

En la ciudad de Logroño a 10 de enero de 2013.

Vistos los autos correspondientes al recurso contencioso-administrativo sustanciado en esta Sala y tramitado conforme a las reglas del procedimiento ordinario, a instancia de D. Fernando, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Milagros Sancho Zabala y con asistencia de letrado, siendo demandados, Fremap Mutua de Accidentes de Trabajo, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Teresa Zuazo Cereceda, y defendida por letrada de Gobierno, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por el letrado de la Seguridad Social D. Juan Manuel Criado Gámez.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante demanda se interpuso ante esta Sala recurso contencioso-administrativo contra la denegación por silencio de Fremap Mutua de Accidentes de Trabajo.

SEGUNDO.- Que asimismo se confirió traslado a la Mutua para contestación a la demanda, lo que se verificó, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, la parte terminó suplicando el mantenimiento de la actuación administrativa recurrida.

CUARTO.- Continuando el recurso por sus trámites, se señaló, para votación y fallo del asunto, el día 9 de enero de 2013, en que se reunió, al efecto, la Sala.

QUINTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Vistos.- Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Señor D. Jesús Miguel Escanilla Pallás.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente procedimiento la denegación por silencio de Fremap Mutua de Accidentes de Trabajo la reclamación formulada por el demandante por la deficiente atención médica prestada por FREMAP.

La parte demandante solicita que se dicte sentencia por la que se dicte sentencia estimatoria de las pretensiones de esta parte, condenando a las administraciones demandadas a pagar a D. Fernando la cantidad de 226.892,52 €, más los intereses legales desde la fecha de la primera intervención quirúrgica hasta su completo pago y todo ello con expresa imposición de costas a las Administraciones demandadas.

La parte actora argumenta que existe responsabilidad patrimonial de la Administración, porque existe una relación de causalidad entre resultado lesivo

y la actuación de la administración y de ella se deriva responsabilidad por los siguientes motivos:

- 1) La primera intervención se hizo sin consentimiento informado y
- 2) En la primera intervención se cometió el error al practicar la tunelación correspondiente según diversos informes médicos.

SEGUNDO.- La acción jurídica de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se corresponde con el ejercicio del derecho conferido a los ciudadanos por el artículo 106.2 de la Constitución para verse resarcidos de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor.

En el momento de dictado de la resolución administrativa que ahora se sujeta a control jurisdiccional, el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aparece regulado en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTS -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

- A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso -“en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”-;
- B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que:

“El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...))”.

Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo.”.

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 (recurso de apelación núm. 7269/1992), que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

- a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.
- b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.
- d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia. El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 18 de octubre de 2001 define la *lex artis* como “la técnica, el procedimiento o el saber de una profesión”. Este es un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico, que toma en consideración tanto las técnicas habituales, la

complejidad y la trascendencia vital de la enfermedad, o la patología así como factores exógenos o endógenos propios de la enfermedad.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor. A este efecto, es doctrina jurisprudencial constante la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa:

“falta de servicio que se ignora”); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”.

b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; determinación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio.

En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”.

En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (apelación 1075/1992).

E) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

Criterios de distribución de la carga de la prueba. Guarda, también, una evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba. Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo ...de Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (“semper necesitas probandi incumbit illi qui agit”) así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (“ei incumbit probatio qui dicit non qui negat”) y que excluye de la

necesidad de probar los hechos notorios (“notoria non egent probatione”) y los hechos negativos (“negativa no sunt probanda”).

En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de setiembre de 1997, 21 de setiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

TERCERO.- Es necesario enumerar con carácter previo al análisis de los motivos de impugnación planteados por el recurrente los siguientes antecedentes para una mejor comprensión de las cuestiones debatidas:

1º El demandante fue operado el 17 de diciembre de 2009 de rotura de LCA de rodilla izquierda mediante ligamentoplastia con ST y RI en la Clínica Fremap de Majadahonda.

2º El demandante fue operado el 30/4/2010 de nuevo por presentar rigidez en su rodilla izquierda (faltan los últimos 15º de extensión) por medio de una artrolysis artroscópica y se le extirpo mamelón de tejido sinovial que se interponía (doc. 5 de la demanda)

3º El actor fue operado el 21/9/2010 es intervenido en La unidad de Cirugía Artroscópica S.L. “Manuel” por medio de artroscopia de rodilla izquierda a través de abordajes artroscópicos habituales y visualizándose durante la misma compartimento femoro-patelar con condropatía grado III de rótula, plica sinovial medial, y múltiples adherencias en fondo de saco subcuadrípital (doc. 11 de la demanda).

CUARTO.- El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos

que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la, preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera).

En general, pues, la infracción de estas reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad.

Este límite nos lo proporciona el criterio de la *lex artis*, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico) mientras que en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar

recae sobre la Administración. El criterio de la *lex artis* se define como *ad hoc*, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece “El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, «cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala 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, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”.

Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a *lex artis*, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización”.

QUINTO.- Consentimiento informado. La parte actora argumenta que existe una actuación sanitaria contraria al criterio de la *lex artis*, actuación médica que ha sido la causante de los daños sufridos por el actor desde una primera intervención sin consentimiento informado, tal y como exige la ley General de Sanidad 14/1986 y la ley 41/2002 y concluye que la falta de información es indemnizable.

EL TS en sentencia de fecha 13 de noviembre de 2012 afirma en el f.j. quinto “Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar recientemente que “tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la “lex artis ad hoc”, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencia de 2 octubre 2.012, dictada en el recurso de casación 3.925/2.011, con cita de otras muchas). ...”. En el mismo sentido la sentencia de fecha 2 de octubre de 2012.

El art. 8.1 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente..., en definitiva que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Por otra parte, el art. 3 de la citada Ley 41/2002 define el consentimiento informado como: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. Puede afirmarse, por tanto, que las personas tienen derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad y sus consecuencias, así como los posibles tratamientos y sus efectos, con la finalidad de que puedan decidir libremente si consienten o no someterse al tratamiento médico propuesto (en este sentido, entre otras, STS 1ª de 2 julio 2002). El artículo 6 de la Ley 2/2002 de Salud de la Rioja establece “Derechos relacionados con la autonomía de la voluntad.

1. Consentimiento informado.



a) Los usuarios del Sistema Público de Salud de La Rioja mayores de 16 años tienen derecho a negar que se les practique cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico. Así mismo, el consentimiento del usuario a que se le practiquen los procedimientos médicos citados deberá estar precedido de la información precisa, clara y completa por parte del equipo responsable de los mismos.

b) El consentimiento, cumplido el deber de información requerido en el apartado anterior, no estará sometido a forma. No obstante lo anterior, en los supuestos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos o prácticas médicas que impliquen riesgos o inconvenientes notorios y previsibles para la salud del usuario, el consentimiento deberá formalizarse por escrito en la forma que reglamentariamente se determine...”.

En relación con la cuestión de cuál debe ser el contenido básico de la información que el médico tiene la obligación de facilitar al paciente, el art. 10 de la Ley 41/2002 establece que es la siguiente:

“a) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad;

b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente;

c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y

d) las contraindicaciones”.

La Sala examinando el expediente administrativo llega a la conclusión de que no existe consentimiento informado porque no se puede inferir la existencia de tal consentimiento de las hojas de la historia clínica ya que solamente se menciona la expresión “consentimiento”, ni de la hoja de consentimiento de la anestesia (doc. 1 de contestación a la demanda).

Es a la parte demandada (FREMAP) a la que le corresponde acreditar la existencia de tal consentimiento realizando la prueba pertinente y necesaria para tal fin. Se puede probar por otros medios, no solamente por escrito que se ha dado la información precisa. Por otra parte, el consentimiento informado en un hecho fáctico, y no se puede dar por acreditado a través de unos informes médicos cuya objeto es determinar o no la existencia de una violación de la lex artis en la realización de la operación realizada el 17 de diciembre de 2009 de rotura de LCA de rodilla izquierda mediante ligamentoplastia con ST y RI en la Clínica Fremap de Majadahonda.

Y en cuanto a la valoración del daño moral la doctrina sentada por el TS en sentencia de fecha 2 de octubre de 2010 establece "... en Sentencia de 15 de junio de 2011 (recurso 2.556/2007), hemos declarado en lo que atañe a este recurso que "La aceptación de la inexistencia del mismo (del consentimiento informado) otorga el derecho a la indemnización no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico sino porque se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometida".

Lo que a su vez especificamos en la Sentencia de 23-3-2.011 (recurso 2.302/2009) al afirmar que:

"Sobre esta cuestión es jurisprudencia harto conocida de esta Sala la relativa a la dificultad inherente a la indemnización del daño moral, por todas la sentencia de 6 de julio de 2.010, recurso de casación número 592/2006 y que expresa que "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (S.S. del T.S. de 20 de julio de 1996, 26 de abril y 5 de julio de 1997 y 20 de enero de 1998, citadas por la de 18 de octubre de 2000), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso".

O, en la de 12 de noviembre de 2010 (recurso 5.803/2008) que mantuvo que: "esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir, que sin razón alguna le fue sustraída, así Sentencias de 20 y 25 de abril, 9 de mayo y 20 de septiembre de 2005 y 30 de junio de 2006. Es igualmente cierto que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo".

Y es claro que en este caso así sucedió. No en vano la Sala de instancia acordó indemnizar la inexistencia del consentimiento por escrito porque de ese modo se privó al paciente del conocimiento suficiente de la intervención que iba a soportar y de los beneficios que de ella derivarían, pero también de las consecuencias que la misma podría producir en forma de complicaciones posibles, aún realizándose las intervenciones conforme a la lex artis. ..."

Y efectivamente, en el caso de autos se ha producido una relación de causalidad entre la ausencia del consentimiento informado y el resultado dañoso o perjudicial (secuelas) por lo que en atención a las circunstancias personales y al hecho de que tal operación resulta siempre médicamente aconsejable (informes periciales) la Sala establece una indemnización por daño moral de 15.000 €.

SEXTO.- Violación de la lex artís.- La parte demandante argumenta en la demanda “no se ha cumplido la lex artis puesto que en la primera intervención quirúrgica se cometió el error al practicar la tunelación correspondiente puesto que según los diversos informes médicos ésta estaba mal situada” y añade “es abundante la bibliografía sobre el fracaso de las plastias del LCA (ligamento cruzado anterior) y en todas ellas se especifica como causas del fracaso algunas técnicas,.. entre la causa más frecuente la posición incorrecta de los túneles óseos (D. Luis)”. Y en el hecho quinto de la demanda se afirma “en la clínica la Esperanza de Vitoria le indican que el problema radica en una mala posición de la plastia que provoca pinzamiento y que genera ese cíclope”.

La parte actora acompaña con la demanda un dictamen médico del doctor Sergio que concluye “al final de todo el tratamiento practicado sin resultado positivo tuvo que ser estudiado y tratado en Vitoria por el Doctor Manuel solucionado el cuadro clínico de la articulación. En consecuencia, de todo lo apuntado en la entidad aseguradora (Fremap) no se ha tratado debidamente al traumatizado y al cabo de tres meses se solucionó en la unidad de Cirugía Artroscópica”.

El Doctor Sergio en el acto de la vista de ratificación judicial responde a las aclaraciones del siguiente modo:

1º ¿considera Vd. normal que una operación de ligamento cruzado tenga una duración de estabilidad de 438 días? “Pues no; no es corriente, no es normal”.

2º ¿considera Vd. normal que una operación de ligamento cruzado sean necesarias tres operaciones? “Pues no la verdad es que no”

3º ¿considera Vd. normal que en una operación de ligamento cruzado se produzca lo que se denomina “ojo de cíclope”? “lógicamente no, es una complicación que se puede producir postoperatoria y debido a la técnica utilizada, no es normal “.

4º en el informe de la otra parte se dice que la aparición de ese ojo de cíclope es consecuencia de una cicatrización del organismo del paciente ¿eso es así o se debe a un defecto de la técnica utilizada? “posiblemente es un defecto de la técnica utilizada, para mí, y una reacción del organismo”

5º ¿existe una relación causa -efecto entre la operación y los daños sufridos en esa operación? “para mí sí, porque la operación se produce para dejar al enfermo lo mejor posible o totalmente curado y tal caso no se produjo”

El dictamen del Doctor Gregorio establece las siguientes conclusiones:

Primera: No aprecio que haya existido mala actuación (mala praxis) en ningún momento en las actuaciones realizadas con este paciente.

Segunda: La cirugía del LCA no está exenta de complicaciones y una de ellas es precisamente una respuesta cicatricial exagerada por parte del paciente, que puede originar un síndrome de cíclope y ello produce una limitación de la extensión de la rodilla. Su tratamiento es quirúrgico, como así se hizo.

Tercera: Tampoco es infrecuente que en el resultado final de una cirugía de este tipo la rodilla pierda algunos grados de movilidad, tanto de flexión como de extensión, lo cual tendría que ser considerado como secuela.

La sentencia del TS de fecha 20 de noviembre de 2012 establece “En general conviene destacar respecto a las pruebas periciales que tal como expone el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de julio de 2000, en el supuesto de diversos informes periciales o de técnicos peritos en la materia, es procedente un análisis crítico de los mismos incumbiendo al órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en los mismos de acuerdo con la sana crítica, debiéndose entender la fuerza probatoria de estos en la mayor fundamentación y razón de ciencia aportada, y debiéndose conceder, en principio, prevalencia, a aquéllas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional”.

Aplicando esta doctrina jurisprudencial al caso de autos y atendiendo a los criterios de la sana crítica según determina el artículo 348 LEC, de aplicación supletoria en el presente supuesto, estimamos como más ajustadas a la realidad médica y jurídica que nos ocupa, las valoraciones y conclusiones que se contienen en el dictamen del Doctor Gregorio (así como en las correspondientes actas de ratificación de sus informes periciales), por los siguientes motivos:

1º El doctor Sergio reconoció en sus aclaraciones que carece de experiencia práctica en intervenciones quirúrgicas como la que es objeto de este debate, pues de lo que aquí se trata es de dilucidar la praxis médica durante una intervención quirúrgica, y sí que tiene tal experiencia en la realización de este tipo de operaciones el Doctor Gregorio. Por otra parte el Doctor Gregorio ha manifestado que visionó el CD de la operación.

2º El dictamen emitido por el Doctor Sergio no especifica ni describe en que consiste la violación de la lex artis, establece una descripción de la historia clínica pero sin establecer y razonar cuales han sido los defectos de la técnica quirúrgica empleada, y en las respuestas a las aclaraciones a su informe pericial (anteriormente transcritas) no concreta en que consiste la violación de la lex artis ni da ninguna explicación técnica sobre lo sucedido. Y el informe del Doctor Gregorio explica y da razones científicas de lo sucedido al paciente.

3º La parte demandante sostiene que se ha producido el error al practicar la tunelación correspondiente y de la colocación de la plastia, sin embargo no

consta en ningún informe tales afirmaciones, ni que tales hechos sean debidos a una mala praxis médica.

El informe del Doctor Manuel establece “se visualiza plastia íntegra, engrosada, cíclope y estenosis de escotadura” (f.109), pero de tal informe y de otros informes del mismo doctor no se concluye que exista una infracción de la lex artis.

El doctor Gregorio en sus aclaraciones afirma que ha visualizado el CD aportado por la actora y comprobó que la posición de los túneles y la colocación de la plastia estaban correctas y que las limitaciones de la movilidad de rodilla es un riesgo implícito de la intervención de ligamento cruzado provocadas por un engrosamiento de la plastia como consecuencia de una reacción cicatrizal del organismo al lado de la plastia (ojo de cíclope).

4º El Doctor Sergio en aclaraciones admitió que los problemas de extensión y de flexión son complicaciones propias de este tipo de operaciones.

Por todo lo anteriormente expuesto no se ha producido la violación de la lex artis.

SÉPTIMO.- Falta de legitimación pasiva del Instituto Nacional de la Seguridad Social. El letrado de la Seguridad Social alega la falta de legitimación pasiva en los supuestos en que la prestación sanitaria ha sido realizada por una mutua de accidentes y todo ello conforme a la sentencia del TS de fecha 26 de octubre de 2001 dictada en recurso de casación en unificación de doctrina.

El letrado de la SS tiene razón porque conforme a la citada sentencia del TS en el f.j séptimo “El criterio correcto y ajustado a Derecho es el de la sentencia de contraste. La responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida a las mismas, de forma que si se demuestra la existencia del nexo causal entre la asistencia prestada y el daño producido, y el mismo es antijurídico, de modo que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo, la Mutua demandada debe responder por las consecuencias del daño producido haciendo frente a la indemnización que corresponda, sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario, bien sea la Comunidad Autónoma correspondiente o el INSALUD, hoy Ingesa, pero en ningún caso el INSS”. Por todo lo anteriormente expuesto, en el supuesto de autos, no puede condenarse a abonar el daño moral al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

OCTAVO.- El artículo 139 establece “En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya

visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho” y al estimarse parcialmente el recurso no procede la imposición de costas.

En atención a todo lo expuesto la Sala dicta el siguiente:

#### FALLO

Estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de D. Fernando, y condenamos a Fremap Mutua de Accidentes de Trabajo a que abone al recurrente la cantidad de 15.000 €, y los intereses legales correspondientes desde la fecha de la reclamación administrativa, todo ello sin expresa imposición de costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que es firme, - de la que se llevará literal testimonio a los autos- y definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesús Miguel Escanilla Pallás.- Alejandro Valentín Sastre.- Luis Loma-Osorio Faurie.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado-Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que como Secretario de la misma, certifico.