

**Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011. Recurso 83/2008.
Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil once.

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 12 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario 763/2005, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia Provincial por la representación procesal doña Celia , Procuradora doña Maria del Carmen Gimenez Cardona. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de P.S.M. Agrupación Mutual Aseguradora y de don Felicísimo .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora doña Maria del Carmen Gimenez Cardona, en nombre y representación de doña Celia , interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Felicísimo y A.M.A. Agrupación Mutual Aseguradora y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se condene a las partes demandadas al pago de ciento ochenta mil euros (180.000 euros), más los intereses legales establecidos y las costas del proceso. 2.- El Procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de don Felicísimo y de la Entidad Agrupación Mutual Aseguradora (PSN-AMA), 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 virtud de la cual se desestime integralmente la demanda y se absuelva a mi mandante con expresa imposición en costas a la parte actora. 3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de octubre de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando la demanda de Juicio ordinario presentada por doña Celia , representada por el Procurador doña Maria del Carmen Gimenez Cardona y asistida por el Letrado don Rafael Martín Bueno, contra don Felicísimo y A.M.A., Agrupación Mutual Aseguradora representados por el Procurador don Antonio Ramón Rueda López y asistidos por la Letrada doña Elisa Peleteiro Gómez Reino debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Celia , la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha siete de noviembre de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Maria del Carmen Jiménez Cardona en nombre y representación de doña Celia contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Madrid en autos de Juicio Ordinario nº 763/05 confirmandola en su integridad y sin que proceda hacer expresa condena en las costas de esta alzada .

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Celia con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Infracción del art. 218 de la LEC y art. 248.3 de la LOPJ , en cuanto al requisito esencial de la motivación de las sentencias. SEGUNDO .- Vulneración de los art. 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios art. 1902 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta así como el art. 1243 del Código Civil y el art. 348 de la LEC y todo ello por entender que la valoración probatoria efectuada por la Sala relativa a los informes médicos aportado, por la representación del facultativo demandado ha sido errónea, arbitraria e ilógica. TERCERO.- Vulneración del art. 1902 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, así como el art. 10.5 de la Ley de Sanidad , al entender que no existió consentimiento previo de la paciente respecto de la intervención quirúrgica practicada por el facultativo demandando por cuanto el consentimiento prestado fue expresamente para una intervención quirúrgica completamente diferente a la efectivamente practicada. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 15 de septiembre de 2009 se acordó: 1º) No admitir el recurso de casación en relación con los motivos primero y segundo, interpuesto por la representación procesal de doña Celia , contra la sentencia dictada con fecha 7 de noviembre de 2007 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección duodécima), en el rollo de apelación nº 251/2006 , dimanante de los autos de Juicio Ordinario nº 763/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Madrid. 2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la indicada parte recurrente contra la mencionada sentencia, en cuanto al motivo tercero Dese traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. 2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de don Felicísimo y de P.S.N Agrupación Mutual Aseguradora, presentó escrito 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 26 de abril del 2011, en que tuvo lugar. Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- doña Celia demandó a don Felicísimo y a la entidad de seguros A.M.A. Agrupación Mutual Aseguradora, en reclamación de 180.000 euros, como consecuencia de una negligencia médica en la realización de intervención quirúrgica del menisco izquierdo. La Sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda interpuesta, absolviendo íntegramente a los demandados de las pretensiones ejercitadas contra los mismos. La Sentencia de segunda instancia, confirmó la del Juzgado, con el argumento de que la prueba practicada no permite concluir sobre la acreditación de nexo causal entre las lesiones y secuelas sufridas por la demandante/recurrente y la intervención quirúrgica practicada por el profesional facultativo demandado. Es argumento común en ambas instancias que no consta que la paciente consintiera la práctica quirúrgica consistente en la extracción de la plica medial, distinta de la que había prestado su autorización.

SEGUNDO.- Se han formulado tres motivos de casación contra la sentencia de los cuales únicamente el tercero ha sido admitido a trámite. Lo que plantea el motivo mediante la cita del artículo 1902 del CC y del artículo 10.5 de la Ley de Sanidad , con relación a la jurisprudencia que cita, es la obligatoriedad de prestar consentimiento expreso por parte del paciente respecto de la intervención quirúrgica efectivamente realizada, así como determinar si la falta o ausencia del

mismo, tal y como reseña la Sentencia recurrida, incide en el nexo causal y en la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Se estima. La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), vigente en el momento de los hechos, 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". Esta información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de este es, por tanto, un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Como tal, debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente para que el paciente 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 ; 20 de enero 2011 , entre otras muchas). Se trata, como dice la STC 28 de marzo 2011 , de "un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de la autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental". En el caso, es hecho probado de la sentencia que no hubo consentimiento para realizar la intervención que se le practicó. La intervención que se propuso, para lo que la paciente solicitó y obtuvo autorización de su compañía aseguradora, ASISA, fue para la intervención de una concreta patología consistente en comprobar un menisco dañado mediante artroscopia ("menisectomía artroscópica"). En ningún caso seccionar y extraer la plica mediales o interna y liberar el alerón o retináculo rotuliano externo, que es la que se llevó finalmente a cabo una vez comprobado que la operación programada era innecesaria por no estar afectado el menisco. Es decir, se produjo un cambio de cirugía en quirófano sin el consentimiento previo de la paciente que lo había dado para una intervención clínica distinta dentro de la cual autorizaba un posible cambio de la técnica quirúrgica empleada, que nada tiene que ver con una intervención diferente de la que había sido programada en razón de la patología que se detectó en el momento de la operación y no en la fase previa de diagnóstico, de la que no derivaba ningún riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo que pudiera justificarla. Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía. La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para

poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad.

TERCERO.- La estimación del motivo supone asumir la instancia para cuantificar el daño en treinta mil euros teniendo en cuenta la intervención médica realizada, de menor entidad de la que había sido proyectada inicialmente, así como las circunstancias concurrentes pues aun cuando no se derivó ninguna consecuencia respecto de las lesiones que presenta la paciente, lo cierto es que tampoco puso fin a sus dolencias. Esta indemnización se declara actualizada, en su naturaleza de deuda de valor, al presente momento procesal, y devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la presente resolución hasta su completo pago.

CUARTO.- No procede hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias. Tampoco de las de este recurso de casación, en correcta aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de doña Celia , contra la sentencia de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de noviembre de 2007, dictada en el rollo de apelación núm. 251/06 . En su vista, se acuerda lo siguiente:

1º Se casa y anula la sentencia recurrida.

2º Se estima en parte la demanda presentada por doña Celia y se condena don Felicísimo y a la Agrupación Mutual Aseguradora (AMA), a indemnizar a la citada doña Celia con la cantidad de 30.000 euros, que devengará el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos desde el día en que se dicta esta resolución.

3º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

4º No se imponen a ninguna de las partes las costas de la 1ª Instancia ni las de la apelación.