



Roj: **SAN 5956/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5956**

Id Cendoj: **28079230052023100870**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **29/11/2023**

Nº de Recurso: **2381/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN QUINTA**

**Núm. de Recurso:** 0002381 /2021

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 18543/2021

**Demandante:** D<sup>a</sup> Agueda

**Procurador:** SR. SOLA PELLÓN, JOSÉ

**Demandado:** MINISTERIO DE INTERIOR

**Codemandado:** ASISA, ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. ALICIA SANCHEZ CORDERO

D<sup>a</sup>. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil veintitrés.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 2381/2021, promovido por D<sup>a</sup>. **Agueda**, representada por el procurador de los tribunales D. José Sola Pellón y con la asistencia letrada de D. Juan José del Val Martínez, contra la resolución de 1 de octubre de 2020 del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, actuando por delegación del Ministro, que acuerda desestimar la incoación de expediente de **responsabilidad** patrimonial. Han sido partes demandadas la Administración General del **Estado**, representada y asistida por el Abogado del **Estado**, y ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial, representada por el procurador D. Federico Ruipérez Palomino y con la asistencia letrada de D. Mariano José Herrador Guardia.

Es Ponente la Ilma. Sra. **D<sup>a</sup>. Fátima de la Cruz Mera**, Magistrada de la Sección.



## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup> . Agueda formuló mediante escrito de 30 de agosto de 2020 ante el Ministerio del Interior, reclamación administrativa de **responsabilidad** patrimonial en solicitud de indemnización por los daños y secuelas derivados de la deficiente asistencia sanitaria que afirma que recibió desde el día 22 de agosto de 2019 en la Clínica Mompía de Cantabria.

Emitido informe-propuesta por la Asesoría Jurídica de la Guardia Civil, el Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, actuando por delegación del Ministro, dictó el 1 de octubre de 2020 resolución acordando desestimar la incoación de expediente de **responsabilidad** patrimonial, frente a la que la interesada, disconforme, acude a esta vía jurisdiccional.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, el número 9 lo admitió a trámite, reclamándose el expediente, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando: *"dicte Sentencia estimando el presente recurso, anule la resolución recurrida, ordenando la incoación de expediente de **responsabilidad** patrimonial al Ministerio del Interior para la determinación de **responsabilidades** y sujetos responsables en su caso, y para el caso de que entre en el fondo del asunto, y reconozca el derecho de mi representada a ser indemnizada en las cantidades de CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS (54.873,43 €) por las secuelas y perjuicios derivados de la actuación médica derivada de la intervención realizada -sic- el 22 de agosto de 2019 y las posteriores asistencias a los servicios de urgencias, más CINCO MIL EUROS (5.000 €) por los daños morales derivados de la infracción de la normativa del consentimiento informado para la práctica de dicha intervención, y condene a Asisa Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S.A.U. a indemnizar a mi representada con las referidas sumas, con declaración de **responsabilidad** subsidiaria del Ministerio del Interior y del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, con expresa condena en costas a la parte demandada"*.

Conferido traslado al Abogado del **Estado** para que contestara la demanda, presentó un escrito de alegaciones previas por falta de competencia, sobre lo que se dio trámite de audiencia a la parte actora y al Ministerio Fiscal, tras lo cual el Juzgado dictó auto estimatorio el 12 de junio de 2021 declarando su falta de competencia a favor de la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, a la que se remitieron las actuaciones, turnándose a esta Sección Quinta.

**TERCERO.-** Una vez personadas las partes, se dio traslado al Abogado del **Estado** para que contestara la demanda, y así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando: *"dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho"*.

Personada la entidad codemandada, previo traslado al afecto presentó escrito de contestación a la demanda solicitando: *"dicte sentencia por la que se desestime la demanda respecto de mi representada, con expresa imposición de costas a la parte demandante"*.

**CUARTO.-** Acordado el recibimiento del proceso a prueba, una vez practicada y presentados por las partes sus respectivos escritos de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó con relación al día 28 de noviembre de 2023, en el que así tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso contencioso-administrativo se dirige contra la resolución de 1 de octubre de 2020 del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, actuando por delegación del Ministro, que acuerda desestimar la incoación de expediente de **responsabilidad** patrimonial formulada en relación con los daños y secuelas que la interesada afirma que se le ocasionaron por la deficiente asistencia sanitaria recibida por parte de la entidad Asisa, con ocasión de su intervención quirúrgica el día 22 de agosto de 2019 y siguientes en la clínica Mompía de Santander.

La citada resolución, tras exponer la normativa reguladora aplicable en materia de **responsabilidad** patrimonial destaca que, *"no puede desconocerse que la peticionaria fue asistida por los médicos y servicios de la Compañía ASISA"*, examinando la procedencia de responder por parte de la Administración *"como consecuencia de una pretendida mala praxis médica cuando la asistencia sanitaria se presta por una entidad privada"*. Y tras esta aproximación a lo que considera que es el núcleo del debate, se remite a lo resuelto por esta Sala y por el Tribunal Supremo, y en *"acatamiento de la doctrina jurisprudencial"* se concluye, a la luz de la solicitud e información disponible *"que, la actuación de la que se deriva la solicitud de **responsabilidad** se realizó sin orden*



*directa o indirecta alguna emanada de la Administración que, en este caso, se limita a gestionar económicamente la prestación sanitaria, manteniéndose completamente al margen en cuanto a dicha prestación".*

**SEGUNDO.-** En su escrito de demanda la parte actora relata detalladamente los hechos en que sustentó su reclamación, y en la fundamentación jurídica, en esencia, postula la nulidad de la resolución recurrida en aplicación del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, porque sostiene que no cabe inadmitir o desestimar la incoación del procedimiento, sino que en el marco de **responsabilidades** derivadas de la ejecución de contratos de concesión de servicios, como el presente, tuvo que seguirse el procedimiento del artículo 123 de la Ley de Contratos del Sector Público, debiendo haber incoado la Administración el correspondiente expediente para que, con audiencia del contratista, se resolviera sobre la procedencia de la indemnización y de quién debe pagarla.

Seguidamente se señala que se ejercita una acción de **responsabilidad** patrimonial ex artículo 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sosteniendo que concurren todos los elementos determinantes de dicha **responsabilidad** por la infracción de la *lex artis*, incluso desde la perspectiva del Derecho Privado, en relación con "*dos claros hitos*": (i) Por el incumplimiento de la normativa sobre el consentimiento informado, pues se le envió 50 días antes de la intervención por correo electrónico un formulario con espacios en blanco, no obteniendo por tanto una información clara sobre los riesgos de la intervención; y (ii) Tras acudir al centro médico al aparecer una sintomatología adversa, "*fue erróneamente diagnosticada de una infección en el tracto urinario, sin tener sintomatología de la misma ni hacer un análisis de orina, cuando ya debió haber detectado la enfermedad pélvica inflamatoria que ha conllevado las secuelas que se están reclamando*".

La **responsabilidad** en cuestión se reclama a título principal a Asisa "*por ser la concesionaria*", y con carácter subsidiario al Ministerio del Interior -al que se dirigió la reclamación- y al Instituto Social de las Fuerzas Armadas "*en caso de insolvencia del concesionario*", cuantificándose en 54.873,43 euros por los perjuicios causados y en 5.000 euros más "*Por la falta de consentimiento informado*".

La Administración demandada, por su parte, sostiene la conformidad a Derecho de la resolución recurrida por sus razonamientos jurídicos, destacando sustancialmente que la **responsabilidad** en este tipo de supuestos se desplaza a quien presta el servicio en virtud del Concierto, citando sentencias de esta Sala en que así se ha considerado, y subsidiariamente, que la anulación de la resolución recurrida no ha de comportar el reconocimiento de una indemnización sino la incoación del procedimiento y subsiguiente tramitación correspondiente.

La entidad codemandada también se opone al recurso deducido de contrario invocando, en primer término, su falta de legitimación pasiva porque la reclamación formulada resulta ajena a la cobertura de la póliza suscrita por aquella. En este sentido señala que el contrato de seguro celebrado entre Asisa y el Isfas es de asistencia sanitaria, caracterizado por la desvinculación entre la prestación del servicio sanitario y la financiación de éste, de modo que dicha entidad solo se obliga a poner a disposición del asegurado los medios para recibir una asistencia médica, mas los supuestos de asistencia médica defectuosa o negligente quedan al margen de su ámbito de actuación y **responsabilidad**.

En cuanto al fondo del asunto y por si entrara a analizarse en la sentencia, afirma que no existe relación causal con el daño padecido, de un lado, por constar y admitirse por la propia recurrente que se le facilitó el preceptivo consentimiento informado, y de otra, porque de la documentación médica obrante en el expediente no se vislumbra ninguna vulneración de la *lex artis* en la asistencia médica prestada el 25 de agosto de 2019 en el servicio de urgencias de la clínica Mompía, porque fue la propia omisión y negligencia de la paciente la que originó la evolución tórpida sufrida al omitir las recomendaciones del personal sanitario de urgencias, no personándose nuevamente en la clínica hasta pasados nueve días.

Por último señala la falta de acreditación del daño patrimonial reclamado y su falta de proporcionalidad, y la no existencia de daño moral alguno por una supuesta ausencia de consentimiento informado.

**TERCERO.-** Pl anteados los términos del debate en los precedentes términos jurídicos debemos comenzar resolviendo, en primer lugar, sobre el alcance de la **responsabilidad** a atribuir a la Administración, y más en concreto al Ministerio del Interior, que es contra el que se dirigió la reclamación de **responsabilidad** patrimonial y el que dictó la resolución que se recurre.

En este punto es necesario traer a colación aquí también -pues constituye el fundamento jurídico de la resolución recurrida-, el criterio de esta Sala y Sección en diversas sentencias, por citar la más reciente en la de 6 de marzo de 2019 (recurso 726/2017), en la que dijimos:



"a) La primera cuestión que tiene que examinarse es consecuencia de la inadmisión acordada por la Administración, que se sustenta en, esencialmente, la falta de una actuación administrativa a la que imputar el daño.

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

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

Sin embargo, se destaca en sentencias posteriores de la Sección (entre otras, sentencias de 2 de julio de 2008 -recurso número 395/2006-, de 25 de marzo de 2009 -recurso número 565/2007-, de 2 de junio -recurso número 971/2008 - o de 1 de diciembre -recurso número 555/2009- de 2010 y de 10 de diciembre de 2014 -recurso número 535/2012 -), que no puede desconocerse la incidencia que, en esta cuestión, tienen las normas sobre contratos públicos. Así, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su disposición adicional vigésimo tercera, apartado 1, dispuso que "los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del **Estado** y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público", siendo del mismo tenor la disposición adicional vigésima, apartado 1, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre -de donde ha pasado a la disposición adicional décimo novena de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con algunas modificaciones, pues los indicados conciertos tiene ahora "la naturaleza de contratos de concesión de servicios", si bien continúan "regulándose por la normativa especial de cada mutualidad", en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público".

Con estas prevenciones, el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada, celebrados entre otros, por el ISFAS con las entidades aseguradoras, al régimen del contrato de gestión de servicio público -ahora al contrato de concesión de servicios-, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación [artículo 253.c) de la Ley de 2007 y artículo 277.c) del texto refundido de 2011], figurando entre las obligaciones del contratista la de "indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración" [artículo 256.c) de la Ley de 2007, artículo 280.c) del texto refundido de 2011 y artículo 288.c) de la Ley de 2017].

Esta idea, que, como indicó en su momento esta Sección, ya se deducía de la normativa anterior, se hace ahora explícita, cobrando todo su vigor el sistema de **responsabilidad** al que se acaba de aludir, de manera que "la **responsabilidad** de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración [...], modulando así la **responsabilidad** de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su **responsabilidad**, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular" del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006).

Sin embargo, el Tribunal Supremo matizó la argumentación anterior en el sentido de que no puede aplicarse cuando la norma citada "no estaba vigente en el momento en que se produjeron los hechos" (sentencia de 18 de octubre de 2011).



La proyección de lo que se acaba de exponer al supuesto de autos acredita la improcedencia de reconocer **responsabilidad** alguna del Ministerio del Interior, ya que habida cuenta que la actuación respecto de la que se pretende derivar la **responsabilidad** tuvo lugar el 22 de agosto de 2019 y días siguientes, es decir, vigente la disposición adicional décimo novena de la Ley 9/2017, no se ha probado que el daño derive de alguna actuación administrativa suya.

Es más, tal circunstancia es admitida por la propia recurrente, que pese a ello considera que en la resolución recurrida se debió acordar tramitar el procedimiento del artículo 123 de la LCSP, debiendo haber incoado la Administración el correspondiente expediente para que, con audiencia del contratista, se resolviera sobre la procedencia de la indemnización y de quién debe pagarla. Sin embargo, no resulta preciso realizar consideración jurídica alguna al respecto, pues como también reconoce la parte actora, Asisa suscribió un concierto con el Isfas -que no con el Ministerio del Interior-, que como con acierto advirtió el Abogado del **Estado** en su contestación a la demanda, es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Defensa, por lo que ningún pronunciamiento cabe efectuar sobre él al no haber intervenido en este proceso. Y como resulta de las actuaciones, la reclamación en vía administrativa solo se dirigió frente al Ministerio del Interior, ajeno a todo ello.

Por consiguiente, ha de desestimarse el recurso contencioso-administrativo en cuanto a la resolución administrativa recurrida, por ser conforme a Derecho.

**CUARTO.-** En cuanto al ejercicio de la acción contra una persona jurídica privada, la codemandada Asisa ha aducido su falta de legitimación pasiva invocando normas de Derecho Privado como la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Pues bien, dicho motivo de oposición debe ser rechazado por lo consignado en el precedente fundamento jurídico, en el que recordemos que a modo de conclusión se dijo que "*figurando entre las obligaciones del contratista la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio*".

Como esta Sección ha tenido ocasión de resolver, entre otras, en la sentencia de 27 de mayo de 2015 (recurso 22/2013), el motivo de oposición en cuestión debe decaer "*por cuanto que acreditado la existencia de concierto entre el ISFAS y Adeslas en orden a la prestación de asistencia sanitaria a sus mutualistas, así como que para la prestación de la misma esta entidad había ofrecido a sus usuarios el hospital y el facultativo que atendió al esposo de la actora, la precitada entidad Adeslas ostenta la titularidad pasiva de la relación jurídica material controvertida en autos, la prestación sanitaria era otorgada en virtud de la asunción por esta de los negocios jurídicos que permitían al paciente el uso de los servicios médicos y hospitalarios por ella ofertados y que el caso de autos han actuado en la asistencia médica sanitaria del afectado*".

Además en nuestra sentencia de 12 de febrero de 2014 (recurso 486/2011) se afirmó: "*En este contexto hay que situar la llamada al proceso de la entidad recurrida, que afirma y reitera que no efectuó ninguna prestación más allá de poner a disposición del afiliado un conjunto de medios, sin que tenga siquiera relación laboral o ejerza funciones de control sobre las instalaciones y personal médico y sanitario*".

No obstante, es otro el sentir de esta Sala, siendo aplicable la tesis sostenida por la Sección Tercera en la Sentencia de 13 de junio de 2011, asumida por esta Sección Quinta en otras posteriores, que reseña cómo el Tribunal Supremo, en las Sentencias de su Sala Primera de 2 de noviembre y de 19 de abril de 1999, así como en la de 19 de junio de 2001, entre otras, ha mantenido que, cuando una entidad asume, en virtud de póliza suscrita con la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del **Estado** -el ISFAS en el presente caso-, la obligación de prestar servicios hospitalarios y médicos a quienes figurasen como asegurados a la misma, habida cuenta de que tales servicios no son de absoluta libre elección por el asegurado, que ha de limitarse al cuadro de centros y profesionales de la entidad, la correspondiente entidad tiene legitimación *ad causam* para responder de los daños que se hubiesen podido ocasionar por los facultativos o centros sanitarios que figuran en su cuadro médico, siendo aplicable el artículo 1.903 del Código Civil, que consagra una acción que, como se dice en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005, "*tiene la condición de directa en cuanto puede ser dirigida de este modo contra el empresario para exigirle **responsabilidad** por culpa in vigilando o in eligendo, pese a que el artículo 1904 autorice la repetición contra el dependiente o empleado, por tratarse de una relación interna entre ambos responsables (entre otras, Sentencias de 30 de abril de 1960 y 16 de abril de 1968), bien que haya de exigirse la prueba o realidad del actuar negligente del dependiente o autor material del daño (aparte de otras, Sentencias de 3 de mayo de 1967 y 25 de octubre de 1980), ya que no basta la mera relación de dependencia para sentar la **responsabilidad** del empresario ( Sentencias de 30 de diciembre de 1981 y, en igual sentido, de 15 de julio de 1993, 20 de diciembre de 1996 y 31 de marzo de 1998 )"*.

En suma, es perfectamente factible en el presente proceso contencioso-administrativo condenar al abono de una indemnización a la entidad que ha concertado la prestación de la asistencia sanitaria, ya que la acción se ha



*dirigido contra ella, pero siempre y cuando se acredite la actuación negligente de los facultativos o de los centros sanitarios pertenecientes a su cuadro médico, a los que acudieron los recurrentes, sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera corresponder o de la obligación de resarcimiento que incumba a entidades aseguradoras de posibles **responsabilidades** profesionales".*

Circunstancias jurídicas similares son las que se aprecian en este caso, visto que consta aportado a las actuaciones en periodo probatorio el Concierto de asistencia sanitaria a los mutualistas y beneficiarios de Isfas, en cuya cartera de servicios se incluyen los prestados en este caso a la recurrente, sin que se aduzca ni conste en modo alguno que el centro hospitalario Mompía o los profesionales médicos que la atendieron no estuvieran incluidos en dicha cartera. Por tanto, debe decaer la alegada falta de legitimación pasiva.

**QUINTO.-** Lo s antecedentes fácticos de interés documentados en las actuaciones son los siguientes:

-La Sra. Agueda , teniendo entonces 42 años, ingresó en la clínica Mompía de Santander el 22 de agosto de 2019 para la extirpación de un pólipo endometrial mediante una técnica denominada histeroscopia quirúrgica. Ese mismo día la paciente recibió el alta.

-Tres días después, el 25 de agosto siguiente, acudió a urgencias de dicha clínica por presentar dolor abdominal que se irradia desde FID a flanco derecho y región lumbar desde prácticamente el alta y fiebre de 38º de un día de evolución. Se le realiza anamnesis donde consta la intervención antes referida, y se hace una exploración abdominal y analítica de sangre, siéndole diagnosticada una infección del tracto urinario (ITU), con el tratamiento farmacológico correspondiente, derivándola a su médico de atención temprana.

-El día 3 de septiembre de 2019 la paciente volvió a urgencias de la referida clínica por persistencia del dolor y la fiebre. Se le realiza una exploración general, resultando que está en ese momento afebril con abdomen blando depresible pero con dolor a la palpación profunda y puñorepercusión renal negativa. Se pide una analítica de sangre y una ecografía, y a la vista de sus resultados el médico de urgencias pide interconsulta con la ginecóloga de guardia, que decidió su ingreso hospitalario con el diagnóstico de enfermedad inflamatoria pélvica (EPI), con el pertinente tratamiento.

-Tras ello, atendida la evolución de la paciente (existencia de un absceso tuvoovárico), se decide tratamiento quirúrgico que se realiza el 5 de septiembre, y que consistió en una salpinguectomía bilateral. Tras ello pasa a la UCI hasta que el día 8 de septiembre va a planta.

-Fue dada de alta el 16 de septiembre.

**SEXTO.-** Co mo también dijimos en nuestra sentencia de 6 de marzo de 2019, a la posibilidad de examinar la **responsabilidad** de la entidad aseguradora codemandada hay que añadir una nueva observación por cuanto, como ha declarado esta Sección en ocasiones anteriores (así, sentencias de 5 de diciembre de 2012 -recurso 565/2007- y de 12 de febrero -recurso 486/2011- o 10 de diciembre -recurso número 535/2012- de 2014), el otorgamiento de la competencia jurisdiccional para aquel enjuiciamiento no supone que los sujetos privados queden sometidos a las reglas sobre **responsabilidad** patrimonial que rigen para las Administraciones públicas, en concreto, a los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y, en el plano procedimental, de los preceptos aplicables de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pues la **responsabilidad** de tales personas privadas sigue regulada por las normas que, en cada caso, resulten de aplicación, bien las contractuales, bien las extracontractuales de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

Por ello hay que traer a colación la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, entre otros presupuestos, mantiene que, en el ámbito de la **responsabilidad** médica, debe descartarse la **responsabilidad** objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados, como los del artículo 217.5, que no hacen al caso. El criterio de imputación del artículo 1902 del Código Civil se funda en la culpabilidad y exige la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que la actuación sanitaria enjuiciada fue realizada con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo ( sentencias de 24 de noviembre de 2005, de 10 de junio 2008, de 20 de octubre 2009 o de 18 de mayo 2012), debiendo resultar la prueba correspondiente de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades ( sentencias de 6 de febrero y de 31 de julio de 1999 y de 8 de febrero de 2000 ), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada ( sentencias de 30 de noviembre de 2001, de 7 de junio y de 23 de diciembre de 2002, de 29 de septiembre y de 21 de diciembre de 2005, de 19 de junio, de 12 de septiembre y de 19 y 24 de octubre 2007, de 13 de julio 2010 y de 18 de junio 2013).

Además, también según reiterada jurisprudencia civil, la **responsabilidad** del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto; su obligación es poner a disposición del paciente los



medios adecuados, comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una **responsabilidad** de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (por todas, sentencias de 12 de marzo 2008 y de 30 de junio 2009).

**SÉPTIMO.-** La aplicación de los criterios expuestos al caso de autos requiere tener en cuenta el resultado de la prueba practicada en este proceso.

La prueba pericial no es una prueba legal o tasada, en el sentido de que las conclusiones de los peritos han de ser examinadas depurando sus razonamientos ( Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1988), ponderándose a tenor de su fuerza convincente ( Sentencias del mismo Alto Tribunal de 2 de noviembre de 1989, de 3 de octubre de 1991 ó de 31 de mayo y de 5 de junio de 1991).

Su finalidad es facilitar al Juzgador aquellos conocimientos técnicos necesarios para la decisión de la litis y precisamente por su propia naturaleza y finalidad, lo relevante no son las conclusiones dictaminadas por los peritos y sí las razones o justificaciones que en sus informes ofrecen para alcanzar las conclusiones, razones o justificaciones que necesariamente, por razones obvias, debe someterlas el Juzgador a un juicio crítico ( STS, Sección Sexta, de 4 de mayo de 2015 (recurso 71/2013).

Nada impide la concurrencia en un proceso de diversos informes periciales, todos ellos perfectamente válidos, que serán valorados por el órgano judicial conforme a las "*reglas de la sana crítica*" ( art. 348 LEC), reglas que se refieren a las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de experiencia y el sentido común.

Como razonan las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 7ª, de 17 de enero de 2012, (recurso 2758/2011) y 15 de junio de 2011 (recurso 2661/2008): "*(...) La valoración de la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica implica el que dicha valoración no esté sometida a un régimen de prueba tasada. Y de igual manera impide que el órgano jurisdiccional asuma el informe del perito con un automatismo tal que prescinda de cualquier reflexión o crítica sobre su contenido. En la medida en que la valoración de la prueba sirve a la propia motivación de la sentencia al exponer las razones que llevan a tomar la decisión que finalmente se adoptará, deberán analizarse en dicha valoración -y expresarse, en consecuencia- los elementos considerados para la emisión del informe ponderando tanto la cualificación profesional o técnica de los peritos; las categorías, cantidad o calidad de los datos recabados, así como la conexión de los mismos con el objeto del proceso, y, finalmente, la viabilidad de las conclusiones alcanzadas a partir de tales datos. (...)*".

La proyección de lo anteriormente expuesto en relación con las conductas médicas a analizar, a fin de verificar si en atención a las circunstancias concurrentes puede concluirse de forma válida con la existencia de una infracción de la diligencia y uso de medios adecuados y correctos, nos conduce a sostener que hubo una infracción de la *lex artis* atendido, con carácter prevalente, el dictamen médico emitido por el perito judicial -especialista en ginecología-, por la objetividad e imparcialidad propias de quien analiza la cuestión sometida a su consideración como interviniente designado judicialmente y no a instancias de ninguna de las partes.

Sus consideraciones médico legales, debidamente razonadas y fundamentadas científicamente con base en hechos y circunstancias objetivadas en el historial clínico de la paciente, son sustancialmente las que siguen:

-Que tras la intervención -programada- inicial del día 22 de agosto de 2019, llevada a cabo "*sin incidencias*", se produjo la infección ginecológica con la producción de una EPI, que es "*la complicación más frecuente postoperatoria junto a la hemorragia*", y que "*motivó una segunda intervención*".

-Que en la primera asistencia a urgencias el día 25 de agosto de 2019 "*No consta tampoco la petición y por tanto la realización de un análisis de orina, condición imprescindible para el diagnóstico de una infección del tracto urinario (ITU) afección de la que fue diagnosticada*", y por las detalladas razones que se exponen en relación con los antecedentes de la paciente y la sintomatología que presentaba, concluye que "*es evidente que no es una buena praxis médica diagnosticar una ITU sin la realización de una simple analítica de orina*". Por tanto -añade- "*se perdió la oportunidad de diagnosticar de forma precoz dicha infección que con alta probabilidad no*



*hubiese desembocado en la producción de un absceso tuvoovárico y en una peritonitis posterior y la necesidad de realizar una segunda intervención con la salpinguectomía resultante, la necesidad de su estancia en la UCI y la posible formación de adherencias peritoneales que pueden ser la causa de los dolores y sintomatología que al parecer la paciente padece".*

En la ampliación de su informe el perito judicial, teniendo a la vista el historial médico completo, concluye que *"es perfectamente factible una relación de causalidad entre infección ascendente después de una histeroscopia quirúrgica, la formación de una Enfermedad Pélvica inflamatoria (EPI), formación de un absceso tuvoovárico si no se diagnostica a tiempo y se instaura un tratamiento antibiótico adecuado, la rotura del absceso con la formación de una peritonitis, la formación de un síndrome adherencial y la existencia de un dolor abdominal crónico"*.

Además considera que el tratamiento farmacológico dispensado para tratar la ITU, *"no es el tratamiento adecuado para una EPI, y se le derivó a su Médico de Atención Temprana"*. Por lo que *"Se perdió la oportunidad de diagnosticar una EPI en fase temprana (I o II) y poner una antibioterapia correcta impidiéndose con una alta posibilidad de la formación de abscesos pélvicos que al romperse formasen una pelviperitonitis posterior"*.

Por lo demás, la actuación médica llevada a cabo en la segunda visita a urgencias sí fue *"correcta"*, a juicio del mencionado perito.

Todas estas apreciaciones resultan coincidentes con las que se recogen en el informe pericial aportado por la recurrente y emitido a su instancia, mas no en el informe pericial emitido a instancias de la entidad Asisa, del que caben destacar ciertas apreciaciones en relación con las circunstancias que a juicio de aquélla la exoneran de **responsabilidad**: (i) En cuanto al diagnosticado ITU, considera que *"Fue perfectamente atendida y tratada"*, sin que sea posible realizar en el servicio de urgencias -sino en consultas externas diferidas- un *"urocultivo"* *"que es la que diagnosticaría por ejemplo una pielonefritis"*, sino tan solo un *"análisis básico o elemental de orina que tiene un valor relativo o muy escaso como prueba diagnóstica"*. Y (ii) Que el médico de urgencias refirió a la paciente que acudiera a su médico de cabecera *"para que en el caso de que viera que aparecían nuevos síntomas, fuera él el que solicitara las pruebas adecuadas y diferidas, como el urocultivo o las que fueran necesarias, y modificara los tratamientos en función del resultado"*.

Pues bien, lo argumentado por la entidad codemandada para pretender exonerarse de **responsabilidad**, bien por considerar que el ITU fue diagnosticado correctamente, bien por desplazar aquélla a la exclusiva conducta de la parte actora, no puede tener favorable acogida.

De entrada hay que destacar la imparcialidad y objetividad que se predica de la actuación de un perito judicial, cuyas apreciaciones médicas, valoradas según las reglas de la sana crítica, permiten a este Tribunal alcanzar las siguientes conclusiones: 1ª. Que no constando en el informe de urgencias del día 25 de agosto de 2019 que la paciente refiriera molestia alguna en su aparato urinario, unido a la ausencia de *"una simple analítica de orina"*, impide considerar el adecuado diagnóstico médico alcanzado, máxime cuando la EPI es una de las complicaciones postoperatorias más frecuentes en relación con la intervención realizada tres días antes y de la que se tenía constancia en la atención médica de urgencias en cuestión, perdiéndose la oportunidad de diagnosticarla en una fase temprana; y sin que las explicaciones ofrecidas acerca del tipo de análisis de orina que pueden o se suelen realizar en los servicios de urgencias desvirtúe lo considerado a este respecto en el informe pericial judicial; Y 2ª, que en el informe de urgencias de ese día se especifica *"CONTROL POR SU MAP. Explico signos de alarma"*, sin que consten en modo alguno las indicaciones a que se alude en el informe pericial de parte. De lo que sigue lo intrascendente de la falta de visita al médico de atención temprana en la evolución tórpida de la enfermedad -en palabras de Asisa-, circunstancia que en modo alguno es tomada en consideración por el perito judicial y que no enerva la **responsabilidad** atribuible a dicha entidad, por el erróneo diagnóstico efectuado ese día y subsiguiente inadecuado tratamiento, del que derivaron los daños y secuelas por los que se reclama.

Consecuencia jurídica de todo lo hasta aquí expuesto, es que apreciada la infracción de la *lex artis* debe reconocerse a la parte actora el derecho a ser indemnizada por el daño causado.

Como esta Sección viene resolviendo, por todas en la sentencia de 10 de enero de 2018 (recurso número 654/2016), *"La extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce lo dispuesto en los arts. 106.2 CE y 139.1 L 30/1992, citada, al principio de la reparación "integral". De ahí que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valiosos, como el daño emergente o el lucro cesante - art. 1106 CC -, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado pretium doloris ( SSTS 16 de julio de 1984 ; 7 de octubre o 1 de diciembre de 1989 ), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados ( SSTS 23 de febrero de 1988 y 10 de febrero de 1998 )*.



No obstante, la cuantificación del daño carece de módulos objetivos, valorándose en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo ( Ss. 20-7-96 , 26-4-97 y 20-1-98, citadas por la de 18- 10-2000), señalando la de 25 de noviembre de 2005, que "en materia de indemnización de daños morales esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, hasta conformar doctrina legal ( Sentencias, entre otras, de 20 de junio de 1996 , 5 de febrero de 2000 , 7 de julio y 22 de octubre de 2001 -recursos de casación 694 y 5096/1997 -), que la fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, sin que sea revisable en casación".

Lo que proyectado a este caso permite considerar adecuada una suma indemnizatoria de 40.000 euros, actualizada a la fecha de esta sentencia, por los daños de todo tipo y secuelas por los que se reclama derivados de la infracción de la *lex artis* en los términos precedentemente expuestos, debiendo decaer las alegaciones de la entidad demandada acerca de su falta de acreditación, pues una cosa es negar que le sea exigible algún tipo de **responsabilidad** y otra muy distinta que los daños y secuelas no estén acreditados, pues de hecho dicha parte aportó a las actuaciones un informe pericial de valoración en la cantidad de 30.979,93 euros.

**OCTAVO.-** Por último, ha de rechazarse la pretensión indemnizatoria derivada de la actuación llevada a cabo al recabar el consentimiento informado de la paciente con ocasión de la primera intervención programada del día 22 de agosto de 2019.

Consta en la documentación obrante en las actuaciones que el documento en cuestión, fechado el día de la intervención -remitido con más de un mes de antelación por correo electrónico-, se firmó por la recurrente ese mismo día, y se ajustaba al modelo aprobado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), según aseveró el perito judicial. En su informe ampliatorio, el referido perito afirmó que la paciente " fue informada tanto de las características de la intervención como de sus posibles complicaciones", concluyendo que "Por lo tanto, se ha de considerar que en éste punto la actuación fue correcta y ajustada a protocolo".

En efecto, el consentimiento informado suscrito por la parte actora intitulado "Documento de consentimiento informado para histeroscopia quirúrgica" consigna, en lo que aquí se cuestiona, que "Las complicaciones específicas de la técnica" son, entre otras, "e. Infección pélvica", de lo que se sigue que no cabe apreciar infracción normativa alguna al respecto, sin que a nada de lo expuesto obsten las circunstancias opuestas en la demanda, a saber, remisión con antelación por correo electrónico y existencia de algunos espacios en blanco. En definitiva, la paciente recibió la información "adecuada", comprensiva de "la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias", según se expresa en los artículos 2 y 4 de 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.

**NOVENO.-** De cuanto antecede resulta, de un lado, la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución administrativa y, de otro lado, la estimación parcial de la acción de **responsabilidad** formulada frente a la entidad codemandada, por lo que en virtud del artículo 139 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa recurso interpuesto, las costas procesales se imponen a la parte recurrente, y cada parte cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad, respectivamente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FA LLAMOS

**1º.- DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **D<sup>a</sup>. Agueda** , contra la resolución de 1 de octubre de 2020 del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, actuando por delegación del Ministro, que acuerda desestimar la incoación de expediente de **responsabilidad** patrimonial, que se confirma por ser ajustada a Derecho, en los extremos examinados.

Condenando a la parte recurrente al abono de las costas procesales causadas.

**2º.-ESTIMAR EN PARTE** la acción de **responsabilidad** civil formulada por la antes referida persona frente a ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial, reconociéndole el derecho a ser indemnizada en la cantidad de 40.000 euros por los daños ocasionados.

Cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

**Recursos:** La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso



deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, así como la constitución del depósito de 50 euros, en caso preceptivo, en la cuenta del B. Santander 2605000000, más el número de procedimiento y año.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ