



Roj: **STS 1427/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1427**

Id Cendoj: **28079110012016100215**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2016**

Nº de Recurso: **2050/2014**

Nº de Resolución: **227/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5186/2014,**
STS 1427/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Abril de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), en el rollo de apelación nº 120/2013, dimanante del juicio ordinario nº 1058/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Barcelona.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Erasmo representado por el procurador don Felipe Juanas Blanco.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida don Herminio y Winterthur Seguros Generales, SA de Seguros y Reaseguros, representados por la procuradora doña Andrea de Dorremochea Aramburu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los Tribunales doña Mª Teresa Aznarez Domingo, en nombre y representación de don Erasmo formuló demanda de juicio ordinario en el ejercicio de acción de indemnización por responsabilidad contractual contra don Herminio, el Hospital General de Catalunya y la Compañía de Seguros Winterthur. En el suplico de la demanda solicitó al Juzgado:

«...se condene a las partes demandadas a que indemnicen conjunta y solidariamente al demandante en la cantidad de trescientos noventa y tres mil ciento cuarenta y dos euros con sesenta y siete céntimos (393.142,67 ?) que deberá garantizar en concepto de responsable civil directa la Compañía Aseguradora Winthertur ésta con los intereses del artículo 20 de la Ley de contrato de Seguro a determinar desde el 2 de mayo de 2004.»

2.- Por Auto de 1 de septiembre de 2009 se admitió a trámite la demanda y se dio traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador don Federico Barba Sopeña, en nombre y representación de la Compañía Aseguradora Winthertur contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«...se dicte sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representada, la compañía Winthertur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, con todos los pronunciamientos favorables, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora por ser preceptivo legalmente.»



4.- El procurador don Federico Barba Sopeña en nombre y representación del doctor don Herminio contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«...se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representado, el doctor don Herminio, con todos los pronunciamientos favorables, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora por ser preceptivo legalmente.»

5.- Por la representación procesal de la parte actora se presentó escrito ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona solicitando el desistimiento de la demanda instada contra el Hospital General de Catalunya SA, dictando el Juzgado Decreto el 15 de marzo de 2011 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Se tiene por desistida a la parte actora del presente procedimiento interpuesto contra el Hospital General de Catalunya y cualquier entidad que la suceda en los deberes y derechos que ostenta prosiguiéndose las actuaciones frente a Herminio y Winterthur (actualmente y desde 2008 Axa)...

6.- El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona dictó sentencia el 3 de septiembre de 2012 con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo parcialmente la demanda deducida por la postulación procesal de don Erasmo y condeno a don Herminio y Axa- Winterthur al pago del importe de 60.101,21 ? más intereses y cada parte asume sus costas y las comunes por mitad.

Así por esta mi sentencia de la que se unirá testimonio a la causa y contra la que cabe recurso de apelación ante este juzgado en el término de veinte días para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, definitivamente juzgando, la pronuncio mando y firmo.»

7.- La representación procesal de don Erasmo solicitó la subsanación y complemento de la anterior resolución y el Juzgado dictó Auto el 29 de octubre de 2012 cuya parte dispositiva dice: «Aclarar la sentencia postulada por la postulación procesal de don Erasmo y en sede de intereses conforme al artículo 20 LCS, al momento del dictado de la sentencia.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La representación procesal de don Erasmo se interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su tramitación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª que dictó sentencia el 29 de mayo de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Erasmo contra la sentencia dictada en fecha 3 de septiembre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con imposición de las costas de esta alzada a la apelante.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de don Erasmo interpuso contra la anterior resolución con base en un único motivo, dividido en dos apartados.

2.- La Sala dictó Auto el 5 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Erasmo contra la anterior sentencia dictada en fecha 29 de mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), en el rollo de apelación nº 120/2013, dimanante del juicio ordinario nº 1058/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Barcelona.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal del doctor don Herminio y de Winterthur Seguros General, SA, Seguros y Reaseguros, formuló oposición al recurso interpuesto de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 16 de marzo de 2016 en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación exponemos:



1.- La representación procesal de don Erasmo formuló demanda contra el médico don Herminio , y contra la aseguradora Axa Winthertur Seguros, por la que ejercitaba acción de responsabilidad civil médica y postulaba indemnización de daños y perjuicios. Fundaba su acción en el daño sufrido a causa de una intervención quirúrgica, sin haber recibido información previa sobre los riesgos y posibles consecuencias derivadas de ella.

2.- Los hechos que se declaran probados son los siguientes:

(i).- En verano de 1990 el actor sufrió un grave golpe en la cabeza al lanzarse al mar en una cala de la isla de Menorca sufriendo traumatismo cráneo-cervical, y ahogamiento, asfixia por inmersión. Socorrido por una dotación de tetraplegia completa, manteniendo movilidad de hombros y flexión de antebrazos sobre brazos, reflejos bicipital y braquioradial presentes bilateralmente, no tricipital, respiración diafragmática, no motilidad en miembros inferiores ni tronco ni reflejos OT's, abolida sensibilidad dolorosa y táctil hasta un nivel C6, síndrome medular traumático". En consecuencia diagnosticó que se había producido una "fractura- estallido con luxación de C5-C6 con síndrome medular post-traumático, tetraplegia C6 más un síndrome postsumersión con bronconeumonía aspirativa e insuficiencia respiratoria aguda grave".

(ii).- La lesión en la columna vertebral era muy grave. A parte de los problemas respiratorios coyunturales, perdió la movilidad y la sensibilidad en las piernas manteniendo sin embargo determinado nivel sensitivo, la movilidad de hombros y la flexión de antebrazos sobre brazos. Es decir quedaría inválido de ambas piernas y confinado a una silla de ruedas

(iii).- Transcurridos unos días desde el accidente, y estando el Paciente estabilizado, el facultativo indicó intervenirle quirúrgicamente para conseguir una mayor fijación y estabilidad de la columna vertebral. El día 16 de agosto de 1990 fue intervenido quirúrgicamente por el facultativo, "resecándose el cuerpo vertebral de C5 y colocando un injerto trisomático (anclado en C4, C5 y C6) de cresta ilíaca" ordenando que se la inmovilización con tracción de 3 a 4 kilogramos. Así el 19 de septiembre se le colocó corsé torácico con halo cervical, prótesis consistente en un dispositivo externo aplicado al raquis que tiene como objetivo limitar la movilidad.

(iv).- La evolución posterior fue favorable, hasta el punto que a fecha de 21 de septiembre el paciente es considerado, dada la inamovilidad e insensibilidad de las piernas y la movilidad y sensibilidad de hombros, brazos y antebrazos, que podía ser trasladado al Institut Guttmann (Hospital de lesionados medulares) para rehabilitación.

(v).- Antes de proveer el traslado el día 26 de septiembre sufrió una infección latero cervical izquierda y tuvo que ser nuevamente intervenido quirúrgicamente, al objeto de realizarse el consecuente drenaje.

(vi).- En octubre su estado volvió a estabilizarse manteniendo el halo cervical y empezó su sedestación en silla de ruedas y a ser trasladado regularmente al gimnasio para rehabilitación, y así incrementar la sensibilidad en los miembros superiores y el tronco, y la fuerza en los brazos, principalmente el derecho.

(vii).- A finales de octubre de 1990, habiendo transcurrido ya más de 3 meses desde el desafortunado accidente, el diagnóstico definitivo era de tetraplegia completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, lo que le permitía la movilidad de ambos hombros y la flexión de antebrazos sobre brazos, habilidad en manos y dedos.

(viii).- En ese estado y dada la gravedad de la lesión sufrida, era imposible mejorar, ni siquiera con rehabilitación, por lo que actor sufriría de por vida una incapacidad que le obligaría a vivir permanentemente en una silla de ruedas. La rehabilitación pretendería mantenerle para siempre en esa situación pero lo más probable es que paulatinamente, y en unos plazos indeterminados fuera perdiendo capacidades motrices y sensitivas hasta llegar a la situación actual aunque tampoco se pueda determinar si con el mismo grado de discapacidad.

(ix).- El caso es que con el fin de garantizar la estabilización, ralentizar al máximo la degeneración propia del paso del tiempo y minimizarla, el facultativo, tras una estancia en un congreso, en noviembre de 1990 propuso la colocación de un rectángulo de Hartschill para fijar la columna vertebral mediante una operación quirúrgica que no le impediría más que 8 días sin rehabilitación, pero sin el engorro del halo.

(x).- No informó al paciente de la gravedad de esta intervención, ni de sus riesgos ni de las posibilidades alternativas. No se dieron por tanto los mínimos requisitos del consentimiento informado, y el demandante y su familia, sin la mínima información, debieron acceder a la intervención que se produjo el 22 de Noviembre de 1990 y consistió en la colocación del denominado «rectángulo de Hartshill» desde C-

(xi).- Dicha intervención, aparentemente sencilla y de pronta recuperación, consistió, tal y como consta en el informe operatorio en el «abordaje cervical posterior. Láminas de C5 proyectadas hacia atrás. Se pasan alambres nº

En la nota pre-operatoria del anestesista se indica: "Paciente de alto riesgo postquirúrgico. Precisaré postoperatorio en UCI. Reservado 4 unidades sangre».



Practicada la intervención el Demandado escribió que «tras esta segunda intervención cervical se ha producido un empeoramiento de su miembro superior derecho al no tener en la actualidad flexión del antebrazo sobre brazo derecho», y como también consta en la nota del historial clínico del HGC referido al Demandante de fecha 26 de noviembre de 1990, donde el Demandado escribe: "Ha perdido fuerza de flexión de antebrazo sobre brazo derecho"..

Tras esta intervención quirúrgica a la que fue sometido, el Demandante quedó afecto de una tetraplejia - síndrome medular transversal completo por debajo del cuarto segmento neurológico cervical derecho (C4) y por debajo del sexto segmento neurológico cervical izquierdo (C6), lo que se desprende ya de la anotación en su historial clínico del HGC de fecha 12 de diciembre de 1990, donde el Demandado refleja: "Mantiene flexión de antebrazo sobre brazo izquierdo. En MSD sólo se aprecian movimientos de hombros. Plejia completa de miembros inferiores. Respuesta al reflejo plantar en retirada. Nivel sensitivo C4 bilateralmente. Pendiente de aclarar su cuadro inflamatorio para trasladar a Guttman". Había perdido por tanto el movimiento de los brazos, sólo movía levemente los hombros y doblaba el codo izquierdo.»

3.- La sentencia del juzgado de primera instancia, partiendo de la adecuada praxis del acto médico quirúrgico, hace descansar la responsabilidad civil del facultativo en la ausencia de información médica para conseguir del paciente el oportuno consentimiento.

Atendiendo a la realidad de los hechos, y teniendo en cuenta que la operación provocó un agravamiento en el estado del paciente, valora tal agravación en función de la ausencia de la información debida sobre el riesgo inherente a la intervención o a la técnica operatoria empleada, y ponderando todas esas circunstancias fija el quantum indemnizatorio en 60.101,21? , por haberse aumentado el grado de invalidez y por el dolor sufrido.

Corolario de ello es la estimación parcial de la demanda.

4.- Contra ésta sentencia interpuso recurso de apelación don Erasmo , concretando como motivo del mismo la errónea cuantificación de la indemnización por el daño sufrido, teniendo en cuenta el empeoramiento de su situación neurológica tras la práctica de la intervención quirúrgica de noviembre de 1990.

5.- Correspondió el conocimiento del recurso a la Sección decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia el 29 de mayo de 2014 desestimatoria del recurso.

6.- Son hitos relevantes en la motivación de la sentencia que decide el recurso de apelación los siguientes:

(i) No se dio cumplimiento a la obligación de informar prevista en el artículo 10.5 de la ley General de Sanidad aplicable en la fecha de la intervención quirúrgica.

(ii) No se le informó de todos los posibles riesgos a que se sometía, dadas sus circunstancias personales ya descritas, teniendo en cuenta que no se trataba de una operación de urgencia sino programada, en un paciente de alto riesgo posquirúrgico.

(iii) Consecuencia de lo anterior es que la responsabilidad del facultativo no nace del acto médico quirúrgico practicado, sino del hecho de no haber facilitado la adecuada información al paciente para que éste pudiese valorar someterse o no a la intervención quirúrgica, y hacerlo de forma consciente y libre, conociendo las posibles consecuencias de ella.

(iv) A partir del reconocimiento de esa infracción de la "lex artis ad hoc", no puede hacerse coincidir la indemnización del daño con la que derivaría si se hubiese apreciado una mala praxis en la intervención quirúrgica desarrollada.

(v) De la prueba practicada, incluido el previo proceso penal e informe médico forense, se infiere: a) que en este tipo de lesiones en un 80% la pérdida de sensibilidad en las extremidades se instaura de forma inmediata, pero un 20% se instaura de forma paulatina, que oscila según el paciente; b) la intervención quirúrgica está indicada como técnica a practicar casi en un 90% de los casos y no sólo salva la vida del lesionado sino su calidad de vida ;c) cualquiera que sea la técnica empleada es compleja y los riesgos hay que ponerlos en relación con el beneficio que se obtiene; d) la pérdida de la sensibilidad de la extremidad superior derecha no puede ser imputable a dicha intervención quirúrgica sino a evolución de la lesión; e) aunque no se hubiera operado la evolución por el tipo de lesión hubiera sido la misma ;f) en este tipo de lesiones no todos los pacientes necesita la fijación del cuello; g) no se puede desconocer, no obstante, que tras la intervención se produjo un agravamiento del estado del paciente en los términos ya recogidos.

(vi) Confirma la indemnización concedida por la sentencia de primera instancia ponderando todas esas circunstancias. Afirma que no se puede desconocer que el paciente, antes de someterse a la intervención que se enjuicia , ya presentaba un cuadro de tetraplejia de grado medio-síndrome transversal completo por debajo de C-6- y además, al quedar inválido de ambas piernas y precisar de por vida silla de ruedas, la situación



era de dependencia relativa en cuanto padecía una tetraplejía por lesión medular completa e irreversible a partir de C-6-, lo que le obligaba igualmente a necesitar adecuación y adaptación de la vivienda a las nuevas circunstancias.

7.- Don Erasmo interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia por el cauce previsto en el ordinal tercero del artículo 477.2 LEC .

El escrito de interposición del RECURSO DE CASACIÓN se articula en un único motivo, dividido en dos apartados.

En dicho motivo, tras citar como precepto legal infringido el artículo 1101 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional se citan por opuestas a la recurrida las Sentencias de esta Sala de fechas 4 de marzo de 2011 y 16 de enero de 2012 .

8.- La Sala dictó Auto el 5 de octubre de 2015 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por la parte recurrida.

Recurso de Casación

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- Para la adecuada inteligencia de la presente decisión se ha de tener en cuenta que en el presente recurso, al igual que en su día en el de apelación, no se pone en tela de juicio más que el quantum indemnizatorio derivado de la responsabilidad civil del facultativo. Esta responsabilidad se residencia no en una negligente o defectuosa práctica del acto médico quirúrgico, sino en la falta adecuada de información al paciente sobre los riesgos de la intervención, privándole de la oportunidad de valorarlos y de decidir con libertad y conocimiento de causa si consentía aquélla.

2.- La sentencia recurrida no desconoce la doctrina de la Sala que, según el recurrente, ha infringido. Reconoce dicha sentencia que la intervención quirúrgica practicada no era voluntaria o satisfactiva, sino paliativa y de conservación del estado del paciente, pero en todo caso que no era de urgencia sino programada.

Es indudable que se le privó de la oportunidad de decidir, por la ausencia de información, así como que consta la agravación de su estado tras la operación.

Ello, en conjunción con la clase de intervención, provoca que la incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente sea más débil que si la finalidad de la intervención hubiese sido curativa de la tetraplejía que ya padecía.

Ahora bien, lo anterior no supone, como sostiene la sentencia de 16 de enero de 2011 que merezca el mismo tratamiento aquellos supuestos en que el cuadro secular tiene su origen en una mala práctica médica probada e indubitada, que aquellos en los que la complicación no tiene relación con una práctica médica, sino simplemente en no ser informado al paciente de que ello podía ocurrir, privándole de la oportunidad, en su caso, de no someterse a la cirugía.

La incertidumbre causal, según la prueba practicada no se desvanece completamente en atención a las circunstancias del caso y finalidad perseguida por el facultativo, con el que el paciente ya tenía relación por tratarlo previamente de su grave lesión y, por ende, confianza.

Se ha de tener en cuenta, además, que la sentencia recurrida pondera que la intervención ha acelerado una agravación de la invalidez que podría alcanzarse paulatinamente más adelante ,pero sin olvidar que la indemnización postulada no puede extenderse a la totalidad del daño padecido de quien ya se encontraba inválido de ambas piernas, precisaba de por vida silla de ruedas y la lesión medular que padecía, completa e irreversible a partir de la C-6, le obligaba igualmente a necesitar adecuar y adaptar su vivienda a las nuevas circunstancias.

Por tanto lo que se indemniza, dentro de la incertidumbre causal a que se ha hecho mención, en íntima relación con la autonomía de la voluntad, es la agravación de la invalidez del paciente, que ya padecía, ponderando que era previsible que se agravase más adelante en atención a la evolución de ese tipo de lesiones.

Qué duda cabe que para una mayor ponderación de la incertidumbre causal hubiese sido de suma utilidad conocer con más precisión qué beneficios reportaba al paciente la intervención quirúrgica que se le practicó y cuáles los riesgos anudados a ella y en qué porcentaje.



La finalidad, según el factum de las instancias, era garantizar la estabilización y ralentizar al máximo la degeneración propia del paso del tiempo y minimizarla, con lo que el beneficio para el paciente era indudable si el éxito acompañaba a la intervención.

La técnica elegida, tras la estancia del facultativo en un congreso, era novedosa, pero, según el médico forense, cualquiera que fuese la técnica por la que se optase era compleja y con riesgos a ponderar por el beneficio perseguido.

Si la evolución de la lesión secular que padecía culminaría con la invalidez que ahora tiene, y la intervención iba destinada a ralentizar esa evolución y a minimizarla, es razonable que, en principio, se asumiese el riesgo, pero también lo es que, al no informarse de ello al paciente, nos encontramos en esa franja intermedia de incertidumbre causal que debe ser merecedora de indemnización por privarse al lesionado de autonomía de voluntad para decidir.

Ahora bien, sin perder de perspectiva, como ya se ha razonado, que la lesión ya existía, por imprudencia del recurrente, que la lesión era grave y con evolución desfavorable. El daño indemnizable, puesto en relación con la mencionada ausencia de autonomía de voluntad, consiste, pues, en que la evolución de la lesión, que se quiso ralentizar y minimizar, a causa de la operación quirúrgica se aceleró de forma casi inmediata.

3.- Tanto esta Sala de la jurisdicción civil como la de la contencioso-administrativo del TS se ha ocupado de la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado.

Se ha venido distinguiendo entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, no habría lugar a indemnización (STS 29 de junio de 2007), sin perjuicio de que en ciertas circunstancias, se pudiese determinar la existencia de un daño moral, de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado (SSTS 23 de abril de 1992 ; 26 de septiembre de 2000 ; 2 de julio de 2002 ; 21 de octubre de 2005). Así viene a reconocerlo la sentencia que se cita por el recurrente de 4 de marzo de 2011 .

Cuando no existe incertidumbre causal en los términos extremos antes expuestos, surge la teoría de la pérdida de oportunidad en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (SSTS de 10 de mayo de 2006 ; 30 de junio de 2009 y la citada en el recurso de 16 de enero de 2012).

Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011 , están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007 , 23 de mayo , 29 de junio y 28 de noviembre de 2007 ; 23 de octubre de 2008). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos preVISIBLES, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre de 2005 - cicatriz queloides; 10 de mayo de 2006 - osteocondroma de peroné); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero de 2004 - corrección de miopía); complicaciones o resultados adversos preVISIBLES y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre de 2006 - artrodesis; 15 de noviembre de 2006 - litotricia extracorpórea; 27 de septiembre de 2010 - abdominoplastia; 30 de junio de 2009 - implantación de prótesis de la cadera izquierda); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio de 2008 - extirpación de tumor vesical); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre de 2009 - vitrectomía); necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero de 2009 - cifoescoliosis; 7 de marzo de 2000 - extracción de médula ósea), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre de 2005 y 23 de noviembre de 2007 - síndrome de Down).

Todas estas circunstancias plantean un doble problema: en primer lugar, de identificación del daño: corporal, moral y patrimonial; en segundo, de cuantificación de la suma indemnizatoria, que puede hacerse de la forma siguiente:

(i) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta; la falta de



información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención.

(ii) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad.

(iii) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso)".»

Se apoya la Sala, pues, a la hora de identificar y cuantificar el daño en la teoría de la pérdida de oportunidad al tipo cirugía practicada y a la patología que padecía el actor y resto de circunstancias concurrentes.

Todas estas circunstancias se deben evaluar para, ante la ausencia de consentimiento informado, fijar la indemnización.

Por ello en el caso enjuiciado se evalúa la gravedad de la enfermedad, la evolución natural que hubiese tenido la misma, la necesidad o no de la intervención y su novedad, sus riesgos y entidad de los que se han materializado, así como estado previo del paciente.

No cabe duda que ha existido un daño corporal, por cuanto se ha materializado inmediatamente a causa de la intervención la agravación de la invalidez que presumiblemente se alcanzaría más adelante y que la operación pretendía precisamente retrasar y aminorar.

Tampoco existe duda del daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, ya que lo que parecía una intervención paliativa y conservativa rápida, desencadenó una notable agravación de su ya delicada situación causada por la tetraplejía que sufría, con el impacto psicológico fácilmente comprensible.

Pero en atención a lo ya razonado, supuso también una pérdida de oportunidad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes.

Todo ello ha sido tenido en cuenta por la sentencia recurrida, aunque metodológicamente aparezcan entremezcladas las consideraciones al respecto.

4.- Finalmente cabe declarar que el quantum indemnizatorio, con respecto a la valoración probatoria de la sentencia recurrida, incumbe al Tribunal de instancia, cuya sentencia se recurre (STS de 18 noviembre de 2014), sin que sea posible acudir a hechos diferentes de los que declara probados la Audiencia Provincial.

TERCERO.- Conforme a lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por don Erasmo , contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), en el rollo de apelación nº 120/2013 , dimanante del juicio ordinario nº 1058/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Barcelona.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

3º.- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- Jose Antonio Seijas Quintana .- Antonio Salas Carceller.- **Francisco Javier Arroyo Fiestas .- Eduardo Baena Ruiz.- Fernando Pantaleon Prieto .- Xavier O'Callaghan Muñoz** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.