



Roj: **STS 3722/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3722**

Id Cendoj: **28079110012015100456**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/09/2015**

Nº de Recurso: **2247/2013**

Nº de Resolución: **483/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6844/2013,**
STS 3722/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Septiembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 689/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Teresa , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Barreiro Tejeiro; siendo partes recurridas Zurich Insurance PLC, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Granizo Palomeque y don Gustavo , representada por la procuradora de los Tribunales doña Andrea de Dorremocha Guiot.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Jordi Fontqerni Bas, en nombre y representación de doña Teresa , interpuso demanda de juicio sobre reclamación de daños y perjuicios, contra don Gustavo y Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la demanda acuerde condenar a la demandada al pago al demandante de la cantidad de setenta mil euros (70.000 euros) más los intereses legales, que sin perjuicio de posterior liquidación en este momento se cuantifican en diez mil cuatrocientos siete euros con noventa y cinco céntimos (10.4078,95 euros), y con expresa imposición de costas a las demandadas.

2.- El procurador don Octavio Pesqueira Roca, en nombre y representación de Zúrich España, Compañía de Seguros y Reaseguros 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 se desestime la demanda en su integridad, y se absuelva libremente de la misma a mi representada, la Compañía Zurich España, Compañía de Reaseguro S.A; todo ello con expresa imposición de costas a la actora por sus preceptivo legalmente.

El procurador don Federico Barba Sopeña, en nombre y representación del Doctor don Gustavo 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 desestime la demanda en su integridad y se absuelva libremente de la misma a mi representado, el doctor don Gustavo , todo ello con expresa imposición de costas a la actora por ser preceptivo legalmente.



3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 7 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por doña Teresa debo condenar y condeno solidariamente a la entidad Zurich España de Seguros y Reaseguros S.A. y a don Gustavo al pago de 70.000 €, más los intereses antedichos, con imposición de las cotas a las codemandadas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de don Gustavo y Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros SA. La Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 21 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO:

1.- Estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia de instancia.

2.- Desestimamos la demanda y absolvemos libremente a Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A y a Gustavo , con imposición de las costas de instancia a la parte actora.

3.- No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso por infracción procesal** la representación de doña Teresa , con apoyo en los siguientes **MOTIVO: ÚNICO.-** Infracción de las normas procesales reguladas de la sentencia (art 4691 2º LEC) por vulneración del artículo 217.7 LEC , en relación con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo configuradora de la teoría del "daño desproporcionado".

En cuanto al **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVO: ÚNICO.-** Infracción del contenido en el art. 10.5 de 4 la Ley 14/1986, de 26 de abril, General de Sanidad , así como el artículo 15 de la CE y del artículo 1902 del CC . y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la inexistencia de consentimiento informado, recogida en las SSTs de 4 de marzo de 2011 , 13 de mayo de 2011 , 31 de mayo de 2011 y 16 de enero de 2012 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 28 de enero de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Andrea de Dorremocha Guiot, en nombre y representación del doctor don Gustavo , y la procuradora doña María Granizo Palomeque, en nombre y representación de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros SA, 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 22 de Julio de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 26 de abril de 2010, doña Teresa presentó demanda en la que solicitaba que se dictará sentencia de condena a los demandados al pago de 70.000 euros, más los intereses legales correspondientes. Relata que el 13 de diciembre de 1997 fue intervenida por laparoscopia para reducción de estómago mediante colocación de una banda gástrica, sin que se le advirtiera de la posibilidad de fracaso de la técnica, ni de sus posibles efectos adversos y con coste de 6.000 euros; que la operación fracasó y volvió a engordar, sufriendo cólicos y una segunda operación en la que se apreció que la banda estaba incrustada en el estómago y se tuvo que extraer en junio de 2007, con coste de 14.000 euros.

Hubo, a su juicio, resultado fallido, defectuosa realización de la cirugía y omisión del deber de información y reclama de don Gustavo y Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros los costes citados, más 5.000 euros de pretium doloris, como dolor físico, y 45.000 de daño moral. Invoca la acción contractual, pero también cita jurisprudencia sobre los requisitos del artículo 1902 del Código Civil .

La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó solidariamente a la entidad Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. y don Gustavo al pago a doña Teresa de 70.000 euros, más los intereses correspondientes, con imposición de las costas a las codemandadas.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia provincial estimó el recurso y desestimó la demanda, con imposición de las costas a la parte actora. Argumenta que ha quedado "*suficientemente acreditado*



el incumplimiento del deber de información, pero no que haya sido generador de un daño que haya de ser indemnizado. No ha quedado suficientemente establecida la causa de la obesidad sobrevenida en 2007. La operación no fracasó, pues hasta el tercer año se mantuvo el objetivo perseguido y la actora perdió peso. No se prueban cólicos posteriores, ni tampoco que la causa de la recuperación de peso fuera que la banda quedara finalmente incrustada en el estómago. Se rompe el curso causal. No queda acreditada una defectuosa realización de la cirugía y la omisión del deber de información, suficientemente acreditada, no puede tenerse en cuenta, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, para fijar una indemnización cuando no se acredita un resultado lesivo. La pérdida de oportunidad no genera responsabilidad cuando no se produce daño y, en este sentido, reiteramos que no queda acreditado que la recuperación de peso fuera debida a la operación, en tanto concurren otras posibles causas plausibles (no respetar la dieta, padecer un embarazo y un parto con diabetes gestacional y sufrir una litiasis biliar)".

Doña Teresa formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL .

SEGUNDO.- En un único motivo denuncia la infracción del artículo 217.7 de la LEC , en relación con la doctrina de esta Sala sobre el daño desproporcionado puesto que la sentencia hizo recaer sobre ellos la carga de probar una impericia o mala praxis médica que a todas luces habría de probar el facultativo, Dr. Gustavo , habida cuenta de los daños sufridos, puesto que la intervención practicada con el fin de perder peso definitivamente, produjo al cabo del tiempo el efecto totalmente contrario.

Se desestima.

La sentencia no trata del daño desproporcionado, que además no es propio de este recurso, sino del de casación. Pero es que las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria, y lo que la sentencia dice es que la acción que se ejercita " *se basa en el incumplimiento del deber de información, aunque también se denuncia, de forma secundaria, una mala praxis quirúrgica. No se ha practicado prueba suficiente sobre esta última, lo que perjudica a la Sra. Teresa , conforme al art. 217 LEC "*, pues era ella y lo la demandada a quien correspondía probar los hechos constitutivos de su demanda teniendo en cuenta que la jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero , 4 de marzo de 2009 ; 11 de diciembre de 2009 ; 31 de mayo de 2011).

Y, a partir de esta declaración, la sentencia analiza la prueba que se ha practicado y llega a la conclusión siguiente:" *La finalidad de la operación se había conseguido y no se puede decir que fracasara la técnica. No se ha probado, causalmente, que la recuperación de peso tuviera origen en la actuación del Dr. Gustavo , pues son plausibles otras posibles causas. Consta en el historial médico del Dr. nota de una llamada telefónica según la cual la actora no podía seguir la dieta, pasaron diez años y hubo incidencias de salud concurrentes, como el embarazo y la litiasis biliar. No puede pretender la actora una eficacia absoluta de la operación cuando inciden en el postoperatorio y en el seguimiento de la dolencia actuaciones propias que pudieron provocar la recuperación del peso".*

Hay, en definitiva, una causa que, correcta o no, explica el resultado, lo que dejaría sin contenido la doctrina expresada, y ello con independencia que no hay necesidad de alterar los hechos para procurar una solución jurídica distinta a través del recurso de casación.

RECURSO DE CASACION.

TERCERO.- Se formula un único motivo que tiene que ver con la vulneración del artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad , vigente en el momento en que se produjeron los hechos, y de la doctrina reiterada de esta Sala sobre las consecuencias de la inexistencia de consentimiento informado.

El motivo se admite.

La Jurisprudencia de esta Sala, de forma reiterada -STS 30 de junio 2009 , y las que en ella se citan-, 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), 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", 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 doctrina jurisprudencial más próxima al caso que ahora se enjuicia, de falta de información, no discutida, y de una correcta praxis médica, refiere que el daño que se pone 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 su práctica. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber haberse omitido la información previa al consentimiento (STS 4 de marzo 2011).

Es cierto que acuerdo con la sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2001 , reiterada en las de 10 de mayo 2006 , 23 de octubre de 2008 y 4 de marzo de 2011 , la falta de información no es "per se" una causa de resarcimiento pecuniario, es decir, no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido. Pero también lo es que, en este caso, se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente.

Es hecho probado de la sentencia que fue necesaria una nueva intervención para conseguir la reducción de estómago y que hubo una vuelta a situación de obesidad a pesar de la intervención; extremo este del que no fue informada. Dice lo siguiente: " *El perito Sr. Elias (f. 216 y ss.) coincide con su colega en que un alto porcentaje (para él del 40% o de 23 sobre 82, es decir, del 28%) de pacientes recupera peso: y que " El documento de "consentimiento para intervención quirúrgica" (f.281), cumplimentado poco antes de la operación, no se presenta en su forma como un documento informativo sino de autorización o encargo y aunque refiere que la intervención propuesta es de "reducción gástrica", no especifica qué alcance tenía la intervención (banda, no seccionado gástrico, ni by-pass), ni la técnica que se iba a aplicar (laparoscopia) y, por ello, al decir que la paciente "ha sido informada de los riesgos y características de la intervención, así como del índice de reconversión", no parece que ello sea suficiente para considerar cumplido el deber de informar (omitido en los documentos historiadados previos), sobre todo si la "reconversión" (término de por sí poco claro) estaba situada entre el 40 y el 60% de los casos, por lo que habrá que convenir que la mera manifestación escrita, de puño y letra del propio doctor, de haber informado es insuficiente... El día del juicio, discuten los peritos si en 1997 ya era técnica aplicable la del by-pass u otras técnicas y si aún es o no procedente, en algunos casos, operar hoy introduciendo una banda, pero la cuestión no sería si la actora pudo escoger una u otra técnica, sino si tuvo o no la oportunidad de rechazar el tratamiento, tras conocer el elevado porcentaje de fracasos y si ello produjo daño o lesión; no cabe duda que con un tan alto porcentaje de fracaso (entre el 40 y el 60%) la obligación de información adquiriría importancia capital, para que la paciente pudiera decidir, con conocimiento de causa, si quería someterse o no a la intervención; pero lo fundamental es que la falta de información no habría alterado el resultado, que fue bueno*".

El resultado, sin duda, no fue bueno, como dice la sentencia recurrida, pero incluso si el resultado adverso - recuperación de peso- se produjo por actuaciones propias de la paciente, tampoco de ello fue informada de tal forma que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal es la información que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses.

CUARTO.- Procede estimar el recurso de casación y desestimar el de infracción procesal y, como consecuencia, casar la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación formulado contra aquella, con el efecto de mantener en su integridad el pronunciamiento de condena de los demandados; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso de casación y con imposición



a los demandados de las causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal así como en ambas instancias, en correcta aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el de casación formulado por doña Teresa contra la sentencia dictada por la Sección Décimo Catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha de 21 de junio de 2013 .

2º.- Con desestimación del recurso de apelación formulado por don Gustavo y Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. mantenemos en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona en fecha de 7 de febrero de 2012 .

3º.- Se imponen a los demandantes las costas de ambas instancias y del recurso extraordinario por infracción procesal y no se hace especial declaración de las del recurso de casación.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de la Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz.-Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose 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.