

**Roj:** STS 7060/2011  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 4  
**Nº de Recurso:** 5893/2006  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 19/10/2011  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Ponente:** SEGUNDO MENENDEZ PEREZ  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

### Resumen:

Resumen: Indemnización de la pérdida de oportunidad. Fijación de su importe: Motivación. El motivo de casación no acredita que esa motivación sea insuficiente. Consentimiento informado. Motivo formulado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ que, sin embargo, combate la valoración de la prueba en la que se afirma que aquél sí existió. Inadecuación. Jurisprudencia sobre la distinción entre los motivos que ampara el art. 88.1.c) y el 88.1.d), y también sobre el cauce adecuado para discrepar de la valoración de la prueba. Desestimación de la casación.

---

### Encabezamiento

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil once.

**VISTO** por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por D. Sebastián y D<sup>a</sup> Raimunda , como herederos universales y sucesores en el proceso de su hijo D. Carlos Francisco , representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Aranzazu Fernández Pérez, *contrasentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de octubre de 2006*, sobre Reclamación de Responsabilidad Patrimonial Sanitaria con motivo de la asistencia sanitaria recibida.

Se han personado en este recurso, como partes recurridas, la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, y la sociedad ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Federico José Olivares de Santiago.

### Antecedentes

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso-administrativo número 800/2003 la Sección Octava de la *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 23 de octubre de 2006, dictó sentenci* cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "**FALLAMOS** : En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

(Sección Octava) ha decidido: 1º.-**ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Carlos Francisco contra la resolución impugnada en los presentes autos y expresada en el fundamento jurídico primero anulándose la misma por no ser conforme a Derecho, y en consecuencia condenar a la Comunidad de Madrid al abono de la cantidad de 12.000 euros a favor del recurrente. 2º.- No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de D. Carlos Francisco , interponiéndolo ante esta Sala que, con fecha 20 de noviembre de 2008, dictó auto cuyo parte dispositiva literalmente dice: "**LA SALA ACUERDA** : declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Francisco , contra la *Sentencia de 23 de octubre de 2006, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Octava), dictada en el recurso nº 800/2003*, en relación con los motivos primero y segundo articulados al amparo del artículo 88.1.d) de la mencionada Ley, así como su admisión respecto del motivo tercero basado en el artículo 88.1.c), remitiéndose los autos a la Sección Sexta de esta Sala, conforme establecen las normas de reparto".

El motivo admitido al que se refiere la parte dispositiva del auto antes transcrita, denuncia al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, quebrantamiento de las normas esenciales del juicio al infringir las normativas reguladoras de la sentencia y las que rigen los actos y garantías procesales produciendo indefensión con infracción del artículo 24 de la Constitución, por falta de motivación e incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre los extremos planteados.

Y termina suplicando a la Sala que "...acuerde, con estimación del mismo, la revocación de la Sentencia recurrida y declare la Responsabilidad de la Administración demandada por los daños provocados y, consecuentemente, se condene a la Demandada a indemnizar a mi representado en la cantidad de SETECIENTOS VEINTIUN MIL DOSCIENTOS CATORCE CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO **(721.214,52).-EUROS** , mas intereses, por los daños y perjuicios sufridos, todo ello con expresa imposición de costas".

**TERCERO.-** La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dictando sentencia desestimatoria del mismo".

**CUARTO.-** La representación procesal de la sociedad ZURICH ESPAÑA, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., también se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia desestimando el recurso presentado".

**QUINTO.-** Mediante providencia de fecha 13 de septiembre de 2011 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 4 de octubre del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sala.

## Fundamentos

**PRIMERO.-** Debemos resaltar, de entrada, que el auto dictado el 20 de noviembre de 2008 por la Sección Primera de esta Sala inadmitió, por omisión del denominado "juicio de relevancia" que exige el art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción (LJ), los motivos de casación primero y segundo, formulados al amparo del art. 88.1.d) de esa Ley; admitiendo sólo el tercero y último, que, a diferencia de esos otros, se deduce bajo la cobertura del art. 88.1.c) de la repetida Ley.

Así las cosas, es ese tercer y último motivo de casación el único que en esta sentencia podemos analizar y resolver.

**SEGUNDO.-** Para ello es oportuno, antes de nada, transcribir aquellos particulares de la sentencia de instancia que están relacionados con lo que en él se denuncia.

Así, los párrafos primero, segundo, tercero y cuarto de su fundamento de derecho segundo son del siguiente tenor literal:

"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 que el actor, nacido el 30.4.1971, tiene antecedentes de meningitis tuberculosa a los 9 años e hidrocefalia progresiva postmeningítica, siéndole colocada una válvula ventriculoperitoneal. En marzo de 1984 presenta marcha espástico-atáxica, con dificultades para caminar y para miccionar, y siendo practicada una mielografía se observa bloqueo de región cervical baja, diagnosticándose aracnoiditis en múltiples zonas. Es intervenido por el servicio de neurocirugía del Hospital Ramón y Cajal, realizándose laminectomía de C7 a D4, con plastia dural para descomprimir el canal. Se remite al Hospital Niño Jesús para rehabilitación.

En 1988 fue diagnosticado de escoliosis paralítica con curvatura de 48º, tras presentar pérdida de conciencia con crisis convulsivas, de la que fue intervenido tras pautar tratamiento antiepiléptico el 12.11.1991, habiendo quedado en situación de espera para intervención en la Seguridad Social desde el 31.1.1990, según se deduce de la documental aportada. En dicha intervención se realiza toracofrenolaparotomía por vía anterior con discectomía a cinco niveles llegando al espacio L3-L4. El 12.12.1991 se interviene para realizar artrodesis vertebral con tallo de fijación entre vértebras D4 a L5 por vía posterior. Con posterioridad fue intervenido por genu-flexo izquierdo y caderas flexas para liberación de bíceps y pata de ganso, así como por deformidad en flexión de rodilla derecha y cadera derecha para realizar capsulotomía y colocación de yeso pelvipédico en fechas 22.6.1992 y 31.8.1992, quedando en situación de paraplejía, sin capacidad de marcha, y necesitando de silla de ruedas.

Después de diferentes intervenciones y valorada una escoliosis de 75º y se observa una parálisis progresiva de miembro derecho se le diagnosticó siringomielia (acumulación de líquido cefalo-raquídeo en médula) congénita secundaria a malformación de Arnold-Chiari en virtud de RNM de fecha 23.12.1998, y descrita en fecha 13.1.1999, considerándose necesario la práctica de intervención quirúrgica si progresa el síndrome para realizar descompresión occipital.

Después de que en abril de 2.000 el paciente acudiese por

empeoramiento del cuadro de tetraparesia y ser informado del tratamiento, consecuencias y riesgos en fecha 18.4.2000 la intervención se retrasa por la restricción pulmonar severa del paciente, dado el riesgo existente para anestesia. En fecha 6.2.2001 se practica craniectomía de fosa posterior, con liberación de adherencias de la cisterna magna, fenestración de IV ventrículo y de la cavidad siringomélica a la neocisterna formada mediante plastia de duramadre tomadas de fascia pericraneal. En el postoperatorio se constata un síndrome cordonal posterior desde el nivel C1, con afectación de sensibilidades propioceptiva y epicrítica y alteraciones de esfínteres. Después, tiene lugar una cierta recuperación del paciente mediante una rehabilitación específica. Han quedado como secuelas las de cifoescoliosis, paraplejia amiotrófica, reducción de la fuerza en extremidades superiores, reflejos musculares abolidos en miembros superiores, anestesia completa caudalmente a C1-C2, amitorofias severas en cuatro extremidades, leve disfonía y diplopia oblicua, siendo portador de sonda vesicular permanente".

Más tarde, en el fundamento de derecho quinto se afirma:

"A este respecto han de valorarse conjuntamente y conforme a las reglas de la sana crítica todos los informes evacuados: el del perito designado por la Sala, a cuya titulación como neurólogo no cabe hacer objeción alguna, el informe de la Inspección médica y el del Jefe de la Unidad de Neurocirugía del Hospital Ramón y Cajal así como el del Dr... que constan en autos.

Y en esta línea ha de partirse del dato de que la prueba de RMN fue realizada el 23.12.1998, y diagnosticada la siringomegalia en ese momento, lo que se confirma en RNM de 8.2.1999".

Acto seguido, en el inciso primero del fundamento de derecho sexto leemos:

"Por otro lado, debemos considerar que el paciente fue debidamente advertido sobre los riesgos de la intervención a que se sometió, y así se deduce de los F.18 y ss, 42 y ss del expediente..."

Asimismo, en ese fundamento de derecho sexto se lee después:

"[...] atendiendo al resultado de la prueba pericial, de la que se presume una mayor objetividad e imparcialidad, lo cierto es que el contenido de la misma es claro y determinante cuando considera que la prueba de RMN resultó esencial para diagnosticar la siringomelia, así como que la misma se indicó en 1988, F.132 del expediente, sin que constase que tuviese lugar la práctica de la misma, pudiéndose aquélla haberse realizado en ese período, además de que hubiese podido detener o diferir el deterioro neurológico del recurrente, toda vez que la práctica del tratamiento quirúrgico se halla indicada para obtener una mejoría o estabilización en la evolución de dicha enfermedad (F.15 del dictamen pericial).

Por consiguiente, sobre la base de un retraso en el diagnóstico final del recurrente derivado del retraso en la práctica de la RMN, que pudo y debió practicarse ya en 1988 se aprecia una pérdida de oportunidad del recurrente de poder ser tratado con anterioridad al agravamiento de su situación y de forma diferente, pues la intervención quirúrgica se vio retrasada por diversas circunstancias y los

riesgos existentes acaecidos con posterioridad que determinaron una conducta de observación por parte del equipo médico -lo que en sí mismo, y en el contexto producido en los años 1999 y ss tampoco resulta criticable-, ello determina que apreciemos en los términos expuestos, una infracción de la lex artis, y por tanto, la acreditación de una relación de causalidad entre la actuación sanitaria prestada y el daño indemnizable *ex art.139.1 de la ley 30/92 de 26 de noviembre del PAC*; si bien, la obligación de indemnizar ha de girar sobre la base de la pérdida de oportunidad apreciada, no por la totalidad de los daños causados, que en buena medida son riesgos típicos asociados a las enfermedades padecidas por el recurrente, no pudiéndose obviar la patología previa que contaba la recurrente, representada por la aracnoiditis detectada en 1984, la enfermedad de Chiari y la siringomielia diagnosticada en 1999".

Y por fin, el párrafo primero del fundamento de derecho séptimo, del que sólo es necesario detener la atención en su inciso final, dice así:

"Lo expuesto conlleva que la Administración demandada, Comunidad de Madrid, -vista la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo, 6.3.2002, la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre la cuestión, y lo dispuesto en el *Real Decreto de Traspaso de competencias del INSALUD a la CAM, apartado F del RD 1479/2001 de 27 de diciembre*-, asuma el deber de indemnizar al recurrente por los daños morales derivados de la mencionada pérdida de oportunidad, rechazando por tanto, la falta de legitimación pasiva alegada, siendo así que valorando las circunstancias del caso concreto, edad de la víctima, entidad de las secuelas, circunstancias antecedentes a la producción del daño, fijaremos la cantidad a indemnizar a tanto alzado en 12.000 euros, actualizada a la fecha de la sentencia, lo que excluye la aplicación de los intereses legales desde la fecha de la reclamación".

**TERCERO.-** Aquel tercer motivo de casación, formulado como dijimos al amparo de *art. 88.1.c) de la LJ, denuncia dos distintas infracciones: Una*, la ausencia de motivación de la decisión que fija la cuantía de la indemnización. Y, *otra*, la forma irracional e inmotivada con que se valora la cuestión relativa al consentimiento informado.

**CUARTO.-** Al analizar la primera de esas infracciones, es obligado poner de relieve que el desarrollo argumental del motivo de casación se limita en realidad a transcribir en parte aquel párrafo primero del fundamento de derecho séptimo de la sentencia de instancia, pues en el resto sólo hay consideraciones de carácter general sobre el deber de motivación, no referidas en particular al concreto caso de autos.

Sin embargo, la lectura lógica de ese párrafo y la del resto de la sentencia obliga a afirmar que no es sólo el mero tenor literal de lo que en él se dice lo que ha de tenerse como motivación de la decisión que fijó la cuantía de la indemnización. Así, cuando dice que valora las circunstancias del caso concreto, edad de la víctima, entidad de las secuelas y circunstancias antecedentes a la producción del daño, está valorando, está tomando en consideración, como no puede ser de otro modo, todo lo que expuso antes con detalle en los particulares de su sentencia que transcribimos en el fundamento de derecho segundo de ésta. Y además, cuando concreta que el deber de indemnizar lo es "por los daños morales derivados de la mencionada pérdida de oportunidad", está tomando en consideración, pues ya lo había

dicho y precisamente como criterio a seguir para fijar el alcance de la obligación de indemnizar, que ésta "ha de girar sobre la base de la pérdida de oportunidad apreciada, no por la totalidad de los daños causados, que en buena medida son riesgos típicos asociados a las enfermedades padecidas por el recurrente, no pudiéndose obviar la patología previa que contaba la recurrente, representada por la aracnoiditis detectada en 1984, la enfermedad de Chiari y la siringomielia diagnosticada en 1999".

Si a ello se une que la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo, hemos de concluir que la sentencia de instancia no deja de ofrecer una motivación que está en consonancia con la dificultad de precisar datos concretos que sirvan como base segura para el cálculo del quantum indemnizatorio. Y hemos de concluir, en todo caso, que el motivo de casación no descende al detalle de poner de relieve las razones por las que una motivación como aquella, similar a la que emplea este Tribunal Supremo cuando aprecia la existencia de aquel daño (ver, por ejemplo, el párrafo segundo del fundamento de derecho séptimo de la sentencia de 12 de julio de 2007; el segundo del sexto de la de 26 de junio de 2008; o el sexto de la de 7 de julio siguiente, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 92/2003, 4429/2004 y 4776/2004), olvide datos, elementos o circunstancias que sí hubieran debido integrarse en ella.

Por fin, no debemos terminar aquel análisis sin dejar dicho que el motivo de casación, de modo congruente con la norma procesal en la que busca amparo, que lo es el art. 88.1.c) de la LJ y no el 88.1.d) de la misma, no afirma ni argumenta que la concreta cantidad fijada como indemnización, que no llega a citar, ni tan siquiera cuando transcribe en parte aquel párrafo de la sentencia de instancia, deba merecer el calificativo de ilógica o absurda por no guardar correlación alguna con el modo en que aquellos elementos o sumandos de difícil concreción hubieran debido valorarse en el caso de autos.

Procede, pues, rechazar que la sentencia de instancia incurra en aquella primera infracción que le imputa el tercer motivo de casación.

**QUINTO.-** Y tampoco en la segunda, aunque ahora y en definitiva por falta de relación o congruencia entre el desarrollo argumental del motivo y aquella norma procesal, art. 88.1.c) de la LJ, en la que se ampara.

El motivo utiliza el término "inmotivada" sólo en la primera línea del primer párrafo de los argumentos que dedica a esa segunda infracción, y considera, o así parece a la vista de la frase final de ese párrafo, que la sentencia recurrida incurre en ese vicio al tratar la cuestión del consentimiento informado porque "no dice nada más al respecto" que aquello que ya transcribimos: "debemos considerar que el paciente fue debidamente advertido sobre los riesgos de la intervención a que se sometió, y así se deduce de los F.18 y ss, 42 y ss del expediente". No hay, por tanto, una argumentación capaz de sustentar la imputación de falta de motivación al tratar esa cuestión, pues en principio ese deber se satisface con la cita de los concretos documentos que se valoran al decidir sobre ella.

En consonancia con ello, el resto de los argumentos que el motivo dedica a la infracción que ahora nos ocupa vienen a discrepar, en realidad, de la valoración que la Sala de instancia hace de esos documentos, considerándola, por no estar firmado el anexo que consta en los folios que siguen al 18, ilógica, arbitraria e irracional. Siendo así, precisamente, como surge aquella falta de relación o congruencia que anunciamos al inicio de este fundamento de derecho.

En efecto, este Tribunal Supremo ha dicho, por ejemplo en su *sentencia de 1 de marzo del año en curso, dictada en el recurso de casación núm. 2495/2009*, que el motivo que prevé y autoriza el artículo 88.1.c) de la LJ es idóneo para hacer valer 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, es decir, para denunciar errores "in procedendo" en que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional "a quo" desde la iniciación del proceso hasta su finalización por auto o sentencia; mientras que el motivo del 88.1.d) de la misma Ley resulta idóneo para denunciar los errores "in iudicando" de que pueda adolecer la resolución recurrida. Y ha dicho también, por ejemplo en el Auto de 18 de junio de 2009 y en las *sentencias de 29 de octubre de 2010 y 10 de mayo de 2011(2)*, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 3580/2008, 4330/2006, 5938/2006 y 233/2007, que la discrepancia de la parte con la valoración que el Tribunal "a quo" haya dado a los elementos de juicio o de prueba, ha de hacerse valer en casación al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, pues entonces lo que se denuncia es, como literalmente dice este precepto, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, como lo es, en concreto, la referida a la fijación de los hechos que acaecieron.

Distinción e identificación del cauce adecuado que acarrea en el caso de autos una consecuencia de especial trascendencia, pues si los aspectos de aquel tercer motivo de casación que en realidad sólo discrepan de la valoración de la prueba se hubieran formulado, como debían, al amparo del citado art. 88.1.d), habrían merecido también la declaración de inadmisión que por omisión del llamado juicio de relevancia hizo aquel Auto de la Sección Primera de 20 de noviembre de 2008.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien, en uso de la facultad que confiere el número 3 de ese mismo precepto y dado el contenido de los escritos de oposición, el importe de los honorarios del Letrado defensor de cada una de las partes recurridas no podrá exceder de 1000 euros.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

## **Fallo**

**NO HA LUGAR** al recurso de casación que la representación procesal de D. Sebastián y Doña Raimunda, como herederos universales y sucesores en el proceso de D. Carlos Francisco, sostiene contra la *sentencia de fecha 23 de octubre de 2006, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso*

*núm. 800/2003.* Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación, con el límite que para los honorarios del Letrado defensor de cada una de las partes recurridas se fija en el último de los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .  
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.