

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 21 de enero de 2009. Recurso 1746/2003. Ponente: Don José Antonio Seijas Quintana.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil nueve

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 Novena Bis) de la Audiencia Provincial de Madrid , como consecuencia de autos de juicio de Mayor Cuantía 364/96, seguidos ante el Juzgado de Primer Instancia número 39 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Madrid por la Representación Procesal de Doña Yolanda , y como partes recurridas el Procurador D. Luís Fernando Alvarez Wiese, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Salud, la Procuradora Doña Blanca Murillo de la Cuadra, en el de Teresa , y el Procurador Don Eduardo Codes Feijoo, en el de D. Rodolfo .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora Doña Maria Rodriguez Puyol, en nombre y representación de Doña Yolanda, interpuso demanda de juicio de Mayor Cuantía, contra Instituto Nacional de la Salud, Don Rodolfo y Doña Teresa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se condene solidariamente a todos ellos a abonar a mi cliente la cantidad de 161.510.000 pesetas, más los intereses legales desde el tres de marzo de 1995, fecha de la interposición de la reclamación previa, correspondiente a los daños y perjuicios tanto materiales como morales causados o aquellas cantidades mayores o menores, más procedentes en derecho, con expresa imposición de costas a los demandados.

2.- El Procurador Don Luís F. Álvarez Wiese, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Salud, 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 se absuelva a mi representado de las pretensiones deducidas en la demanda promovida en su contra. Por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Don Rodolfo, 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 en la que se desestime la demanda y absuelva a mi representado de las pretensiones de la demandante, con expresa imposición de las costas de este litigio a la actora.

Por la Procuradora Doña Blanca Murillo de la Cuadra, en nombre y representación de Doña Teresa, 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 desestimando íntegramente la misma con expresa imposición de costas.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y practicadas las pruebas propuestas y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 39, dictó sentencia con fecha 10 de Noviembre de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que desestimando la excepción de prescripción de la acción alegada por Instituto Nacional de la Salud, desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Doña María Rodríguez Puyol en nombre y representación de Doña Yolanda, contra el Instituto Nacional de la Salud representado por el Procurador Don Luís Fernando Álvarez Wiese, Don Rodolfo representado por el Procurador Don Eduardo Codes Feijoo y contra Doña Teresa representada por la Procuradora Doña Blanca Murillo de la Cuadra a quienes debo absolver y absuelvo de las pretensiones en su contra formuladas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Doña Yolanda , la Sección Novena Bis) de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Yolanda, contra la sentencia de fecha 10 de Noviembre de 1999 recaída en el juicio de Mayor Cuantía nº 364/96 del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de esta alzada.

TERCERO.- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de Doña Yolanda, con apoyo en los siguientes.

MOTIVOS: PRIMERO.- Cuantía del asunto. Excede de 150.253026 euros. SEGUNDO.- Se infringe el *art. 3 del Código Civil* en cuanto a la interpretación de las normas que deben de hacerse en el sentido literal de las palabras, y conforme a la realidad social, que en los momentos actuales son mucho mas protectoras de los derechos que los consumidores y usuarios más de la sanidad pública que cuando se promulgó dicho *Código*. Asimismo los *artículos 1902 y 1903* del mismo cuerpo legal en cuanto a la responsabilidad extracontractual, e infracción de los *artículos 10.5 y 10.6 de la Ley General de Sanidad* , sobre consentimiento informado, donde explícitamente se dice que tanto la información como el consentimiento deben de ser escritos, por lo que no cabe suplir dicha afirmación categórica por unas presuntas interpretaciones; así como las SSTS de 2.7.2002, 27.4.01,12.1.01, 26.9.00, 7.3.00, 19.4.99, 13.4.99, 16.10.98 y 18.2.9 , y sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona 12.2.2002, Navarra 1.2.2002, Barcelona 20.20.01, Madrid 14.5.01. Baleares 13.2.01 y Gerona 9.2.01. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de enero de 2007, se acordó admitir el recurso interpuesto al haberse justificado el presupuesto de recurribilidad previsto en el *artículo 477.2. 2º LEC*, y dar traslado a la parte para que formalicen su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Don Rodolfo, el Procurador Don Luís Fernando Álvarez Wiese, en el del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, y la Procuradora Doña Blanca Murillo de la Cuadra, en el de Doña Teresa, 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 siete de enero del 2008, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Yolanda, nacida el día 9 de julio de 1973, fue ingresada en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid, dependiente del Instituto Nacional de la Salud, el día 9 de enero de 1990 para ser tratada de una cifoescoliosis. Tras el estudio preoperatorio se decidió su intervención que se llevó a cabo en dos actos quirúrgicos. El primero el día 20 de marzo de 1990, con anestesia general y durante tres horas, practicándose toracotomía y artrodesis, después de la cual sufre como complicación la apertura de duramadre, si bien el postoperatorio es bueno. El segundo tiempo quirúrgico se desarrolla el día 25 de abril de 1990 en el que se practica artrodesis posterior de columna con instrumentación de hartshill, tras el que cual ingresa en la UVI donde a las cuatro horas de terminada la cirugía se detecta una paraplejía por lo que se le vuelve a ingresar en quirófano dada la existencia de déficit neurológico, retirándose la instrumentación de harshill, pasando nuevamente a la UVI. Una vez dada de alta, ingresa en el hospital de parapléjicos en Toledo. Doña Yolanda reclamó de Don Rodolfo (Cirujano) y Doña Teresa (anestesista), con base en la impericia manifestada en la intervención quirúrgica, dejándose de advertir de los riesgos que podían seguirse de la misma, y en el hecho de no haberse solicitado el consentimiento de sus padres (era menor de edad) por escrito.

La sentencia de 1ª Instancia y de apelación desestimaron la demanda y el recurso de apelación con base tanto en que el daño producido a la actora no trae causa de la intervención quirúrgica practicada, siendo diagnosticada la paraplejía en la UVI a las cuatro horas de terminada la cirugía, y no advirtiéndose error alguno en la técnica utilizada ni fallos en la aplicación de la anestesia, como en que, si bien no hubo consentimiento informado por escrito, el deber de información se cumplió en este caso como se deduce del historial clínico de la actora, en el que consta que los facultativos hablaron con la familia de la gravedad y necesidad de la operación, explicándoles el plan quirúrgico que iba a seguirse, siendo conscientes los padres de que la enfermedad que su hija padecía precisaba de una intervención de alto riesgo, dado el fracaso del tratamiento conservador que se había aplicado, y habiendo quedado acreditado que el consentimiento de los familiares fue verbal.

El recurso de casación se formula por infracción de los *artículos 3, 1902 y 1903 del Código Civil*, y los relativos al consentimiento informado de los *artículos 10.5 y 10.6 de la Ley General de Sanidad*, vigente en el momento de los hechos, donde explícitamente se dice que tanto la información como el consentimiento deben ser escritos, "por lo que no cabe suplir dicha afirmación categórica por unas presuntas interpretaciones" que dejan sin valor el deber de información que contiene la citada normativa.

SEGUNDO.- El motivo se desestima. La vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, o lo que es lo mismo un supuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que

obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS 15 de noviembre 2006 , y las que en ella se citan). Como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad* , y ahora, con más precisión, con la *ley 41/2002, de 14 de noviembre* de la autonomía del paciente, que constituye el marco normativo actual, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Su exigencia, tanto si existe vínculo contractual - contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra- como si opera en la relación meramente extracontractual, debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en si misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis* (STS 19 de noviembre de 2007), pues una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico.

La doctrina de esta Sala ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor "ad probationem" (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de Julio 2002; 29 de julio de 2008), garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003 , que debe al menos "quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte", como exige la *Ley de 24 de noviembre de 2002* ; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene la *Ley General de Sanidad* para cualquier intervención, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios.

La sentencia de instancia, que acepta la recurrida, declara probado que la familia fue informada puntualmente del tratamiento; que los padres de la hoy actora no desconocían "la gravedad del caso y la necesidad de la operación a pesar de sus dificultades, pues como se ha dicho consta meridianamente claro en la historia clínica" que hablaron con los facultativos sobre la necesidad de la intervención, con los que estuvieron en constante relación durante años, "dado el fracaso del tratamiento conservador que se había aplicado", y que tanto la información proporcionada como el consentimiento de los familiares fue

verbal; razones todas ellas que impiden atribuir ausencia de información alguna a los demandados puesto que tal afirmación supone actuar contra los hechos probados que no han sido cuestionados en la forma prevista para estos casos, y sin que quepa considerar que la intervención efectuada se encuentra dentro de aquellas para las que la información escrita resultaba fundamental para asegurar que el consentimiento lo presta el paciente con absoluta libertad y conocimiento del riesgo y padecimiento que pudiera derivarse del acto médico al que se somete, dada la importancia y gravedad del caso y lo conveniente para su salud , como consecuencia de la falta de resultados del tratamiento conservador previamente instaurado.

TERCERO.- La desestimación del motivo conlleva la declaración de no haber lugar al recurso de casación, y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso de acuerdo con lo previsto en el *art. 398.2 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora Doña María Rodríguez Puyol, en representación procesal de D^a Yolanda , contra la Sentencia dictada por la Sección 9^a Bis de la Audiencia Provincial de Madrid el día 5 de Mayo de 2003 , y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Román García Varela.- Francisco Marín Castán.-José Antonio Seijas Quintana.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-Firmado y Rubricado.-

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.