

Id Cendoj: 28079130062009100685  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 2144/2006  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: OCTAVIO JUAN HERRERO PINA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. ASISTENCIA SANITARIA. MUTUA DE ACCIDENTES.  
RESPONSABILIDAD COMPARTIDA CON ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Septiembre de dos mil nueve

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuán en nombre y representación de la entidad FREMAP Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, contra la sentencia de 1 de diciembre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso 1207/02, en el que se impugna la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 14 de noviembre de 2001 al Instituto Nacional de la Salud por las secuelas que padece tras haber sido sometido a dos intervenciones quirúrgicas en el Hospital Doce de Octubre y FREMAP de Majadahonda. Han sido partes recurridas D. Juan Antonio representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carmen García Rubio y la Comunidad de Madrid representada por la Letrada de sus servicios jurídicos.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de diciembre de 2005 , objeto de este recurso, contiene el siguiente fallo: "Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo nº 1207/02, interpuesto -en escrito presentado el día 11 de julio de 2002- por la Procuradora Dña. Carmen García Rubio, actuando en nombre y representación de **D. Juan Antonio** , contra la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial deducida -escrito presentado el 14 de noviembre de 2001- como consecuencia de las graves secuelas que padece en la rodilla derecha (intervenida en múltiples ocasiones), rodilla izquierda (con proceso degenerativo importante) y sobrecarga muscular de trapecios y musculatura paravertebral, que le incapacitan para el trabajo y la deambulación, precisando silla de ruedas, tras haber sido sometido a dos intervenciones quirúrgicas (osteotomías) practicadas el 1 de octubre de 1997 en el Hospital 12 de Octubre y en el Hospital FREMAP de Majadahonda, **debemos declarar y declaramos que la Resolución presunta impugnada no es conforme a Derecho, y, en consecuencia, la anulamos, reconociendo el derecho del actor a percibir, en concepto de indemnización, la cantidad de 250.000 #, con sus intereses procesales desde la fecha de notificación de esta Sentencia a las codemandadas, a cuyo pago se condena, por mitad, a la Comunidad de Madrid y al FREMAP. Sin costas.**"

**SEGUNDO** .- Contra la citada sentencia se presentó escrito por el Procurador D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, en nombre y representación de la entidad FREMAP Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Número 61, instando nulidad de actuaciones al haber tenido conocimiento extra procesal de la misma, que no fue admitido a trámite al ser la sentencia susceptible de recurso de casación, que se tuvo por preparado mediante providencia de 7 de abril de 2006 , siendo emplazadas las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO** .- Con fecha 1 de junio de 2006 se presentó escrito de interposición del recurso de

casación, haciendo valer un único motivo al amparo del *art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción*, solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y se dicte otra manteniendo el fallo solo en cuanto a la Administración demandada y no frente a la recurrente, decretando no haber lugar a declarar su responsabilidad o, subsidiariamente, decretando la nulidad de lo actuado y ordenar la reposición de las actuaciones al momento procesal que garantice la defensa de sus intereses en el procedimiento.

**CUARTO.-** Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran escrito de oposición, solicitando la representación del reclamante que se declare la inadmisión del recurso o no haber lugar al mismo y, subsidiariamente, manteniendo en todos sus términos la sentencia recurrida, se condene a la Comunidad de Madrid a indemnizarlo en la cantidad de 250.000 euros.

Por su parte la Letrada de la Comunidad de Madrid entiende que FREMAP debió ser emplazada para contestar a la demanda y se opone a la solicitud de que sea condenada solo la Comunidad de Madrid a pagar la cantidad indicada.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 16 de septiembre de 2009, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Octavio Juan Herrero Pina**, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia recoge como hechos acreditados de interés para la resolución del pleito los siguientes:

"1) D. Juan Antonio, nacido el 21 de agosto de 1962, en 1980 (aproximadamente) se le practicó una menisectomía abierta al haberse producido -compitiendo deportivamente- la rotura del menisco interno de la rodilla derecha, obteniendo la plena recuperación a los tres meses de la intervención.

2) El 11 de julio de 1996, al bajar las escaleras en su lugar de trabajo (era vigilante Jurado), se le bloqueó totalmente la rodilla derecha, realizándose en FREMAP una resonancia magnética donde se apreció que el menisco interno de la rodilla derecha estaba desestructurado en el cuerno posterior, observándose cambios postquirúrgicos en compartimento interno sin lesiones asociadas y condromalacia rotuliana. Derivado a la Seguridad Social, el Traumatólogo de Zona le pautó rehabilitación durante cuatro meses. Al empeorar, el 9 de junio de 1997 le realizaron una toilette articular más menisectomía artroscópica, eliminando los restos del cuerno anterior del menisco derecho.

3) Al ser desfavorable su evolución, el 1 de octubre de 1997 se le practicó -Hospital 12 de Octubre- una osteotomía valguzante, colocándole yeso durante dos meses aproximadamente y, posteriormente, rehabilitación.

4) El 16 de junio de 1998 se le realizó una resonancia, observándose cambios quirúrgicos que afectan a platillo y metáfisis tibial proximal en el lado externo, engrosamiento de la porción distal del tendón rotuliano. En la articulación de la rodilla se apreciaban cambios degenerativos y así mismo se observaba una importante alteración de la morfología del cuerno posterior del menisco interno.

5) Derivado nuevamente a FREMAP, el 8 de julio de 1998 fue sometido a una osteotomía correctora e injerto liofilizado. Permaneció enyesado durante dos meses, practicándose después rehabilitación.

6) En agosto de 1998 se le concedió la incapacidad permanente total.

7) El 19 de abril de 1999 se repite resonancia magnética en la que se aprecia cambios postquirúrgicos en la intersección distal del tendón rotuliano y en el compartimento interno.

8) Derivado nuevamente a la Seguridad Social, acude al Hospital Alcorcón donde le diagnostican -julio de 1999- una pseudoartrosis de tibia. El 25 de febrero de 2000 se realiza una biopsia abierta. Se le practica una osteosíntesis con injerto de cresta ilíaca. En junio de 2000 se le diagnostica infección, realizándose desbridamiento. El 11 de octubre del mismo año se le retira material de osteosíntesis. Avivamiento del foco de pseudoartrosis y fijador de Hoffman, que se le retira el 11 de octubre del mismo año. El 9 de marzo de 2001 se le coloca prótesis de rodilla, se efectúa osteosíntesis en la fractura de tibia e injerto autólogo de tibia. En mayo de 2001 aparece nueva infección, con desbridamiento, se da cobertura a defecto cutáneo con colgajo de rotación de gemelo interno y reconstrucción de tendón rotuliano con tendón de Aquiles tunelizado a rótula. Colgajo fasciocutáneo en miembro inferior derecho (4 de julio de 2001). Se

produce nueva infección a nivel de prótesis, desbridamiento en rodilla e instauración de sistema de lavado articular (septiembre de 2001). Al persistir la infección a nivel de prótesis -octubre de 2001- se practica extracción de implantes y limpieza de superficies óseas, cementando la pierna y dejando espaciador con Gentamicina. El 18 de enero de 2002, infección y artrodesis de rodilla derecha con fijador externo tipo Hoffman. El 27 de julio del mismo año, comprensión axial de fijador y retirada del mismo y artrodesis de rodilla derecha con clavo intramedular en junio de 2002. En octubre del mismo año, desbridamiento de la zona fistulosa de la rodilla, extracción de tornillo de bloqueo proximal. El 20 de noviembre, retirada de clavo, fresado de la cavidad medular y limpieza agresiva de la zona afectada. Se deja sistema de lavado continuo y se realizan colgajos locales de rotación para cierre completo de la herida y colocación de fijador Hoffman. Infección de rodilla y cadera.

9) El miembro inferior derecho inerte, presenta una situación de total incapacidad funcional (pie, tobillo, pierna, rodilla y tercio inferior medio del fémur), con fuerte dolor (no solo a la mínima movilidad con las muletas, sino, incluso, en reposo), derrumbándose la anatomía funcional y mecánica del resto del cuerpo (miembro inferior, caderas y columna como mecanismo compensatorio a esa nulidad del miembro inferior: cervialgia compatible con contractura paravertebral y de trapecio). Es un gran inválido, permaneciendo en silla de ruedas.

10) Según Informe Pericial (Especialista en Traumatología y Médico Forense) aportado por la actora (ratificado judicialmente) las dos intervenciones practicadas el 1 de octubre de 1997 en el Hospital 12 de Octubre y el 8 de julio de 1998 en el Hospital FREMAP, lejos de solucionar el problema (pues la patología, según el Perito, estaba en la propia articulación de la rodilla), lo agravaron, siendo la causa de todas las intervenciones quirúrgicas sufridas desde marzo de 2000 en el Hospital Alcorcón. Lo correcto, en su opinión, hubiera sido realizar, desde el inicio, una artrodesis de rodilla o colocar una prótesis.

11) En el Informe del Médico-Forense, Especialista en Traumatología, emitido en las Diligencias Previas 2178/99 del Juzgado de Instrucción nº 8 (archivadas por Auto de 14 de noviembre de 2000), se considera que no existe "negligencia, ni falta de atención, ya que se hizo todo lo que había que hacer....No hay que olvidar que la patología que incapacita al informado es su propia artrosis (gonartrosis derecha tras una artroscopia realizada hace al menos 15 años) y que ésta no se debe a ninguna actuación médica, sino a su propia enfermedad, y que las artroscopias y osteotomías realizadas a partir de 1997 se hicieron solo en un intento de mejorar la sintomatología que venía presentando. Ambas intervenciones están indicadas en este tipo de patología como primer y segundo escalón de tratamiento. Otros tratamientos más agresivos incluyen la sustitución de la articulación de la rodilla por una prótesis e incluso el bloqueo de la misma mediante artrodesis".

12) En Informe de la Clínica Médico Forense de Madrid, y a petición del Juzgado de lo Social nº 19 de esta Capital (29/1/03) se contiene, como conclusiones: "En la actualidad no puede deambular por sí mismo, ni siquiera con bastones necesitando trasladarse en silla de ruedas, en rodilla derecha lleva un fijador externo y en la rodilla izquierda una ortesis. Presenta dolor e importante incapacidad funcional con limitación en el desarrollo, incluso de las actividades de la vida diaria. Es imposible que lleve a cabo una actividad laboral normalizada. Es previsible que esta situación se prolongue durante largo tiempo debiendo plantearse, incluso, la necesidad de ayuda de tercera persona".

13) En el Informe del Inspector Médico (no es Traumatólogo) -ratificado judicialmente- consta que en la artroscopia exploradora que se le realizó el 9 de junio de 1997 en el Instituto Carlos III (antes de la intervención en el 12 de Octubre) "se desprende que el paciente presenta una meniscopatía degenerativa en el cuerno anterior del menisco interno y artrosis importante en la rodilla derecha que afecta al comportamiento interno de la rodilla: cartílago tibial degenerado con hueso subcondral expuesto. Comportamiento externo: erosión de 1 cm. de diámetro del cartílago con fibrilación de éste. Comportamiento anterior o fémoro- patelar: signos degenerativos en el cartílago articular rotuliano con zona de hueso subcondral expuesto. Comportamiento anterior o fémoro-patelar: signos degenerativos en cartílago articular rotuliano con zona de hueso subcondral expuesta en faceta medial. El paciente tiene afectado los tres compartimentos de la rodilla con mayor intensidad en el interno. En estos casos con marcada gonartrosis del compartimento interior la lesión produce una modificación de los ejes de la pierna. Se produce una disminución del espacio interarticular medial con desviación del eje a VARO....La artrosis es un proceso degenerativo de las articulaciones con afectación del cartílago articular y del hueso subcondral que reacciona ante el desgaste del cartílago. En este proceso degenerativo influyen factores locales: traumatismo y lesiones previas, enfermedades reumatológicas....Factores generales: edad y predisposición genética....En el caso que nos ocupa, nada se opone a que el proceso desencadenante pudo haber sido la intervención de menisco realizada en el año 1981 en una persona con predisposición genética a la artrosis (de hecho esa fue la primera impresión diagnóstica "gnoartrosis medial postmeniscectomía 8-11-96). El

tratamiento de estas lesiones es siempre paliativo ya que no existe curación para la artrosis. El tratamiento se dirige a reducir el dolor, mantener la movilidad y reducir al mínimo la incapacidad....".

La Sala de instancia, valorando la prueba pericial, entiende que "la actuación adecuada hubiera sido, como afirma con rotundidad el Perito procesal de la actora y sugiere la Forense, la sustitución de la articulación afectada por una prótesis, e incluso, el bloqueo de la rodilla mediante artrodesis", considera que existe el imprescindible nexo causal entre las intervenciones quirúrgicas realizadas en el Hospital 12 de Octubre (1997) y en el FREMAP (1998) y la extraordinaria situación invalidante que padece el afectado, y acudiendo a la doctrina del daño desproporcionado, mantiene que "en la medida que ese resultado dañoso -que excede, como aquí acontece, del ámbito normal y razonable de riesgo que la actuación médica "ad hoc" comportaba- es materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público sanitario, procederá declarar la responsabilidad de la Administración, titular de dicho servicio, y, en este caso, también del FREMAP", cuantificando la indemnización en 250.000 euros, que al no haberse determinado el grado de influencia de cada una de las dos intervenciones realizadas en 1997 y 1998, deberá ser satisfecha por mitad por ambas demandadas.

**SEGUNDO.-** Frente a tal pronunciamiento se interpone este recurso de casación, en cuyo único motivo, formulado al amparo del *art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción*, se denuncia la infracción del *art. 24* de la Constitución, en relación con el *art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, alegando que el conocimiento del procedimiento y de la propia sentencia se produjo de manera extra procesal, sin que hubiera sido emplazada para comparecer en autos ni requerida en modo o sentido alguno y sin que hubiera sido parte en el procedimiento en cuestión, añadiendo que ni tan siquiera resultó conocedora de la existencia de la reclamación en curso y que tal reclamación se dirigió siempre contra la Administración Sanitaria, tanto en el expediente como en la demanda, por lo que la sentencia va más allá del contenido del suplico de la demanda, extendiendo la responsabilidad que se declara a la recurrente cuya condena en ningún momento fue instada, por lo que debe ser anulada, señalando los dos pronunciamientos posibles que ya se han señalado antes.

La parte recurrida, reclamante en instancia, alega la inadmisibilidad del recurso por la forma de presentación del escrito de preparación mediante fax ante el Tribunal Supremo, y se opone al mismo en cuanto la entidad recurrente tenía conocimiento de la reclamación tanto en vía administrativa como jurisdiccional y, subsidiariamente, se adhiere a la petición de la recurrente en el sentido de que se mantenga la condena a indemnización en la cantidad señalada en la instancia, aunque a cargo totalmente de la Comunidad de Madrid.

**TERCERO.-** Ha de rechazarse la causa de inadmisibilidad invocada por la parte recurrida, en una interpretación conforme con el principio *pro actione*, en cuanto la entidad recurrente formalizó en plazo y de manera suficiente para tener conocimiento de su voluntad de preparar recurso de casación y la concurrencia de los requisitos exigidos para ello, en escrito que, aun cuando se presentó por fax erróneamente ante el Tribunal Supremo, se dirigía correctamente a la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con adecuada identificación del procedimiento ordinario 1207/02, en el que se planteaba, por lo que solo una interpretación rigorista de los requisitos formales podría llevar a apreciar una inadmisibilidad como la que se plantea por la parte, en contra de la constante doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

**CUARTO.-** Por lo que se refiere al motivo de casación invocado, se plantean dos cuestiones, una la incongruencia del pronunciamiento de la sentencia de instancia en cuanto se alega que no se formuló en el proceso petición de indemnización respecto de la entidad aquí recurrente y, otra, la falta de emplazamiento en la instancia y consiguiente indefensión de la recurrente en cuanto el proceso se desarrolló sin su intervención.

Ninguna de ambas posturas puede acogerse por las siguientes razones: tanto en la reclamación inicial como en la demanda el reclamante atribuye el resultado lesivo a la asistencia sanitaria y concretamente las intervenciones a que fue sometido en el Hospital 12 de Octubre y en el FREMAP, de manera que aunque se dirija al Instituto Nacional de la Salud, en cuanto la prestación sanitaria se llevó a cabo en el ámbito de la sanidad pública, de la que la Mutua en cuestión es una entidad colaboradora de la Seguridad Social en el ámbito que le es propio, no puede entenderse limitada la exigencia de responsabilidad a la actividad llevada a cabo por el citado Hospital del INSALUD, sino que se extiende claramente a la que fue prestada por las distintas entidades en el ámbito de la sanidad pública, como de hecho apreció el propio INSALUD, cuya Coordinadora Provincial de I.T., Inspectora Médica, se dirigió a la propia Mutua FREMAP el 25 de marzo de 2002, según consta en los autos de instancia, comunicación en la que no solo se remite copia de la reclamación formulada por D. Juan Antonio sino que se pide copia íntegra de la Historia Clínica de interesado y de los documentos médico-administrativos del caso, así como informe

sobre la intervención efectuada el 25 de junio de 1998, solicitud de autorización con el consentimiento del interesado, informe de especialista sobre la oportunidad de la intervención y sobre el aspecto final comentado por el interesado, en lo referente a "dejar de ser asistido", lo acontecido sobre la consulta prevista del Dr. Cesar el 18-2-99, la suspensión de la misma y las razones de no existir (al menos) la revisión prevista "en un mes" a que se hace referencia en la Historia. No ofrece dudas el alcance de la reclamación formulada, su conocimiento pleno por FREMAP y su intervención en la tramitación del expediente administrativo, que contestó a dicha comunicación y requerimiento mediante escrito de 16 de abril de 2002. Otro tanto sucede con la impugnación en vía jurisdiccional, en cuya demanda se reitera la atribución de la responsabilidad a la asistencia sanitaria recibida en semejantes términos que la reclamación administrativa y aunque la demanda se vuelve a dirigir contra el INSALUD, expresamente se recoge en el suplico la petición de declaración de responsabilidad del Instituto Nacional de la Salud y de cualquier otra persona que se mostrase parte, como codemandada o coadyuvante, en el sentido de declarar la obligación de los demandados de responder las lesiones y secuelas sufridas por el recurrente y de resarcirle de las mismas. Por otra parte, la entidad FREMAP no solo tuvo conocimiento de que la reclamación inicialmente administrativa había alcanzado la vía jurisdiccional, sino que conoció el recurso contencioso administrativo que se había interpuesto y el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba, interviniendo incluso en el mismo, como resulta de la respuesta que dicha Mutua da a la Sala de los Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 4 de noviembre de 2003 , en la que se identifica perfectamente el recurso y el recurrente, y atiende el requerimiento del Tribunal sobre la aportación de documentos probatorios relativos a la atención prestada por FREMAP, como son el expediente médico completo del reclamante, original de las resonancias y radiografías practicadas y el escrito aclaración del consentimiento informado, figurando igualmente en los autos de instancia comunicación del siguiente día 23 de enero de 2004 al mismo Tribunal, en la que la Mutua contesta al Oficio de la Sala de 22 de diciembre de 2003 , remitiendo consentimientos informados que obran en la Historia Clínica del interesado. Todo lo cual y sin necesidad de abundar en otros documentos de las actuaciones y la propia relación entre dicha entidad y MAPFRE (que compareció en el proceso como codemandada) a que se refiere el perjudicado ya en la instancia, pone de manifiesto no solo el conocimiento de la reclamación formulada, tanto en vía administrativa como en la judicial, sino los términos de la misma y la tramitación del proceso e intervención en el periodo probatorio.

En estas circunstancias no cabe apreciar la incongruencia que se denuncia por la entidad recurrente, pues la reclamación formulada atribuye la lesión a la asistencia prestada tanto en el Hospital 12 de Octubre como por FREMAP y tampoco puede apreciarse que el posible defecto formal en el emplazamiento de la entidad en la instancia, haya supuesto indefensión para la misma y la consiguiente infracción de los preceptos que se citan en el motivo de casación, pues tal entidad tuvo perfecto conocimiento del proceso, la persona del reclamante y el objeto y alcance de su reclamación en momentos de la tramitación que permitían su personación en forma y defensa de sus intereses comprometidos en el pleito de los que tenía suficiente noticia, de manera que la falta de personación no es ajena a su propia actitud y por lo tanto ha de asumir las consecuencias de la misma, sin que se observe indefensión atribuible al desarrollo del proceso, pues, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, para que sea apreciable la lesión del derecho reconocido en el *art. 24* de la Constitución, no basta con que el interesado sea titular de un derecho o interés legítimo y propio, susceptible de afección en el proceso contencioso administrativo y que fuera identificable por el órgano jurisdiccional, sino que es preciso que se haya producido al recurrente una situación de indefensión real y efectiva (SSTC 26/1999, de 8 de marzo, FJ 3, 97/2000, de 10 de abril, FJ 3, y 178/2000, de 26 de junio, FJ 4 ), señalando que no hay indefensión real y efectiva cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa (SSTC 116/2000, de 5 de mayo, FJ 2, 300/2000, de 11 de diciembre, FJ 3, 161/2001, de 5 de julio, FJ 4 ), todo ello según se recoge en STC 246/2005, de 10 de octubre .

Por todo ello el motivo de casación debe ser desestimado.

**QUINTO.-** La desestimación del motivo invocado lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación, lo que determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el *art. 139.3 de la LRJCA* y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de cada la parte recurrida.

## FALLAMOS

Que desestimando el motivo invocado, declaramos no haber lugar al recurso de casación 2144/06, interpuesto por la representación procesal de la entidad FREMAP Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social contra la sentencia de 1 de diciembre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso

1207/02 , que queda firme; con imposición legal de las costas a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .