

Resumen

El TS estima el rec.de casación interpuesto contra la sentencia que confirmó la desestimación de la reclamación de indemnización en concepto de responsabilidad de la Administración sanitaria. La Sala concluye que en la sentencia se ha incurrido en incongruencia omisiva al no haberse tratado la cuestión relativa al consentimiento informado, por lo que se estima el rec.de casación. Asimismo, rechaza el rec.contencioso al concluir que ha quedado demostrado que la lesión se ha producido con anterioridad a la intervención administrativa, no siendo imputable ésta ni sus consecuencias al actuar administrativo, todo ello sin perjuicio de entender que la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc.

NORMATIVA ESTUDIADA

- Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa art.88.1 , art.95
- LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial art.248.3
- CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española art.24
- Ley de 27 diciembre 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa art.33.1 , art.66 , art.67 , art.88
- RD de 24 julio 1889. Código Civil art.1214
- RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil art.359

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- ACTO ADMINISTRATIVO
 - INVALIDEZ
 - Responsabilidad de la administración
 - Supuestos diversos

- ASISTENCIA SANITARIA
 - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN
- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
 - IGUALDAD ANTE LA LEY
 - Precedente administrativo

- INCONGRUENCIA
 - INCONGRUENCIA
 - Omisiva

- PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
 - SENTENCIA
 - Partes de la sentencia
 - Antecedentes de hecho

- RECURSO DE CASACIÓN -HASTA 1992 DENOMINADO APELACIÓN-
MOTIVOS

Quebrantamiento de formas esenciales

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Daño efectivo

Prueba, en general

No procede la indemnización

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.88.1, art.95 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Aplica art.248.3 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.33.1, art.66, art.67, art.88 de Ley de 27 diciembre 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Aplica art.1214 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.359 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Cita art.33.1, art.43.1, art.66.1, art.67 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 septiembre 1999 (J1999/47139)

Citada en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN por SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 julio 2004 (J2004/142324)

Citada en el mismo sentido sobre SANIDAD por SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 octubre 2004 (J2004/269931)

Citada en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN por STS Sala 3ª de 22 junio 2005 (J2005/113861)

Citada en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - ADECUACIÓN DEL FALLO - Términos de la comparación - Correlación entre Suplico y Fallo por SAP Madrid de 3 noviembre 2005 (J2005/221508)

Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Daño efectivo - Supuestos diversos por STS Sala 3ª de 4 noviembre 2005 (J2005/289132)

Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - EJERCICIO DE LA ACCIÓN - Supuestos diversos, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - CUESTIONES GENERALES - Alcance y delimitación por STS Sala 3ª de 14 diciembre 2005 (J2005/289144)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 octubre 2005 (J2005/294351)

Citada en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN por STS Sala 3ª de 9 marzo 2005 (J2005/55234)

Citada en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN por STS Sala 3ª de 20 abril 2005 (J2005/68407)

Citada en el mismo sentido por STSJ Extremadura Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 octubre 2006 (J2006/293075)

Citada en el mismo sentido por STSJ Asturias Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 julio 2006 (J2006/295678)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 noviembre 2006 (J2006/308685)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 21 noviembre 2006 (J2006/311851)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 4 abril 2006 (J2006/37375)

Citada en el mismo sentido por STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 noviembre 2006 (J2006/390732)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 mayo 2007 (J2007/157429)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cantabria Sala de lo Contencioso-Administrativo de 31 julio 2007 (J2007/198557)

Citada en el mismo sentido por STSJ Baleares Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 julio 2007 (J2007/200243)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 julio 2007 (J2007/261071)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cantabria Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 enero 2007 (J2007/27005)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 octubre 2007 (J2007/291442)

Citada en el mismo sentido por STSJ Navarra Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 noviembre 2007 (J2007/331827)

Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 diciembre 2007 (J2007/365183)

Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 julio 2008 (J2008/112714)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 21 julio 2008 (J2008/128270)

Citada en el mismo sentido por AAP Madrid de 17 septiembre 2008 (J2008/258668)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 octubre 2008 (J2008/262903)

Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 31 enero 2008 (J2008/350165)

Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 marzo 2008 (J2008/52205)

Citada en el mismo sentido por STSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 febrero 2008 (J2008/64311)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 10 febrero 2009 (J2009/13455)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 30 septiembre 2009 (J2009/240017)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 10 diciembre 2009 (J2009/335716)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 diciembre 2009 (J2009/350556)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 14 junio 2010 (J2010/122384)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 24 febrero 2010 (J2010/14275)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 27 octubre 2010 (J2010/226216)

Citada en el mismo sentido por STSJ Aragón Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 mayo 2010 (J2010/245372)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 noviembre 2010 (J2010/289842)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 noviembre 2010 (J2010/302462)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 noviembre 2010 (J2010/343791)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 8 abril 2010 (J2010/45303)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 febrero 2010 (J2010/54420)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 marzo 2010 (J2010/77537)

Citada en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN por STS Sala 3ª de 25 mayo 2011 (J2011/103938)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 15 junio 2011 (J2011/120746)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 21 junio 2011 (J2011/120750)

Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - No procede la indemnización por STS Sala 3ª de 29 junio 2011 (J2011/147378)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 marzo 2011 (J2011/206575)

Citada en el mismo sentido por STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 febrero 2011 (J2011/214498)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 27 septiembre 2011 (J2011/222533)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 30 septiembre 2011 (J2011/231610)

Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Consentimiento informado por STS Sala 3ª de 19 octubre 2011 (J2011/249365)

Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - Prueba por STS Sala 3ª de 2 noviembre 2011 (J2011/249374)

Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 abril 2011 (J2011/249913)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 26 octubre 2011 (J2011/281160)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 diciembre 2011 (J2011/296113)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 enero 2011 (J2011/33340)

Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 febrero 2011 (J2011/40801)

Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 marzo 2011 (J2011/41040)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 19 mayo 2011 (J2011/91236)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 19 mayo 2011 (J2011/99874)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 3 julio 2012 (J2012/153910)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 19 septiembre 2012 (J2012/206717)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 2 octubre 2012 (J2012/216779)

Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 febrero 2012 (J2012/22171)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 9 octubre 2012 (J2012/226001)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 8 noviembre 2012 (J2012/248747)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 3 abril 2012 (J2012/77111)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 16 mayo 2012 (J2012/95845)

Cita STS Sala 3ª de 26 marzo 2002 (J2002/15243)

Bibliografía

Citada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 3ª del Tribunal Supremo. 2004-2005"

Citada en "Última jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria"

Citada en "El ¿nuevo? Consentimiento informado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 febrero 2009"

Citada en "Autonomía del Paciente. Consentimiento Informado"

En la Villa de Madrid, a veintiséis de febrero de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación que con el número 8656/99 ante la misma pende de resolución interpuesto por la representación legal de D. Joaquín contra sentencia de fecha 15 de septiembre de 1999 dictada en pleito número 867/1997 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta de la Audiencia Nacional. Siendo parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en la representación que le es propia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida EDJ 1999/47139 contiene la parte dispositiva del siguiente tenor:

“Fallamos; Desestimamos el recurso contencioso administrativo promovido por D. Joaquín, contra desestimación presunta, por silencio administrativo de la reclamación de indemnización, en concepto de responsabilidad de la Administración, formulada mediante escrito presentado en el Instituto Nacional de la Salud con fecha de 5 de junio de 1996, por venir ajustado a Derecho el acto administrativo impugnado”.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia EDJ 1999/47139 la representación procesal de D. Joaquín presentó escrito ante la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma.

Por Providencia la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala y formuló escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se ampara, solicitando dicte sentencia en la que, estimando los motivos de Casación aducidos, se case y anule la sentencia indicada y dicte otra mas ajustada a Derecho en la que se ordene reponer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia en que se produce el quebrantamiento de forma por inadmisión de medios de prueba o se resuelva sobre la totalidad de los motivos de casación, con expresa imposición de costas de la instancia a la Administración recurrida y demás efectos que legalmente correspondan.

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplaza a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalice escrito de oposición.

QUINTO.- Por la parte recurrida se presenta el escrito de oposición al recurso interpuesto, en el que tras impugnar los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia por la que declarando no haber lugar al mismo confirme la recurrida y con ello el acto administrativo impugnado absolviendo a la Administración de las pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia el día VEINTICUATRO DE FEBRERO DE DOS MIL CUATRO., en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo articulado el recurrente sostiene que la sentencia de instancia EDJ 1999/47139 al no contener un antecedente de hecho específico en que se recojan los hechos probados genera una situación de indefensión prohibida por el artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 e incurre en vicio de incongruencia ya que contraviene lo dispuesto en los artículos 67 de la Ley de la Jurisdicción de 1998 EDL 1998/44323 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 .

El motivo no puede prosperar por cuanto de ninguno de los preceptos citados, ni tampoco el artículo 43.1 de la Ley de la jurisdicción EDL 1998/44323 , impone en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativo, al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción penal, el deber de recoger en la sentencia en un antecedente de hecho los que se consideran como hechos probados.

El artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , al contrario de lo que afirma el recurrente, al referirse a los hechos probados como contenido de la sentencia utiliza la expresión “en su caso”, expresión que debe entenderse, como ya tiene declarado esta Sala, en el sentido de que tal exigencia está condicionada a que así se establezca en la ley procesal correspondiente.

Ni en artículo 66.1 EDL 1998/44323 ni el artículo 33.1 EDL 1998/44323 , ambos de la Ley Jurisdiccional se refieren en absoluto a la exigencia que nos ocupa, y el vicio de incongruencia interna solo se produciría si existiese contradicción entre los razonamientos contenidos en la fundamentación jurídica de la sentencia y el fallo, lo que en el caso de autos no acontece, sin olvidar que del texto de la sentencia se infieren con claridad los hechos que la Sala a quo considera probados y de los que parte en su razonamiento jurídico.

SEGUNDO.- En el segundo motivo el recurrente, también al amparo del artículo 88.1.c de la Ley Jurisdiccional EDL 1998/44323 , sostiene que la Sala a quo infringe el artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 en relación con el 1214 del Código Civil EDL 1889/1 al haber inadmitido la prueba testifical, habiéndose recurrido en suplica contra la providencia de inadmisión, recurso que fue desestimado.

El motivo debe correr igual suerte que el anterior por cuanto la prueba testifical, propuesta como subsidiaria de la indebidamente denominada prueba pericial a cargo del Dr. Juan Carlos, del que se había aportado informe con la demanda como D.6., no tenía otro objeto que la ratificación del citado informe aportado con la demanda, documento que no había sido impugnado de contrario.

La no admisión de la prueba testifical en cuestión en modo alguno genera indefensión puesto que el informe Dr. Juan Carlos ha podido ser, y efectivamente lo ha sido, valorado por la Sala de instancia por más que no lo haya tenido en consideración al estimar que no podía prevalecer sobre la prueba pericial practicada en el proceso.

TERCERO.- En el tercer motivo de casación el recurrente sostiene que la sentencia recurrida infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 1881/1 en relación con el 24 de la Constitución EDL 1978/3879 por incongruencia al no resolver todas las cuestiones objeto de debate.

De las cinco infracciones a que se refiere el recurrente las que señala en los puntos números 1, 2 y 3 del motivo que nos ocupa no pueden ser tenidas en consideración por cuanto en el número uno se refiere a una supuesta no consideración del valor que da la sentencia EDJ 1999/47139 a la endoscopia, la radiografía y el esofagograma practicados al recurrente.

El Tribunal de instancia efectúa una valoración de la prueba practicada en autos, y por tanto también sobre la procedencia o improcedencia de las pruebas y actuaciones médicas llevadas a cabo y su influencia en la patología presentada por el demandante, llegando a la conclusión de que no se ha acreditado que aquella sea consecuencia de la actuación médica.

El recurrente podrá estar o no de acuerdo con la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de instancia pero ello no implica un vicio de incongruencia, máxime si las afirmaciones que el recurrente atribuye a la Sala de instancia no son tales, puesto que lo que hace la sentencia es recoger lo que dice son afirmaciones del perito.

En el número dos del motivo que examinamos el recurrente se refiere a la actuación médica desarrollada en el Hospital 12 de octubre, a la que para nada anuda en la demanda, ni en la previa reclamación en vía administrativa el resultado dañoso que pretende.

En efecto, en la demanda el recurrente, en el hecho tercero de la misma, afirma: “en conclusión, nos encontramos con todos los datos necesarios para entender que la administración sanitaria, y en concreto el Hospital Severo Ochoa de Leganés, dependiente el INSALUD, funciona de forma anormal por mala praxis médica del facultativo que lleva a cabo la endoscopia estableciéndose el necesario nexo causal entre la intervención y el daño..”.

Del mismo modo en el escrito de reclamación administrativa en el apartado cuarto se afirma: “en conclusión, el Sr. Joaquín ingreso en el Hospital Severo Ochoa debido a un atragantamiento, siendo trasladado al Hospital Doce de octubre con perforación de esófago torácico a consecuencia de la endoscopia realizada en el primero de estos hospitales”.

En ninguno de ambos escritos se incardina la responsabilidad patrimonial que se demanda a la actuación médica desarrollada en el Hospital Doce de octubre, por tanto nada había que resolver sobre este extremo, por lo que el plantearlo ahora constituye una cuestión nueva que en consecuencia debe ser desestimada.

En lo que se refiere al punto tres del motivo, el informe Dr. Juan Carlos aportado con la demanda, la Sala de instancia se refiere al mismo en su fundamento jurídico cuarto para establecer que no puede prevalecer sobre la pericia practicada en el proceso.

Así las cosas hemos de referirnos a la cuarta infracción invocada como determinante de la incongruencia que se denuncia, esto es la no referencia en la sentencia EDJ 1999/47139 a la ausencia de consentimiento informado previo a la actuación médica en el Hospital Severo Ochoa.

Es cierto que la Sala de instancia para nada se refiere a este extremo y lo es también que sí lo hace Dr. Juan Carlos en el informe que se acompaña a la demanda como D.6., siendo la única mención que se hace en esta sobre tal extremo la afirmación que se efectúa en el hecho segundo de que el recurrente, tras la radiografía de tórax y esofagograma “es requerido para realizársele otras pruebas de las que no de la informan, manifestándole tan solo que le iban a “desatranca””.

Ciertamente, cuestión tan trascendental merecería ser tratada en la fundamentación jurídica de la demanda, pero precisamente esa trascendencia, no olvidemos que la falta de consentimiento informado constituye “per se” una mala praxis ad hoc, exigía que el Tribunal de instancia se refiriese a esa cuestión en la sentencia EDJ 1999/47139, al no hacerlo así incurre en incongruencia al no resolver una de las cuestiones debatidas en el proceso.

Por último el recurrente entiende que existe incongruencia como consecuencia de haber considerado la Sala a quo que debe tenerse en consideración la fecha de la declaración de incapacidad a efectos de determinar el día a quo por el computo del plazo de prescripción y por otra parte en el último fundamento jurídico se diga: “que las secuelas y efectos declarados en dicha resolución no son los propios del acto médico que nos ocupa”.

Lo cierto es que no existe la contradicción que el recurrente sostiene. Lo que la Sala de instancia afirma que es que, a la vista del resultado de la prueba, la perforación del esófago no fue producido por la actuación médica sino que era previa a aquella, y que carece de relevancia la apreciación del médico evaluador en el expediente de incapacidad.

Afirma la Sala a quo que la resolución administrativa en el expediente de incapacidad es un precedente administrativo no vinculante, por cuanto, como afirma el Tribunal Constitucional, el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la resolución judicial.

En el expediente de incapacidad se reconoce, es cierto, la situación de invalidez por rotura de esófago complicado con afección hepática, pero lo que determina la declaración de incapacidad no es la causa de la afección hepática y la perforación de esófago, en este punto la declaración de incapacidad no hace sino manifestar una opinión no vinculante, sino estos padecimientos en sí mismos y ello con independencia de que el perito procesal sostenga que la rotura de esófago una vez operado no debe ser en sí misma causa de incapacidad.

Lo que la Sala a quo afirma es que la cuestión, habida cuenta que entiende que no se ha probado que la lesión sea consecuencia del acto médico a que se imputa, es irrelevante en el caso de autos. Por otra parte la cuestión objeto de debate es precisamente la relación de causalidad entre el acto médico y la incapacidad declarada, por tanto, siendo esta la cuestión a dilucidar, es razonable que el plazo para el ejercicio de la acción no se computa sino desde el momento en que esta declaración se produce, otro caso es que no acreditada en el proceso la citada relación de causalidad la acción ejercitada pueda prosperar.

La Sala de instancia actúa correctamente en base al principio pro actione al entender que el plazo de la prescripción, a la vista del expediente de incapacidad, debe empezar a computarse cuando se declara éste como consecuencia de la extirpación del esófago, pero no incurre en contradicción alguna por afirmar que tal actuación administrativa no es vinculante, ni tampoco se pronuncia sobre si tal incapacidad es una consecuencia o no de la citada perforación de esófago, lo que sostiene es que la lesión es anterior a la endoscopia y no ha sido producida por esta.

CUARTO.- Estimado el motivo que nos ocupa en el extremo relativo a no haberse tratado y resuelto en sentencia EDJ 1999/47139 la cuestión relativa al consentimiento informado, se hace innecesario entrar a analizar los restantes motivos y debemos proceder a resolver la cuestión en los términos en que ha quedado planteado el debate, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley Jurisdiccional EDL 1998/44323, siendo innecesario entrar en el análisis de los restantes articulados por infracción del ordenamiento jurídico dado que esta Sala ha de resolver la cuestión en los términos en que ha quedado planteado el debate y por tanto resolver sobre la existencia o no de responsabilidad patrimonial, lo que constituye la cuestión que se plantea en este recurso y en los motivos articulados al amparo del artículo 88.1.d. de la Ley Jurisdiccional EDL 1998/44323.

De lo actuado resulta acreditado que el hoy recurrente fue atendido en el Severo Ochoa de Leganés como consecuencia de atragantamiento y tras la práctica de una radiografía y esofagograma se le practicó una endoscopia en la que se empujó el bolo alimenticio al estómago apreciándose una cavidad al borde y forma irregular que se estimó podría ser consecuencia de una neoplasia esofágica o pulmonar, razón por la que fue trasladado al Hospital Doce de octubre para ser intervenido a la vista de la perforación esofágica practicándole esofagectomía, esofagostoma y gastrotomía. Cuatro meses más tarde se le reconstruyó el tránsito intestinal mediante una nueva intervención y veinte días después se realiza tránsito gastroduodenal que muestra buen paso de contraste a través de anastomosis esofagocolica y paso un poco enlentecido a través de anastomosis calogastrica que le fueron efectuadas en la segunda intervención.

La prueba pericial sostiene que con independencia de que la radiografía de tórax no sea prueba suficiente para diagnosticar rotura esofágica si suele ser la única exploración solicitada antes de practicar la endoscopia, no obstante en el caso de autos se procedió a practicar además un esofagograma baritado que sí es la prueba de elección para el diagnóstico de perforación esofágica, sin que ninguna de las dos pruebas pusiere de manifiesto la perforación, razón por la que se lleva a cabo la endoscopia como tratamiento adecuado para liberar el esófago del paciente del bolo de alimento en él impactado.

De la prueba pericial resulta igualmente que no puede estimarse probado que la perforación de esófago fuera causada por la endoscopia sino que esta puso al descubierto una rotura incompleta o perforación en cubierta previa, en otro caso, afirma el perito, cerciora de explicación la cavidad esofágica observada al introducir el endoscopio y que el endoscopista sugería podría ser por su aspecto una perforación, siendo, en opinión del perito, la causa de esa perforación las náuseas y vómitos que en el propio paciente se provocó.

Debe considerarse igualmente hecho probado la falta de consentimiento informado previo a la endoscopia ya que negado este por el recurrente la Administración Sanitaria no ha practicado prueba alguna para acreditar la existencia de tal consentimiento, sin que sea suficiente la simple afirmación del endoscopista de que informó al paciente verbalmente.

Importa también recordar que, tal y como pusimos de manifiesto en el fundamento anterior, la reclamación de responsabilidad patrimonial se refiere solo a la actuación médica desarrollada en el Hospital Severo Ochoa, concretamente a la atención del endoscopista, por tanto es irrelevante en lo que al caso de autos se refiere el que la intervención quirúrgica primeramente llevada a cabo en el Hospital Doce de octubre pueda considerarse agresiva para la patología considerada y que haya venido determinada por el diagnóstico de un posible cáncer de esófago o pulmonar que resultó no existir. Plantear la cuestión en casación constituye cuestión nueva que no puede ser considerada.

Así las cosas, aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede por sí dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 EDJ 2002/15243 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad, tal y como acontece en el caso de autos. La perforación esofágica hemos dicho que resulta de la prueba pericial que se ha producido con anterioridad a la intervención de la Administración Sanitaria, por tanto ni esta lesión, ni sus consecuencias posteriores cualesquiera que estas sean, son imputables al actuar administrativo, por lo que en consecuencia no existe la relación de causalidad imprescindible para que puede declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración.

QUINTO.- No concurren los requisitos del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional en orden a una condena en costas de la instancia al no apreciarse temeridad ni mala fe debiendo cada parte soportar las por ella causadas en este recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

FALLO

Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Joaquín contra sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional de fecha 15 de septiembre de 1999 dictada en recurso núm.

867/97 EDJ 1999/47139 que casamos por no ser ajustada a Derecho y debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso interpuesto por el recurrente contra acto presunto del INSALUD.

Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. José Manuel Sieira Míguez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de la fecha de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130062004100100