

Resumen

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que condenó a la Mutua al pago de la cantidad que debería satisfacer a la recurrente por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, derivada de la falta de advertencia de los riesgos derivados de la operación realizada, en la medida en que el recurrente pudo haber optado por otras alternativas a la cirugía abierta practicada. La Sala considera que la falta de consentimiento informado le produjo un daño susceptible de indemnización, pues de no haber ignorado que la intervención que en el año 2000 se le practicó no garantizaba la resolución total del padecimiento que experimentaba, se le privó de tomar la decisión que en uso de su autonomía y dignidad personal considerase más oportuna.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

art.5.2 , art.58 , art.71.1

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común

art.139 , art.141.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	11

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ASISTENCIA SANITARIA

RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN

MUTUALIDADES

CLASES

Otras

MUTUAS PATRONALES DE ACCIDENTES DE TRABAJO

ÁMBITO DE PROTECCIÓN Y ACTUACIÓN

COLABORADORAS EN LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Consentimiento informado

Daño efectivo

Concepto

Nexo causal

En general

Cuantía de la indemnización

En general

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Damnificado; Desfavorable a: Mutuas/Aseguradoras

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.5.2, art.58, art.71.1 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Aplica art.139, art.141.2 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.218 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 4/1999 de 13 enero 1999. Modificación L 30/1992, Régimen Jurídico de Administraciones Públicas

Cita Ley 30/1995 de 8 noviembre 1995. Ordenación y Supervisión de Seguros Privados

Cita art.106.2 de RD 429/1993 de 26 marzo 1993. Rgto. Procedimientos Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas

Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.10.5 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Cita art.9.3, art.24.1, art.106.2, art.120.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.1902 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP Asturias de 28 mayo 2010 (J2010/137047)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 junio 2010 (J2010/152297)

Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 julio 2010 (J2010/172287)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 noviembre 2010 (J2010/255147)

Citada en el mismo sentido por STSJ Extremadura Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 noviembre 2010 (J2010/298892)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 octubre 2010 (J2010/359882)

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 SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 julio 2011 (J2011/140509)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 julio 2011 (J2011/140515)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 julio 2011 (J2011/140523)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 julio 2011 (J2011/147621)

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 23 marzo 2011 (J2011/19809)

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 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 Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 octubre 2011 (J2011/291326)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 30 noviembre 2011 (J2011/306110)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 abril 2011 (J2011/65331)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 19 junio 2012 (J2012/124015)

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 (J2012/225234)

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 3 abril 2012 (J2012/77111)

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

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 4 noviembre 2008 (J2008/209827)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 7 julio 2008 (J2008/124121)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 21 febrero 2008 (J2008/17245)

Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 10 octubre 2007 (J2007/175373)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 13 julio 2005 (J2005/113885)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 9 febrero 2005 (J2005/13344)

Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 26 febrero 2004 (J2004/7534)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Nexo causal - En general STS Sala 3ª de 14 octubre 2002 (J2002/58669)

Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 26 marzo 2002 (J2002/15243)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 30 enero 1999 (J1999/2015)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 23 enero 1999 (J1999/1999)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 20 enero 1999 (J1999/729)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 28 diciembre 1998 (J1998/34769)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 21 noviembre 1998 (J1998/30916)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 10 noviembre 1998 (J1998/30863)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 31 octubre 1998 (J1998/28620)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 19 septiembre 1998 (J1998/22210)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 6 junio 1998 (J1998/10138)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 25 abril 1998 (J1998/5598)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 23 marzo 1998 (J1998/2826)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 14 abril 1998 (J1998/2822)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 14 marzo 1998 (J1998/2574)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 24 enero 1998 (J1998/1343)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 9 diciembre 1997 (J1997/21208)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 16 diciembre 1997 (J1997/10705)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 23 junio 1997 (J1997/6508)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 20 enero 1997 (J1997/1216)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 30 diciembre 1996 (J1996/10087)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 30 septiembre 1996 (J1996/7328)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 23 julio 1996 (J1996/6384)
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 31 julio 1996 (J1996/6223)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 10 octubre 1995 (J1995/6967)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 23 septiembre 1995 (J1995/6227)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 7 noviembre 1995 (J1995/5907)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 23 octubre 1995 (J1995/5230)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 15 julio 1995 (J1995/5180)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 16 mayo 1995 (J1995/3912)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 28 abril 1995 (J1995/2480)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 11 marzo 1995 (J1995/1692)

Bibliografía

Citada en "Autonomía del Paciente. Consentimiento Informado"

En la Villa de Madrid, a treinta de septiembre de dos mil nueve.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 263 de 2008, interpuesto por la Procuradora Dª Paloma Solera Lama en nombre y representación de Dª Nicolasa, contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha diez de octubre de dos mil siete, en el recurso contencioso-administrativo número 460 de 2.004.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, dictó Sentencia, el diez de octubre de dos mil siete, en el Recurso número 460 de 2004, en cuya parte dispositiva se establecía: "Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Nicolasa contra la resolución impugnada en los presente autos y expresada en el fundamento jurídico primero, anulándose la misma por ser conforme a Derecho. Condenar a la Mutua FREMAP al pago de la cantidad de 9.000 euros, que deberá satisfacer a la recurrente. No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas".

SEGUNDO.- En escrito de tres de diciembre de dos mil siete, la Procuradora Dª Paloma Solera Lama en nombre y representación de Dª Nicolasa, interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha diez de octubre de dos mil siete. La Sala de Instancia, por Providencia de diez de diciembre de dos mil siete, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de uno de febrero de dos mil ocho, la Procuradora Dª Paloma Solera Lama en nombre y representación de Dª Nicolasa, procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de ocho de septiembre de dos mil ocho.

CUARTO.- En escritos de veinticinco de noviembre y dos de diciembre de dos mil ocho, el Procurador D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuán en nombre y representación de FREMAP Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social

número 61 y el Sr. Abogado del Estado, en la representación y defensa que legalmente ostenta, respectivamente manifiestan su oposición al Recurso de Casación y solicitan se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día dieciséis de septiembre de dos mil nueve, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D^a Nicolasa recurre la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de diez de octubre de dos mil siete, pronunciada en el recurso 460 de 2.004 que estimó en parte el mismo y condenó a la Mutua FREMAP al pago de la cantidad de 9.000 euros que debería satisfacer a la recurrente. El acto impugnado fue según la Sentencia recurrida la resolución desestimatoria por silencio del INSALUD de la petición formulada por la actora en uno de abril de dos mil dos de reclamación por responsabilidad patrimonial.

SEGUNDO.- La Sentencia de instancia en el segundo de sus fundamentos de Derecho efectúa a modo de declaración de hechos probados la síntesis de lo acontecido refiriendo para ello lo que sigue: "Son hechos probados en autos, sin perjuicio de los que se expongan en ulteriores fundamentos jurídicos, por deducirse de los documentos que obran en el expediente administrativo o ser reconocidos por las partes, además de los informes periciales que obra en autos, que la actora de 49 años a la fecha presente, ordenanza de profesión, con fecha 6 de abril de 2.000, acude al servicio de Urgencias por dolor en hombro izquierdo, que aumenta con la movilización, refiriendo entumecimiento en la zona. Obtiene la primera baja en esa fecha. Después de realizar diversas pruebas se le diagnostica tendinitis en el hombro izquierdo. Se prescribe brazo en cabestrillo, con antiinflamatorios e infiltraciones, y posterior tratamiento de rehabilitación en los Servicios Médicos del FREMAP de Ávila. A raíz de la realización de una resonancia magnética se le diagnostica tendinitis del supraespinoso, con disminución del espacio subacromial, sin rotura de los tendones del manguito, según informe de fecha 31.8.2000. Es intervenida quirúrgicamente el 16.11.2000 en clínica de FREMAP de Majadahonda, previa autorización del INSALUD, realizando descompresión del espacio con extirpación de ligamento C-A, burssectomía y acromioplastia.

Se practica nueva infiltración en fecha 31 de enero de 2.001 y concluye rehabilitación en Majadahonda, presentando disminución de la movilidad de hombro en rotación interna y pérdida de fuerza. Ante la reaparición del dolor se realiza estudio ecográfico en el que aprecia la existencia de un derrame. En fecha 17.5.2001 se le da el alta médica. Tras período vacacional se instaura tratamiento rehabilitador para potenciar musculatura, apreciándose en ecografía mejora de la situación, signos degenerativos con rotura en el tendón supraespinoso. En fecha 27.11.2001 se le da el alta en rehabilitación.

Realizada exploración en fecha 11.12.2001 presenta hombro doloroso, sensación de entumecimiento, limitación de movimiento de hombro izquierdo y pérdida de fuerza.

En fecha 18.2.2002 se practica resonancia magnética que refleja un compromiso de espacio subacromial. Se le da de baja laboral por depresión durante 2.003 y 2004. En fecha 16.2.2004 se realiza artroscopia con limpieza en el Hospital de La Paz, apreciándose la existencia de adherencias. Realiza tratamiento rehabilitador durante año y medio después de la última intervención. En junio de 2.005, tras previa resonancia, se aprecia tendinitis del manguito con acromión de morfología ganchosa y nuevo osteofito inferior. Han quedado como secuelas de la recurrente las de dolor en hombro, atrofia muscular y pérdida de fuerza, con limitación de movimiento de hombro izquierdo.

Presentada reclamación de responsabilidad patrimonial frente al INSALUD en fecha 1.4.2002, después de emitirse (sic) el expediente a la Comunidad de Castilla y León en fecha 4.4.2002, finalmente se remite el expediente al INSS en fecha 16 de abril de 2.004, sin que se resolviese la reclamación formulada por la recurrente, quedando desestimada por silencio".

El fundamento tercero de la Sentencia hace un resumen de la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en España, y en el cuarto aborda la resolución de la cuestión planteada y lo hace rechazando las pretendidas vulneraciones de la Lex Artis que se imputan a los responsables de la asistencia sanitaria prestada en la entidad colaboradora en la que autorizada por la Administración se atendió a la recurrente. Para ello se analiza cada una de esas cuestiones poniendo especial atención en la falta de consentimiento informado de la que se deriva una imputación a la entidad codemandada de pérdida de oportunidad al paciente al que como consecuencia de ello debe indemnizarse. Así dice ese fundamento de Derecho lo que sigue: "Para resolver el presente recurso, procederemos a realizar una interpretación conjunta de todos los informes médicos practicados, los cuales han de ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica. En esta línea la recurrente centra la negligencia médica imputada al FREMAP en los siguientes extremos: -Falta de tratamiento conservador previo a la intervención de 16 de noviembre de 2.000. La actora se basa para llegar a esta conclusión en el informe de parte del Dr. Pablo.

Pero lo cierto es que de la documental que obra en el expediente se deduce que ese tratamiento conservador existió, y consistió en el empleo de antiinflamatorios, rehabilitación e infiltraciones. Así se deduce del informe de la Dra. Edurne de fecha 18 de junio de 2.001 y del Dr. Victorio de 22.11.2001. E incluso del dictamen del perito de la actora, D. Pablo, en la ratificación de fecha 21 de noviembre de 2.006, a preguntas de este Tribunal, aunque indicase que dicha rehabilitación fue escasa. Y si no comenzó en un primer momento la rehabilitación fue por hallarse el brazo en cabestrillo durante un período de tiempo. Por otro lado, el informe del Dr. Luis Francisco tampoco ha aclarado suficientemente qué diferencia existió entre el tratamiento previo a la operación realizado y la potenciación muscular al que alude en la ratificación judicial de fecha 13 de febrero de 2.007.- Realización de hasta cinco infiltraciones a la paciente, excediéndose de tres, que se considera, según el informe D. Pablo, como el máximo posible para ser considerada una adecuada práctica clínica. Esta alegación tampoco puede prosperar. Es cierto que antes de dicha intervención se practicaron cuatro

infiltraciones a la paciente, lo cual tampoco se revela de por sí como una inadecuada práctica médica, vistos todos los informes evacuados en autos, no obstante el informe de parte aportado por el actor, único que obra en el sentido apuntado por el recurrente.- Realización de una rehabilitación forzada de la paciente, según revela el informe de D^a Edurne de fecha 18 de junio y 2 de julio de 2.001.

Tampoco ello se revela de por sí como una inadecuada práctica médica, pues el forzamiento es el que va encaminado a la movilización, y no por ello se deduce que sea inadecuado. - Por último, la actora pone de relieve la necesidad de haber acudido a una técnica de cirugía artroscópica con preferencia a la cirugía abierta desarrollada. Para ello se invoca el informe D. Pablo, pero el citado informe se halla desvirtuado por los informes de los Dres. Alejo y D. Luis Francisco (especialmente preguntas 3^a y 4^a de la parte recurrente y primera del letrado de FREMAP en la ratificación judicial de fecha 13 de febrero de 2.007). -Falta de consentimiento informado por escrito, exigido por el art. 10.5 de la ley general de Sanidad EDL 1986/10228 14/1986 de 25 de abril. Como sabemos la doctrina del Tribunal Supremo ha dado especial relevancia a esta exigencia, considerando ya su falta una mala praxis. Lo cierto es que únicamente consta en autos el consentimiento otorgado para la práctica de la anestesia, pero no respecto de la intervención habida en fecha 16 de noviembre de 2.000, sin constar por tanto, la advertencia de los riesgos que aquélla conllevaba. Igualmente hemos de decir que del informe del Dr. Luis Francisco ratificado ante este Tribunal se deduce que las secuelas quirúrgicas fueron consecuencia de la operación de acromioplastia realizada con anterioridad (pregunta undécima).

Por consiguiente, aún admitiendo conforme a la doctrina del Tribunal Supremo antes mencionada que la falta de consentimiento informado, por sí sola, y sin daño alguno al paciente, no origina obligación alguna de indemnizar, lo cierto es que en el presente caso, dicha intervención, aunque admitamos que su realización no supuso una mala praxis, -el fracaso del tratamiento anterior lo pone de relieve-, conllevó para el recurrente que perdiese una oportunidad de elegir otra técnica diferente, como la artroscópica, o incluso no ser operado, siendo así que la operación no puede decirse que resultase ser exitosa cuando se precisó de una quinta infiltración, de rehabilitación funcional realizada en Ávila y Majadahonda, y de una operación de cirugía artroscópica, habiendo tenido lugar diferentes secuelas, como las de hombro doloroso, limitación funcional y atrofia de los músculos, con pérdida de fuerza, siendo así que las demás secuelas indicadas por la actora, o constituyen una reiteración de las anteriormente expresadas o no está acreditada suficientemente la relación con la mentada intervención, sin que ello signifique que se trate de un resultado desproporcionado, dado que constituyen riesgos típicos de la intervención, tal como lo revela el informe de D. Alejo, sin que haya habido prueba suficiente de contrario". Y concluye la Sentencia en el fundamento quinto materializando la obligación de indemnizar que deriva de la pérdida de oportunidad señalada y fijando la cantidad en que aquella se establece afirmando el fundamento citado que:

"En consecuencia, ha de surgir un deber de indemnizar, por imperativo del art. 139 de la ley jurisdiccional, si bien esa responsabilidad ha de venir derivada de la pérdida de oportunidad a la que anteriormente hemos hecho referencia derivada de la falta de advertencia de los riesgos derivados de la operación realizada, en la medida en que el recurrente pudo haber optado por otras alternativas a la cirugía abierta practicada. Por consiguiente, el deber de indemnizar ha de alcanzar a ese concepto, y no a los daños producidos, incluidos los días de hospitalización, por lo que a la vista de edad del paciente, 49 años, praxis judicial habitual, entidad del daño y situación de padecimiento anterior de la víctima y demás circunstancias concurrentes, se estima en la cifra de 9.000 euros. Dicha indemnización deberá ser satisfecha por la Mutua FREMAP, prestadora de la intervención quirúrgica, y a quien ha de atribuirse el daño causado en los términos expuestos en el anterior fundamento jurídico, sin que se aprecie responsabilidad del Ministerio de Trabajo, cuya función de tutela sobre las Mutuas alcanza a las materias reguladas en la ley de Seguridad Social, conforme a lo dispuesto en el art. 5.2.c 71.1 y 68 del Real Decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio EDL 1994/16443 , que contiene el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, por lo que no se extiende dicho deber de tutela respecto de la asistencia prestada por enfermedad común, como es el supuesto de autos, lo cual no es discutido por las partes. Procede en consecuencia, la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, anulándose la resolución impugnada, y en consecuencia, proceder al abono por parte de la MUTUA FREMAP de la cantidad de 9.000 euros a favor de Nicolasa, y ello sin incluir los intereses legales, al entenderse que se trata de una cifra actualizada al presente momento procesal de dictarse sentencia".

TERCERO.- Antes de seguir adelante con la resolución del recurso se ha de responder a la alegación que opone el Sr. Abogado del Estado en relación con la no admisión del recurso que funda en que ninguno de los conceptos reclamados por sí sólo y por separado supera el límite de los 150.000 euros que exige el art. 86.2. b) para admitir el recurso. Cuestión que por el contrario no plantea la codemandada en la instancia y también ahora recurrida. Esa alegación no puede prosperar. La cuantía de la indemnización pretendida en la instancia se fijó en la suma de 160.000 euros que superaba la cuantía fijada por la Ley como frontera que impide la posterior interposición en su caso del recurso de casación. La Sentencia otorgó como indemnización la suma de 9.000 euros de modo que la diferencia entre lo pretendido y lo otorgado aún era suficiente para seguir teniendo derecho a recurrir en casación la demandante. Pero con independencia de lo anterior la cuantía en supuestos como el presente en el que se pretende la reparación integral del daño experimentado no puede fraccionarse tomando en consideración los distintos conceptos o partidas en que se divida la suma total reclamada puesto que es esa cantidad global la que constituye la cuantía del proceso.

CUARTO.- El recurso de casación contiene cuatro motivos de casación. Tres de ellos se acogen al apartado d) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción y el formulado en último lugar lo hace invocando el apartado c) del mismo ordinal y artículo. Pues bien comenzando por el examen de este último motivo que supone imputar a la Sentencia el "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte" el mismo considera vulnerado el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 por falta de valoración y cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por la recurrente al haber actuado la Sala de forma ilógica, irracional y arbitraria. El motivo se inicia afirmando que la Sentencia de la Audiencia Nacional resulta tan irracional y arbitraria, como contradictoria.

Y añade que: "La Sentencia combatida, también de forma irracional y arbitraria, no considera ni valora los daños perfectamente acreditados y referidos en la propia Sentencia.

A pesar de sufrir una situación clínica sumamente delicada, el Tribunal a quo no considera ni valora sus secuelas. Sencillamente se acoge a valorar, únicamente, el daño moral que le supone a la paciente el hecho de no haber sido informada de los riesgos, cuando lo lógico sería haber recogido las secuelas y lesiones a las que se refiere la Sentencia con motivo de la falta de diligencia de los Servicios Sanitarios.

Son muchos los errores y omisiones en los que incurre la sentencia para llegar a una situación tan injusta como resulta el hecho de conceder 9.000 euros a una paciente que queda con secuelas irreversibles y gravosas a consecuencia de una actuación médica indebida. Precisamente, las circunstancias que de forma parca y lacónica toma en consideración la Sentencia en el Fundamento de Derecho Quinto "días de hospitalización, edad de la paciente, 49 años (actualmente), praxis judicial habitual, entidad del daño" deberían servir de fundamento para incrementar la indemnización y no lo contrario que es lo que hace irracionalmente el Tribunal A Quo".

¿Por qué 9.000 y no 90.000 Euros? Por ejemplo.

Si aplicando un baremo orientativo al que, por cierto, suele sujetarse el Tribunal "A Quo" en casos similares, como es el de la Ley 30/92 EDL 1992/17271, si dicho baremo lo aplicamos huyendo de cálculos matemáticos y tan sólo orientativos y si nos acogemos a los daños y perjuicios que reconoce la propia Sentencia, la indemnización resultante rondaría los 160.000 Euros. Entonces, ¿Cómo es posible que se aminore la indemnización hasta los 9.000 Euros por aplicación de esa supuesta pérdida de oportunidad?, ¿No resulta absolutamente arbitraria y desorbitada tal reducción del montante indemnizatorio?, ¿No resulta evidente que existen desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media? Si nos hacemos estas preguntas es, sencillamente, porque la Sentencia de Instancia no lo explica.

Desde luego, la conclusión indemnizatoria a la que llega la Sentencia es realmente injusta e injustificada atendiendo a un caso en el que, como reconoce el Fundamento de Derecho Cuarto "No puede decirse que la operación resultase exitosa cuando se precisó de una quinta infiltración, de rehabilitación funcional realizada en Ávila y Majadahonda, y de una operación (reintervención) de cirugía artroscópica, habiendo tenido lugar diferentes secuelas, como las del hombro doloroso, limitación funcional y atrofia en los músculos, con pérdida de fuerza (...)".

Tiene dicho la Sala, entre otras, en las Sentencia de 11 de marzo EDJ 1995/1692, 28 de abril EDJ 1995/2480, 16 de mayo EDJ 1995/3912, 15 de julio EDJ 1995/5180, 23 de septiembre EDJ 1995/6227, 10 EDJ 1995/6967 y 23 de octubre EDJ 1995/5230 y 7 de noviembre de 1995 EDJ 1995/5907, 23 EDJ 1996/6384 y 27 de julio EDJ 1996/6223, 30 de septiembre EDJ 1996/7328 y 30 de diciembre de 1996 EDJ 1996/10087, 20 de enero EDJ 1997/1216, 23 de junio EDJ 1997/6508, 22 de noviembre, 9 EDJ 1997/21208 y 16 de diciembre de 1997 EDJ 1997/10705, 20 EDJ 1999/729 y 24 de enero EDJ 1998/1343, 14 EDJ 1998/2574 y 23 de marzo EDJ 1998/2826, 14 EDJ 1998/2822 y 25 de abril EDJ 1998/5598, 6 de junio EDJ 1998/10138, 19 de septiembre EDJ 1998/22210, 31 de octubre EDJ 1998/28620, 10 EDJ 1998/30863 y 21 de noviembre EDJ 1998/30916 y 28 de diciembre de 1998 EDJ 1998/34769, 23 EDJ 1999/1999 y 30 de enero de 1999 EDJ 1999/2015, "que no tiene acceso a la casación el error de hecho en que hubiera podido incurrir la Sala de instancia al apreciar las pruebas, salvo que se alegue y demuestre que hubiese procedido ilógicamente o arbitrariamente, o conculcase, al hacerlo, principios generales del derecho o las reglas de la prueba tasada". Debemos añadir que la Sala de este Tribunal Supremo viene sosteniendo que nada impide a un Tribunal de casación llevar a cabo una integración del "factum" cuando la sentencia de instancia omite y no entra a considerar datos suficientemente demostrados de constatada notoria influencia en el fallo, pues lo contrario impondría tolerar la vulneración del principio tutela judicial eficaz proclamado en los artículos 24.1 y 120.3 CE EDL 1978/3879. Y no es menos cierto que el art. 9.3 CE EDL 1978/3879 prohíbe a todos los poderes públicos actuar arbitrariamente. Y un Tribunal de justicia actúa de modo arbitrario cuando prescinde "sin razonarlo de ninguna manera- de analizar aquella o aquellas pruebas que por sus características y por su directa relación con la cuestión debatida tendrían que haber sido analizadas de manera específica. Y esto es lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa".

El motivo debe rechazarse. La razón esencial por la que no puede prosperar es por que el mismo posee un planteamiento claramente erróneo. Se acoge al apartado c) del número 1 del art. 88 de la Ley y en apoyo de su pretensión que reconduce a la indebida valoración de la prueba por la Sala de instancia menciona los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución EDL 1978/3879, así como el 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463. Ese elenco de preceptos nada tienen que ver con la valoración de la prueba que efectúe el Tribunal de instancia en la Sentencia sino con la congruencia y la motivación de la misma. Y sobre esto nada dice el motivo. La Sentencia es perfectamente congruente con las pretensiones ejercitadas aunque no las satisfaga, e, igualmente, está suficientemente motivada. Si lo que se quería combatir, como se desprende de la argumentación del motivo, era la valoración de la prueba el motivo debió acogerse al apartado d) del número 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción y al no hacerse así, en consecuencia el mismo debe decaer.

QUINTO.- El primero de los motivos con el amparo ya citado más arriba afirma, que la Sentencia infringió los artículos 139.1 y 141 de la Ley 30/1.992 EDL 1992/17271, en relación con el Real Decreto 429/1.993, artículo 106.2 EDL 1993/15801 de la Constitución, Ley 30/1.995 EDL 1995/16212 y art. 1.902 del Código Civil EDL 1889/1. Dice el motivo que: "Se dan todos los requisitos exigidos por el artículo 139.1 y 141 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271, en relación con el Real Decreto 429/93, artículo 106.2 EDL 1993/15801 de la Constitución, Ley 30/95 EDL 1995/16212, para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y, sin embargo, ésta no ha sido condenada al pago de la indemnización de los daños y perjuicios realmente ocasionados a D^a Nicolasa.

Y en este marco de la responsabilidad patrimonial existe una norma específica, el artículo 141.2 de Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que dispone que EDL 1992/17271: "La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes del mercado". Norma que, junto con el resto de las citadas y demás concordantes, ha sido infringida por no darse una reparación íntegra del daño en atención a una irracional

aplicación de la misma. De la prueba practicada se desprende que, efectivamente, se ha ofrecido una asistencia médica deficiente por parte de los Servicios Sanitarios del INSS, directamente responsable de los daños que hoy sufre D^a Nicolasa, que no tiene el deber jurídico de soportar, al venir dado por un funcionamiento anormal de la administración. La Sentencia recurrida olvida que en el presente caso sí se ha producido un daño físico que indemnizar, al margen del daño moral por la ausencia de información o de esa supuesta pérdida de oportunidad por no haberle posibilitado la opción de desistir de la cirugía o de elegir alguna de las alternativas.

El Tribunal de Instancia, después de reconocer la acreditación de una relación de causalidad entre la actuación sanitaria prestada y el daño indemnizable al acoger el criterio del Dr. Luis Francisco, afirmando que "Las secuelas quirúrgicas fueron consecuencia de la operación de acromioplastia realizada" y que "la falta de consentimiento informado (...) conllevó para el recurrente que perdiese la oportunidad de elegir otra técnica diferente, como la artroscópica, o incluso no ser operado" dice en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia que "Ha de surgir un deber de indemnizar (...) si bien esa responsabilidad ha de venir derivada de la pérdida de oportunidad a la que anteriormente hemos hecho referencia derivada de la falta de advertencia de los riesgos derivados de la operación realizada, en la medida en que el recurrente pudo haber optado por otras alternativas a la cirugía abierta practicada", o no haberse operado. Descendiendo al caso que nos ocupa, mi representada ha dejado claro a lo largo del procedimiento que "Si hubiera conocido previamente los riesgos de esta intervención, jamás la habría consentido y jamás habría sido operada" (ver página 11 del escrito de Demanda).

Entonces, ¿De que pérdida de oportunidad está hablando la Sentencia?; ¿Por qué aminora de forma arbitraria y desorbitada la indemnización resultante en base a los daños y perjuicios que reconoce existir la propia Sentencia? Es más. La propia Sentencia reconoce que la operación consistente en cirugía abierta no era estrictamente necesaria al existir otras alternativas, incluida la conservadora.

La teoría de la pérdida de oportunidad debió nacer exclusivamente para dar solución a situaciones en las que el paciente pierde una mera expectativa que dista mucho de las verdaderas posibilidades terapéuticas aunque no se descarte, como sucede con determinadas enfermedades que, en principio, pudieran considerarse incurables salvo descritas excepciones, así por ejemplo, algunas especies de carcinomas muy evolucionados y agresivos, con metástasis que tengan alguna posibilidad terapéutica por pequeña que esa sea".

La sentencia no repara íntegramente el daño ocasionado al paciente a quien únicamente le reconoce un daño moral en función de una mal entendida y mal aplicada teoría de pérdida de la oportunidad, dejando a un lado el resto de daños y perjuicios físicos que sufre, que no indemniza, infringiendo la normativa citada que exige la reparación íntegra ponderando todas las circunstancias concurrentes en el caso incluyendo el conjunto de perjuicios de toda índole que se han causado. Si se quiere reparar íntegramente el daño no cabe alegar la teoría de la pérdida de oportunidad para aplicar una disminución o merma en la indemnización, más todavía teniendo en cuenta la gravedad de los daños que sufre el paciente y que traen causa en la omisión.

Además, cuando la relación de causalidad cobra tanta intensidad como en este caso, aun en el caso de que fuera aplicable la teoría de la pérdida de oportunidad, no debe servir para modificar la cantidad indemnizable.

Debe quedar suficientemente claro que no se trata de atacar la indemnización por el solo hecho de no adecuarse a nuestra petición sino de mostrar que las citadas infracciones han dado lugar a una indemnización inaceptable, esto unido a la irracionalidad que pasamos a exponer en el siguiente motivo.

En conclusión, la infracción de la *lex artis* a la que alude y reconoce la Sentencia ahora recurrida debió generar algo más que la compensación de un daño moral por no haberse presentado una pérdida de oportunidad puntual sino más bien un daño directamente relacionado con la omisión de la diligencia debida".

El segundo de los motivos reprocha a la Sentencia la no aplicación de los criterios jurisprudenciales y normativos en cuanto a los requisitos necesarios para que surja la Responsabilidad Patrimonial de la Administración y en cuanto a la valoración y cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados a raíz de la ausencia de información previa.

Según dice: "La jurisprudencia ha precisado que para apreciar la existencia de esta responsabilidad son precisos los siguientes requisitos:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta.

Todos los requisitos se cumplen en el presente caso, pues el daño producido es individualizado y evaluable económicamente; el daño está absolutamente acreditado, descrito y valorado tanto en la Demanda como en el presente escrito".

Existe una directa e inmediata relación causa (ausencia de información)- efecto (secuelas físicas consistentes en hombro doloroso, limitación funcional y atrofia en los músculos, con pérdida de fuerza que le impiden un normal desempeño de sus actividades cotidianas, incapacidad laboral, incapacidad temporal, necesidad de rehabilitación, de nuevas reintervenciones así como un incalculable daño moral), ya que se mantuvo absolutamente desinformada a la paciente y a su familia acerca de los riesgos que la intervención podría acarrear así como del resto de alternativas quirúrgicas y no quirúrgicas para tratar su problema.

Y decimos que la relación de causalidad cobra una elevada intensidad en este caso por cuanto la operación, si bien estaba indicada, según recoge la Sentencia (algo con lo que discrepamos pero que no es motivo del presente recurso), no era estrictamente necesaria pues existían otras alternativas técnicas a la técnica empleada e incluso la opción conservadora, es decir, no operar, en cuyo caso no estaríamos ante secuelas o daños postquirúrgicos que deben ser valorados e indemnizados adecuada e íntegramente.

El Tribunal de Instancia, reconoce la existencia de una adecuada relación de causalidad entre la actuación sanitaria prestada y el daño indemnizable al acoger el criterio del Dr. Luis Francisco, afirmando que "las secuelas quirúrgicas fueron consecuencia de la operación de acromioplastia realizada" y que "la falta de consentimiento informado (...) conllevó para el recurrente que perdiese la oportunidad de elegir otra técnica diferente, como la artroscópica, o incluso no ser operado. En cuanto al daño ocasionado, consideramos que la cuantía indemnizatoria que se solicita es muy ajustada, incluso por debajo del baremo que sugiere la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados EDL 1995/16212, precisamente porque pensamos, al igual que parte de la doctrina jurisprudencial, que las indemnizaciones deben inclinarse por una aplicación racional y no matemática, con la que estamos de acuerdo, el baremo debe servir, al menos, como criterio orientativo". Y añade el motivo al referirse a la cuantificación del daño desglosando el importe a reclamar por las secuelas físicas, estéticas, incapacidad temporal, permanente parcial en grado máximo y el factor corrector por hallarse la recurrente en edad laboral añadiendo a todos esos motivos de reclamación el relativo al precio del dolor para obtener de ese modo la cantidad reclamada en la instancia.

El tercero de los motivos reitera la infracción del art. 106.2 de la Constitución EDL 1978/3879, los artículos 26,28 y 32 de la Ley 26/1.984 de Consumidores y usuarios así como la vulneración del principio de reparación integral del daño de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1.992. Y así manifiesta que: "La conclusión del Tribunal de Instancia al decidir indemnizar tan sólo el daño moral o esa incomprensible "pérdida de oportunidad", al margen del daño corporal irrogado, es simplista al no entender que los daños postquirúrgicos no se habrían materializado si la paciente hubiera sido informada adecuadamente acerca de los riesgos.

Es decir, si se hubiera cumplido con el deber de información, D^a Nicolasa habría tenido la oportunidad de desistir de la operación sin asumir los riesgos de la misma, optar por alguna de las alternativas técnicas, quirúrgicas o conservadoras, o esperar el curso natural de los acontecimientos. Y ha quedado acreditado y jamás rebatido que jamás habría autorizado la operación si hubiera conocido los riesgos de la cirugía.

Hemos de tener en cuenta que no se trataba de una cirugía urgente y que su no realización no comprometía la vida ni la integridad física de mi representada.

La Sentencia no repara íntegramente el daño corporal ocasionado a la paciente a quien únicamente le reconoce un daño moral en función, únicamente, de la ausencia de información previa y falta de consentimiento informado y esa supuesta pérdida de oportunidad, dejando a un lado el resto de daños y perjuicios físicos que sufre, que no indemniza, infringiendo la normativa citada que exige la reparación íntegra ponderando todas las circunstancias concurrentes en el caso incluyendo el conjunto de perjuicios de toda índole que se han causado. Si se quiere reparar íntegramente el daño no cabe que tan sólo ha existido un daño moral por la ausencia de información, más todavía teniendo en cuenta la gravedad de los daños que sufre la paciente, que reconoce la propia Sentencia y que traen causa en la omisión informativa.

Debe quedar suficientemente claro que no se trata de atacar la indemnización por el solo hecho de no adecuarse a nuestra petición sino de mostrar que las citadas infracciones han dado lugar a una indemnización inaceptable, esto unido a la irracionalidad que pasamos a exponer en el siguiente motivo.

En conclusión, la infracción de la lex artis a la que alude y reconoce la Sentencia ahora recurrida debió generar algo más que la compensación de un daño moral o pérdida de oportunidad por haberse presentado un daño directamente relacionado con la omisión de la diligencia debida".

Se opone a los motivos por la recurrida Fremap que: "Ha sido probado que el diagnóstico de la patología fue correcto en todo momento. Igualmente, que los tratamientos "conservadores" intentados fracasaron sin que arrojaron un resultado satisfactorio para la paciente.

También se ha acreditado que la elección del método quirúrgico lejos de ser inadecuada o contraria a la lex artis, era idónea para la patología y el único tratamiento electivo, a salvo, claro está la opción del paciente por no hacer nada, esto es, por no intentar curarse.

Por otro lado, la situación final responde a la estabilización y agotamiento de las posibilidades terapéuticas tras la cirugía (último intento de curación) sin que esta haya arrojado un mejor resultado que el que se constata.

Pero ello no quiere decir que la cirugía haya ocasionado ninguna "secuela" estricto sensu, ni que sea "causa" de lesión alguna. Habrá fracasado, si por ello entendemos que no ha logrado la curación o sanación del enfermo, pero no puede decirse que se haya ocasionado ninguna lesión.

En estas circunstancias, lo único reprochado es que no existe el documento escrito en el que se deje constancia de la información dispensada al paciente y del consentimiento de éste para la intervención.

Y debemos referirnos y limitarnos a esa constancia fehaciente escrita, pues es obvio que el paciente consintió en la intervención y que a lo largo del largísimo proceso fue informada con reiteración.

La ausencia de tal documento, es sancionada por la sentencia dictada con la cifra que se señala como indemnización en consideración de todas las circunstancias expuestas, sin que la situación del paciente obedezca ni a tal omisión, ni a la mala praxis, ni a omisión de medios de ningún tipo, si no únicamente al insatisfactorio resultado de los intentos curativos y la evolución de su patología de base.

Esto es, el paciente está como está porque no ha sido posible curarle a pesar de utilizar todos los medios disponibles y se condena a nuestra representada a indemnizar a la recurrente porque no obra en autos documento escrito en el que se le pidiera su consentimiento expreso para intentar curarle".

También se opone al recurso el Instituto Nacional de la Seguridad Social que "niega cualquier imputación de posible responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria prestada a la recurrente dada la condición que ostenta de Entidad Gestora de la Seguridad Social que tiene encomendada la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social pero en ningún

caso la gestión y administración de los servicios sanitarios competencia del Insalud también entidad gestora de la Seguridad Social cuyas competencias en esa materia han sido transferidas a las Comunidades Autónomas".

Si hemos transcrito los tres motivos del recurso que quedan por afrontar y la oposición que plantea la Mutua recurrida y el INSS conjuntamente, es porque el planteamiento de la recurrente permite resolver los mismos simultáneamente, y de ese modo otorgar una solución en la que resolvamos de modo definitivo la cuestión planteada.

SEXTO.- Tal y como está planteada la cuestión a tenor de los motivos que hemos transcrito y de la oposición a los mismos, se trata de saber si en la resolución del problema sanitario que afectó a la demandante hoy recurrente existió responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en los términos en los que la misma se configura en el Derecho español y en concreto en la Ley 30/1.992 EDL 1992/17271 , reformada por la Ley 4/1.999 y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Partimos de la posición que adoptó la Sala de instancia que negó la misma como tal, si bien estimó en parte el recurso manifestando que se había producido una falta de consentimiento informado a la paciente que generó un perjuicio a la enferma al privarla de la oportunidad de decidir acerca de lo que pudo considerar más conveniente. En definitiva haberle dado la oportunidad de aceptar la intervención quirúrgica que inicialmente se le practicó, u otra alternativa que resultase posible o, incluso, haber rechazado esa posibilidad, optando por continuar con los medios hasta entonces utilizados para la recuperación funcional del hombro lesionado. La Sentencia concluyó en lo que ahora nos interesa afirmando que no hubo responsabilidad porque no se vulneró la *lex artis*, a salvo la infracción que indemnizó de pérdida de la oportunidad al no cumplirse con la obligación que incumbía al médico responsable de informar convenientemente a la enferma.

Y lo hizo como expresamente expuso en el fundamento cuarto, llevando a cabo una interpretación conjunta de todos los informes médicos practicados, que valoró conforme a las reglas de la sana crítica. Se trata por tanto de saber si esa conclusión fue o no acertada, partiendo como es lógico de los hechos declarados probados por la Sentencia y que se aceptan, puesto que nada relevante fuera de ellos descubre este Tribunal que en uso del art. 88.3 de la Ley de la Jurisdicción pueda tomarse en consideración "para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder". Es doctrina harto conocida de esta Sala la que afirma que es imprescindible que exista un daño antijurídico que no deba ser soportado por quien lo padece para que de ese modo pueda prosperar la acción de responsabilidad patrimonial; y tratándose de la responsabilidad patrimonial derivada de la prestación sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizarlo en todo caso. Criterio jurisprudencial que obtuvo el respaldo del legislador al dar la redacción actual al art. 141.1 de la Ley 30/1.992 EDL 1992/17271 .

Así resulta expresamente de la Sentencia de esta Sala de catorce de octubre de dos mil dos EDJ 2002/58669 que expuso "que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre EDL 1992/17271 , redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero EDL 1999/59899 , que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto". Arrancando de lo expuesto es también doctrina consolidada la de que la carga de la prueba para acreditar el daño o perjuicio y la relación de causalidad entre éstos y la actuación de la Administración corresponde al perjudicado, si bien consciente el legislador de la dificultad que para éste puede suponer acreditar los hechos que ha de probar trata de amortiguar esa carga imponiendo a los Tribunales el deber de "tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio".

La Sala de instancia tuvo en cuenta como anticipamos cuantos informes se aportaron tanto por la recurrente como por la codemandada y hoy recurrida, informes periciales ratificados a la presencia judicial, y uno de ellos breve pero expresivo, no aportado por las partes sino obrante en el expediente que suscribe el cirujano que llevó a cabo la segunda intervención de acromioplastia en el Hospital La Paz siguiendo la técnica artroscópica.

De todos ellos valorándolos conjuntamente se deduce que intentados los tratamientos conservadores con antiinflamatorios, infiltraciones locales con corticoides, rehabilitación y evitación de esfuerzos se optó por la cirugía abierta realizada satisfactoriamente aún cuando persistiesen problemas que no quedaron resueltos. Ello dio lugar a una posterior intervención, la efectuada en 16 de febrero de 2.004, más de tres años después de la primera, realizándose una artroscopia en la que se aprecia "una integridad estructural del compartimiento glenohumeral y adherencias múltiples en espacio subacromial que se liberan con ayuda del vaporizador de tejidos".

Es clave en la conclusión que obtuvo la Sala el hecho que pone de relieve el informe de D. Alejo y que ratificó D. Luis Francisco en el sentido de que esas adherencias observadas en la artroscopia no eran indicadoras de una incorrecta *lex artis* en la práctica de la acromioplastia o cirugía abierta de hombro que se realizó en su momento, y cuya indicación correspondía decidir al cirujano que trataba al paciente, sino "fruto del proceso habitual de cicatrización de los tejidos intervenidos". Al expresarnos en estos términos esta Sala no está realizando una valoración de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, sino, tomando como base la misma, examinando si concurre o no relación de causalidad entre la actuación de la Administración y los daños experimentados por la recurrente y si ésta está obligada en este caso a soportarlos, lo que constituye una apreciación jurídica que sí nos corresponde realizar como Tribunal de casación.

La conclusión que alcanzamos coincide con la de la Sentencia de instancia en tanto que la situación de la paciente en el momento en que se le dio el alta no era imputable a la Administración sanitaria que procedió a tratarla de conformidad con la *lex artis*.

SÉPTIMO.- Queda por resolver la referencia que contienen los motivos a la falta de información suministrada a la paciente para decidir su actitud ante la posibilidad de no aceptar la intervención a la que se le sometió, suponiendo ese hecho privarle de la oportunidad de adoptar una decisión en uso de su autonomía, acerca de lo que considerara más conveniente. La Sala concluyó que no existió consentimiento informado y nadie cuestiona la ausencia de ese requisito esencial en la relación entre el paciente y el médico responsable del mismo. Partiendo de esa realidad conviene ahora, aunque sea brevemente, recordar la constante y reiterada doctrina de la Sala sobre esta cuestión en el sentido de que la falta de consentimiento constituye una mala praxis ad hoc pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial per se si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente, así resulta a título de ejemplo de la Sentencia de veintiséis de febrero de dos mil cuatro EDJ 2004/7534 . La Sentencia citada se hace eco de la anterior de la Sala de 26 de marzo de 2002 EDJ 2002/15243 en la que expresamente se afirmó que "ante la falta de consentimiento, que es el primer requisito de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento del servicio, no parece relevante la ausencia o no del consentimiento informado, o la forma en que éste se prestara". Del mismo modo la Sentencia de 14 de octubre de 2002 EDJ 2002/58669 insiste en que la falta de consentimiento informado constituye un incumplimiento de la Lex Artis ad hoc y lo considera como manifestación del funcionamiento anormal del servicio sanitario.

Y más recientemente en Sentencia de 10 de octubre de 2007 EDJ 2007/175373 expresamos tras reiterar la posición citada que "si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar una decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir, es necesario que el documento en que se presta el consentimiento por el paciente no constituya un simple documento de consentimiento informado genérico, sino que se adecue a las necesarias exigencias de concreción en cuanto a la específica operación quirúrgica a la que aquel paciente va a ser sometido". Y concluimos reiterando que "el defecto del consentimiento informado ha de considerarse como incumplimiento de la "lex artis" revelando una manifestación de funcionamiento anormal del servicio público, siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como el que se ocasionó a la actora como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado". Expuesto lo que antecede es evidente que en este supuesto no existió consentimiento informado. Pero de esa falta de consentimiento informado no puede deducirse que existiera para la paciente una pérdida de oportunidad.

En la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad Sentencia de 7 de julio de 2008, recurso de casación núm. 4.476/2.004 EDJ 2008/124121 . se define como "la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio"". Así se aplica en el supuesto contemplado en la Sentencia que hemos citado en relación con la no recompra de una persona "en una cámara hiperbárica (que si bien) no garantiza al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, en cualquier caso, (en el supuesto de la Sentencia) se le hurtó al paciente la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente". Como afirma la Sentencia de 21 de febrero de 2008, recurso de casación núm. 5271/2.003 EDJ 2008/17245 , "en el caso de autos no se ha dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible, en eso consiste la pérdida de oportunidad". Y de igual forma en la Sentencia de 13 de julio de 2005, recurso de casación núm. 435/2.004 EDJ 2005/113885 afirmamos que "sin que conste la relevancia causa-efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios lo que no ocurre en el caso enjuiciado".

Finalmente se considera que existe pérdida de oportunidad en la Sentencia de 4 de noviembre de 2008, recurso de casación núm. 4936/2.004 EDJ 2008/209827 en la se expresa que "que el hecho desdichado de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara -habiendo debido hacerlo, según reconoció la propia Administración sanitaria- la prueba de detección precoz de la patología puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad". Evidentemente no estamos en este supuesto en un caso de pérdida de oportunidad porque como ya más arriba se expuso la Administración puso todos los medios precisos para resolver el padecimiento de la enferma sin que el resultado fuera satisfactorio hasta el punto de eliminar la dolencia. Y sin que se pueda aceptar como se pretende que la primera intervención no estuviera indicada que lo estaba. En consecuencia es preciso corregir en ese punto la doctrina de la Sentencia de instancia que decidió que en el proceder de la Administración se incurrió en una privación de oportunidad a la paciente.

Sin embargo es claro que la falta de consentimiento informado si le produjo el daño sin duda susceptible de indemnización de haber ignorado que la intervención que en el año 2000 se le practicó no garantizaba la resolución total del padecimiento que experimentaba y, por tanto, le privó de tomar la decisión que en uso de su autonomía y dignidad personal considerase más oportuna.

Ese daño es que el indemnizó la Sentencia y lo hizo manifestando que "el deber de indemnizar ha de alcanzar a ese concepto, y no a los daños producidos, incluidos los días de hospitalización, por lo que a la vista de edad del paciente, 49 años, praxis judicial habitual, entidad del daño y situación de padecimiento anterior de la víctima y demás circunstancias concurrentes, se estima en la cifra de 9.000 euros".

Es decir tuvo en cuenta las circunstancias del paciente y considerando su situación personal dispuso que la indemnización alcanzase esa suma. Como tiene declarado esta Sala, así Sentencia de 9 de febrero de 2005, recurso de casación núm. 3.955/2.000 EDJ 2005/13344 la fijación del "quantum" de la indemnización, (...) en principio y como apreciación de hecho, corresponde exclusivamente al Tribunal

de instancia, no pudiendo ser revisada salvo en los casos de que la cuantía sea arbitraria o se haya omitido algún concepto indemnizable". En este supuesto la recurrente afirma que la misma es arbitraria pero no manifiesta por qué, si bien asegura que podría ser esa o cualquier otra. Es claro que no podemos aceptar esa postura. Podemos comprender que al recurrente le parezca insuficiente, pero la Sala motivó la cifra que fijó tomando en consideración las circunstancias que entendió convenientes y en consecuencia no puede tildarse su proceder de arbitrario.

En consecuencia el recurso por cuanto antecede debe ser rechazado.

OCTAVO.- Al desestimarse el recurso procede de conformidad con lo establecido en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción hacer expresa condena en costas a la recurrente si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el número 3 del precepto citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de Abogado podrá hacer constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros(3.000 euros) y que abonarán en cuantía de dos mil euros a Mutua Fremap y quinientos euros tanto a la Administración del Estado como al Instituto Nacional de la Seguridad Social en nombre de su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

FALLO

No ha lugar al recurso de casación núm. 263/2.008, interpuesto por la representación procesal de D^a Nicolasa frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de diez de octubre de dos mil siete, pronunciada en el recurso 460 de 2.004 que estimó en parte el mismo y condenó a la Mutua FREMAP al pago de la cantidad de 9.000 euros que debería satisfacer a la recurrente, que confirmamos, y todo ello con expresa condena en costas a la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el fundamento de Derecho octavo de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Marti.- Santiago Martínez-Vares García.- Celsa Pico Lorenzo.- Antonio Marti García.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042009100490