

Id Cendoj: 28079110012006100493
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3476/1999
Nº de Resolución: 488/2006
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x HOSPITALES x
- x RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION x
- x DERECHO A SER INFORMADO x

Resumen:

Reclamación de responsabilidad médica derivada de secuelas que han quedado tras una intervención quirúrgica, en la que no existió mala praxis médica, pero sí falta de información sobre los riesgos de la intervención, por lo que se impidió el exacto conocimiento del enfermo y actuar en consecuencia. La falta de información supone mala praxis médica. La falta de información no conlleva por sí misma una causa de resarcimiento pecuniario. La falta de constitución del depósito para recurrir y la ausencia de su acreditación son defectos subsanables. El recurso de casación ha de basarse en la cita de norma infringida no siendo suficiente la cita del art. 1214 CC para revisar la valoración de la prueba.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Mayo de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de GERONA, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía 519 / 94 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Gerona cuyo recurso fue interpuesto por el/la Procurador/a Don Alejandro González Salinas y en nombre y representación de Doña Marta y Don Darío , y como parte recurrida el/la Procurador/a Don Francisco Velasco Muñoz Cuellar , en nombre y representación de El Institut Catala de la Salut .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador Don Joaquín Sendra Blanxart en nombre y representación de Doña Marta actuando la actora en nombre y representación de su hijo menor de edad Darío y interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra Don Alvaro y contra las Clínica Gerona y como responsable Civil Subsidiario Instituto Catala de la Salut. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que la que declare haber lugar a la presente demanda y se condene a los codemandados a resarcir e indemnizar solidariamente a la actora por los perjuicios y daños reales y materiales causados en relación de causalidad, según los hechos acreditados y que fundamentan el presente petitum, dejando para el periodo de ejecución de sentencia la concreta cuantificación de los mismos, o, alternativamente, fijandolos en la cuantía de Veinte Millones de pesetas en que los estima esta parte, con imposición de costas.

2.- Por el Procurador Don Martí Regas Bech de Careda, en nombre y representación de D. Alvaro ,contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictase sentencia en su día desestimando la demanda y absolviendo de la misma a mi representado con expresa condena en costas. El Procurador Don Martí Regas Bech de Careda en nombre y representación de Entidad Mercantil Clinica Girona S.A. ,contestó a la demanda y oponiendo

los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestimando en lo que a Clínica Girona SA, respecta, (se contesta única y exclusivamente a nombre de Clínica Girona S.A), absolviendo expresamente a la misma , todo ello con imposición de costas a la actora.Por el Procurador D. Marti Regas Bech de Careda, en nombre y representación de Institut Catala de la Salut , contesto a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que considero de aplicación , termino suplicando al Juzgado dictase sentencia absolviendo a mi manante de las peticiones contra él deducidas en la demanda , imponiendo a la parte actora el pago de las costas causadas.

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos.La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número siete de Gerona, dictó sentencia con fecha 18 de octubre de 1997 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Joaquin Sendra Blanxart en nombre y representación de Marta , en representación de su hijo Darío contra Alvaro , Clínica Girona e Institut Catala de la Salut representada por el Procurador de los Tribunales Marti Regas Bech de Careda, absolviendo consecuentemente a estos últimos de los pedimentos contenidos en el suplico de aquella.Las costas se imponen a la parte actora.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Doña Marta , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gerona, dictó sentencia con fecha dos de junio de 1999 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS:Que, debiendo desestimar el recurso de apelación formulada por Doña Marta , en nombre y representación de su hijos Don Darío ,contra la sentencia dictada el 18 de octubre de 1997, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Gerona, en los autos de Menor Cuantía nº 519/94 , CONFIRMAMOS la sentencia apelada, condenando a la apelante al pago de las costas de esta alzada.

TERCERO.- 1.-El Procurador Don Alejandro González Salinas ,en nombre y representación de Doña Marta y Don Darío interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número cuatro del *art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . SEGUNDO.- Al amparo del número cuarto del *artículo 1692 de la Ley Enjuiciamiento Civil* .

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador Don Isacio Calleja García , en nombre y representación de La Entidad Clínica Girona S.A., por el Procurador Don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, en nombre y representación del Institut Catalá de la Salut y por el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D. Alvaro presentaron escritos de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día Cuatro de Mayo del 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-En relación al recurso de casación interpuesto por Doña Marta y Don Darío , ha de examinarse, en primer lugar, el óbice de admisibilidad planteado por la entidad Clínica Girona, S.A., en su escrito de impugnación como recurrida, consistente en haberse constituido fuera de plazo el depósito exigido por el *artículo 1703 LEC de 1881* , cuyo resguardo, en todo caso, tendría que haberse acompañado con el escrito de interposición del recurso de casación, según dispone el *art. 1706-2º de la misma Ley* ; infracción que no tiene los efectos pretendidos porque si bien es cierto que con el escrito por el que se interpuso el recurso de casación no se acompañó el resguardo del preceptivo depósito, no lo es menos que, advertida esta circunstancia por la Sala y dictada providencia, de fecha 18 de julio de 2000, acordando requerir a la parte recurrente para su constitución o para la justificación de haberlo constituido, el requerimiento fue debidamente atendido, por lo que, en definitiva, ni el recurso podía inadmitirse, ni se puede tampoco en este trámite declararse inadmisibile -convirtiéndose la causa de inadmisión en causa de desestimación- por un defecto subsanable y subsanado dentro de plazo, conforme al *art 1710.1-1º LEC* que la doctrina de esta Sala ha hecho extensible tanto a los supuestos de falta de acreditación del deposito necesario como a los de su falta de constitución (AATS 28-5-96; 2-7-96 y 28-5-2002 , entre otros).

SEGUNDO.- El primer motivo se formula al amparo del *ordinal 4 del artículo 1692* sin identificación de la norma o normas supuestamente vulneradas, incumplándose así la exigencia más básica del *art. 1707*

LEC . Ciertamente que en el alegato integrador de su desarrollo se cita el *artículo 24 CE* , y también se refiere al *art 1214 CC* , lo que no es suficiente. En primer lugar, porque la posibilidad de amparar el recurso de casación en infracción de precepto constitucional, reconocida en el *art. 5.4 LOPJ* , no exime al recurrente de encuadrar en alguno de los motivos taxativamente enumerados en el *art. 1692 LEC* la cita de la norma vulnerada, lo que no se hace al limitarse a indicar la existencia de una valoración errónea de la prueba practicada, especialmente la pericial médica, sin citar como infringida norma alguna que contenga regla legal de valoración, para concluir que el cirujano demandado no adoptó la elemental precaución exigida por la *lex artis* de separar el nervio ciático de la cabeza del peroné, que es lo que a la postre justifica la lesión causada por la que reclama. En segundo lugar, no cabe a través de la invocación del *art. 1214* examinar la actividad de valoración de las pruebas por el Tribunal de instancia, habiendo reiterado esta Sala que dicho precepto no tiene más alcance que el de señalar las consecuencias de las dudas sobre la prueba, pero no la mayor o menor actividad probatoria de la parte, ni el sentido y alcance que ha de darse a la practicada (por todas, Sentencias de 25 abril y 4 de julio 2005). Circunstancias las expuestas que determinan la carencia manifiesta de fundamento del primer motivo del recurso.

TERCERO.- El segundo motivo se formula a través del mismo artículo y ordinal y si bien en su enunciado no se cita ningún precepto infringido, si se hace en el resumen del mismo en el que se denuncia de forma expresa la falta de información sobre los riesgos de la intervención y posibilidad de acudir a un centro distinto en el que le fuera garantizado un mejor resultado, con cita del *artículo 10.5 de la ley General de Sanidad 14/86, de 25 de abril* , por lo que se debe entender correctamente admitido, al ser posible precisar lo que se pretende, sin riesgo alguno de producir indefensión.

La cuestión suscitada no es nueva, como se dice por alguno de los recurridos. Fue alegada en el hecho segundo de la demanda; argumentada en el apartado V de los Fundamentos de Derecho y fue motivo de discusión y tratamiento en ambas instancias, para desestimar finalmente la infracción denunciada con el argumento de que la intervención quirúrgica era necesaria y constituía el único remedio para afrontar la enfermedad padecida por el hijo de la actora (ostecondroma peroné 1/3 proximal pierna izquierda, que aconsejaba su extirpación); que había una alta posibilidad de que la tumoración se convirtiera en maligna; que los padres tenían la obligación de asumir los riesgos, al no poder optar por otra alternativa distinta al tratamiento ofrecido, y que no hay prueba que acredite que realizada la intervención en otro centro, el resultado hubiera sido distinto, sin afectación del nervio ciático poplíteo, por lo que "no es de apreciar ningún nexo causal entre la omisión del deber de información y la posterior lesión sufrida por el paciente", que de todas formas se hubiera producido, por que no es el daño una consecuencia del incumplimiento contractual.

CUARTO.- El motivo se estima necesariamente. Es cierto que existió una intervención quirúrgica que el demandado realizó al paciente, hijo de la actora, y en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido, porque las secuelas se generaron como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no se habría producido. Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en la práctica de la intervención. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento, que si lo hubo para realizarla, así como de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, puesto que con ello se impidió a la madre del menor poder tener debido conocimiento del mismo y actuar en consecuencia antes de dar su autorización. La Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005 , entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma.

Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista normativo. La *Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de Abril)* establece en su *artículo 10.5* que el paciente tiene derecho a que "se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento", y es evidente que esta falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la

persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (*art. 10.1 CE*), como precisa la Sentencia de 2 de Julio de 2002 .

La tesis de la sentencia de instancia, que no atribuye consecuencias a la falta de información al no ser posible optar por otra alternativa distinta al tratamiento, no enerva la obligación de hacerlo y de obtener el consentimiento informado previo a la intervención pues la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa si no él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan "consentimiento informado" (STS 9 de sep 2003).

QUINTO.- El acogimiento del motivo segundo determina asumir la instancia y resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, lo que implica la necesidad de evaluar el daño ocasionado y determinar las personas responsables, teniendo en cuenta que la pretensión actora consistía en reclamar una indemnización basada en el comportamiento negligente del facultativo y se apoyaba en una serie de actos, entre los que incluía la falta de información adecuada. Desde esta idea, y aun admitiendo, de acuerdo con la sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2001 , que la falta de información no es "per se" una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido), se reconoce que se produjo el daño que fundamenta la responsabilidad de quienes debiendo informar no lo hicieron, teniendo en cuenta que el riesgo se materializó, aunque se excluya la conducta negligente por parte de quien llevó a cabo la intervención quirúrgica, que era necesaria y era la única alternativa posible para obtener la curación del paciente. Es razón por la que, a la hora de cuantificar el perjuicio, se deban ponderar todos estos factores y establecer en su vista la suma indemnizatoria, tomando en consideración no sólo el carácter de la intervención sino el hecho de que el riesgo que se afrontaba, aun previsible y posible, no era una consecuencia necesaria de la misma y pudo concluirse de forma satisfactoria. Ello hacía era necesario cumplimentar esta obligación legal y necesaria facilitando que fueran otros, o incluso el mismo facultativo, tras las explicaciones pertinentes , quienes la llevaran a cabo, puesto que una cosa es que fuera necesaria y otra distinta que debiera hacerse con tal urgencia que impidiera cumplimentarlo con tiempo suficiente. Esta suerte de circunstancias resultan relevantes para fundamentar una indemnización de cinco millones de pesetas, derivada de la pérdida de oportunidad, no de la reparación íntegra del daño en función de las secuelas que le quedaron al paciente, en la forma que esta Sala ha resuelto, para supuestos que no son del caso, amparados bien en que la intervención no era ineludible y necesaria, bien porque se privó al paciente de poder desistir de la misma, al no presentarse como urgencia quirúrgica, o bien por tratarse de un supuesto de medicina voluntaria, que es donde con mayor rigor se exige el deber de información médica (SSTS 23-IV-1992; 26-IX-2000; 2-VII-2002; 21-X-2005).

El deber cuyo incumplimiento ha generado la responsabilidad civil incumbía por igual al médico y al Institut Catalá de Salut (SSTS de 16-X-1998; 7-III-2000; 12-I y 27-IV de 2001), aparte de que en cualquier caso esta entidad resultaría responsable por culpa "in vigilando" (STS 2-VII-1992); razón que excluye la responsabilidad de la codemandada, Clínica Girona, puesto que reconocido en el fundamento de Derecho Octavo de la sentencia de instancia, aceptado en el primero de la recurrida, que la citada Clínica no tiene ningún tipo de relación laboral ni contractual con el cirujano, es evidente la inaplicación al caso del *art. 1.903 del Código Civil* regulador de la responsabilidad extracontractual que nace de los actos u omisiones de las personas por quienes se debe responder, quedando reducida su intervención a permitir la utilización de las instalaciones, en virtud de concierto con el Institut Catalá de la Salut, y suministrar los medios técnicos e instrumentos necesarios para llevarla a cabo así como a la ejecución de los llamados actos paramédicos necesarios, por lo que no surge para ella ninguna obligación de responder por la acciones u omisiones culposas o negligentes del profesional interviniente en el acto médico para cuya realización se concertó este uso pues ninguna se le imputa por un hacer negligente propio referido a los medios existentes para efectuarlo, incardinable dentro del *art. 1.902 CC* , como esta Sala ha tenido ocasión de señalar en las Sentencias de 11 de Noviembre de 1.991 y 23 de marzo de 1.993 .

SEXTO.- Al acogerse el recurso no procede hacer declaración expresa en sus costas, a tenor del *artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , ni de las causadas en ambas instancias por estimarse en parte la demanda (*artículos 523 y 710 LEC de 1.881*), salvo las causadas por la intervención de la Clínica Girona, que se imponen a la actora, procediéndose a la devolución del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Declarar haber lugar al presente recurso de casación formulado por el procurador D. Alejandro

González Salinas Baltasar, en la representación de Doña Marta y Don Darío contra la sentencia que pronunció la Audiencia Provincial de Girona -Sección Primera- en fecha dos de Junio de 1999 , en el proceso al que el recurso refiere, la que casamos y por ello la anulamos en parte, revocando en igual forma la del Juzgado de Primera Instancia número 7 de la misma Ciudad, de 18 de Octubre de 1997, y con estimación parcial de la demanda que planteó el recurrente de referencia, condenamos a D. Alvaro y el Institut Catalá de la Salut, a indemnizar solidariamente a Don Darío en la cantidad de cinco millones de pesetas y al abono de los intereses legales del *artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* desde la fecha de esta sentencia. Se mantiene en lo demás; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de ambas instancias y casación, salvo las causadas por la demandada Clínica Girona, que se imponen a la parte actora, procediéndose a la devolución del depósito.

Expídase certificación de esta resolución para su remisión a la expresada Audiencia, devolviéndose autos y rollo e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos JUAN ANTONIO XIOL RÍOS . ROMÁN GARCÍA VARELA . JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA .RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.