribunales D. Felipe Bermejo Valiente en nombre de D^a Lina y sus HIJOS D. Segundo y D^a Loreto contra la desestimación inicialmente presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en fecha 6 de julio de 2020 como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre D. Luis Enrique, como consecuencia de lo que consideraban deficiente asistencia sanitaria dispensada al mismo en el Hospital Universitario Doce de Octubre de Madrid, resolución que por no ser contraria a derecho, se confirma.

SEGUNDO: Por imperativo legal se imponen las costas a la parte recurrente, limitando las mismas a la suma de MIL QUINIENTOS euros (1500), por todos los conceptos.

Expídanse por la Sra. Letrado de la Administración de Justicia las copias y testimonios que fueren precisos de esta resolución archivándose el original en el legajo especial de sentencias que en esta Sección se custodia conforme lo establecido en el art. 256 de la L.O.P.J.

Notifíquese la presente resolución con arreglo a lo dispuesto en el art. 248 de la L.O.P.J. expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los art. 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución del depósito previsto

en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 4982-0000-93-0600-21 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 4982-0000-93-0600-21 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en nombre de S.M. el Rey de España.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

La interrupción de servicios como interino no impide cobrar la carrera profesional

ADS. El hecho de no contar con cinco años de servicio ininterrumpidos como interino en la sanidad pública, cuando se han prestado 13 años como médico de familia, no impide que se tengan en cuenta, a los efectos del cálculo del complemento de desarrollo profesional, los trabajados en la categoría correspondiente.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV) estima el recurso de un médico al que se reconoce el grado 0 de la carrera por no haber completado los 5 años de servicios prestados, pero al que la Administración informa que "no procede el abono de cantidad alguna por este concepto".

El demandante cesó en fecha 14-9-2012, no volviendo a tener vinculación jurídica hasta obtener otro nombramiento temporal con fecha 24-7-2017, "interrumpiendo su prestación de servicios durante un periodo lo suficientemente relevante", según la Administración sanitaria valenciana.

La Administración pudo comprobar que el demandante no tiene los 5 años para ser considerado *interino de larga duración*, que le permitirían acceder al complemento, razón por la cual se le reconoció el grado 0 de carrera profesional, "no siendo posible liquidar cantidad alguna".

El Tribunal se remite a la sentencia TSJCV nº 129/2021, del 17 de febrero, que expresa que el lapso temporal entre nombramientos no altera la condición de interino de larga duración.

El médico impugnó el Auto de ejecución de la sentencia que había estimado previamente su pretensión y la de otros facultativos para cobrar el complemento de carrera desde la solicitud, pues el juez rechazó la ejecución al ser informado por la geren-

cia de salud de que no se trataba de un interino de larga duración al no contar con los cinco años de servicios ininterrumpidos, y porque "la parte recurrente no estableció en la demanda el concreto grado que [...] debía corresponderle, ni tampoco cálculo alguno sobre la cuantía final que solicitaba. [...]", mientras que "la Administración explica detalladamente los motivos jurídicos por los que reconoce unos periodos y da lugar a un grado determinado".

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 317 / Sept. 2023. *El periodo de servicios como MIR no computa para la carrera en el 'Seris'.*

ADS nº 316 / Jul. - Ag. 2023 *Inaplican Acuerdo de carrera profesional por excluir a personal eventual.*

ADS nº 311 / Feb. 2023. *Carrera / Integración directa en el nivel II a quien no pudo optar por ser eventual.*

ADS nº 310 / Enero 2023. *Efectos de la carrera, desde su reconocimiento: no se pueden diferir a la fijeza. Iñigo Barreda, Dtor. de ADS. (TS, Contencioso, 12 de enero de 2023. Rec. 5564/2020 SES-CAM).*

ADS nº 309 / Dic. 2022. *Efectos económicos de la carrera, 4 años anteriores a la solicitud (TS 1600/2022, del 30 de noviembre. Rec. Casación 8226/2020 contra sentencia del TSJCyL nº 294/2020, del 16 de septiembre, rec. nº 294/2020).*

ADS nº 304 / Jun. 2022. *Derecho de acceso a la carrera de interino laboral sin necesidad de ser evaluado.*

ADS nº 301 / Marzo 2022. *Reconocimiento de acceso a la carrera para enfermera interina del Sergas.*

ADS nº 295 / Sept. 2021. *Sescam / Vicio de nulidad de la denegación del abono de la carrera a interinos (TSJCLM, Sentencia 237/2021, del 12 de julio de 2021. Rec. de apelación nº 28/2001).*

ADS nº 293 / Junio 2021. *El Sescam debe revisar de oficio, sin dilación, la denegación de la carrera a interinos (TSJCLM, Sentencia 124/2021, del 3 de mayo de 2021. Rec. de apelación nº 511/2020).*

ADS nº 290 / Marzo 2021. *Reconocimiento económico de la carrera a interinos desde antes de su solicitud (TSJCV, Comunidad Valenciana. Consejería de Sanidad).*

ADS nº 290 / Marzo 2021. *Derecho a la carrera profesional y su retribución a interina del Sermas.*

ADS nº 288 / Enero 2021. *Anulan la exclusión de la carrera de personal temporal del Sergas y la Consejería.*

ADS nº 286 / Nov. 2020. *Personal de gestión del SERMAS tiene derecho a carrera horizontal.*

ADS nº 281 / Mayo 2020. *Abono de carrera, efectos retroactivos de 4 años. Personal temporal SESCAM (el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Albacete reconoce el abono del complemento de carrera profesional de Grado I a personal estatutario temporal más los atrasos correspondientes y no prescritos desde cuatro años antes de la fecha de presentación de la reclamación, salvo los periodos en que estuviera suspendido el complemento por la Ley 1/2012 de 21 de febrero, de Medidas Complementarias (...)).*

STSJ, Contencioso sección 2 del 03 de octubre de 2023

(ROI: STSJ CV 4763/2023 - ECLI:ES:TSJCV:2023:4763)

Id. CENDOJ: 46250330022023100560

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

*cioso . Sede: Valencia Sección: 2. Sentencia: 775/2023.
Recurso: 3/2023 Fecha de Resolución: 03/10/2023.*

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: RAFAEL PEREZ NIETO

Tipo de Resolución: Sentencia

Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA

COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN 2

Ilmos. Sres:

Presidenta

D/D^a ALICIA MILLÁN HERRANDIS

Magistrados

D/D^a ANA M^a PÉREZ TÓRTOLA

D/D^a RAFAEL PÉREZ NIETO (Ponente)

En VALENCIA a tres de octubre de dos mil veintitrés.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por la Ilma. Sra. doña Alicia Millán Herrandis, Presidente, la Ilma. Sra. doña Ana María Pérez Tórtola, Magistrada, y el Ilmo. Sr. don Rafael Pérez Nieto, Magistrado, el recurso de apelación tramitado con el núm. de rollo 3/23, contra el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante dictado en el trámite de ejecución del procedimiento abreviado núm. 440/18. Ha sido parte apelante don Estanislao, representado por la Procuradora Sra. Santana Oliver y defendido por la Letrada Sra. Silva Pastor, y parte apelada la Generalitat Valenciana, representada y defendida por Sr. Letrado de su servicio jurídico. Ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Nieto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante dictó auto de 12-4-2022 en el trámite de ejecución del procedimiento abreviado núm.

440/18, en el cual se hubo pronunciado la sentencia núm. 133/2019, de 12 de abril. El auto desestimó la impugnación de don Estanislao frente al acuerdo de 3-2-2020 de la Gerencia del Departamento de Alicante, Hospital General, Generalitat Valenciana.

SEGUNDO.- La representación procesal de don Estanislao interpuso recurso de apelación frente al referido auto. El recurso fue admitido por el Juzgado y se dio traslado a la representación de la Generalitat Valenciana, que no presentó alegaciones.

TERCERO.- El Juzgado elevó las actuaciones a este Tribunal. Una vez recibidas y formado el correspondiente rollo y habiéndose personado las partes, se dictó providencia señalando votación y fallo para el 19 de septiembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de don Estanislao ha interpuesto recurso de apelación contra el auto a que se refiere el primer antecedente.

Mediante dicho auto, el Juzgado desestima la impugnación que el apelante planteó frente al acuerdo de 3-2-2020 del Gerente del Departamento de Hospital General de Alicante, Generalitat Valenciana, dispuesto en ejecución de la sentencia núm. 133/2019, de 12 de abril.

En la sentencia se hubo estimado el recurso contencioso-administrativo del médico don Estanislao y otros reconociendo que los recurrentes tienen derecho "a percibir complemento retributivo de carrera profesional una vez constatadas por la Administración las permanencias previstas reglamentariamente. Debiendo la Administración demandada calcular y abonar a los coactores las diferencias salariales no prescritas causadas por tal concepto desde la fecha de la solicitud prestada en la vía administrativa de petición por cada uno de ellos".

El acuerdo del Gerente del Departamento recoge que el concernido tiene el derecho a acceder "al grado 0 de carrera profesional al no haber completado 5 años de servicios prestados", por lo que "no procede el abono de cantidad alguna por este concepto". De modo que "el demandante cesó en fecha 14-9-2012 en nombramiento con la administración sanitaria valenciana, no volviendo a tener vinculación jurídica con la misma hasta el 24-7-2017. Interrumpiendo su prestación de

servicios durante un periodo lo suficientemente relevante [...]. Dándose la circunstancia de que desde su nombramiento temporal de fecha 24-7-2017 no han transcurrido más de 5 años de servicios prestados".

Mientras que el auto a quo razona que "el abono del complemento únicamente puede tener lugar tras haber comprobado y constatado la Administración que cada uno de los coactores habían cumplido el tiempo mínimo previsto reglamentariamente para poder acceder al complemento establecido en 5 años. Y, en el caso que nos ocupa, la Administración, a través de la resolución de la Gerencia del Departamento de Alicante-Hospital General, de fecha 3-2-2020, pudo comprobar que el recurrente ni siquiera tiene los 5 años para ser considerado interino de larga duración, que le permitirían acceder al complemento, razón por la cual la Administración le ha reconocido el grado 0 de carrera profesional, no siendo posible liquidar cantidad alguna". Sigue diciendo el auto que "la parte recurrente no estableció en la demanda el concreto grado que [...] debía corresponderle, ni tampoco cálculo alguno sobre la cuantía final que solicitaba. [...]. La Administración explica detalladamente los motivos jurídicos por los que reconoce unos periodos y da lugar a un grado determinado".

SEGUNDO.- La representación de la parte apelante don Estanislao cuestiona que para ser considerado interino de larga duración se requieran 5 años de servicios prestados. Cita la STS núm. 1846/2013, de 30 de junio. Dice que cuando el 14-3-2018 solicitó el complemento de carrera profesional tenía prestados 13 años de servicios como médico de familia. Entiende que la consideración de interino de larga duración incluye tanto los servicios interrumpidos como los ininterrumpidos. Por lo que procede reconocerle el grado 3 de carrera, así como los atrasos correspondientes.

TERCERO.- Mediante la correspondiente certificación, consta que don Estanislao, médico, prestó servicios temporales para la administración sanitaria valenciana en 12 periodos cercanos en el tiempo que fueron desde el 28-6-2002 hasta el 14-9-2012. Reiniciándose la prestación temporal servicios el día 24-7-2017.

La circunstancia de que medie un periodo temporal entre los primeros servicios del médico actor y los que se reinician en 2017 no obsta a su consideración de interino de larga duración. Ello porque el total de sus servicios a la Sanidad Pública supera con mucho los cinco años indicativos de tal consideración. Muchas han sido las sentencias en que hemos expresado el criterio que informa, v. gr. la STSJCV 97/2022, de 28 de febrero. En

la cual dijimos: "Debemos partir de que todos los nombramientos temporales de la apelante en la categoría profesional de referencia fueron circunscritos a la atención de necesidades coyunturales, en los términos del art. 9 de la Ley 55/2003 que precisa con claridad los supuestos en los que cabe recurrir al personal estatutario temporal, los cuales se caracterizan por la urgencia, la coyuntura o lo extraordinario, se deben computar a los efectos de poder ser considerada 'funcionaria interina de larga duración'. En palabras del Tribunal Supremo en su STS de 28-5-2020, la carrera profesional supone el reconocimiento del desarrollo profesional del personal estatutario en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual presta sus servicios, según los arts. 40.2 de la Ley 55/2003, 41 de la Ley 16/2003 y 37 y ss. de la Ley 44/2003, y por ello no se advierte justificación objetiva y razonable para no tener en cuenta a ese fin los conocimientos y la experiencia adquirida por la apelante como estatutaria temporal pues con tales nombramientos adquirió conocimientos, y experiencia y contribuyó a los objetivos del Servicio Valenciano de Salud por tanto, no hay razón válida para no tenerlos en cuenta".

Tenemos dicho en nuestra STSJCV núm. 129/2021, de 17 de febrero, y otras muchas que "la circunstancia de que se trate de diferentes puestos, pero siempre dentro de la misma categoría, y que exista un lapso temporal [...] entre la finalización de la antigua contratación y la nueva no altera su condición de funcionaria interina de larga duración, o personal estatutario temporal de larga duración, pues otra interpretación entendiéndose que por estas razones existen circunstancias objetivas que justifican la desigualdad de trato entre la apelante y el personal estatutario de carrera, resulta en extremo formalista y desproporcionada y por ello no se ajusta a la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE".

Procede revocar el auto a quo y ordenar a la Administración que en la ejecución de la sentencia 133/2019, de 12 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Alicante, a los efectos del cálculo de la retribución del complemento de desarrollo profesional del apelante, tenga en cuenta los servicios prestados por el mismo en la categoría de referencia.

Con esto se estima el recurso de apelación

CUARTO.- Con arreglo al art. 139.2 de la LJCA, puesto que el recurso de apelación ha sido estimado, no ha lugar a un especial pronunciamiento sobre las costas del rollo.

FALLAMOS

1º.- Estimamos el recurso de apelación de don Estanislao y dejamos sin efecto el auto apelado.

2º.- Declaramos la nulidad de la resolución del Gerente de Departamento de Salud de Alicante/Hospital General de fecha 3-2-2020 por contravenir la sentencia a ejecutar.

3º.- Ordenamos a la Administración que, en la ejecución de la referida sentencia, a los efectos del cálculo de la retribución del complemento de desarrollo profesional del apelante, tenga en cuenta los servicios prestados en la categoría correspondiente.

4º.- Sin costas.

La presente sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo o, en su caso, ante esta Sala, que deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de 30 días, desde el siguiente al de

su notificación, y en la forma que previene el vigente art. 89 de la LJCA. La preparación deberá seguir las indicaciones del acuerdo de 19-5-2016 del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el acuerdo de 20-4-2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo (BOE núm. 162, de 6-7-2016), sobre la extensión máxima y otras consideraciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los autos con el expediente administrativo al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente que ha sido para la resolución del presente rollo de apelación, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de la que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico. En Valencia, a 3 de octubre de 2023.

La percepción de subsidios por embarazo y maternidad no impide cobrar la carrera

ADS. El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (TSJCV) dilucida si una enfermera estatutaria del *Ibsalut* debe percibir el complemento por carrera profesional durante la situación de riesgo durante y el posterior permiso de maternidad, en los que estuvo cobrando la prestación contributiva correspondiente, o bien no resulta acreedora por cuanto los subsidios de incapacidad temporal (IT) eran superiores a la garantía salarial.

El TSJCV confirma el criterio del Juzgado, que había declarado el derecho de la recurrente a conbrar el complemento de carrera "durante el tiempo en que estuvo en situación de riesgo de embarazo (RIE) y maternidad, con efectos desde el 01/01/2016, debiendo proceder igualmente la demandada a regularizar las cotizaciones sociales".

La circunstancia de que las cantidades económicas percibidas por prestaciones fueran superiores a la garantía salarial protegida por la legislación de la Seguridad Social, complementada por la regulación autonómica (hasta cubrir el 100% de las retribuciones correspondientes, en el presente supuesto, en caso de RIE y maternidad), "no puede desvirtuar la realidad palmaria de que la actora no percibió el complemento de carrera, ni vía directa mediante el abono de los atrasos, ni tampoco a través de la modificación posterior de la base de cotización (estando obligado el *Ibsalut*, en cuanto entidad empleadora, arts. 144 y 147.3 TRLGSS, así como el art. 2.1 del Decreto 3158/1966).

La exclusión del cobro del complemento de carrera durante esos periodos de baja implicó "una actuación discriminatoria respecto del personal estatutario que se encontraba en servicio activo prestando servicios, cuando la interesada se hallaba inmersa en una situación asimilada (art. 63 EM), además de suponer un tratamiento económico perjudicial para

la trabajadora pública, ya que las situaciones de RIE y maternidad se encuentran ineludiblemente anudadas con su condición de mujer".

La enfermera estuvo en situación de riesgo de embarazo y de permiso de maternidad durante varios meses, y cobró los atrasos del complemento de carrera profesional en la nómina de julio de 2017, pero no los importes correspondientes a los periodos de baja antedichos.

Posición de la Administración

La Resolución del Director Gerente del SAMU 061 desestimó la petición, sobre la base de que había que estar a la base reguladora correspondiente al mes anterior a la situación de incapacidad temporal (la actora en ese momento no tenía reconocido el complemento), además de destacar que la enfermera percibía una base reguladora superior a las retribuciones que le hubiesen correspondido en el supuesto de trabajar.

La Administración recurrió la sentencia del Juzgado invocando que en el caso de nacimiento o riesgo durante el embarazo, la empleada tiene derecho al percibo de una prestación económica de la Seguridad Social, correspondiendo a un porcentaje de la base reguladora, que se incrementa, respecto de empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares con un complemento regulado en el art. 7 del Decreto Ley 5/2012, así como en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30/09/2016 (BOIB nº 125, de 01/10/2016).

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 318 / Oct. 2023. Incapacidad permanente: indemnización a padres por discriminación de sexo.

ADS nº 314 / Mayo 2023. SISCAT / El complemento de mejora de la IT debe incluir lo percibido por guardias.

ADS nº 311 / Feb. 2023. Derecho al cobro de guardias durante la IT por riesgo para el embarazo. El Tribunal Supremo había consolidado su doctrina sobre el derecho a cobrar las guardias no realizadas durante los periodos de incapacidad temporal (IT) por maternidad en el régimen laboral de residencia (facultativas MIR), pero no en el estatutario. La sentencia TS del 9 de febrero de 2023 (Rec. 1047/2021, ponente María Pilar del Teso Gamella) consolida ese mismo criterio en relación con una estatutaria del Servicio de Salud de Castilla La Mancha (ver en ADS 293 / Junio 2021 sentencia TS Contencioso, 14 de junio de 2021), con cita de doctrina del Tri-

bunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional sobre no discriminación retributiva durante el embarazo.

ADS nº 310 / Enero 2023. Bases fenomenológicas del derecho de la mujer a ser madre. Antonio Piga Rivero. Prof. Emérito de la Universidad de Alcalá. Gobernador honorario de World Association for Medical Law.

ADS nº 309 / Dic. 2022. IT maternidad: salario con guardias, y efectos retroactivos de más de 3 meses (TSJCAT. Sala Social. 24 octubre de 2022. Rec. 1496/2022. Consorcio Sanitario de Tarrasa).

ADS nº 295 / Sept. 2021. MIR / Derecho a prorrateo de guardias durante baja por maternidad y lactancia.

ADS nº 284 / Sept. 2020. TC / Reducción del descanso retribuido a mujer médico por maternidad (Dos sentencias del Tribunal Constitucional (TC 90/2020 y 91/2020) declaran que la Agencia Sanitaria Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol vulneró el derecho fundamental de igualdad ante la ley de la demandante (art. 14 CE) al reducir a la mitad de lo que correspondía el número de horas de descanso retribuido por cada saliente de guardia (reducción de 7a 3,5 horas).

ADS nº 267 / Feb. 2019. Derecho de una MIR a cobrar guardias en permisos y bajas por maternidad.

ADS nº 246 / Marzo 2017. TS reconoce el derecho a cobrar guardias no realizadas por embarazo (MIR intensivista).

ADS nº 244 / Enero 2017. TC / Discriminación laboral de la mujer durante baja por maternidad.

STSJ, Contencioso, del 28 de septiembre de 2023
(ROJ: STSJ BAL 1243/2023- ECLI:ES:TSJBAL:2023:1243)

Id. CENDOJ: 07040330012023100719

Órgano: Tribunal Superior de Justicia.

Sala de lo Contencioso Sede: Palma de Mallorca

Sección: 1 Sentencia: 743/2023 Recurso: 297/2022

Fecha de Resolución: 28/09/2023

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRIGUEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00743/2023

Procedimiento: AP RECURSO DE
APELACION 0000297 /2022

Sobre FUNCION PUBLICA

De D/ña. IB-SALUT

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD

Procurador:

Contra D/ña. Patricia

Abogado: JUAN PIÑA MIGUEL

Procurador: XIM AGUILO DE CACERES PLANAS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LAS ISLAS BALEARES

SALA DE LO CONTENCIOSO

SENTENCIA

En Palma, a 28 de septiembre de dos mil veintitrés.

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Fernando Socías Fuster

MAGISTRADOS

D. Francisco Pleite Guadamillas

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma, con el número de autos de Procedimiento Abreviado nº 101/2019 y número de rollo de apelación de esta Sala nº 297/2022. Actúa como parte apelante la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓ NOMA DE LES ILLES BALEARS (Servei de Salut de les Illes Balears, IbSalut), representada y defendida por LA ABOGADA DE LA CAIB, y como parte apelada D^a Patricia , representada por el Procurador D. XIM AGUILÓ DE CÁCERES PLANAS y defendida por el Letrado D. AGUSTÍN AGUILÓ DURÁN.

Constituye el objeto del recurso contencioso: 1. La actuación administrativa consistente en el incorrecto pago de las retribuciones, al no haber abonado los atrasos del complemento de carrera profesional. Actuación incorrecta cuyo cese fue reclamado en vía administrativa el 18 de abril de 2018. 2. Contra la resolución del Director Gerente de la GAU 061, de 31 de agosto de 2018, que deniega la petición de abono cursada por la recurrente. 3. Contra la resolución del mismo Director Gerente de 7 de enero de 2019 que desestima el recurso de reposición presentado en fecha 03.10.18. 4. Contra cualquier acto administrativo que se ponga de manifiesto con la tramitación del proceso y su impugnación sea necesaria para conseguir la tutela judicial pretendida.

La Sentencia número 187/2022, de 16 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Palma estimó el recurso contencioso.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. Alicia Esther Ortuño Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Sentencia nº 187/2022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Palma en los autos seguidos por los trámites de procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, dispone literalmente en su Fallo: "Que estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado D. Juan Piña Miguel, en nombre y representación de D^a Patricia, frente al IB-SALUT, contra la actuación administrativa consistente en el incorrecto pago de las retribuciones, contra la resolución del Director Gerente de la GAU 061, de 31 de agosto de 2018, y, contra la resolución del mismo Director Gerente de 7 de enero de 2019 que desestima el recurso de reposición presentado en fecha 03.10.18; y, en consecuencia: Declaro las resoluciones contrarias a Derecho y las anulo y, a su vez, declaro el derecho de la recurrente a percibir las cantidades correspondientes por carrera profesional durante el tiempo en que estuvo en situación de riesgo de embarazo y maternidad, con efectos desde el 01/01/2016, debiendo proceder igualmente la demandada a la regularización de las cotizaciones sociales. Sin especial pronunciamiento sobre costas".

SEGUNDO. Contra la anterior resolución interpuso la Administración demandada recurso de apelación en plazo y forma siendo admitido en ambos efectos. Se opuso la defensa de la parte actora, la cual planteó la inadmisión del recurso de apelación por razón de la cuantía, y de modo subsidiario, solicitó la confirmación de la sentencia de instancia. Conferido oportuno traslado, la representación de la CAIB rechazó la inadmisibilidad de la apelación.

TERCERO. Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que ninguna de las partes solicitara práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 08/09/2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Como ya hemos mencionado, constituye el objeto del recurso contencioso: 1. La actuación administrativa consistente en el incorrecto pago de las retribuciones, al no haber abonado los atrasos del complemento de carrera profesional. Actuación incorrecta cuyo cese fue reclamado en vía administrativa el 18 de abril de 2018. 2. Contra la resolución del Director

Gerente de la GAU 061, de 31 de agosto de 2018, que deniega la petición de abono cursada por la recurrente. 3. Contra la resolución del mismo Director Gerente de 7 de enero de 2019 que desestima el recurso de reposición presentado en fecha 03.10.18. 4. Contra cualquier acto administrativo que se ponga de manifiesto con la tramitación del proceso y su impugnación sea necesaria para conseguir la tutela judicial pretendida.

La Sentencia nº 187/2022, de 16 de marzo, aquí apelada, tras exponer las posiciones de las partes y los hechos relevantes, señala la normativa aplicable, concretamente los arts. 43 y 63 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (EM), art. 9 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, art. 86 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), art. 7 del Decreto-Ley 5/2012, de 1 de junio, (modificado por el Decreto Ley 10/2012, de 31 de agosto), de medidas urgentes en materia de personal y administrativas para la reducción del déficit público del sector público de las Illes Balears y de otras instituciones autonómicas, arts. 179 y 187 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS). El juzgador de instancia razona que la carrera profesional se configura como un derecho de los empleados públicos ligada a las oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional, sin que exista norma alguna que suprima o minore el cobro durante la situación de incapacidad temporal, ya que la actora permaneció en servicio activo, por lo que, habiendo sido reconocido el encuadramiento en el nivel II de carrera desde el 01/01/2016, resulta acreedora del complemento, con independencia de la garantía salarial.

La representación de la Administración demandada ha interpuesto recurso de apelación, en el cual solicita que se revoque la Sentencia de instancia, invocando que, en el caso de nacimiento o riesgo durante el embarazo, la empleada pública tiene derecho al percibo de una prestación económica regulada en los arts. 171, 179 y 187 TRLGSS y art. 2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, correspondiendo a un porcentaje de la base reguladora. Esta prestación reconocida por la Seguridad Social se

incrementa, respecto de ellos empleados públicos de la CAIB, con un complemento regulado en el art. 7 del Decreto Ley 5/2012, así como en el Acuerdo del Consell de Govern de 30/09/2016 (BOIB nº 125, de 01/10/2016). Para estas prestaciones en caso de incapacidad temporal, se atiende a la base de cotización del mes anterior a la situación de IT, por lo que, la actora en ese momento no tenía reconocido el complemento (15/12/2015), además e percibir una retribución diaria superior a la que le hubiese correspondido en el caso de trabajar. Se opone a la petición de inadmisión del recurso de apelación, ya que las pretensiones no son cuantificables económicamente, implicando también una regularización de las cotizaciones sociales, siendo de cuantía indeterminada, como se fijó por el Juzgado.

SEGUNDO. En primer lugar, debemos determinar si el recurso de apelación resulta o no admisible, atendiendo a la cuantía del "asunto", de conformidad con los arts. 81.1 a) y 85.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), manifestando la parte actora y apelada que en la demanda se reclama el abono de los retrasos correspondientes al complemento de carrera profesional generados desde el 01/01/2016 (momento en el que se hizo efectivo el reconocimiento del derecho a la carrera profesional, nivel II) hasta el 15/10/2016, período durante el cual la recurrente estuvo, primero, en situación de riesgo por embarazo (04/12/2015 al 05/07/2016) y, segundo, disfrutando de un permiso de maternidad (06/07/2016 al 15/10/2016), siendo en todo caso de cuantía inferior a 30.000 euros. El suplico de la demanda responde al siguiente tenor literal: "Por todo lo anterior, SUPlico AL JUZGADO que, tiendo por presentado este escrito con los documentos adjuntos, se sirva de admitirlo y tener por interpuesta demanda contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento y, tras los trámites pertinentes, dicte sentencia por la que las DECLARE contrarias a Derecho y las ANULE y, a su vez, DECLARE el derecho de la recurrente a percibir las cantidades correspondientes por carrera profesional durante el tiempo en que estuvo en situación de RIE y maternidad y, en su caso, proceder igualmente a la regularización de las cotizaciones sociales y CONDENE la Administración a estar y pasar por dicha declaración, así como al pago de las cantidades resultantes. Con imposición de costas".

La cuantía del recurso es una cuestión de orden público, en cuanto de ella depende la recurribilidad de ciertas resoluciones judiciales, resultando revisable por el Tribunal a quem, sin estar vinculado a la fijación efectuada en primera instancia. Por ello, la circunstancia de

que se señalase en la Sentencia apelada que el recurso contencioso era de cuantía indeterminada, no implica que esta Sala deba asumir obligatoriamente esta determinación, como parece defender la parte apelada.

El art. 41.1 LJCA dispone que "La cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo", estableciendo reglas de fijación de este "valor económico de la pretensión" en el art. 42 del citado Cuerpo Legal, en virtud del cual:

"1. Para fijar el valor económico de la pretensión se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, con las especialidades siguientes:

a) Cuando el demandante solicite solamente la anulación del acto, se atenderá al contenido económico del mismo, para lo cual se tendrá en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél.

b) Cuando el demandante solicite, además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, o cuando solicite el cumplimiento de una obligación administrativa, la cuantía vendrá determinada:

Primero. Por el valor económico total del objeto de la reclamación, si la Administración pública hubiere denegado totalmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante.

Segundo. Por la diferencia de la cuantía entre el objeto de la reclamación y el del acto que motivó el recurso, si la Administración hubiera reconocido parcialmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante.

2. Se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de planeamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquéllos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración.

También se reputarán de cuantía indeterminada los recursos interpuestos contra actos, en materia de Seguridad Social, que tengan por objeto la inscripción de

empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores".

Como se desprende del suplico del escrito de la demanda, la parte actora no se ciñe a solicitar el abono de los importes correspondientes a la carrera profesional desde enero a octubre de 2016, fácilmente cuantificable desde el punto de vista económico (95 euros/mes), sino también interesa que la Administración del Ibsalut efectúe una regularización de las cotizaciones sociales correspondientes, pretensión caracterizada por solicitar una determinada actuación administrativa no susceptible de traducirse en términos económicos.

En consecuencia, se debe rechazar que el recurso de apelación resulte inadmisibile.

TERCERO. A partir del examen del expediente administrativo, unido a las alegaciones y documentos presentados por las partes, debemos destacar los siguientes datos de hecho que resultan relevantes, en parte ya relacionados en el Fundamento Segundo de la Sentencia apelada:

1) La recurrente es personal estatutario del Ibsalut, concretamente, enfermera de SUAP (grupo A2).

2) El 02/04/2016 se publicó en el BOIB nº 42 el Acuerdo del Consell de Govern por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 17/03/2016 por el que se aprueba el Texto consolidado de los acuerdos sobre el sistema de promoción, desarrollo y carrera profesional del personal estatutario dependiente del Ibsalut. Partiendo de la previsión contenida en la Base 1.5, así como de las determinaciones incluidas en el Capítulo VI (Bases 20-21), la disposición transitoria tercera establece el procedimiento extraordinario y único de encuadre del personal estatutario fijo sin grado de carrera reconocido, a fin acceder al grado I, al grado II o al grado III siempre que disponga, respectivamente, de cinco, de diez o de quince años de servicios prestados, fijando un calendario para el abono de los efectos económicos, correspondiendo desde el 01/01/2016 un 25% del complemento retributivo, el cual, para el grupo A2 y nivel II de carrera (correspondientes a la situación de la actora), implicaba un importe mensual de 95 euros.

3) El 19/05/2016 se publicó en el BOIB nº 63 la Resolución adoptada por el Director General del Ibsalut de

16/05/2016, por la que se convoca un procedimiento extraordinario para acceder al modelo de carrera profesional del personal del Ibsalut. La Base 4 indica que los requisitos y méritos a tener en cuenta son los referidos a 31/12/2015. La Base 9.1 señalaba como fecha del reconocimiento administrativo del grado de carrera profesional desde el 01/01/2016. Respecto a los efectos económicos y el calendario, la Base 9.2 se remite a las disposiciones transitorias del Texto consolidado de los acuerdos. De conformidad con la disposición transitoria tercera, al personal estatutario fijo sin grado previo de carrera profesional, perteneciente al grupo A2, encuadrado en el nivel de carrera II, le corresponde desde el 01/01/2016 al 31/12/2016 un importe de 95 euros al mes, equivalente al 25% de la cuantía correspondiente.

4) La recurrente participó en el referido procedimiento extraordinario para acceder al modelo de carrera profesional del Servicio de Salud como personal fijo que iniciaba la carrera profesional (IC).

5) La Resolución de la Consellera d'Hisenda i Administracions Públiques de 23/06/2017 (BOIB nº 84, de 11/07/2017) ordenó la publicación de las listas definitivas del personal que inicia la carrera profesional o asciende de nivel, de acuerdo con el procedimiento extraordinario, figurando la actora en el listado contenido en el Anexo I, reconociéndole el encuadre inicial en el nivel II en su condición de personal estatutario fijo, con un remanente de 304 días.

6) La actora permaneció en la situación de "riego por embarazo" (RIE) desde el 04/12/2015 al 05/07/2016.

7) La recurrente gozó de un permiso por maternidad desde el 06/07/2016 al 15/10/2016.

8) La actora cobró los atrasos del complemento de carrera profesional en la nómina del mes de julio de 2017, pero no se incluyeron los importes correspondientes a las mensualidades desde enero a octubre de 2016, coincidentes con sus situaciones sucesivas de RIE y maternidad.

9) El 18/04/2018, la actora presentó un escrito ante la Gerencia SAMU 061 de Baleares una reclamación de pago de este complemento retributivo por carrera profesional reconocido con efectos desde enero de 2016.

10) La Resolución del Director Gerente del SAMU 061 de 31/08/2018 desestimó la petición, sobre la base de que había que estar a la base reguladora correspondiente al mes anterior a la situación de IT, además de

destacar que percibió una base reguladora superior a las retribuciones que le hubiesen correspondido en el supuesto de trabajar. Interpuesto recurso de reposición el 03/10/2018, fue desestimado mediante Resolución de 07/01/2019, acto administrativo frente al cual se interpuso el recurso contencioso nº 101/2019, tramitado por el Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Palma, siendo estimado en la Sentencia nº 187/2022, objeto del presente recurso de apelación.

CUARTO. El núcleo de la controversia consiste en dilucidar si la actora, personal estatutario del Ibsalut, debía percibir el complemento por carrera profesional reconocido en la Resolución dictada por la Conselleria d'Hisenda i Administracions Públiques el día 23/06/2017, con efectos desde el 01/01/2016, durante los períodos sucesivos en los que se encontraba en situación de riesgo durante el embarazo (hasta el 05/07/2016) y disfrutando de permiso de maternidad (entre el 06/07/2016 y el 15/10/2016), en los cuales estuvo cobrando la prestación contributiva correspondiente, reguladas en los artículos 187.3 y 179 del TRLGSS, o bien no resulta acreedora de su satisfacción por el Ibsalut en cuanto la cuantía de los subsidios percibidos eran superiores a la garantía salarial.

Debemos partir de la normativa referente a la carrera profesional horizontal vigente en el supuesto de hecho aquí examinado, concretamente en relación con la condición de personal estatutario de los servicios de salud. El artículo 41.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, define la carrera profesional de los profesionales de los servicios de salud como el derecho de estos profesionales a progresar de manera individualizada como reconocimiento a su desarrollo profesional. Por otra parte, el artículo 41.2 remite a la normativa básica sobre la carrera profesional aplicable al personal del Sistema Nacional de Salud, que las comunidades autónomas deben desarrollar. Esta normativa básica fue aprobada por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud (EM), en cuyo artículo 40 se establecen los criterios generales de la carrera profesional para que las comunidades autónomas los desarrollen, habiéndolos negociado previamente en las mesas correspondientes, de manera que posibilite el derecho a la promoción del personal estatutario de los servicios de salud conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias públicas.

De acuerdo con el apartado 2 de dicho artículo 40, la carrera profesional supone el derecho de los profesio-

nales a progresar de manera individualizada como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización en la que prestan servicios.

Por su parte, el artículo 38.1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que regula el desarrollo profesional, establece los principios generales que las administraciones sanitarias deben tener en cuenta respecto a esta materia.

El art. 43.2 e) EM incluye entre las retribuciones complementarias del personal estatutario, el complemento de carrera, "destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría".

Resulta incontrovertido que la actora participó en el procedimiento extraordinario y único de encuadre inicial para el reconocimiento de la carrera profesional, como personal estatutario fijo, convocado el 15/05/2016. En el momento de la convocatoria, la recurrente se encontraba en situación de riesgo durante el embarazo. Tras la tramitación del procedimiento, se aprobó el reconocimiento del derecho a la carrera profesional de la interesada, desde el 01/01/2016, mediante resolución dictada el 23/06/2017, si bien en la misma se retrotraían los efectos económicos y administrativos desde el primero de enero de 2016.

La actora percibió las prestaciones económicas correspondientes a la situación de RIE y maternidad, cuyos importes vienen regulados en los arts. 187.3 y 179 TRLGSS (por remisión a las reglas de incapacidad temporal contenidas en el art. 171 TRLGSS), art. 9 del Real Decreto Ley 20/2012, art. 2 del Decreto 3158/1966, así como los complementos establecidos en el art. 7 del Decreto Ley Balear 5/2012 (desarrollado por el Acuerdo del Consell de Govern de 30/09/2016), de conformidad con la base de cotización y reguladora correspondiente, las cuales no incluían el concepto de "complemento por carrera profesional", en un importe de 95 euros al mes, destacando que en este espacio temporal no había sido reconocido ni siquiera el encuadramiento inicial en el sistema. No fue hasta el mes de julio de 2017 cuando la actora vino percibiendo en sus nóminas este complemento retributivo.

En el mes de julio de 2017, si bien el Ibsalut le sufragó los atrasos correspondientes a los meses anteriores en los cuales tenía derecho a los efectos de la carrera profesional (desde enero 2016 a mayo 2017), sin embargo,

la entidad pública excluyó el pago del complemento de las mensualidades desde enero a octubre de 2016, coincidentes con su situación de RIE y maternidad.

La circunstancia de que las cantidades económicas percibidas por la interesada durante estos períodos, en calidad de cobro de las prestaciones contributivas correspondientes al período global que comprende desde el 04/12/2015 al 15/10/2016, fuesen superiores a la garantía salarial protegida por la legislación de la Seguridad Social, complementada por la regulación autonómica (hasta cubrir el 100% de las retribuciones correspondientes, en el presente supuesto, en caso de RIE y maternidad), no puede desvirtuar la realidad palmaria de que la actora no percibió el complemento de carrera, ni vía directa mediante el abono de los atrasos, ni tampoco a través de la modificación posterior de la base de cotización (estando obligado el Ibsalut, en cuanto entidad empleadora, arts. 144 y 147.3 TRLGSS, así como el art. 2.1 del Decreto 3158/1966).

Los cálculos incluidos como Anexo a la resolución dictada por el Director Gerente SAU 061 en fecha 07/01/2019 no desvirtúan la conclusión arriba señalada, coincidente con el razonamiento efectuado por el Juez a quo consistente en que se había demostrado que la actora no había cobrado de ninguna forma (vía nómina atrasada o vía prestación contributiva rectificadora) durante su situación de RIE y maternidad, el complemento retributivo al cual tenía derecho desde el 01/01/2016, lo cual implicó una actuación discriminatoria respecto al personal estatutario que se encontraba en servicio activo prestando servicios, cuando la interesada se hallaba inmersa en una **situación asimilada** (art. 63 EM), además de suponer un tratamiento económico perjudicial para la trabajadora pública, ya que las situaciones de RIE y maternidad se encuentran ineludiblemente anudadas con su condición de mujer. Por ello, debe desestimarse el recurso de apelación, siendo conforme a Derecho la Sentencia apelada.

QUINTO. En materia de costas la desestimación del recurso de apelación determina que se impongan las costas causadas en esta instancia a la Administración apelante y demandada, con un límite de 1.000 euros.

FALLAMOS

1º) SE DESESTIMA LA PETICIÓN DE INADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR RAZÓN DE LA CUANTÍA.

2º) DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN in-

terpuesto contra la Sentencia nº 187/2022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 que confirmamos íntegramente.

3º) SE IMPONEN las costas causadas en esta instancia a la Administración apelante, con un límite de 1.000 euros.

Contra esta sentencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 7/2015 en la Ley 19/1998, caben los siguientes recursos:

1.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. Téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo-BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-

2.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sección de casación esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Se tendrá en cuenta también el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación-BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Alicia Esther Ortuño Rodríguez que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El letrado de la administración de Justicia, rubricado.

Supremo: "Que no se reconozca la carrera al temporal es cada día menos comprensible"

ADS. Son cientos de reclamaciones las que resuelven los Tribunales de Justicia para que se reconozca el abono del complemento de carrera profesional al personal vinculado con la Administración sanitaria con carácter temporal, demandas que son reconocidas judicialmente por infracción del principio de no discriminación con respecto al personal fijo, por aplicación de la doctrina favorable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, que está consolidada desde hace varios años.

A pesar de esta doctrina, los recursos siguen llegando al Supremo relacionadas con reclamaciones al *Sescam* (y a otros Servicios de Salud autonómicos) para el reconocimiento del complemento de carrera de personal temporal.

La sentencia afirma que la actitud de la Administración sanitaria de Castilla La Mancha de no declarar la nulidad de sus propios actos, de oficio, conociendo la doctrina jurisprudencial sobre igualdad retributiva de personal fijo y temporal que ejerce las mismas funciones es "**cada día menos comprensible**".

En relación con el Servicio de Salud del Castilla La Mancha (*Sescam*), la doctrina es también consolidada en el alto Tribunal, pero, a pesar de ello, admite decenas de recursos de casación porque la Administración sanitaria interpreta que el interesado tiene que solicitar la **revisión de oficio** del acto denegatorio (del 2010) -para que pueda ser anulado- y no una nueva reclamación (en el 2017) para que le sea reconocido el complemento de carrera.

La sentencia refleja cómo el interesado presentó su reclamación el 30 de julio de 2017: "Por ello **debió de ser tomada por una solicitud de revisión de oficio** de la resolución de 29 de octubre de 2010 en el punto relativo al reconocimiento de los efectos

de la progresión en su carrera profesional. Sin embargo, la Administración castellano-manchega, no sólo no lo hizo así, sino que **ha seguido sin ejercer la facultad que le atribuye el artículo 106 de la Ley 39/2015 (dictar la nulidad de oficio)**".

"Es desproporcionado someter al interesado a un nuevo procedimiento"

El *Sescam* viene denegando este tipo de solicitudes por el mismo motivo, razón por la que el Supremo ha tenido que declarar reiteradamente la procedencia de dicha revisión, de oficio, y reconocer que "es desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea".

La sentencia reconoce que "si bien debe mantenerse el **principio de que la remoción de los actos consentidos** solamente puede lograrse, de ser procedente, a través de la revisión de oficio, también hay que decir que, en este caso, la Administración castellano-manchega no debió de tener duda de que esto era lo que le pedía el Sr. Fructuoso -aunque formalmente no solicitara una revisión, ya que sí ponía de manifiesto la desigualdad injustificada a la que seguía sometido y solicitaba su completa remoción- y actuar en consecuencia".

"Sin embargo, dicha Administración, escudándose en que mediaba un acto consentido, no ejerció la potestad que sin duda le reconoce el ordenamiento jurídico precisamente frente a actos de esa naturaleza para declarar su nulidad. **Proceder éste que el tiempo ha hecho cada día menos comprensible** pues, como sabemos, es ya constante la jurisprudencia que afirma que no cabe diferenciar al personal temporal-salvo que haya razones objetivas que lo justifiquen aquí no sólo no acreditadas sino ni siquiera mencionadas- en las condiciones de trabajo y que forma parte de ellas la carrera profesional", concluye el Supremo.

La sentencia acoge el recurso del *Sescam* en el sentido de reconocer que puede exigir al afectado que se solicite la revisión de oficio, pero sin efecto en la práctica, dada la doctrina consolidada del Su-

premo sobre el vicio de nulidad del acto administrativo denegatorio, y que acoge también el recurso del profesional al anular directamente-sin necesidad de tener que iniciar procedimiento- la resolución denegatoria del complemento de carrera desde 4 años previos a la presentación de la reclamación, "condenando a la Administración demandada al abono de las cuantías resultantes del grado que tiene reconocido, además de sus correspondientes derechos administrativos y de Seguridad Social".

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 316 / Jul. Ag. 2023. *Inaplican Acuerdo de carrera profesional por excluir a personal eventual (TSJ Madrid, 3 de junio de 2023).*

ADS nº 311 / Feb. 2023. *Carrera / Integración directa en el nivel II a quien no pudo optar por ser eventual.*

ADS nº 310 / Enero 2023. *Efectos de la carrera, desde su reconocimiento: no se pueden diferir a la fijeza. Iñigo Barreda, Dtor. de ADS. (TS, Contencioso, 12 de enero de 2023. Rec. 5564/2020 SES-CAM).*

ADS nº 309 / Dic. 2022. *Efectos económicos de la carrera, 4 años anteriores a la solicitud (TS 1600/2022, del 30 de noviembre.*

Rec. Casación 8226/2020 contra sentencia del TSJCyL nº 294/2020, del 16 de septiembre, rec. nº 294/2020).

ADS nº 295 / Sept. 2021. *Sescam / Vicio de nulidad de la denegación del abono de la carrera a interinos (TSJCLM, Sentencia 237/2021, del 12 de julio de 2021. Rec. de apelación nº 28/2001).*

ADS nº 293 / Junio 2021. *El Sescam debe revisar de oficio, sin dilación, la denegación de la carrera a interinos (TSJCLM, Sentencia 124/2021, del 3 de mayo de 2021. Rec. de apelación nº 511/2020).*

ADS nº 290 / Marzo 2021. *Reconocimiento económico de la carrera a interinos desde antes de su solicitud (TSJCV, Comunidad Valenciana. Consejería de Sanidad).*

ADS nº 290 / Marzo 2021. *Derecho a la carrera profesional y su retribución a interina del Sermas.*

ADS nº 288 / Enero 2021. *Anulan la exclusión de la carrera de personal temporal del Sergas y la Consejería.*

ADS nº 286 / Nov. 2020. *Personal de gestión del SERMAS tiene derecho a carrera horizontal.*

ADS nº 281 / Mayo 2020. *Abono de carrera, efectos retroactivos de 4 años. Personal temporal SESCAM (el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Albacete reconoce el abono del complemento de carrera profesional de Grado I a personal estatutario temporal más los atrasos correspondientes y no prescritos desde cuatro años antes de la fecha de presentación de la reclamación, salvo los periodos en que estuviera suspendido el complemento por la Ley 1/2012 de 21 de febrero, de Medidas Complementarias (...)).*

STS, Contencioso sección 4 del 05 de octubre de 2023

(ROJ: STS 3969/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3969)

Id. CENDOJ: 28079130042023100545

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso.

Sede: Madrid Sección: 4 Sentencia: 1225/2023

Recurso: 690/2021 Fecha de Resolución: 05/10/2023.

Procedimiento: Recurso de Casación

Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1225/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.ª Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 5 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 690/2021, promovido por la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA (SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA-SESCAM-), representada y defendida por Letrada de sus Servicios Jurídicos en virtud de la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia nº 284/2020, de 30 de octubre, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

Siendo parte recurrida DOÑA Candelaria, no personada en el presente recurso.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación tiene por objeto la sentencia nº 284/2020, de 30 de octubre, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, recaída en el recurso de apelación nº 478/2019, desestimatoria del recurso interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia nº 294/2019, de 26 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara,

instado por doña Candelaria solicitando el reconocimiento de su carrera profesional con todos los efectos económicos y administrativos.

La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal: "[...] Desestimar el recurso de apelación nº 478/2019 interpuesto por la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha contra la Sentencia nº 294/2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara, de 26 de septiembre de 2019, dictada en el PA 420/2018-P, en materia de: Personal. Carrera Profesional, que se confirma. Se imponen las costas a la parte apelante, aunque limitadas a la cantidad máxima de 1.000€ por los honorarios de Letrado (IVA excluido). [...]".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal del Servicio de Salud de Castilla-la Mancha, presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se tuvo por personada y parte a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como parte recurrente.

Habiéndose requerido a doña Candelaria en diligencia de ordenación de 13 de septiembre de 2021 para que: "[...] no habiéndose personado la recurrida D^a Candelaria, representada por Procurador, lo que es preceptivo en esta jurisdicción, requiérase a la Sra. Candelaria para que se persone en legal forma en el término de cinco días, con apercibimiento de no tenerla por parte y seguir las actuaciones sin ella.[...]"; reiterándose en diligencia de ordenación de 10 de noviembre de 2021: "[...] visto el estado de las actuaciones y que la recurrida D^a Candelaria, no se persona representada por procurador, preceptivo ante esta jurisdicción, requiérase a fin de que designe procurador que la represente en el término de cinco días, con los apercibimientos legales correspondientes [...]", no habiéndose personado en legal forma la parte recurrida.

CUARTO.- Por auto de 18 de mayo de 2023, la Sección Primera de esta Sala acordó: "[...] PRIMERO.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Cas-

tilla-La Mancha contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 30 de octubre de 2020, en el recurso de apelación núm. 476/2019.

SEGUNDO.- Precisar que, en principio, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

(i) si es o no necesario seguir los trámites del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en la hipótesis de que exista un acto consentido y firme que pudiera dar lugar a una situación jurídica consolidada, dejados sin efecto a raíz de una infracción jurídica avallada por un pronunciamiento judicial firme; y

(ii) en el supuesto de que sea innecesaria dicha acción de nulidad, si el cambio jurisprudencial subsiguiente al reconocimiento de la referida infracción jurídica ha de producir efectos pro futuro o efectos retroactivos.

TERCERO.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en los artículos 25, 28, 46, 69.c) y 73 de la Ley de esta Jurisdicción y 106 y 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y demás concordantes que se estimen de aplicación.

Lo indicado sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA. [...]"

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que, en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando:

"[...] me tenga por personada y parte, y tenga por INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN, en tiempo y forma, la contra la Sentencia Sentencia nº 284, de fecha 30 de octubre de 2020, de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (recurso de apelación 478/2019); y previos los trámites procesales procedentes, dicte en su día Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime nuestro recurso en los términos interesados. [...]"

SEXTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la ín-

dole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 7 de julio de 2023, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don. Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para votación y fallo la audiencia el día 3 de octubre de 2023, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El presente recurso de casación es interpuesto por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2020.

La sentencia ahora impugnada desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara de 26 de septiembre de 2019, estimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido por aquélla contra la resolución administrativa que le denegaba el abono del complemento de carrera profesional.

Preparado el recurso de casación por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, fue admitido por la Sección Primera de esta Sala mediante auto de 18 de mayo de 2023. En éste se señala que este recurso de casación es sustancialmente idéntico a otros dos ya admitidos (nº 3290/2019 y nº 3734/2019).

En el escrito de interposición se afirma que el problema aquí debatido es efectivamente el mismo que en los dos mencionados recursos de casación, que ya han sido resueltos mediante las sentencias de esta Sala nº 103/2021 y nº 114/2021. La parte recurrida no se ha personado en el recurso de casación.

A la vista de lo expuesto, cabe ahora remitirse a lo dicho en la sentencia nº 114/2021:

"[...] CUARTO.- Las alegaciones de las partes.

A) El escrito de interposición del Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Sostiene que la argumentación seguida por la Sala del TSJ de Castilla-La Mancha infringe el contenido del instituto jurídico de la revisión de oficio y que el cambio de criterio jurisprudencial no conlleva la anulación au-

tomática de los actos firmes previos. El único modo de revisar su contenido, dice, es el previsto por el artículo 106 de la Ley 39/2015. Nuestro ordenamiento jurídico, resalta, no permite la revisión jurisdiccional y anulación directa o indirecta de aquellos actos administrativos que hubieren adquirido firmeza. Cita al respecto los artículos 26, 46 y 69 e) de la Ley de la Jurisdicción. También considera que la sentencia de apelación vulnera los límites de la revisión de situaciones jurídicas consolidadas al reconocer unos efectos económicos retroactivos.

A propósito de lo primero, el escrito de interposición indica que el Sr. Fructuoso no recurrió la resolución de 29 de octubre de 2010 que le reconoció el grado II, pero sin efectos hasta que adquiriera la condición de personal estatutario fijo y la sentencia no lo anula porque no era el objeto del recurso contencioso-administrativo. Expone, a continuación, el procedimiento de reconocimiento de grado de carrera profesional y subraya que se inicia de oficio mediante convocatoria pública y detalla sus fases y efectos y acaba señalando que el Sr. Fructuoso no ejerció correctamente la acción de nulidad de la resolución de 29 de octubre de 2010 y que, por tanto, su solicitud de 30 de julio de 2017 no quedó regida por la normativa reguladora de la carrera profesional, ni tampoco por el artículo 106 de la Ley 39/2015. Por todo ello, apunta que la intención auténtica del recurrente era lograr el reconocimiento de unos efectos económicos eludiendo el procedimiento específico de revisión de oficio de actos firmes y consentidos.

A partir de aquí, manifiesta que no es posible que, a través de una solicitud de reconocimiento de derechos sin cobertura normativa, se acabe dejando sin efecto un acto administrativo previo y consentido. El aquietamiento del Sr. Fructuoso-sigue diciendo el escrito de interposición- justifica que deba acudir al remedio excepcional del citado artículo 106. Y rechaza, conforme al artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción, que pueda instrumentalizarse la anulación de un precepto de una disposición general-la sentencia núm. 604/2018, 28 de diciembre (rec. núm. 88/2018), de la Sala de Albacete que anuló los preceptos del Decreto 62/2007 relativo a la carrera profesional de personal de FP, administración y servicios, y no los equivalentes del Decreto 116/2006, de personal licenciado y diplomado-para dejar automáticamente sin efecto el contenido de actos dictados en su aplicación que posponían los efectos del reconocimiento del grado a la adquisición de la condición de personal estatutario fijo en la categoría. De igual modo, destaca que no hay precepto alguno que ampare que un cambio de jurisprudencia permita

dejar sin efecto actos previos y firmes sin seguir el cauce del artículo 106. Advierte, además, el escrito de interposición la infracción de la jurisprudencia de esta Sala que se desprende de sentencias como la de 13 de octubre de 2004. En fin, la recurrente en casación entiende que la sentencia de apelación lesiona la potestad de revisión de actos firmes de la Administración pues en su aplicación no cuenta sólo el interés del accionante sino también los límites que le impone el artículo 110 de la Ley 39/2015.

El segundo aspecto de la sentencia de apelación que el escrito de interposición considera contrario a Derecho es el relativo a los efectos jurídicos del cambio jurisprudencial. Es decir, a la eficacia temporal que le ha dado a esa variación pues afecta a actos administrativos previos que no han sido objeto de revisión y se dictaron de conformidad con la interpretación de la norma previamente avalada por un pronunciamiento judicial firme: la sentencia de la Sala de Albacete de 22 de noviembre de 2010 (rec. núm. 107/2007). A este respecto, la Administración castellano-manchega recurrente en casación nos pide que apliquemos el principio de seguridad jurídica y los demás límites establecidos en el artículo 110 de la Ley 39/2015 para una modulación *ratione temporis*. A su entender, dictada la resolución de 29 de octubre de 2010 de buena fe, debe aplicársele el principio de seguridad jurídica y proyectar al futuro los efectos económicos. Pretende, pues, que no se le impongan unas consecuencias económicas retroactivas habida cuenta de la consolidación de las situaciones jurídicas por el aquietamiento durante ocho años del Sr. Fructuoso.

El cambio jurisprudencial, dice, no puede aplicarse a períodos en que estaba vigente el anterior criterio judicial, pues el principio de igualdad exige que, en casos como éste, la nueva interpretación "no se imponga ex abrupto".

Sobre todo, cuando la sentencia de 22 de noviembre de 2010 (rec. núm. 107/2007) le creó la confianza legítima en la conformidad a Derecho del Decreto 117/2006 en los puntos ahora controvertidos. Sostiene que un cambio jurisprudencial no puede frustrar la actuación realizada bajo la convicción de que era correcta. Sostiene, igualmente, que el tiempo transcurrido desde la aprobación de los Decretos reguladores de la carrera profesional del personal estatutario del SESCAM, las convocatorias cursadas y culminadas y la sentencia de 2010 es un factor fundamental que debe ponderarse a la hora de fijar las consecuencias jurídicas en sede jurisdiccional. En definitiva, mantiene que el cambio de

criterio jurisprudencial ha de operar *pro futuro*, o sea a partir del día siguiente al de la firmeza de la sentencia que consuma el cambio jurisprudencial o del día siguiente al de la presentación de la solicitud de pago del derecho económico controvertido.

B) El escrito de oposición de don Fructuoso.

A propósito de las alegaciones del escrito de interposición sobre la infracción por la sentencia de apelación de diversos preceptos de la Ley de la Jurisdicción (artículos 25, 28 y 73) y del artículo 9.3 de la Constitución, nos dice el Sr. Fructuoso que, por el contrario, ha resuelto de forma íntegra y sin fisuras la cuestión de la carrera profesional recurrida por lo que ha dejado al recurso de casación sin argumentos jurídicos que puedan ser estimados.

Rechaza "que sea necesario el procedimiento de revisión de oficio que determina el SESCAM, ni la sentencia lesiona la potestad de revisión de la Administración" (pág. 4 del escrito de oposición) y, respecto a la segunda cuestión planteada en el auto de admisión mantiene que "[...] sería totalmente discriminatorio el no considerar los efectos retroactivos de esas retribuciones complementarias, en relación al art. 43.2 e) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal estatutario de los servicios de salud, y en atención al principio de igualdad. Y en virtud del art. 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria" (pág. 7). Por todo ello suplica a la Sala "dicte sentencia declarando no haber lugar al mismo y confirmando en todos sus extremos la dicha Sentencia e imponiendo al recurrente las costas del presente proceso.

QUINTO.- El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación.

Esta Sala ha dicho reiteradamente que el personal estatutario temporal tiene derecho a la carrera profesional porque ésta forma parte de las condiciones de trabajo y no hay razones objetivas en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE que justifiquen negárselo [sentencias núm. 1532/2020, de 17 de noviembre (rec. cas. núm. 4641/2018); núm. 1294/2020, de 14 de octubre (rec. cas. núm. 6333/2018); núm. 609/2020, de 28 de mayo (rec. cas. núm. 4753/2018); núm. 225/2020, de 18 de febrero (rec. cas. núm. 4099/2017); núm. 1482/2019 (rec. cas. núm. 2237/2017); núm. 304/2019, de 8 de marzo (rec. cas. núm. 2751/2017); núm. 294/2019, de 6 de marzo (rec. cas. núm. 5927/2017); núm. 293/2019, de 6 de marzo (rec. cas. núm. 2595/2017); núm.

239/2019, de 25 de febrero (rec. cas. núm. 4336/2017); núm. 227/2019, de 21 de febrero (rec. cas. núm. 1805/2017); y la núm. 1796/2019, de 18 de diciembre (rec. cas. núm. 3723/2018), por referirnos a las más recientes].

Por tanto, no hay controversia ya sobre la cuestión de fondo pues está resuelta y la propia Administración castellano-manchega recurrente viene a reconocerlo en su escrito de interposición, tal como ya advertía el auto de admisión. Aunque el recurso de casación versa, no sobre si el Sr. Fructuoso tiene o no derecho al complemento de carrera profesional, extremo en el que no cabe más respuesta que la afirmativa, sino sobre la manera en que se le ha de reconocer y sobre el alcance que ese reconocimiento ha de tener en el tiempo, no debemos perder de vista esa circunstancia.

La Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha quiere que digamos que el Sr. Fructuoso debió servirse del procedimiento de revisión de oficio para obtener lo que no niega que le corresponde y que el derecho que se le debe reconocer se proyecta hacia el futuro, entendiendo por tal el posterior a la reclamación del Sr. Fructuoso o, subsidiariamente, a la firmeza de la sentencia que consolida la jurisprudencia a la que hemos aludido.

Se trata exactamente de lo mismo que se plantea en el recurso de casación núm. 3734/2019, también interpuesto por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cuya deliberación se ha terminado al mismo tiempo que la de éste.

Pues bien, al igual que decimos en la sentencia 103/2021, de 28 de enero (rec. cas. 3734/2019), y en nuestra sentencia núm. 1636/20202, de 1 de diciembre (rec. cas. núm. 3857/2019), la vía prevista por nuestro ordenamiento jurídico para remover los actos administrativos que no fueron recurridos a tiempo, pero a los que se les imputa un vicio de nulidad de pleno Derecho es la prevista ahora por el artículo 106 de la Ley 39/2015 y antes, por el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ahora bien, dado que el Sr. Fructuoso no hizo formalmente uso de ella, es claro que la sentencia de apelación, al igual que la de instancia, al no considerar necesario ese cauce, han infringido aquél precepto y, en consecuencia, los de la Ley de la Jurisdicción que establecen la actividad susceptible de impugnación ante

los tribunales de lo contencioso-administrativo. Por tanto, en este extremo hemos de dar la razón a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

La consecuencia no puede ser otra que la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia dictada por la Sala de Albacete y la del Juzgado de lo Contencioso-administrativo recurrida en apelación.

SEXTO.- La resolución de las pretensiones deducidas en la instancia.

La conclusión a la que acabamos de llegar, no supone, sin embargo, la desestimación del recurso de contencioso-administrativo. Por el contrario, anulada la sentencia dictada en apelación, así como la de instancia, hemos de estimar en parte el recurso contencioso-administrativo en los términos que, a continuación, vamos a explicar.

Se ha de recordar ante todo que, tal como se ha dicho antes, no hay duda de que la pretensión sustantiva del Sr. Fructuoso está fundada en Derecho, ni de que el mantenimiento de la situación creada por la resolución de 29 de octubre de 2010, la denegación de los efectos del reconocimiento del grado II de la carrera profesional mientras no sea fijo, prolonga su discriminación respecto del personal estatutario fijo que ha obtenido ese mismo reconocimiento.

O lo que es lo mismo, prolonga la infracción de los artículos 43.2.e) y 44 de la Ley 55/2003, en la interpretación que ha de dárseles desde el principio de igualdad reconocido por el artículo 14 de la Constitución en relación con la cláusula cuarta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de esta Sala sobre el derecho a la carrera profesional del personal con vínculo temporal con las Administraciones Públicas.

Esta circunstancia, que, lo reiteramos, no ha discutido la Administración castellano-manchega, era ya patente en el momento en que el Sr. Fructuoso presentó su reclamación el 30 de julio de 2017. Por ello, debió de ser tomada por una solicitud de revisión de oficio de la resolución de 29 de octubre de 2010 en el punto relativo al reconocimiento de los efectos de la progresión en su carrera profesional.

Sin embargo, la Administración castellano-manchega, no sólo no lo hizo así, sino que ha seguido sin ejercer la facultad que le atribuye el artículo 106 de la Ley 39/2015. Es más, tal como hemos visto en el recurso de casación núm. 3857/2019-resuelto por nuestra senten-

cia núm. 1636/2020, de 1 de diciembre-, ha denegado solicitudes de revisión de oficio con el mismo fundamento que la pretensión del Sr. Fructuoso, razón por la cual hemos tenido que declarar en ella la procedencia de dicha revisión. También hemos dicho en esa sentencia que es desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea.

Así, pues, siendo claro que la resolución de 29 de octubre de 2010 debe ser objeto de revisión en el sentido precisado, la Administración castellano-manchega debió apreciarlo de ese modo y, al recibir la reclamación que está en el origen de este proceso, actuar en consecuencia. En la medida en que no lo hizo, su actuación incurrió en las infracciones indicadas, motivo por el cual tanto la sentencia del Juzgado como la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, debieron acoger el recurso del Sr. Fructuoso, como hicieron, pero sin obviar la exigencia procedimental ya indicada.

Por lo tanto, si bien debe mantenerse el principio de que la remoción de los actos consentidos solamente puede lograrse, de ser procedente, a través de la revisión de oficio, también hay que decir que, en este caso, la Administración castellano-manchega no debió de tener duda de que esto era lo que le pedía el Sr. Fructuoso-aunque formalmente no solicitara una revisión, ya que sí ponía de manifiesto la desigualdad injustificada a la que seguía sometido y solicitaba su completa remoción- y actuar en consecuencia.

Sin embargo, dicha Administración, escudándose en que mediaba un acto consentido, no ejerció la potestad que sin duda le reconoce el ordenamiento jurídico precisamente frente a actos de esa naturaleza para declarar su nulidad.

Proceder éste que el tiempo ha hecho cada día menos comprensible pues, como sabemos, es ya constante la jurisprudencia que afirma que no cabe diferenciar al personal temporal -salvo que haya razones objetivas que lo justifiquen aquí no sólo no acreditadas sino ni siquiera mencionadas- en las condiciones de trabajo y que forma parte de ellas la carrera profesional.

En definitiva, no discutiendo la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que es fundada la pretensión del Sr. Fructuoso y que, por tanto, la resolución de 29 de octubre de 2010 adolece del vicio de nulidad explicado, debe ejercer sin dilación la potestad de revisión de ofi-

cio de manera coherente con dicho presupuesto y a tal fin, previa anulación de la resolución de 21 de agosto de 2017, hemos de disponer la retroacción del procedimiento administrativo. A diferencia de lo que establece nuestra sentencia núm. 1636/2020, de 1 de diciembre (rec. cas. núm. 3857/2019), no puede llegar más allá nuestro pronunciamiento y reconocer directamente lo que reclama al Sr. Fructuoso porque no instó el procedimiento que, según acabamos de decir, debía seguir.

Llegados a ese punto, para responder a la segunda de las preguntas planteadas por el auto de admisión, basta con decir que los efectos temporales de esa revisión han de ser los propios de la apreciación de una nulidad de pleno Derecho y proyectarse desde la fecha de la resolución viciada por la misma, sin perjuicio de los límites derivados del plazo de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública y, en este caso, de lo dispuesto por el apartado 4 de la disposición derogatoria de la Ley castellano-manchega 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

SÉPTIMO.- La respuesta a las cuestiones planteadas por el auto de admisión.

A la primera de las preguntas formuladas por el auto de admisión, de acuerdo con lo que se ha dicho antes, hemos de responder que los actos administrativos consentidos, por no haber sido objeto de recurso en el plazo establecido y cuya nulidad de pleno Derecho se afirme, solamente podrán ser removidos mediante el procedimiento de revisión de oficio previsto por el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

La respuesta a la segunda pregunta ha de ser que los efectos de la declaración de nulidad han de operar desde el momento en que se dictó la resolución que la padece, sin perjuicio de los límites establecidos por la Ley en materia de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública y de los sentados por el apartado 4 de la disposición derogatoria de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

OCTAVO.- Costas.

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el

recurso de casación y, por las dudas que presentan las cuestiones examinadas no hacemos imposición de costas en la apelación ni en el recurso contencioso-administrativo. [...]".

F A L L O

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 recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2020, que anulamos.

SEGUNDO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la sentencia del Juzgado de

lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara de 26 de septiembre de 2019, que anulamos.

TERCERO.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Candelaria, anular la resolución administrativa impugnada y declarar el derecho de la demandante a percibir el complemento de carrera desde cuatro años antes de la fecha de presentación de la reclamación, condenando a la Administración demandada al abono de las cuantías resultantes del grado que tiene reconocido, además de sus correspondientes derechos administrativos y de Seguridad Social, en los términos y con las limitaciones expuestos en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia.

CUARTO.- No hacemos imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

EN LA COMUNIDAD VALENCIANA

Una sentencia rechaza la impugnación general de horarios de centros de primaria

ADS. No es competencia de los órganos judiciales indicar a la Administración, preventivamente o a posteriori, cómo configurar los horarios del personal médico en cada centro de salud, sino, en su caso, revisar la legalidad de los actos administrativos que los regulen en cada Departamento o centro de atención primaria.

Así lo confirma la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*, que desestima el recurso de la *Confederación Estatal de Sindicatos Médicos* CESH-CV contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Valencia.

El Juzgado desestimó el recurso contra la resolución de la *Generalitat Valenciana* que denegó la petición relativa a los horarios de trabajo establecidos en los centros de atención primaria al interpretar que la Instrucción que los regula se refiere al horario de apertura, entre las 8 y las 21 horas, pero no el horario del personal, que se fija de forma individual por cada centro a través de resoluciones distintas y no siempre coincidentes.

El Tribunal aclara que el sindicato confunde los horarios de los centros de atención primaria con las jornadas diarias del personal médico, "tema éste que lo disciplinan cada una de las direcciones de los centros de salud mediante actos o reglamentaciones que no han sido traídas ni impugnadas en el presente proceso. Cuando la parte apelante dice que *el recurso se presentaba igualmente contra las resoluciones de los Gerentes de los departamentos* no se ajusta a la verdad, por no decir otra cosa".

El sindicato accionó por falta de motivación de la sentencia del Juzgado y por considerar que el *Decreto 137/2003, de 18 de julio, del Consell de la Generalitat, por el que regula la jornada y horario de*

trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Generalitat dependientes de la Conselleria de Sanidad, no recoge un horario de mañana y otro de tarde, ni la posibilidad de realizar inicios de jornada a las 10:00 horas o a las 10:30, y que entender lo contrario vulnera la negociación colectiva.

CESM-CV denunció cambios de horario y la obligación de hacer una jornada deslizando entre el turno de mañana y el de tarde entre las 10:30 y las 17:30 horas, así como otra Instrucción que regula la asistencia estival para el año 2021 en distintos puntos de atención continuada, en algunos de éstos, los de la franja costera, según "demanda histórica asistencial".

Pero es preciso, como apunta el Tribunal, impugnar cada acto o reglamentación concreta que regula el horario de un centro de salud determinado para conocer si se ajusta a la legalidad, ya que, como indicó el Juzgado "las fijaciones individuales de horarios específicos podrán ser o no contrarias a las determinaciones del Decreto 137/2003, pero no son objeto de impugnación en los presentes autos, sino la instrucción en que se amparan".

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 227 / Junio 2015. *Cursos y talleres durante jornada MIR no se valoran como formación continuada.*

ADS nº 316 / Jul - Ag. 2023. *El Supremo inadmite un recurso para que el exceso de jornada anual se abone como ordinaria (médicos, régimen laboral, entidad de derecho público San Juan de Dios de Reus, sindicato Médicos de Cataluña).*

ADS nº 314 / Mayo 2023. *SOCIAL. ATS / Solapamiento de jornada es tiempo efectivo de trabajo y se abona como hora extra.*

ADS nº 314 / Mayo. *Extensión voluntaria de jornada para disminuir de listas de espera en Castilla y León.*

ADS nº 271 / Jun. 2019. *Solapamiento de jornada de auxiliares de enfermería: no es tiempo de trabajo.*

ADS nº 251 / Septiembre 2017. *Supremo / El solapamiento de jornada de enfermería es tiempo de trabajo.*

ADS nº 212 / Febrero 2014. *Guardias / El exceso de jornada anual de personal laboral se paga como ordinaria.*

ADS nº 248 / Mayo 2017. *El Informe y la Comunicación interpretativa UE sobre tiempo de trabajo (I).*

ADS nº 249 / Junio 2017. *La Comunicación interpretativa UE sobre tiempo de trabajo (II). Iñigo Barreda, Director de*

ADS nº 250 / Jul. Ag. 2017. Comunicación UE sobre tiempo

de trabajo (III): trabajo nocturno y por turnos. Iñigo Bañreda, Director de ADS.

ADS nº 237 / Mayo 2016. TS / Exceso de jornada anual: se abona sin restar la atención continuada. (Roj: STS 2254/2016 ECLI:ES:TS:2016:2254 Id Cendoj: 28079140012016100296).

ADS nº 212 / Febrero 2014. SOCIAL. Guardias / El exceso de jornada anual de personal laboral se paga como ordinaria. Convenio colectivo de hospitales de la red hospitalaria de utilización pública de Cataluña.

ADS nº 188 / Diciembre 2011. El complemento de continuidad asistencial en el SAS: ¿Es un derecho absoluto?. Ángel Serrano Cugat. Técnico de Función Administrativa del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba. Licenciado en Derecho.

ADS nº 169 / Marzo 2010. CANTABRIA / Jornada anual de personal del 061.

STSJ, Contencioso sección 2 del 03 de octubre de 2023 (ROJ: STSJ CV 4762/2023 - ECLI:ES:TSJCV:2023:4762) Id. CENDOJ: 46250330022023100559
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Valencia Sección: 2 Sentencia: 776/2023
Recurso: 4/2023 Fecha de Resolución: 03/10/2023
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: RAFAEL PEREZ NIETO
Tipo de Resolución: Sentencia
Resolución distribuida por CENDOJ

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Ilmos. Sres:

Presidenta

D/D^a ALICIA MILLÁN HERRANDIS

Magistrados

D/D^a ANA M^a PÉREZ TÓRTOLA

D/D^a RAFAEL PÉREZ NIETO (Ponente)

En VALENCIA a tres de octubre de dos mil veintitrés.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por la Ilma. Sra. doña Alicia Millán Herrandis, Presidente, la Ilma. Sra. doña Ana María Pérez Tórtola, Magistrada, y el Ilmo. Sr. don Rafael Pérez Nieto, Magistrado, el recurso de apelación tramitado con el núm. de rollo 4/23 contra

la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Valencia dictada en el procedimiento abreviado núm. 24/22. Ha sido parte apelante la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos de la Comunitat Valenciana CESM-CV, representada por el Procurador Sr. Alario Mont y defendida por el Letrado Sr. Llago Navarro, y parte apelada la Generalitat Valenciana, representada y defendida por Sra. Letrada de su servicio jurídico. Ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Nieto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 18-10-2022 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Valencia dictó sentencia núm. 219/22 en el procedimiento abreviado núm. 24/22.

La sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado por la Confederación Estatal de Sindicatos de la Comunitat Valenciana CESM-CV frente a la resolución de 25-8-2021 de la Dirección General de Recursos Humanos, Consellería de Sanidad, Generalitat Valenciana, que deniega la petición de la referida Confederación.

SEGUNDO.- La representación procesal de la Confederación Estatal de Sindicatos de Médicos de la Comunitat Valenciana CESM-CV interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia. El recurso fue admitido por el Juzgado y se dio traslado a la representación de la Generalitat Valenciana, que se opuso e interesó la confirmación de la sentencia.

TERCERO.- El Juzgado elevó las actuaciones a este Tribunal. Una vez recibidas y formado el correspondiente rollo y personadas las partes se dictó providencia señalando votación y fallo para el 19 de septiembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos de la Comunitat Valenciana CESM-CV ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia a que se refiere el primer antecedente.

Mediante dicha sentencia, el Juzgado a quo desestimó el recurso contencioso-administrativo que la Confederación apelante hubo planteado contra la resolución de 25-8-2021 de la Generalitat Valenciana que deniega la petición relativa a los horarios de trabajo establecidos en los centros de atención primaria.

En la sentencia se entiende que la parte actora está impugnando las previsiones de la Instrucción que, para el periodo estival de 2021, disciplina los horarios de apertura. Alude a que el Decreto 137/2003, de 18 de julio, en su art. 8 no concreta que exista un "horario de mañana y un horario de tarde". Después examina la Instrucción en sus apartados 2 y 3, razonando la sentencia que "la Instrucción fija [...] el horario de apertura de los centros y no el horario del personal a su servicio. Este horario del centro se compadece plenamente con lo establecido en el art. 8 del Decreto 137/2003, que autoriza a fijarlo entre las 8 y las 21 horas". [...] Son los diferentes departamentos los que han ido optando por establecer excepciones u horarios específicos [...] en resoluciones distintas y no siempre coincidentes. Estas fijaciones individuales de horarios específicos podrán ser o no contrarias a las determinaciones del Decreto 137/2003, pero no son objeto de impugnación en los presentes autos, sino la instrucción en que se amparan".

La representación de la parte apelante Confederación Estatal de Sindicatos de Médicos de la Comunitat Valenciana CESM-CV invoca el art. 24.1 de la CE denunciando falta de motivación en la sentencia. Dice que al amparo de la Instrucción se han establecido nuevos horarios de trabajo para los facultativos destinados en los centros de atención primaria. Así, con base a la Instrucción, en los departamentos de "La Fe" y de "Doctor Peset" se fijan los horarios de los médicos de atención primaria. No cabe duda de que el recurso se presentaba igualmente contra las resoluciones de los Gerentes de los departamentos. Del Decreto 137/2003, de 18 de julio, no se prevé la posibilidad de realizar inicios de jornada a las 10:00 horas o a las 10:30, nunca se establece un horario de mañana y de tarde. Lo contrario vulnera la negociación colectiva.

Enfrente, la representación de la Generalitat Valenciana opone que Instrucciones como la aquí impugnada son el medio adecuado para organizar la cobertura asistencial en los periodos vacacionales. En este caso, la Instrucción impugnada resulta adecuada a las previsiones de la norma básica y la normativa de desarrollo.

SEGUNDO.-La adecuada delimitación del objeto del presente recurso contencioso-administrativo resulta de los siguientes antecedentes:

1º) Con fecha de 14-6-2021 el Sindicato Médico de la Comunidad Valenciana presenta escrito que denuncia en los nuevos horarios "el cambio de las nuevas condiciones laborales y la obligación de hacer una jornada

deslizada (sic) entre el turno de mañana y el de tardes de 10:30 horas a 17:30 horas". Lo que es considerado ilegal por el Sindicato.

2º) El día 25-6-2021 el Sindicato interpone recurso de reposición o de alzada frente la Instrucción sobre cobertura asistencial estival para 2021. En escrito de impugnación se dice que con la Instrucción "se procede a modificar de modo impuesto la jornada de trabajo [...] en el ámbito de la atención primaria en distintos departamentos de Salud de la Comunidad Valenciana". Suplicándose que "se suspenda de inmediato la jornada que se pretende implementar" y se proceda a anular la Instrucción.

3º) En la Instrucción se prevé, para los centros de atención primaria con ubicación urbana e interior que disponen de punto de atención continuada, que desde el 1 de julio hasta el 15 de septiembre tengan un horario de 8 a 15 horas. Para los centros de atención primaria que no disponen de punto de atención continuada, el horario funcionamiento sería de 8 horas a 1, y, a partir de éstas, entraría en funcionamiento el punto de atención sanitaria urbana (PAS). En los metropolitanos que fueran centros de referencia (cabecera) el horario sería de 8 horas a 17:30. En cuanto a los centros de atención primaria de la franja costera, el horario "estará adaptado a la demanda histórica asistencial".

TERCERO.- Igualmente conviene recordar algunas previsiones-sin necesidad de reproducirlas aquí- del Decreto 137/2003, de 18 de julio, del Consell de la Generalitat, por el que regula la jornada y horario de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Generalitat dependientes de la Conselleria de Sanidad (DOGV núm. 4551).

Nos estamos refiriendo a las relativas a la "jornada de trabajo" (art. 2) del "personal de atención primaria, especializada y centro de transfusiones", y en concreto, al "turno diario" (2.3.1); al "horario de trabajo" (art. 7); o al "horario de trabajo" en los centros de salud pública" (art. 12).

Pues bien; poco más podemos añadir al análisis y a los razonamientos de la sentencia a quo; no se detectan vicios de ilegalidad achacables a la Instrucción que, para el periodo estival de 2021, reguló los horarios de apertura de los centros.

La parte apelante persiste en confundir o en fingir confundir los horarios de los centros de atención primaria con las jornadas diarias del personal médico.

Tema éste que lo disciplinan cada una de las direcciones de los centros de salud mediante actos o reglamentaciones que no han sido traídas ni impugnadas en el presente proceso. Cuando la parte apelante dice que "el recurso se presentaba igualmente contra las resoluciones de los Gerentes de los departamentos" no se ajusta a la verdad, por no decir otra cosa.

No es competencia de los órganos judiciales indicar a la Administración, preventivamente o a posteriori, cómo debe disponer los horarios del personal médico en cada centro de salud, sino, en su caso, revisar la legalidad de los actos administrativos que los disciplinen (arts. 103. 1 y 117.4 CE). Nuestro proceso judicial administrativo se configura legalmente como una revisión de la legalidad de los actos previamente dictados por la Administración.

El recurso de apelación se desestima.

CUARTO.- Con arreglo al art. 139.2 de la LJCA, procede imponer las costas del rollo a la parte apelante en la cuantía máxima de 800 euros por los honorarios del Letrado de la parte contraria por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de general aplicación

FALLAMOS

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Mé-

dicos de la Comunitat Valenciana CESM-CV.

2º.- Imponemos las costas a la parte apelante.

La presente sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo o, en su caso, ante esta Sala, que deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de 30 días, desde el siguiente al de su notificación, y en la forma que previene el vigente art. 89 de la LJCA. La preparación deberá seguir las indicaciones del acuerdo de 19-5-2016 del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el acuerdo de 20-4-2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo (BOE núm. 162, de 6-7-2016), sobre la extensión máxima y otras consideraciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los autos con el expediente administrativo al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente que ha sido para la resolución del presente rollo de apelación, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de la que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico. En Valencia, a 3 de octubre de 2023.

SOCIAL / RECARGO 30% PRESTACIÓN

Responsabilidad de Gerencia de Salud por falta de medidas de prevención frente a Covid 19

ADS. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCyL) confirma el criterio del Juzgado de lo Social de Ávila, que declara la responsabilidad empresarial de la Gerencia Regional de Salud de Ávila por falta de medidas de seguridad e higiene que motivo la baja por Covid 19 iniciada el 30 de marzo de 2020 por una enfermera de esta entidad.

Ello implica, según el 164 de la Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que el empresario y no la Seguridad Social, es quien debe hacerse cargo del recargo del 30 por ciento de prestaciones por baja con causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional.

La enfermera demandó a la Gerencia Regional de Salud, al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, entidades éstas que fueron absueltas en la instancia.

Se considera probado, que la demandante cumplía los criterios para ser considerada caso confirmado de COVID-19, que es personal que presta servicios en un centro sanitario, y que ha desempeñado sus tareas con pacientes COVID, con exposición a riesgos biológicos relacionados con el virus.

También se considera acreditada la **relación de causalidad** entre la baja por incapacidad temporal y la falta de medidas de seguridad:

"(...) aparece, así, como evidente: si la entidad empleadora hubiese evaluado los riesgos y planificado la actividad preventiva en función de las específicas circunstancias concurrentes (art. 6 del RD 39/1997) habría permitido un mayor acopio de medios de protección individual para un acontecimiento que, aun excepcional, era posible y, como hemos visto, estaba normativamente contemplado

como fenómeno relevante en materia de salud laboral, sin que conste su suficiencia al tiempo en que la actora fue diagnosticada de COVID-19".

Afectación derechos fundamentales

Se remite el TSJCyL a lo expresado por el Tribunal Supremo en sentencias de 17.2.2021, rec.129/2020, y 22.4.2021, rec. 94/2020: "A la Sala no le cabe ninguna duda de que una hipotética omisión de los elementales deberes de prevención (no evaluación de riesgos, no realización de la actividad preventiva o no entrega de equipos de protección individual) ante la existencia de un riesgo constatado de producción cierta o potencial de un daño para la salud derivado del COVID 19 podría afectar, en función de las circunstancias en las que se produjera, a los derechos que protege el **artículo 15 CE**".

El Supremo reconoce en aquellas sentencias que "resulta evidente que los profesionales sanitarios han estado especialmente expuestos, por razón de su actividad laboral, a sufrir las consecuencias de la infección por el mencionado virus. No cabe duda de que, en este excepcional caso de pandemia, el ejercicio de las diversas actividades sanitarias supone, por el estrecho contacto con los enfermos, un riesgo grave y concreto sobre su vida e integridad física que puede materializarse o incrementarse por el incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales, pudiendo existir, en atención a las extraordinarias circunstancias que derivan de la pandemia, una relación directa de causa a efecto entre el incumplimiento de obligaciones preventivas y el riesgo cierto y concreto de afectación a los derechos fundamentales a la integridad física o a la vida".

EL TSJCyL considera que se dieron incumplimientos preventivos relacionados con las obligaciones de evaluación de riesgos y planificación preventiva que resultaban necesarias para la aplicación efectiva de los protocolos sanitarios de protección frente al COVID, "lo que trajo como consecuencia la aplicación generalizada de medidas y procedimientos (como la reutilización del uso de equipos de protección individual mediante procedimientos de esterilización) al margen de la evaluación de riesgos y la planificación preventiva. La inacción desde un punto

de vista preventivo para adecuar las evaluaciones y planificaciones a la nueva situación trae como consecuencia no solo la imposibilidad de acreditar que la gente no disponía de los EPIS precisos y adecuados, sino que implica la falta del instrumento legal previsto para garantizar el uso adecuado de los equipos de protección individual, de acuerdo con las necesidades y medios disponibles en cada momento (...)"

En el caso presente queda acreditada la falta de medidas en relación con la exposición a los riesgos derivados de COVID-19, por lo que se cumple con el requisito normativamente previsto para la imposición del recargo de prestaciones.

En otro caso idéntico, el Juzgado de lo Social 1 de León confirmó el recargo del 30% de prestación impuesto por el INSS a la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León de El Bierzo por accidente laboral de una enfermera que contrajo Covid 19 en marzo de 2021 al carecer de medidas de protección laboral, tal y como publicamos en *ADS nº 302 Abril 2022*.

Otras referencias de interés en ADS

ADS nº 310 / Enero 2023. IT por contagio Covid de auxiliar de geriatría: es accidente de trabajo.

ADS nº 302 / 2022. Recargo del 30% de prestación de SS a enfermera que contrae Covid por falta de prevención.

ADS nº 295 / Sept. 2021. Covid 19 / Desestiman demanda contra Sacyl por no actualizar el plan de riesgos.

ADS nº 295 / Sept. 2021. Condena a Sacyl por falta de medidas de protección de riesgos frente a Covid 19.

ADS nº 285 / Oct. La pandemia no exime de cumplir con prevención de riesgos de sanitarios.

ADS nº 282 / Jun. 2020. Covid 19 / Obligación de la Administración de facilitar medidas de prevención.

ADS nº 230 / Oct. 2015. El nuevo Reglamento de Servicios de Prevención elimina barreras autonómicas.

ADS nº 184 / Jul. Ag. 2011. REAL DECRETO / Actividad sanitaria de los servicios de prevención (Pág. 583).

*STSJ, Social sección 1 del 28 de septiembre de 2023 (ROJ: STSJ CL 3582/2023 - ECLI:ES:TSJCL:2023:3582)
Id. CENDOJ: 09059340012023100656*

*Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social .
Sede: Burgos Sección: 1 Sentencia: 670/2023*

Recurso: 304/2023 Fecha de Resolución: 28/09/2023

Procedimiento: Recurso de suplicación

Ponente: CARLOS JOSE COSME MARTINEZ TORAL

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

SALA DE LO SOCIAL DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE CASTILLA Y LEÓN- BURGOS

SENTENCIA Nº : 670/2023

Señores:

Ilma. Sra. D^a. María José Renedo Juárez
Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral
Magistrado

Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Galán Parada
Magistrado

En la ciudad de Burgos, a veintiocho de Septiembre de dos mil veintitrés.

En el recurso de Suplicación número 304/2023 interpuesto por GERENCIA REGIONAL DE SALUD DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEON, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Avila, en autos número 398/2022 seguidos a instancia de DOÑA Rosa, contra la recurrente, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación sobre Seguridad Social. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Don Carlos Martínez Toral que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma.

Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 22 de Febrero de 2023 cuya parte dispositiva dice:

"FALLO.- Que estimo en parte la demanda formulada por D. Rosa, declarando la existencia de responsabilidad empresarial por parte de GERENCIA REGIONAL DE SALUD-GERENCIA DE ASISTENCIA SANITARIA DE ÁVILA, por falta de medidas de seguridad e higiene en la baja por COVID 19 iniciada el 30 de marzo de 2020 por la parte demandante absolviendo de dicha pretensión a la entidad codemandada INSS-TGSS; Debo absolver y

absuelto a los demandados del resto de los pedimientos ejercitados."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: PRIMERO. - D^a. Rosa DNI NUM000 con número de afiliación a la Seguridad Social NUM001 sufrió un accidente de trabajo el día 30/03/2020 cuando prestaba sus servicios para la empresa GERENCIA REGIONAL DE SALUD DE CASTILLA Y LEÓN, con la categoría profesional de Enfermera en el Complejo Hospitalario de Ávila (Hospital Nuestra Señora de Sonsoles) iniciando proceso de incapacidad temporal con ocasión de la baja médica diagnosticada de enfermedad por COVID2019, y de la que fue dada de alta el 04/05/2020(Hechos que no fueron controvertidos). SEGUNDO.- Con fecha 08/10/2020 presentó ante la Dirección Provincial del INSS escrito de iniciación de actuaciones para la imposición de recargo de prestaciones a la Gerencia de Asistencia Sanitaria por infracción de medidas de seguridad en el Trabajo, que dio lugar a la incoación del correspondiente expediente administrativo, y que resolvió en el sentido de denegar la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo solicitada no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo sufrido el día 20/03/2020 previo Dictamen Propuesta del EVI de fecha 10 de septiembre de 2021- Expediente Administrativo. Acontecimiento 30-33/57. TERCERO. - Formulada reclamación previa fue desestimada ratificando la resolución precedente y declarar que la baja médica sufrida por la trabajadora no da lugar a recargo alguno por la prestación de incapacidad temporal -Acontecimiento EA 36-44/57 CUARTO. - La parte demandante cumple los criterios para ser considerada caso confirmado de COVID-19 y tratarse de personal que presta servicios en un centro sanitario (Expediente Administrativo-folio 7- No controvertido.). Ha desempeñado sus tareas con pacientes COVID y por lo tanto ha estado expuesta a riesgos biológicos específicos de exposición COVID-Folio 10 Expediente Administrativo. - QUINTO. - Se da integralmente por reproducido el Informe emitido por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, incorporado en el Expediente Administrativo a los folios 13 a 28 y del que cabe destacar en el apartado conclusiones "De acuerdo con lo expuesto consideramos: Que por un lado se dieron incumplimientos preventivos relacionados con las obligaciones de evaluación de riesgos y planificación preventiva que resultaban necesarias para la aplicación efectiva de los protocolos sanitarios de protección frente al COVID, lo que trajo como consecuencia la aplicación generalizada de medidas y procedimientos (como la reutilización del uso

de equipos de protección individual mediante procedimientos de esterilización) al margen de la evaluación de riesgos y la planificación preventiva. La inacción desde un punto de vista preventivo para adecuar las evaluaciones y planificaciones a la nueva situación trae como consecuencia no solo la imposibilidad de acreditar que la gente no disponía de los EPIS precisos y adecuados, sino que su implica la falta del instrumento legal previsto para garantizar el uso adecuado de los equipos de protección individual, de acuerdo con las necesidades y medios disponibles en cada momento. Asimismo, constan las declaraciones de cada trabajador/a relatando las circunstancias personales en que le afectaron las deficiencias de medidas de prevención, y en contraste con esto consta la falta de documental sobre el detalle de los equipos de protección individual suministrados a cada trabajador o en individual hasta comienzos de abril. Consideramos como normativa afectada por los incumplimientos descritos los artículos 14 y 16 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre, en relación con los artículos 4 al 9 del RD 39/1997, de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, así como el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra la exposición de los agentes biológicos durante el trabajo, en particular artículos 4, 6, 7 y 9. En base a los hechos y consideraciones expuestos, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, incluyendo fecha de baja y exposición y características del puesto y centro de trabajo, se consideran que en el caso presente está acreditada la falta de medidas en relación con la exposición a los riesgos derivados de COVID-19, por lo que se cumple con el requisito normativamente previsto para la imposición del recargo de prestaciones. Todo ello sin perjuicio del superior criterio del INSS y de las pruebas y valoraciones que corresponda practicar al EVI en base al artículo 7 de la OM de 18 de enero de 1996 aplica y desarrolla el Real Decreto 1300/1995, de 21-7-1995 (RCL 1995/2446). SEXTO.- Se dan por reproducidos los documentos aportados por la entidad demandada GERENCIA REGIONAL DE SALUD DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, en particular, en materia de actuaciones y planes de prevención, Informes, actuaciones, recomendaciones, guías y protocolos. En cuanto a la Sentencia invocada dictada en autos de Procedimiento Ordinario nº 199/2020 de fecha 10 de julio de 2020 seguidos a instancia de CESM CASTILLA Y LEÓN "CESMICYL" frente a la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN CONSEJERÍA DE SANIDAD-GERENCIA DE ASISTENCIA SANITARIA DE ÁVILA- en solicitud de declaración de obligación de la demandada de cumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales, y que se ha producido un incumplimiento de las obligaciones legales

y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales. No consta que fuera parte del citado procedimiento la parte demandante, ni la entidad codemandada. SEPTIMO.- Por la Organización Sindical SATSE con fecha 1 de junio de 2020 se formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo que emitió informe en los términos que constan en el documento aportado junto con el escrito de demanda, que se da íntegramente por reproducido. OCTAVO.- No fue objeto de discusión el porcentaje del 30% interesado de recargo de la prestación. A los que son de aplicación los consecuentes.

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la Junta de Castilla y León siendo impugnado por D^a Rosa. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia que, estimando parcialmente la demanda, declara la existencia de responsabilidad empresarial de la GERENCIA REGIONAL DE SALUD-GERENCIA DE ASISTENCIA SANITARIA DE AVILA por falta de medidas de seguridad e higiene en la baja por COVID 19 iniciada por la actora el 6.4.2020, se alza la entidad condenada en suplicación, destinando su recurso, en exclusiva, a la censura jurídica.

SEGUNDO: El primer motivo se dirige a denunciar, al amparo del art. 193.c) de la LRJS, la infracción de los arts. 164.1 y 2 de la LGSS. Se opone la recurrente a la citada declaración de responsabilidad en base a diferentes argumentos que trataremos separadamente. 1. En el apartado A del motivo único se indica que la sentencia no menciona ni analiza el elemento subjetivo de la infracción que se atribuye a la demandada. No es así: lo hace claramente en el apartado 2.4 del fundamento de derecho 2º, entendiendo la juzgadora que la responsabilidad deriva de su condición empresarial, en virtud de la cual le incumbía velar de forma directa y activa por las condiciones de trabajo y proteger la seguridad y salud de sus trabajadores, habiendo ocurrido el accidente dentro de sus instalaciones y sin que las medidas adoptadas resultasen eficaces. 2. En segundo lugar, se afirma que estamos ante un caso de fuerza mayor que, conforme a los arts. 1105 CC y 15.4 LPRL, le exime de

responsabilidad. Se afirma que la irrupción inesperada del virus trajo consecuencias imposibles de prever, con una falta total y absoluta de información y una situación de precariedad en cuanto al material sanitario de protección.

Recordemos ahora lo que viene señalando la Sala en esta materia, que se ajusta, como no podía ser de otra forma, a la doctrina del TS. En concreto, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 25.9.13, establece: "el deber de seguridad que todo empresario ostenta para con sus trabajadores se configura en su aspecto "primario" en el art. 4.2.d) ET, que reconoce como derecho básico de todo trabajador en el desempeño de sus funciones "su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene", derecho posteriormente ratificado por el art. 19 del mismo Cuerpo Legal, que bajo la rúbrica de "Seguridad e Higiene", reitera el derecho del trabajador en la prestación de sus servicios " a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene". Tales previsiones se han visto específicamente materializadas tras la entrada en vigor de la Ley 31/95 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, la cual desarrolla el mandato constitucional contenido en el art. 40.2 CE de encomienda a los poderes públicos el velar por la seguridad e higiene en el trabajo y traspone al ordenamiento jurídico español de la Directiva Marco 89/391/CEE relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, teniendo por objeto según su exposición de motivos "la determinación del cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo", objeto que es posteriormente reiterado en el art. 5 de dicho Texto Legal. En materia preventiva, afirma la Sala Cuarta en Sentencia de 26 de mayo de 2009, Rcd. 2304/2008 que "Reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y

el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998). A juicio de la Sala Cuarta (STS de 8 de octubre de 2001 (R.4403/2000), "La vulneración de las normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre". Esta Ley, en su artículo 14.2, establece que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo ...". En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores". En Sentencia de 26 de mayo de 2009, Rcd. 2304/2008 el Alto Tribunal dispone que "como ha afirmado esta Sala en la sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los preceptos antes descritos: artículos 14.2, 15.4 y 17.1 L.P.R.L. "se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones." A este respecto, "la propia normativa laboral parte de la diferente posición del trabajador frente al empresario en esta materia , pues no es el trabajador quien debe organizar el trabajo y se atribuye en exclusiva al empresario la "dirección y control de la actividad laboral" (art. 20 ET), imponiendo a éste el cumplimiento del "deber de protección" mediante el que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo , -- e incluso, aunque concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, ello no le exime "del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona" (art. 14.2 y 4 LPRL)-- y, en suma, preceptuarse que "la efectividad de las medidas preventivas deberá

prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador" (art. 15.4 LPRL). Es el empresario el que tiene la posición de garante ("empresario garante") del cumplimiento de las normas de prevención (arts. 19.1 ET y 14LPRL). El trabajador tiene también sus obligaciones, pero más matizadas y menos enérgicas: debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET), pero "según sus posibilidades", como dice expresamente el art. 29.1 LPRL. Tiene que utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero el trabajador no tiene la obligación de aportar estos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada. Y respecto a la carga de la prueba y grado de diligencia exigible, en Sentencia de 30 de junio de 2010, Rcd. 4123/2008 concluye la Sala Cuarta: La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias. Sobre el primer aspecto [carga de la prueba] ha de destacarse la aplicación- analógica- del art. 1183 CC, del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos [secuelas derivadas de AT] y de los impositivos, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta]. Sobre el segundo aspecto [grado de diligencia exigible], la afirmación la hemos hecho porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL[«...deberá garantizarla seguridad ... en todo los aspectos relacionados con el trabajo ... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad»] y 15.4 LPRL [«La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador»], que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera-como veremos- la producción del accidente no necesariamente determine

la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención. Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar-se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL). Pero-como adelantamos antes el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4LPRL], pero en todos estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente". El RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a partir de la redacción dada por el RD Ley 15/2020 de 21 de abril que lo modifica, circunscribe en su art. 22.1 la fuerza mayor al ámbito de situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria a los supuestos que la norma expresamente contempla, tal y como señalan las SSTs de 25.1.2021, rec. 125/2020, y 24.6.2022, rec. 253/2021, y que se refieren, esencialmente, a suspensiones de contratos con causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración de estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, con las consecuencias que resultan del art. 47 ET. En este sentido, el Preámbulo del RD 15/2020 destaca que la fuerza mayor definida en el citado art. 22 "no está configurada por referencia a la construcción doctrinal y clásica de dicho concepto en nuestro ordenamiento civil". No es este el caso que aquí nos ocupa, por lo que abordamos la cuestión a partir de esta última elaboración, entendiendo la fuerza mayor como "un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que, a su vez, sea imprevisible" (STS de 22.9.2021, rec. 75/2021). El art. 1.105 CC contempla la fuerza mayor como causa de exención del cumplimiento de obligaciones, señalando, al respecto, la STS de 25.3.2003 que "el concepto de fuerza mayor recogido en nuestro Código civil no ha sido interpretado siempre de forma unánime por la jurisprudencia, mayoritariamente, sin embargo, se ha requerido por este Tribunal, en sus distintas Salas, un elemento de externalidad en la produc-

ción del suceso imprevisible o inevitable que origina causalmente el incumplimiento de la obligación. Salvada esta circunstancia, no puede decirse que dicho concepto, que responde a una de las categorías generales de la teoría del Derecho, sea sustancialmente distinto del que aplica el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con carácter general y, particularmente, en el ámbito de la organización común de mercados. Afirma que fuerza mayor no equivale a imposibilidad absoluta, sino que consiste en las circunstancias anormales, ajenas al operador y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada- requisitos cuya prueba incumbe al operador-, y que no cubre los riesgos comerciales normalmente asumidos por los operadores (entre las más recientes, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2002, Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KB/Hauptzollamt Hamburg- Jonas, C-210/2000, y sentencia 17 de octubre de 2002, Isabel Parras Medina, Adelina Parras Medina/Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, C208/2001)...No es menester que el suceso sea catastrófico o desacostumbrado, pues basta, como se ha dicho, con que se trate de un suceso ocasionado en circunstancias anormales externas o ajenas al operador -al margen de los riesgos comerciales normalmente asumidos por los empresarios- y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada". De acuerdo con esta configuración jurisprudencial, y tal y como señala la STS, Sala 1ª, de 28.12.1997, rec. 3062/1993, a los efectos del artículo 1105 del Código Civil, el hecho determinante de la fuerza mayor ha de ser del todo independiente de quien lo alegue, siendo necesario que el evento proceda exclusivamente de un acaecimiento impuesto y no previsto ni previsible, insuperable e inevitable por su ajenidad y sin intervención de culpa alguna el agente demandado. Esta ajenidad puede entenderse predicable del hecho mismo de la aparición de la pandemia, que, según señala la STS 8.10.2020, rec. 91/2020, ha determinado unas circunstancias absolutamente excepcionales, desconocidas desde hace muchas décadas, manifestadas a escala mundial y ajenas al funcionamiento del servicio público gestionado por la entidad demandada. Sin embargo, si, como acabamos de exponer, la exoneración de responsabilidad derivada de la fuerza mayor exige una absoluta inevitabilidad, no solo en el hecho mismo, sino también en sus consecuencias a pesar de la diligencia empleada, el foco del análisis se traslada a la actuación de la entidad emplea-

dora y a las medidas por ella adoptada para atenuar o eliminar, en lo posible, los efectos de la situación sanitaria creada. En este aspecto, en la medida en que, a través de ellas, la demandada pudo prever, impedir o mitigar parte de los daños generados adoptando las decisiones de seguridad e higiene en el trabajo exigibles en orden a la garantía y protección de la salud de sus empleados, las consecuencias de la pandemia, tal y como las conocemos, no aparecen como ineludibles e irremediables en su existencia misma o, al menos, en la intensidad con la que se desplegaron, y ello quiebra la conexión causal determinante de la fuerza mayor. Efectivamente, debemos recordar lo que el TS, Sala 4ª, expuso en su sentencia de 8.10.2020, antes citada: "no hay duda de que las Administraciones correspondientes debían proveer de medios de protección a los profesionales sanitarios y, en especial, el Ministerio de Sanidad a partir del 14 de marzo de 2020, ni de que estos profesionales tenían derecho a que se les dotara de ellos. Sin embargo, no se les facilitaron los necesarios y como consecuencia su integridad física y su salud sufrieron riesgos. En este punto, es preciso volver al extremo recordado más arriba: a la constatación efectuada por nuestros autos de 31 de marzo y 20 de abril de 2020. En el primero de ellos dijimos que: "La Sala conoce esas informaciones y acepta como hecho notorio que [los profesionales sanitarios] no disponen de todos los medios necesarios para hacer frente a la pandemia con la debida protección. Así resulta de las manifestaciones de profesionales afectados y de pacientes que transmiten los medios y de cuanto dicen las mismas autoridades que diariamente dan cuenta de sus gestiones para poner a disposición de quienes los necesitan los equipos de protección y, por tanto, admiten que aún no cuentan con todos los precisos". Y en el segundo manifestamos que: "(...) según dijimos en el auto de 31 de marzo de 2020, (...) es notorio que los profesionales sanitarios no han contado con todos los elementos de protección necesarios. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal vienen a reconocerlo a pesar de las medidas adoptadas que constan en los documentos presentados por el representante de la Administración. Esta circunstancia, hay que decirlo ya, impide acoger la pretensión principal de este último de que declaremos la pérdida sobrevenida del objeto de la pretensión cautelar de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos" Este hecho por nosotros ya reconocido y aceptado por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, significa que en el comienzo del impacto de la pandemia, el Ministerio de Sanidad, aunque también el conjunto de Administraciones Públicas con responsabilidades en lo que el artículo 44 de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316) , General de Sanidad, llama Sistema

Nacional de Salud, que integran "el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas", no fue capaz de dotar a los profesionales de la salud de los medios precisos para afrontar protegidos la enfermedad y que así corrieron el peligro de contagiarse y de sufrir la enfermedad, como efectivamente se contagiaron muchos y entre ellos hubo numerosos fallecimientos. Tal incapacidad no se corresponde con los fines perseguidos por el artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 pues no cuesta esfuerzo establecer que no hubo una distribución de medios técnicos acorde con las necesidades puestas de manifiesto por la gestión de la crisis sanitaria. Ciertamente que las circunstancias fueron críticas y que la dimensión mundial de la pandemia pudo dificultar y retrasar el abastecimiento y su mejor distribución. Sin embargo, lo relevante para nuestro enjuiciamiento es que los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario y, por tanto, la Sala así ha de reiterarlo ya que, insistimos, esa insuficiencia, no sólo la hemos apreciado ya sino que ha sido admitida por las partes y, además, no cuesta esfuerzo relacionarla con la elevada incidencia de la pandemia entre los profesionales sanitarios y, por tanto, en los derechos fundamentales de los que se vieron afectados".

Por tanto, tal y como ya señaló esta Sala en sentencia de 14.7.2021, rec. 313/2021, "la aparición de la epidemia en la provincia no fue un acontecimiento de fuerza mayor y, por ende, causa de imposible cumplimiento por la Administración empleadora de las medidas adecuadas de previsión de riesgo de su personal sanitario" . Y ello, por las siguientes razones: "1ª. La existencia de una normativa nacional que prevé la posible aparición de enfermedades infecciosas contagiosas y epidémicas: a. puesta especialmente de manifiesto en el R. Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre (RCL 1996, 235) , por el que se crea la Red nacional de vigilancia epidemiológica, RENAVE, (BOE 24/1/1996). Derogó el anterior RD 2050/1982, de 30 de julio (RCL 1982, 2242) , complementario del Reglamento de lucha contra las enfermedades infecciosas. En el Preámbulo de esta norma de 1995 se dice: "Resulta, por ello, necesaria la modificación del actual sistema de notificación de enfermedades, transformándolo en la Red nacional de vigilancia epidemiológica (RENAVE) que mantenga aquellas características cuya bondad es reconocida, tales como la universalidad, la correspondencia entre los niveles de integración y análisis de información con los de intervención. A ello hemos de añadir la necesidad de incorporar las enfermedades emergentes, las nuevas enfermedades susceptibles de control y las nuevas

tecnologías de telecomunicación, todo ello dirigido a la detección temprana de los problemas de salud de la población y a la intervención inmediata. Estas características permitirían la adecuación, a las exigencias de la Unión Europea, del actual sistema de vigilancia epidemiológica al garantizar la coordinación y el intercambio de la información epidemiológica en forma de diagnóstico clínico y microbiológico; la detección de situaciones epidémicas, incluso en enfermedades de baja incidencia; el uso de la información para la acción; el establecimiento de redes de médicos y laboratorios centinelas a partir de la red asistencial del Sistema Nacional de Salud y la aplicación de nuevas tecnologías de telecomunicación.

b. Este mismo R. Decreto 2210/95, se apoya y cita Leyes y Reglamentos precedentes: la Ley de Bases de Sanidad de 1944 (RCL 1944, 1611) ; el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas de 26-7-1945- modificado por RD 2050/1982-; y las más recientes LO 3/1986, de 14 de abril (RCL 1986, 1315) , de Medidas especiales en Materia de Salud Pública; Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316) , General de Sanidad; y el Reglamento Sanitario Internacional de 2005.

c. La Orden SSI/445/2015, de 9 de marzo (RCL 2015, 362) , (BOE del 17) que modifica los anexos de enfermedades de declaración obligatoria del RD. 2210/1995, de 28 de diciembre, prevé y ordena la "Declaración urgente con envío de datos epidemiológicos básicos", de enfermedades como la "Gripe humana por un nuevo subtipo de virus" o el SARS (Síndrome Respiratorio Agudo Grave). Esta Orden cita en su preámbulo como fundamentación: "El aumento de los viajes y el comercio internacional, así como la aparición de nuevas enfermedades y reaparición de enfermedades eliminadas o controladas que pueden suponer una emergencia de salud pública de importancia internacional".

d. La vigencia en España de normativa epidemiológica internacional. Entre otras:-El Reglamento Sanitario Internacional 2005, en vigor el 15 de junio de 2007, que obliga a los Estados a tener capacidad para detectar, evaluar y notificar eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública. Este Reglamento, en el anexo II, aporta unos criterios para decidir qué eventos deben ser notificados a la OMS.-La Decisión de Ejecución 2012/506/UE (LCEur 2012, 1378) de la Comisión, de 8 de agosto de 2012, que modifica la Decisión 2002/253/CE (LCEur 2002, 867) , por la que se establecen las definiciones de los casos para comunicar las enfermedades transmisibles a la red comunitaria, de conformidad con la Decisión 2119/98/CE (LCEur 1998, 3187) del Parlamento Europeo y del Consejo.-La Decisión 1082/2013/UE (LCEur 2013, 1604) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para

la salud, que se adapta a los cambios observados en el patrón epidemiológico de las enfermedades transmisibles a nivel internacional, tiene en cuenta los datos científicos más recientes, y facilita a la Comisión y a los Estados miembros el desarrollo de estrategias de intervención en el campo de la vigilancia y la respuesta a estas enfermedades. 2ª. La existencia de una estructura administrativa sanitaria como la de la citada RENAVE o el Centro nacional de Epidemiología, todo lo amplia y compleja, a nivel orgánico y de personal, que requiere su importancia para, entre otras competencias, el control de epidemias. Todo lo cual, en suma, lleva a la conclusión de que la aparición de cualquier enfermedad contagiosa epidémica es un acontecimiento previsible y previsto en la normativa y en la Administración Pública española, que en absoluto puede considerarse como caso fortuito de fuerza mayor respecto al cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos establecidas. Aplicando los términos de la jurisprudencia antes expuesta, el discutido incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos litigiosas no deriva de fuerza mayor, porque no se origina en un acontecimiento externo o ajeno al círculo de la administración sanitaria, absolutamente independiente y extraño a su conocimiento, que sea imprevisible o, siendo previsible, fuese inevitable. Puede ser inevitable-aunque fuera previsible- la epidemia, pero no el cumplimiento de las medidas preventivas del riesgo laboral que conlleva para el personal sanitario, que debe afrontar el tratamiento y cuidado de los afectados con una exposición muy superior al de los demás ciudadanos. Las normas existentes enunciadas y la organización sanitaria epidemiológica establecida, justifican esta afirmación: la extensión de una epidemia no es, jurídicamente, causa de fuerza mayor que impida el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos para el personal sanitario". Debe desestimarse, pues, el argumento jurídico expuesto en el recurso relativo a la existencia de fuerza mayor.

3. Por razonamientos ya expuestos, desestimaremos, igualmente, el correspondiente a la competencia exclusiva del Ministerio de Sanidad en relación con el abastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud. Como indica la STS de 8.10.2020 parcialmente transcrita, la dotación a los profesionales de los medios de protección adecuados, no solo correspondió al Ministerio de Sanidad, sino también a las Comunidades Autónomas como responsables del Sistema Nacional de Salud (art. 10 de la LPRL 31/1995). Eran, además, titulares de la relación laboral, y, en virtud de ello, les incumbía "garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo" y "cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos

laborales" (art. 14 de la LPRL). En igual sentido, la sentencia de esta Sala anteriormente citada señala: "Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma, está claro que luego del proceso de transferencias de la Sanidad realizado, la misma es plenamente competente para hacer frente a las acciones ejercitadas dentro de su ámbito". Y añade: "en base el Real Decreto-Ley 6/2020 de 10 de marzo (RCL 2020, 337) , por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública establece, en su Exposición de motivos: "En lo que respecta a los artículos cuarto y quinto de este real decreto-ley, en el actual escenario de contención y prevención del COVID-19 es urgente y necesario atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública y la actual indefinición de las bajas por aislamiento o contagio a efectos de las prestaciones económicas sociales, pues supone un perjuicio para los ciudadanos y un riesgo para la salud pública. Igualmente, se ha detectado que el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud constituye un riesgo para la salud pública, cabe señalar que existen razones sanitarias que justifican la urgente y extraordinaria necesidad previstas en el artículo 86.1 de nuestra Constitución , que fundamentan la modificación prevista del artículo cuarto de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril (RCL 1986, 1315) . (Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública) ". Medidas para la protección de la salud pública Artículo cuarto. Modificación de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública . Se modifica el artículo cuarto de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública , que queda redactado como sigue: «Artículo cuarto. Cuando un medicamento, un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá: a) Establecer el suministro centralizado por la Administración. b) Condicionar su prescripción a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes.» El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, dispone lo siguiente: Artículo 4. Autoridad competente. 1. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno. 2. Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno,

serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: a) La Ministra de Defensa. b) El Ministro del Interior. c) El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. d) El Ministro de Sanidad. Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los Ministros indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el Ministro de Sanidad. 3. Los Ministros designados como autoridades competentes delegadas en este real decreto quedan habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (RCL 1981, 1291) . Artículo 12. Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional. 1. Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. 2. Sin perjuicio de lo anterior, las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento

. El Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio. 3. En especial, se asegurará la plena disposición de las autoridades civiles responsables del ámbito de salud pública, y de los empleados que presten servicio en el mismo. 4. Estas medidas también garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria. 5. Las autoridades competentes delegadas ejercerán sus facultades a fin de asegurar que el personal y los centros y establecimiento sanitarios de carácter militar contribuyan a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional. 6. Asimismo, el Ministro de Sanidad podrá ejercer aquellas facultades que resulten necesarias a estos efectos respecto de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada. Artículo 13. Medidas para el aseguramiento del

suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública. El Ministro de Sanidad podrá: a) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública. b) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico. c) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria. De la anterior normativa se infiere que, sin perjuicio de las competencias adquiridas por el Ministerio de Sanidad derivadas de la excepcional situación del estado de alarma, durante el mismo los organismos autonómicos conservan competencias en materia de gestión de sus servicios sanitarios y, desde luego, su condición de empleadores en relación con el personal al que afecta la presente medida cautelar". 4. Sobre la existencia de diligencia debida, recordemos que el mismo art. 14 de la LPRL, en su apartado 2 señala que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley". El art. 15.1 dispone que el empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo, entre otros, a los siguientes principios generales: a) Evitar los riesgos. b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar. g) Planificar la prevención. i) Dar las debidas instrucciones a los trabajadores. Según el art. 16, "la prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implanta-

ción y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales ... El empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos ... La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido. Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas". Por último, el art. 17.1 establece que "el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos". En consonancia con lo expuesto, los arts. 4 a 9 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, desarrollan las obligaciones empresariales en materia de evaluación de riesgos laborales y planificación de la actividad preventiva. Específicamente, en el ámbito de los riesgos por agentes biológicos, el art. 4 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, dispone que "identificados uno o más riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, se procederá, para aquellos que no hayan podido evitarse, a evaluar los mismos determinando la naturaleza, el grado y duración de la exposición de los trabajadores". Según el art. 6, cuando no resulte factible evitar la exposición, se reducirá el riesgo al nivel más bajo posible para garantizar adecuadamente la seguridad y la salud de los trabajadores afectados, en particular por medio de las siguientes medidas: ... c) Adopción de medidas seguras para la recepción, manipulación y transporte de los agentes biológicos dentro del lugar de trabajo. d) Adopción de medidas de protección colectiva o, en su defecto, de protección individual, cuando la exposición no pueda evitarse por otros medios. e) Utilización de medios seguros para la recogida, almacenamiento y evacuación de residuos por los trabajadores, incluido el uso de recipientes seguros e identificables, previo tratamiento adecuado si fuese necesario. Conforme al art. 7.1 el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para "b) proveer a los trabajadores de prendas de protección apropiadas o de otro tipo de prendas espe-

ciales adecuadas. d) Disponer de un lugar determinado para el almacenamiento adecuado de los equipos de protección y verificar que se limpian y se comprueba su buen funcionamiento, si fuera posible con anterioridad y, en todo caso, después de cada utilización, reparando o sustituyendo los equipos defectuosos antes de un nuevo uso". Finalmente, el art. 9 obliga al empresario a disponer de la documentación sobre los resultados de la evaluación, así como los criterios y procedimientos de evaluación y los métodos de medición, análisis o ensayo utilizados, y una lista de los trabajadores expuestos en la empresa a agentes biológicos de los grupos 3 y 4. A partir de este marco normativo, lo cierto es que, tal y como se recoge en el hecho probado 5º, y así lo da por acreditado la juzgadora de instancia, la entidad demandada incurrió en incumplimientos en materia de evaluación de riesgos y planificación preventiva que desembocaron en una decisiva insuficiencia de medios de protección determinantes de una exposición inaceptable a agentes biológicos de los profesionales sanitarios en general y de la actora en particular. Como refleja el informe de la Inspección de Trabajo, la situación de pandemia no exceptúa la aplicación de las normas preventivas y los propios protocolos del Ministerio de Sanidad se remiten a aquellos instrumentos para definir los equipos de protección a utilizar. Una adecuada actuación en este sentido hubiese habilitado una mayor precisión a la hora de prever y definir las medidas adecuadas para evitar o reducir en lo posible el daño producido, permitiendo, entre ellas, valorar las necesidades de suministro de equipos de protección individual y dar con ello cumplimiento al art. 8 del RD 39/1997 ("Cuando el resultado de la evaluación pusiera de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario planificará la actividad preventiva que proceda con objeto de eliminar o controlar y reducir dichos riesgos, conforme a un orden de prioridades en función de su magnitud y número de trabajadores expuestos a los mismos"). Destacaremos, en este punto, lo ya dicho por el TS en sus sentencias de 17.2.2021, rec.129/2020, y 22.4.2021, rec. 94/2020: "A la Sala no le cabe ninguna duda de que una hipotética omisión de los elementales deberes de prevención (no evaluación de riesgos, no realización de la actividad preventiva o no entrega de equipos de protección individual) ante la existencia de un riesgo constatado de producción cierta o potencial de un daño para la salud derivado del COVID 19 podría afectar, en función de las circunstancias en las que se produjera, a los derechos que protege el artículo 15 CE. En este sentido, resulta evidente que los profesionales sanitarios han estado especialmente expuestos, por razón de su actividad laboral, a sufrir las consecuencias de la infección por el mencionado virus. No cabe duda

de que, en este excepcional caso de pandemia, el ejercicio de las diversas actividades sanitarias supone, por el estrecho contacto con los enfermos, un riesgo grave y concreto sobre su vida e integridad física que puede materializarse o incrementarse por el incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales, pudiendo existir, en atención a las extraordinarias circunstancias que derivan de la pandemia, una relación directa de causa a efecto entre el incumplimiento de obligaciones preventivas y el riesgo cierto y concreto de afectación a los derechos fundamentales a la integridad física o a la vida". 5. La relación de causalidad entre la baja por incapacidad temporal de la demandante y la falta de medidas de seguridad aparece, así, como evidente: si la entidad empleadora hubiese evaluado los riesgos y planificado la actividad preventiva en función de las específicas circunstancias concurrentes (art. 6 del RD 39/1997) habría permitido un mayor acopio de medios de protección individual para un acontecimiento que, aun excepcional, era posible y, como hemos visto, estaba normativamente contemplado como fenómeno relevante en materia de salud laboral, sin que conste su suficiencia al tiempo en que la actora fue diagnosticada de COVID-19.

TERCERO: En la esfera jurídica se denuncia, finalmente, la infracción del art. 236 de la Ley 23/2015, de 21 de julio y jurisprudencia que la interpreta, en relación con los arts. 164.1 y 2 de la LGSS. Señala la recurrente que la sentencia de instancia se basa únicamente en una valoración realizada por la Inspección de Trabajo, carente de la presunción *iuris tantum* que es atribuida a las actas de dicho organismo. Ciertamente, la presunción de veracidad "*iuris tantum*" de que gozan actas de la Inspección se contrae a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el funcionario o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta (sentencias del TS de 7.10.97 y 15.6.98 entre otras), no reconociéndose presunción de certeza a las apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas del funcionario actuante (sentencias del TS de 26.1.96 y 4.2.97, entre otras). En este caso, la juzgadora da íntegramente por reproducido la totalidad del informe y, con ello, introduce en el relato fáctico los hechos que en él se contemplan a través de la información aportada por la trabajadora y por la entidad empleadora. El hecho de que tal documento incluya la valoración del funcionario actuante o que la magistrada a quo comparta las apreciaciones jurídicas realizadas por el mismo no implica que la sentencia las incorpore al relato fáctico o se apoye en ellas para construir los hechos probados. Al contrario, el ordinal 5º da

por reproducido el informe en su integridad, el punto 2.1 del fundamento de derecho 2º alude a la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo únicamente respecto de los "hechos y circunstancias constatados por el inspector actuante" y el punto 2.4 del mismo fundamento argumenta jurídicamente "en atención a las comprobaciones fácticas llevadas a cabo según el acta de infracción", por lo que no hay duda de que la vinculación de la resolución es con el ámbito fáctico, y no jurídico, del informe.

CUARTO: De conformidad con el artículo 235 de la LRJS, la desestimación del recurso, al haber actuado la demandada en su condición de empleadora, conlleva el abono de los honorarios del letrado de la impugnante en un importe de 650 € más IVA.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

F A L L A M O S

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por GERENCIA REGIONAL DE SALUD DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEON, frente a la sentencia de 22 de febrero de 2023 dictada por el Juzgado de lo Social de Avila, en autos número 398/2022 seguidos a instancia de DOÑA Rosa, contra la recurrente, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación sobre Seguridad Social, y, en consecuencia, confirmamos la citada resolución. Con imposición recurrente costas causadas, con inclusión minuta honorarios letrado impugnante que la Sala fija en 650 euros más IVA.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la Entidad Bancaria Santander, cuenta nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en cualquiera de sus sucursales, incluyendo en el concepto los dígitos 1062.0000.65.0304.23

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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

Requisitos para estudios observacionales en el sistema sanitario de Galicia

ADS. El Diario Oficial de Galicia del 2 de octubre publica el *DECRETO 131/2023, de 14 de septiembre, por el que se establecen los requisitos adicionales para la realización de estudios observacionales con medicamentos de uso humano de seguimiento prospectivo en el Sistema público de salud de Galicia.*

El objeto de este decreto es el establecimiento de requisitos adicionales para la realización de los estudios observacionales con medicamentos de uso humano de seguimiento prospectivo (en adelante, EOm-SP) en los centros del Sistema público de salud de Galicia; el procedimiento de autorización de los EOm-SP, el procedimiento de modificación sustancial de los protocolos de los EOm-SP autorizados, y la inspección, suspensión y revocación de autorizaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real decreto 957/2020, de 3 de noviembre, por el que se regulan los estudios observacionales con medicamentos de uso humano.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este decreto los EOm-SP en los que la persona promotora sea una Administración pública o en los que quede acreditado que se trata de una investigación clínica sin ánimo comercial.

Además de los requisitos previos establecidos en el artículo 4 del Real decreto 957/2020, de 3 de noviembre, los EOm-SP en los centros del Sistema público de salud de Galicia deberán contar, antes de su inicio, con la autorización del órgano administrativo competente en materia de farmacia, con la finalidad de determinar su factibilidad y pertinencia.

Para ser autorizados, los estudios deberán cumplir con los criterios de factibilidad y pertinencia establecidos en este decreto.

Sentencias obligan a modificar norma de atención farmacéutica en centros sociales de Aragón

ADS. El Boletín Oficial de Aragón del 6 de octubre publica el *Decreto 246/2023, de 27 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 92/2019, de 27 de junio, por el que se regula la atención farmacéutica en los centros sociales de Aragón y se establece el modelo de gestión de la prestación farmacéutica para los usuarios con derecho a la misma.*

Los recursos contencioso-administrativos que se promovieron contra el Decreto 92/2019 han obligado a modificar esta norma, ya que las sentencias dictadas anularon los artículos 3.2, 4.1 y 4.3 al considerarlos no conformes a lo previsto en el *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, desestimando el resto de las pretensiones de los demandantes y confirmando el resto de artículos de la norma.

El presente Decreto viene, por lo tanto, a modificar los preceptos anulados para garantizar el principio de seguridad jurídica. La modificación ajusta los preceptos anulados a la legislación estatal y autonómica aplicable en esta materia y limita el ámbito de aplicación de la norma estrictamente a los centros sociales. El artículo 3.2 fue anulado por omisión del requisito de las residencias de salud mental de contar con más de cien camas para su vinculación a un servicio de farmacia hospitalaria de la red pública de hospitales. Y el 4.1, por extender la obligación de disponer de servicio de farmacia propio a centros sociales que tengan cien o más camas, sin mencionar que dicho número de camas ha de ser en régimen de asistidos para que surja tal obligación.

De igual manera, se articula la autorización de instalación y la de funcionamiento, y se incorpora el régimen general de silencio positivo.

Nuevos requisitos para la atención de enfermería en centros de mayores de Galicia

ADS. las habitaciones para la atención de residentes que, por su grado de dependencia o dependencia sobrevenida, requieran **atención o cuidados personales de enfermería**, deberán contar con una capacidad mínima de un 3 % del total de las plazas, que deberán ser reservadas para el posible cuidado diurno o nocturno de estas personas en Galicia.

Así lo dispone la *Orden de 10 de octubre de 2023 por la que se modifica la Orden de 18 de abril de 1996, por la que se desarrolla el Decreto 243/1995, de 28 de julio, en lo relativo a la regulación de las condiciones y requisitos específicos que deben cumplir los centros de atención a personas mayores*, publicada en el DOG del 18 de octubre.

La norma exige para las *viviendas colaborativas* el mismo requisito específico referido a la zona de enfermería de atención geriátrica y enfermería del área de atención especializada de las residencias para personas mayores, lo que determina abordar la modificación de la Orden de 18 de abril de 1996. Con este objetivo, se revisan y establece en estas viviendas el mismo porcentaje de **camas de enfermería** que en las residencias para personas mayores, si bien con las exigencias para las habitaciones del área residencial.

También se dispone que las habitaciones podrán ser utilizadas para otras finalidades, como habitaciones para personas invitadas, si no son precisas para la atención y cuidados personales de enfermería de las personas residentes, pero nunca ser ocupadas por nuevas personas residentes de modo permanente. La Orden del 18 de abril de 1996 reguló las condiciones materiales y arquitectónicas de la zona de enfermería de atención geriátrica y enfermería del área de atención especializada de las residencias para mayores, estableciendo el porcentaje de camas de enfermería.

Monografía / Covid 19 a través de Actualidad del Derecho Sanitario

Redacción. ADS ha venido informando regularmente sobre la evolución de Covid-19 en España y en otros países, y sobre la relevancia de esta infección para la salud pública y la de los trabajadores sanitarios, así como de su impacto en la deontología profesional y en el Derecho Sanitario.

En la Monografía *Covid 19 a través de Actualidad del Derecho Sanitario (ADS)* recopila noticias, síntesis de normas y sentencias, y artículos de revisión que el Consejo Editorial iba solicitando a expertos en Derecho Sanitario, Medicina Legal y Salud Pública, conforme iba evolucionando la pandemia.

Los artículos que se compilan en esta monografía fueron publicados en distintos números en ADS entre febrero de 2020 y junio de 2023. El Blog de ADS (www.revistaderechosanitario.com) ha servido de complemento para informar puntualmente de normas internacionales y nacionales en el momento en que se iban adoptando, así como de sentencias y otros documentos de interés.

El Consejo Editorial de ADS ha considerado necesario recopilar los artículos publicados durante este tiempo en un solo volumen. Y ello por una razón fundamental, y es que, aunque la pandemia Covid 19 ha quedado sanitariamente controlada, nada garantiza que no se puedan producir, en España, o en cualquier país del mundo, antes o después, nuevos brotes epidémicos, tan graves como el protagonizado por Covid 19.

Por ello es muy importante que los hechos y datos estén agrupados de una forma fácilmente accesible, para estar sanitariamente preparados y, también, para valorar la adecuación y eficiencia de las medidas sanitarias, normativas o no, y las posibles res-

ponsabilidades por acción, omisión, negligencia o impropiedad de actuaciones sanitarias, en el caso Covid-19, u otras situaciones semejantes.

Esa es la razón de ser de este volumen de compilación de artículos, noticias y síntesis de normas y algunas sentencias de interés, publicados en ADS en relación con Covid 19 desde los inicios de la pandemia.

Datos de la Monografía

TÍTULO: Covid-19 a través de Actualidad del Derecho Sanitario (ADS).

FORMATO: Monografía, Ebook.
Primera edición: Madrid, 2023.
Páginas: 526.

DÓNDE ADQUIRIRLA: www.revistaderechosanitario.com

CONTENIDOS: recopilación de artículos de experto, noticias, síntesis de normas y jurisprudencia, y de sentencias clave a texto íntegro para entender actuaciones de salud pública que se adoptaron durante la pandemia por Covid-19 en España, y su repercusión jurídica, deontológica y médico legal en los derechos y deberes de salud de los ciudadanos y de los profesionales de la sanidad, y en el ejercicio de derechos fundamentales.

Periodo de recopilación: ADS feb. 2020 – ADS abril 2023.

AUTORES: profesores de Medicina Preventiva y Salud Pública, de Medicina Legal, de Derecho del Trabajo, médicos y abogados, y profesionales de medios de comunicación de reconocida trayectoria en el sector sanitario:

César Nombela Cano, María Castellano Arroyo, José María Martín Moreno, Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz, María Isabel Porras Gallo, Antonio Piga Rivero, Iñaki Mekinas Sánchez, Emilio Lizarraga Bonelli, Carlos Valerio Monge, Abelardo Moreno Jiménez, María Teresa Alfonso Galán, Francisco Almodóvar Navalón, Yanetzy Abraham González, Guillermo Torrado Durán, Isabel Aguilar Dorta, Juan Méjica García, José Eduardo López Ahumada, Ana Rivas Fernández, Carlos Rojas Marcos Asensi, Iñigo Barreda Cabanillas.

DIRECCIÓN EDITORIAL: Iñigo Barreda Cabanillas, Director de ADS.

DIRECCIÓN CIENTÍFICA: Antonio Piga Rivero, Presidente del Consejo Editorial de ADS.

EDITORES: Instituto de Fomento Sanitario, Actualidad del Derecho Sanitario, Iñigo Barreda Cabanillas.

OMS / Orientaciones para mejorar normas y prácticas en la atención a salud mental

Redacción. La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) han editado conjuntamente una nueva publicación titulada *Salud mental, derechos humanos y legislación: orientaciones y prácticas* (en inglés), con la que pretenden ayudar a los países a reformar su legislación para poner fin a las violaciones de los derechos humanos y mejorar el acceso a una atención de salud mental de calidad.

Desde la adopción en 2006 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, muchos países han intentado reformar sus leyes, sus políticas y sus servicios, pero muy pocos han adoptado o enmendado las leyes y políticas pertinentes en la medida necesaria para poner fin a los abusos y promover los derechos humanos en la atención a la salud mental.

Las violaciones de los derechos humanos y las prácticas coercitivas en la atención de salud mental, que se sustentan en la legislación y las políticas vigentes, siguen siendo demasiado frecuentes, según la OMS. En todo el mundo, muchos servicios de salud mental continúan recurriendo a la hospitalización y el tratamiento sin consentimiento, a condiciones de vida insalubres, a la violencia física y al maltrato psicológico.

El Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director General de la OMS señala que «la salud mental es un componente integral y esencial del derecho a la salud. Estas nuevas orientaciones ayudarán a los países a introducir cambios necesarios para prestar una atención de salud mental de calidad que ayude a la persona a curarse y que respete su dignidad, capacitando a las personas con trastornos mentales y

discapacidades psicosociales para que lleven una vida plena y saludable en su entorno social».

Por su parte, Volker Turk, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha expresado: «Debemos tratar de transformar los servicios de salud mental, no solo en cuanto a su alcance, sino también en cuanto a los valores que los inspiran, para que satisfagan verdaderamente las necesidades de las personas y las traten con dignidad. Esta publicación ofrece orientaciones sobre un enfoque basado en los derechos que puede ayudar a introducir los cambios necesarios en los sistemas de atención a la salud mental».

Es fundamental poner fin a las prácticas coercitivas en la atención de salud mental, como el internamiento sin consentimiento, el tratamiento forzoso, la reclusión y la contención, para respetar el derecho de todas las personas a decidir la atención que van a recibir y a tomar sus propias decisiones sobre su tratamiento.

Asimismo, cada vez hay más pruebas de que las prácticas coercitivas repercuten negativamente en la salud física y mental de la persona, pues a menudo empeoran su estado de salud y la privan de sus sistemas de apoyo.

Las orientaciones proponen una legislación que ponga fin a la coacción en los servicios de salud mental y consagre el consentimiento libre e informado como base de todas las intervenciones. Además, en ellas se aconseja cómo tratar los casos más complejos y difíciles mediante legislación y políticas, sin tener que recurrir a prácticas coercitivas.

También se proponen medidas para impulsar la desinstitucionalización e incorporar un enfoque comunitario basado en derechos, que incluya una legislación que sustituya progresivamente instituciones psiquiátricas por sistemas de apoyo comunitario y servicios integradores, por ejemplo, mediante subsidios, ayudas a la vivienda y redes de apoyo entre iguales.

Según este documento, se ha demostrado que los servicios de atención comunitaria a la salud mental son más accesibles, rentables y eficaces que los que priman la atención en establecimientos de salud.

'La (in)suficiencia del baremo de tráfico en la valoración del daño dental'

El propósito del autor en este trabajo consiste en realizar una propuesta de mejora del actual «baremo de tráfico», introducido como Anexo IV por la Ley 35/2015 y concretamente su adaptación hacia una valoración más precisa del tratamiento que dicho baremo otorga a los daños en el sistema osteoarticular y boca (códigos 02042 al 02058 de dicho baremo) y su adaptación a los producidos como consecuencia del ejercicio de la Odontología. *La (in)suficiencia del baremo de tráfico en la valoración del daño dental* Autores: Luis Corpas Pastor. *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, Nº. 18, 2023, págs. 856-885.

Gestión de riesgos clínicos desde el Derecho

El artículo parte del análisis de la gestión de riesgos clínicos como herramienta para proteger la salud a la luz de principios constitucionales y supranacionales y cómo ésta puede ser útil para lograr una mayor calidad de los servicios prestados por el sistema de salud. La gestión de riesgos clínicos se examina en el panorama estadounidense, europeo e italiano a la luz de la *ley Gelli-Bianco*. Se resaltarán tanto los aspectos positivos como los aspectos críticos que la citada ley ha creado en el tema de Gestión de Riesgos Clínicos y la seguridad de la atención. Son objeto de investigación específica los instrumentos conciliatorios para evitar el litigio tales como la mediación. El trabajo tiene como objetivo encontrar, a través de la gestión funcional de riesgos, la comunicación y la auditoría clínica, soluciones que promuevan un enfoque multidisciplinar y sostenible para prevenir el surgimiento de conflictos en salud. *Il clinical risk management nelle aziende sanitarie quale "chiave di volta" per giungere ad una maggiore efficienza nella qualità dei servizi del sistema sanitario nazionale*. Autores: Serena Cancellieri. *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, nº 18, 2023, págs. 2008-2037. Idioma: italiano.

La regulación de la telemedicina en Brasil en el contexto de la pandemia

Las autoras de este trabajo *exponen* la regulación del ejercicio de la telemedicina, especialmente desde el contexto creado en la pandemia COVID-19, así como los mecanismos legales y las directrices dadas por el Consejo Federal de Medicina (CFM) para la adopción de la práctica. Como consecuencia, surgen varias preguntas sobre la situación laboral

de los profesionales sanitarios que utilizan la telemedicina como mecanismo de trabajo. El artículo, por tanto, explica la importancia de adoptar la telemedicina, así como los problemas derivados de su uso. *A regulação jurídica brasileira do exercício da telemedicina no contexto da pandemia do COVID-19*. Autores: Beatriz Sena Figueirêdo, Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira. *Revista de Bioética y Derecho, publicación del Máster en bioética y derecho, ISSN-e 1886-5887, Nº. 57, 2023, págs. 101-114. Idioma: portugués.*

Consejo de Ministros

24 de octubre de 2023

El Consejo de Ministros del 24 de octubre aprobó el *Real Decreto por el que se establece el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 11/2021 de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, para dotarla de mayor eficacia, eficiencia y seguridad en todos los procedimientos que contempla. Regula los equipos de recogida de muestras para hacerlos más ágiles, más eficaces y más eficientes. También regula con mayor detalle la habilitación de las personas que conforman esos equipos. En este sentido, contempla que la CELAD y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán suscribir convenios que permitan el desarrollo de sistemas de reconocimiento mutuo de habilitaciones de agentes de control de dopaje. Además, incluye disposiciones relativas al Pasaporte Biológico que complementan su regulación como método de prueba válido ante la comisión de infracciones de la normativa antidopaje. Por último, el texto normativo regula la puesta en marcha de programas de educación y concienciación social para prevenir conductas prohibidas en el deporte.

10 de octubre de 2023

El Consejo de Ministros aprueba el acuerdo que fija los límites para adquirir compromisos de gasto con cargo a ejercicios futuros, según el apartado 3 del artículo 41 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración

Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, para posibilitar al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, durante 2023, la tramitación anticipada de la contratación del desarrollo de **nuevos servicios digitales: cuadro de mando, canal del ciudadano e historia de salud digital/vigilancia epidemiológica** (1.970.001,79 euros, componente 11, inversión 3).

3 de octubre de 2023

El Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto que unifica los coadyuvantes tecnológicos autorizados en los procesos de elaboración y obtención de alimentos. Los coadyuvantes tecnológicos son sustancias cuyo empleo es fundamental para la elaboración y obtención de alimentos, aunque su efecto, a diferencia de los aditivos, enzimas y aromas alimentarios, no repercuten ni están presentes en el producto final.

Su característica principal es que se utilizan con un fin tecnológico durante la producción de los alimentos. Es el caso, por ejemplo, del hidróxido sódico que se utiliza para aderezar algunas preparaciones de la aceituna de mesa y que, una vez cumplida su función en el proceso (quitar el amargor del fruto), se elimina con un lavado y no tiene efectos en el producto final que llega a los consumidores.

Con este real decreto, se agrupa en una sola norma los coadyuvantes tecnológicos que se encuentran autorizados actualmente y que, hasta la fecha, estaban disgregados en 20 normas distintas de carácter sectorial que necesitaban actualizarse para adaptarlas a la realidad de los procesos de elaboración de alimentos.

La norma también incorpora nuevas sustancias autorizadas y regula el procedimiento que se aplicará en el futuro para modificar el listado de las existentes, de forma que se garantiza la protección de la salud de las personas consumidoras. Además, al no existir en la Unión Europea una regulación armonizada de los coadyuvantes tecnológicos, se han unificado las disposiciones relativas a las especificaciones y etiquetado de estas sustancias con el fin de garantizar su seguridad, correcta identificación y empleo.

Breves

El Gobierno de Canadá quiere aplicar la ley de eutanasia a drogadictos

El proyecto del Gobierno de Canadá sobre la ley de eutanasia ha creado una gran controversia ética y jurídica. El Gobierno de Justin Trudeau pretende ampliar la ley y permitir a las personas con adicción a las drogas solicitar la muerte asistida. La inclusión en la llamada ley de asistencia *médica* al morir (MAID) está prevista para marzo de 2024. En el mismo periodo, se espera que la legislación incluya a las personas que padecen enfermedades mentales, incorporación que ya se había anunciado este año, pero acabó posponiéndose. La media de edad de las personas que se inyectan drogas es de 28 a 35 años, pero en varios sitios una gran parte de ellas son menores de 20 años. *Pilar Díez. Libertad Digital, 29.10.2023.*

Reducción del uso de pesticidas químicos

El 3 de octubre, el Pleno del Parlamento Europeo adoptó por 614 votos a favor, 2 en contra y 4 abstenciones una directiva, ya acordada con los Estados miembros, que reducirá el límite de exposición profesional al amianto y pide el uso de tecnologías más modernas y precisas para detectar la presencia de fibras finas de amianto. La norma tiene como objetivo reducir la exposición a las fibras de amianto al nivel más bajo posible. El límite de exposición ocupacional (OEL) será diez veces menor al disminuir el valor límite de 0,1 a 0,01 fibras de amianto por centímetro cúbico (cm³), sin período de transición.

Después de un período de transición máximo de seis años, los Estados miembros tendrán que cambiar a una tecnología más moderna y sensible que pueda detectar fibras, concretamente la microscopía electrónica.

Encuentro Relyens - COMB

A mediados de octubre tuvo lugar el tercer desayuno de trabajo entre *Relyens* y el *Colegio Oficial de Médicos de Barcelona* (COMB) para abordar la pérdida de oportunidad y los factores correctores en la valoración del daño corporal. Noemi Luis Navarro, *Claims manager* de *Relyens* en España, introdujo

este encuentro profesional, y el Dr. Josep Arimany-Manso, médico especialista en Dermatología y Medicina Legal y director del Área de Praxis de COMB, actuó como moderador. En el acto participaron como ponentes Roberto Valls de Gispert, letrado especialista en Derecho sanitario y socio principal del despacho Roberto Valls Abogados, y la Doctora Arcusa Angels, presidenta del Comité Científico de *Oncoliga*, miembro del Comité de Ética Asistencial del Consorcio Sanitario de Tarrasa y jefe de servicio del Departamento de Oncología Médica de esta institución sanitaria.

Valls disertó sobre la aplicación práctica en los Tribunales de Justicia de la pérdida de oportunidad y el consentimiento informado. Arcusa Angels habló sobre el incremento de casos de cáncer en España y también de la supervivencia por los nuevos tratamientos, y destacó la importancia de la historia clínica como documento que refleja las decisiones y actuaciones médicas que permite fundamentar los informes periciales en el caso de una futura reclamación.

Responsabilidad patrimonial y COVID-19

La Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP) convoca para el 15 de noviembre, en el marco del ciclo de conferencias *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la Administración pública*, de su organización y de su funcionamiento, el webinar *Responsabilidad patrimonial y COVID-19*. Esta actividad está dirigida al personal empleado público, en situación de servicio activo o asimilada, de la Administración autonómica gallega, de sus entidades públicas instrumentales y de la Administración institucional; de la Administración local, de la Administración de justicia y de las universidades del Sistema universitario de Galicia.

La Universidad de Barcelona abandona el lenguaje de 'género' en normas y reglamentos

La Universidad de Barcelona ha decidido abandonar el lenguaje de género en sus normas, reglamentos e instrucciones en la búsqueda de la eficacia normativa y la seguridad jurídica. Esta institución considera que el masculino genérico es neutro y se utiliza habitualmente para evitar ambigüedades, imprecisiones o redactados de difícil interpretación, salvo que existe la necesidad de distinguir de forma explícita entre mujeres y hombres en la norma.

UNIÓN EUROPEA

Unión Europea (DOUE 2450 de 30/10/2023)
Reglamento Delegado (UE) 2023/2450 de la Comisión, de 25 de julio, por el que se completa la Directiva (UE) 2022/2557 del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo una **lista de servicios esenciales**.

Unión Europea (DOUE 2447 de 30/10/2023)
Decisión de Ejecución (UE) 2023/2447 de la Comisión, de 24 de octubre de 2023, sobre medidas de emergencia en relación con los **brotes de gripe aviar** de alta patogenicidad en determinados Estados miembros.

Unión Europea (DOUE 2419 de 27/10/2023)
Reglamento (UE) 2023/2419 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre, relativo al etiquetado de los **alimentos ecológicos para animales de compañía**.

Unión Europea (DOUE 2425 de 26/10/2023)
Recomendación (UE) 2023/2425 de la Comisión, de 20 de octubre de 2023, sobre la coordinación de las respuestas a incidentes, especialmente los derivados de la **difusión de contenido ilícito**, en anticipación de la plena entrada en aplicación del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (Ley de Servicios Digitales) [notificada con el número C(2023) 7170]

Unión Europea (DOUE 2437 de 26/10/2023)
Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2437 de la Comisión, de 25 de octubre de 2023, por el que se modifican los anexos V y XIV del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/404 en lo que concierne a las entradas correspondientes a Canadá, al Reino Unido y a los Estados Unidos en las listas de terceros países desde los que se **autoriza la entrada en la Unión de partidas de aves de corral, productos reproductivos** de aves de corral, carne fresca de aves de corral y aves de caza.

Unión Europea (DOUE 90052 de 26/10/2023)
Corrección de errores del Reglamento de Ejecución (UE) 2023/516 de la Comisión, de 8 de marzo de 2023, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/2236 en lo que concierne al modelo de **certificado zoonosanitario para la entrada en la Unión de animales acuáticos** destinados a determinados establecimientos

de acuicultura, a ser liberados en el medio natural o a otros fines, excluido el consumo humano.

Unión Europea (DOUE 2407 de 23/10/2023)
Recomendación (UE) 2023/2407 de la Comisión, de 20 de octubre de 2023, sobre la **pobreza energética**.

Unión Europea (DOUE 2156 de 18/10/2023)
Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2156 de la Comisión, de 17 de octubre de 2023, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1375 en lo que respecta a determinados requisitos de información que deben cumplir los Estados miembros exentos de análisis para detectar la **presencia de triquinas en la carne y las canales de cerdos domésticos en los maderos**.

Unión Europea (DOUE 2395 de 03/10/2023)
Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2395 de la Comisión, de 2 de octubre de 2023, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2059 en lo que respecta a la inclusión de determinadas **mercancías de origen no animal** en la lista de productos del resto del mundo.

Unión Europea (DOUE 2396 de 03/10/2023)
Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2396 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2023, que modifica el anexo I del Reglamento de Ejecución (UE) 2023/594, por el que se establecen **medidas especiales de control de la peste porcina africana**.

Unión Europea (DOUE 241 de 29/09/2023)
Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2084 de la Comisión de 27 de septiembre de 2023 por el que se modifican los anexos V y XIV del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/404 en lo que concierne a las entradas correspondientes a Canadá, al Reino Unido y a los Estados Unidos en las listas de terceros países desde los que se autoriza la **entrada en la Unión de partidas de aves de corral, productos reproductivos** de aves de corral y carne fresca de aves de corral y de aves de caza.

Unión Europea (DOUE 2180 de 17/10/2023)
Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2180 de la Comisión, de 16 de octubre de 2023, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/607 de la Comisión por el que se establece un derecho antidumping definitivo a las **importaciones de ácido cítrico originario de la República Popular China**, ampliado a las importaciones de ácido cítrico procedente de Malasia, haya sido o no declarado originario de Malasia, tras una reconsideración para un nuevo exportador en virtud

del artículo 11, apartado 4, del Reglamento (UE) 2016/1036 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Unión Europea (DOUE 2189 de 16/10/2023)

Decisión nº GB/18/2023, por la que se establecen las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la *Empresa Común para la Salud Mundial EDCTP 3* [2023/2189].

Unión Europea (DOUE 2113 de 11/10/2023)

Recomendación (UE) 2023/2113 de la Comisión, de 3 de octubre de 2023, sobre **ámbitos tecnológicos críticos** para la seguridad económica de la UE con vistas a realizar evaluaciones de riesgos adicionales conjuntamente con los Estados miembros.

Unión Europea (DOUE 2108 de 09/10/2023)

Reglamento (UE) 2023/2108 de la Comisión, de 6 de octubre de 2023, por el que se modifican el anexo II del Reglamento (CE) nº 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el anexo del Reglamento (UE) nº 231/2012 de la Comisión en lo que se refiere a los **aditivos alimentarios nitritos** (E 249-250) y nitratos (E 251-252).

Unión Europea (DOUE 2383 de 09/10/2023)

Decisión Delegada (UE) 2023/2383 de la Comisión, de 23 de mayo de 2023, por la que se modifica y corrige la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los **títulos de formación y las denominaciones de las formaciones** [notificada con el número C(2023) 3276].

Unión Europea (DOUE 2395 de 03/10/2023)

Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2395 de la Comisión, de 2 de octubre de 2023, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2059 en lo que respecta a la inclusión de determinadas **mercancías de origen no animal** en la lista de productos del resto del mundo.

Unión Europea (DOUE 2377 de 03/10/2023)

Decisión de Ejecución (UE) 2023/2377 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2023, por la que no se aprueba el uso de la **zeolita de plata y cobre como sustancia activa existente en biocidas** del tipo de producto 4 de conformidad con el Reglamento (UE) nº 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Unión Europea (DOUE 241 de 29/09/2023)

Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2090 de la Co-

misión de 28 de septiembre de 2023 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2023/1231 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al contenido y al modelo de las **etiquetas fitosanitarias destinadas a los vegetales** para plantación distintos de las patatas de siembra, y a la maquinaria y los vehículos que se hayan utilizado con fines agrícolas o forestales, que entren en Irlanda del Norte desde otras partes del Reino Unido para su introducción en el mercado.

Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE. «DOUE» núm. 2225, de 30 de octubre de 2023.

Unión Europea (DOUE 2117 de 13/10/2023)

Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2117 de la Comisión, de 12 de octubre de 2023, por el que se establecen las normas necesarias y requisitos detallados para el funcionamiento y la administración de un **repositorio de información** de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Unión Europea (DOUE 2383 de 09/10/2023)

Decisión Delegada (UE) 2023/2383 de la Comisión, de 23 de mayo de 2023, por la que se modifica y corrige la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los **títulos de formación y las denominaciones de las formaciones** [notificada con el número C(2023) 3276].

Reglamento (UE) 2023/1803 de la Comisión, de 13 de septiembre de 2023, por el que se adoptan determinadas **normas internacionales de contabilidad de conformidad** con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Resolución 420/38422/2023, de 16 de octubre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, por el que se formaliza concierto para fijar las condiciones para la ejecución de la **prestación farmacéutica** a través de las oficinas de farmacia. Ministerio de Defensa. BOE, 28 de octubre.

Resolución de 11 de octubre de 2023, de la Dirección de Sanidad de la Producción Agraria, por la que se modifican los Anexos I y II de la Orden APA/1251/2020, de

21 de diciembre, por la que se establecen medidas específicas de protección en relación con la **lengua azul**. BOE nº 247, de 16 octubre 2023.

Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (BOE 255 de 25/10/2023). Real Decreto 792/2023, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de **lucha contra el dopaje en el deporte**.

Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (BOE 255 de 25/10/2023). Real Decreto 779/2023, de 10 de octubre, por el que se establece la comunicación de **enfermedades de los animales de declaración obligatoria** y se regula su notificación.

Tribunal Constitucional (BOE 244 de 12/10/2023). Pleno. Sentencia 94/2023, de 12 de septiembre de 2023. **Recurso de inconstitucionalidad 4313-2021**. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con la **Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Derecho a la vida y a la integridad física y moral**: constitucionalidad de la regulación legal del derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos (STC 19/2023). Votos particulares.

Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (BOE 239 de 06/10/2023). Entrada en vigor de la Enmienda del **Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono**, hecha en Kigali el 15 de octubre de 2016.

Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (BOE 237 de 04/10/2023). Real Decreto 773/2023, de 3 de octubre, por el que se regulan los **coadyuvantes tecnológicos** utilizados en los procesos de elaboración y obtención de alimentos.

Consejo de Seguridad Nuclear (BOE de 03/10/2023). Instrucción IS-10, revisión 2, de 7 de septiembre de 2023, del Consejo de Seguridad Nuclear, por la que se establecen los criterios de **notificación de sucesos al Consejo por parte de las centrales nucleares**.

ARAGÓN

Atención farmacéutica en los centros sociales

Decreto 246/2023, de 27 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto

92/2019, de 27 de junio, por el que se regula la atención farmacéutica en los centros sociales de Aragón y se establece el modelo de gestión de la prestación farmacéutica para los usuarios con derecho a la misma (BOA de 6 de octubre de 2023).

Evaluación de calidad de productos agroalimentarios

Decreto 241/2023, de 27 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la actividad de las entidades de evaluación de la calidad diferenciada de los productos agroalimentarios y su inscripción en el correspondiente Registro (BOA de 6 de octubre de 2023).

ANDALUCÍA

Uso racional del medicamento

Decreto 260/2023, de 24 de octubre, por el que se crea y regula el funcionamiento de la Comisión Autónoma para el Uso Racional de los Medicamentos en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía. BOJA, 27 de octubre de 2023.

CANARIAS

Banco de leche humana donada

Orden de 27 de septiembre de 2023, de creación y regulación del Banco de Leche Humana donada de la Comunidad de Canarias (BOC, 13 oct. 2023).

CASTILLA LA MANCHA

Formación en higiene y sanidad animal

Orden 178/2023, de 9 de octubre, de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, por la que se modifica la Orden 58/2021, de 27 de abril, de la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Rural, por la que se regulan las actividades de formación en bienestar animal, bioseguridad, higiene y sanidad animal (DOCM de 19 de octubre de 2023).

CASTILLA Y LEÓN

Retribuciones del personal de la Administración

Orden PRE/1208/2023, de 20 de octubre, por la que se publican las retribuciones del personal al servicio de la Administración General de la Comunidad y de sus Organismos Autónomos para el año 2023, en aplicación del incremento retributivo del 0,5% establecido por la

Ley 31/2022 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (BOCYL de 24 de octubre de 2023).

CATALUÑA

Modelo de atención sanitaria intermedia

Orden SLT/223/2023, de 3 de octubre, por la que se regula la estructura directiva, operativa y la coordinación para el despliegue del nuevo modelo de atención intermedia en el ámbito del sistema integral sanitario de responsabilidad pública (SISCAT) (DOGC de 6 de octubre de 2023).

Reglamento de la Consejería de Sanidad

Orden 4/2023, de 13 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se desarrolla el Decreto 135/2023, de 10 de agosto del Consell, de aprobación del Reglamento orgánico y funcional de la Conselleria de Sanidad (DOGV de 17 de octubre de 2023).

Medidas de carácter social

DECRETO LEY 2/2023, de 17 de octubre, de medidas extraordinarias de carácter social.

COMUNIDAD VALENCIANA

Índice corrector margen dispensación

RESOLUCIÓN de 17 de octubre de 2023, de la directora territorial de Sanidad de Valencia, por la que se aplica el índice corrector del margen de dispensación de las oficinas de farmacia correspondiente al año 2023 regulado en el artículo 2.8 del Real Decreto 823/2008, modificado por el Real Decreto 997/2023 (DOGV, 20 de octubre).

Fiscalización del gasto

Acuerdo de 3 de octubre de 2023, del Consell, por el que se determinan los extremos adicionales a comprobar por la Intervención en el ejercicio de la fiscalización del gasto (DOGV de 19 de octubre de 2023).

GALICIA

Requisitos de centros de atención a mayores

Orden de 10 de octubre de 2023 por la que se modifica la Orden de 18 de abril de 1996, por la que se desarrolla el Decreto 243/1995, de 28 de julio, en lo relativo a la regulación de las condiciones y requisitos específicos que deben cumplir los centros de atención a personas mayores. DOG de 18 de octubre de 2023.

Estudios observacionales con medicamentos

Decreto 131/2023, de 14 de septiembre, por el que se establecen los requisitos adicionales para la realización de estudios observacionales con medicamentos de uso humano de seguimiento prospectivo en el Sistema público de salud de Galicia (DOG. 2 octubre de 2023).

LA RIOJA

Utilización de productos fitosanitarios

Orden AGM/8/2023, de 5 de octubre, por la que se establecen limitaciones en lo relativo a la utilización de productos fitosanitarios que contengan la materia activa prosulfocarb en el cultivo del cereal de invierno en la campaña agrícola 2023/2024 en la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR de 9 de octubre de 2023)

MADRID

Estructura orgánica de la Consejería de Sanidad

Decreto 245 /2023, de 4 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad (BOCAM de 5 de octubre de 2023).

Estructura directiva del Servicio Madrileño de Salud

Decreto 246/2023, de 4 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura directiva del Servicio Madrileño de Salud (BOCAM de 5 de octubre de 2023).

ACUERDO de 25 de octubre de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se procede a la corrección de errores del Decreto 246/2023, de 4 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura directiva del Servicio Madrileño de Salud. DOCM, 26.10.2023.

MURCIA

Órganos directivos de la Consejería de Salud

Decreto 349/2023, de 28 de septiembre, por el que se establecen los Órganos directivos de la Consejería de Salud (BORM de 30 de septiembre de 2023).

Órganos directivos del Servicio Murciano de Salud

Decreto nº 343/2023, de 28 de septiembre, por el que se establecen los Órganos Directivos del Servicio Murciano de Salud (BORM de 29 de septiembre de 2023).