

Roj: **STS 5161/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5161**Id Cendoj: **28079110012016100670**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/11/2016**Nº de Recurso: **455/2014**Nº de Resolución: **698/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 3001/2013,**
STS 5161/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 24 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto 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 Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1380/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Oviedo, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Adelaida, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Manglano Thovar; siendo partes recurridas, la entidad Javier González Tuñón S.L, representado por el Procurador de los Tribunales José Manuel Vissante García, W.R Berley España, representada por el procurador don Federico Ruiperez Palomino y don Gabino, representado por la procuradora doña Isabel Julia Corujo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don José Manuel Tahoces Blanco, en nombre y representación de don Norberto, interpuso demanda de juicio ordinario, contra la entidad Clínica Tuñón S.L en la persona de su Director o legal representante, contra don Gabino y contra la Compañía de seguros mercantil W.R.Berkley España y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado:

«se dictara sentencia por la que estimando la demanda condene conjunta y solidariamente a los demandados: mercantil Clínica Javier González Tuñón S.L., don Gabino y Cia W.R. Berley España, a pagar a mi representado la cantidad de 787.000 euros setecientos ochenta y siete mil (comprensiva de los siguientes conceptos a daños materiales justificados por intervenciones y desplazamientos 142.075,27 euros, más: otros 644.924,73 por daños funcionales, estéticos, anímicos y morales, todo ello con imposición de costas a los mismos».

SEGUNDO.- La procuradora doña Isabel Fernández Fuentes, en nombre y representación de don Javier González Tuñón S.L, 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 íntegramente la demanda absolviendo a mi representado de los pedimentos adversos; y, para el improbable supuesto de estimación parcial se modere de forma sustancial las cantidades reclamadas a tenor de los criterios conforme se deja expuestos en el cuerpo de este escrito, con imposición de costas a la actora en el supuesto de desestimiento».





La procuradora doña Isabel Fernández Fuentes, en nombre y representación de don Gabino , 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 íntegramente la demanda absolviendo a mi representado de los pedimentos adversos; y, para el improbable supuesto de estimación parcial se modere de forma sustancial las cantidades reclamadas a tenor de los criterios conforme se deja expuestos en el cuerpo de este escrito, con imposición de costas a la actora en el supuesto de desestimiento».

La procuradora doña Yolanda Alonso Ruiz, en nombre y representación de W.R. Berkley 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 íntegramente la demanda, absolviendo a esta parten de todas las pretensiones deducidas en su contra, con expresa imposición de costas a la parte actora».

Por fallecimiento del demandante don Norberto , por resolución de fecha 12 de junio de 2012, se tuvo por personados al procurador don José Manuel Tahoces Martínez Diez, en nombre y representación de Adelaida , Victoria y Belarmino .

TERCERO.- 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 n.º 3 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 25 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue fallo:

«Que debo estimar y estimo, sustancialmente la demanda interpuesto DOÑA Adelaida , DONA Victoria , DON Belarmino , DON Gregorio y DON Nicanor en su condición de herederos de DON Norberto , contra DON Gabino , JAVIER GONZÁLEZ TUÑÓN, S.L. y 'W.R. BERKLEY INSURANCE ESPAÑA", en su virtud, 1). Condeno a los tres demandados a pagar, conjunta y solidariamente, a la parte actora, la cantidad de setecientos cincuenta y nueve mil cuatrocientos treinta y tres con ochenta y tres euros (759.433'83 ?), que comprende los daños materiales justificados, en cuantía de 114.509'10 ? . y los daños funcionales, estéticos, anímicos y morales, en cuantía de 644.924'73 ? . La indicada suma total devengará, desde hoy y hasta el completo pago, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos. 2). Impongo a los demandados, solidariamente, las costas de este juicio. Llévase el original al protocolo de sentencias dejando testimonio bastante en las actuaciones»

CUARTO.- Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación la representación procesal de don Gabino , W.R. Berkley Insurance (Europe) Limited Sucursal España y Javier González Tuñón S.L. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue fallo:

«Se acogen los recursos formulados por las representaciones de las mercantiles JAVIER GONZÁLEZ TUÑÓN SL, W.R. BERKELEY INSURANCE ESPAÑA y D. Gabino , frente a la sentencia dictada en procedimiento ordinario número 1.380/11, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de los de Oviedo; en consecuencia, se revoca y se desestima la demanda que frente a los tres dirigían Dª Adelaida , Dª Victoria , D. Belarmino , D. Gregorio y D. Nicanor , en sustitución de D. Norberto que había fallecido en el curso del procedimiento No se hace declaración sobre las costas causadas ni en primera instancia ni en esta alzada».

QUINTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Adelaida con apoyo en los siguientes: Motivos:

«Primero.- Al amparo del apartado 3º del número 1 del art. 469 de la LEC . Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley, art. 238.3. LOPJ, o hubiere podido producir indefensión, por entender vulnerado los arts. 180.2. de la LEC y 203.2. de la LOPJ. Segundo.-Al amparo del apartado 3º del número 1 del art 469 de la LEC . Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión, por entender vulnerado el art. 367.1 . y 2 de la LEC , en relación con los arts. 378 y 379 del mismo texto legal , así como el art. 24.1 . y 2 de la CE . Tercero.- Al amparo del apartado 4º del número 1 del art-469 de la LEC . Vulneración en el proceso Civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución ».

Asimismo interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes: Motivos:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de los artículos 1902 , 1903 del Código Civil y del art. 14.1. 15 en toda su extensión y 17.2.5. de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre . Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477. 2 .2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se denuncia infracción del art. 10.1 .b) c) y d) de la Ley de 41/2002 de 14 de noviembre y de la jurisprudencia





de aplicación sobre las condiciones de la información y consentimiento por escrito. Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha siete de octubre de 2014, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

SÉPTIMO .- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Federico Ruiperez Palomino, en nombre y representación de W.R. Bewrkley Insurrance España; el procurador don José Manuel Villasante García, en nombre y representación de Javier González Tuñón S.L, y la procuradora doña Isabel Julia Corujo, en nombre y representación de don Gabino , presentaron escritos de impugnación al mismo.

OCTAVO.- Por la procuradora doña María de la Paloma Manglano Thovar, se presentó escrito, planteando incidente de recusación contra el Excmo Sr. don Jose Antonio Seijas Quintana.

Por diligencia de ordenación de fecha 8 de mayo de 2015, se acordó la suspensión de la deliberación, votación y fallo señalada para el día 3-2-2016.

Se designó como instructor al Excmo.Sr. Don Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Por providencia de fecha 6 de julio de 2016 se admite a trámite la recusación y se da traslado de la misma al Ministerio Fiscal, interesando su desestimación por falta de fundamentación.

Por auto de fecha 21-9-2016 se desestimó la recusación formulada y se alzó la suspensión del procedimiento.

NOVENO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de Noviembre de 2016, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Norberto , que había sido operado de un linfioepiteloma de cavum (cáncer) en el año 1.996, con tratamiento posterior de radioterapia en cuello y mandíbula que concluyó en marzo de 1.997, acudió en el mes de julio del año 2.008 a la clínica Tuñón SL como consecuencia de tener movilidad en las prótesis dentarias de ambas mandíbulas (en aquel momento carecía de cualquier pieza dental); los datos que ofrece a la Clínica, además de la noticia acerca del cáncer y su tratamiento con radio, fueron que era fumador de una cajetilla de cigarros al día, que no toma ninguna medicación y que no tiene problemas médicos salvo "mala circulación".

El 30 de dicho mes se le colocan cinco implantes en la mandíbula inferior, tras haberle realizado una ortopantomografía o radiografía panorámica como única prueba previa. Al sufrir inmediatos dolores, se le sometió a tratamiento consistente en lavados con tetraciclinas y colocación de un injerto de colágeno humano, que no consiguió resolver la situación, motivo por el cual fue solicitada una interconsulta con el Doctor de Jon , quien apreció una osteonecrosis mandibular el día 20 de octubre por lo que consideró conveniente el correspondiente estudio por el servicio hospitalario.

El 29 del mismo mes de octubre fue sometido a una gammagrafía vascular, ósea y SPECT. A renglón seguido fue enviado al Hospital Marqués de Valdecilla de Santander, donde fue sometido a 30 sesiones de oxígeno hiperbárico, pese a lo cual continuaron los dolores en la mandíbula, apreciándose nuevamente osteonecrosis mandibular. Consta en informe fechado el 23 de enero de 2.009 que "el paciente refiere disminución de los períodos dolorosos con la consiguiente consecuencia de disminuir el uso de analgésicos, estando días sin dolor".

En marzo de 2.009 vuelve a ingresar en el HUCA para la realización de estudios angiográficos previos a la cirugía reconstructiva, apareciendo la obstrucción de la arteria ilíaca externa y obstrucción completa de CCD, CID y CED. Con posterioridad, se realizan nuevas actuaciones médicas entre los meses de junio y septiembre, citándole el 29 de diciembre para mayo del año siguiente, decidiendo en ese momento ir a la sanidad privada, concretamente a la Clínica Ruber de Madrid.

A resultas de todo ello sufrió graves daños en la cara y cuello, quedando con diversas cicatrices procedentes de los injertos e imposibilitado para hablar, para abrir la boca y para comer con normalidad.

D. Norberto formuló demanda contra Clínica Javier González Tuñón S.L., D. Gabino y la mercantil WR. Berkley España, S.L., aseguradora del doctor demandado, en reclamación de la cantidad de 787.000 euros por los daños materiales (142.057,27 euros) y morales (644.924,73 euros) que le fueron causados como consecuencia de la implantación fallida de los implantes y de la falta de información del consentimiento informado. Don Norberto falleció tras la demanda operándose la sucesión procesal a favor de sus herederos.





La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda y condenó a los demandados conjunta y solidariamente a pagar la cantidad de 759.433,83 euros por los daños materiales (114.509,10 euros) y por los daños funcionales estéticos, anímicos y morales (644.924,73 euros), más los intereses legales. Apreció que en la fase de «preoperatorio» el doctor demandado y la clínica no actuaron con la diligencia debida a la vista de que no se trataba de una persona normal y sana, puesto que la información que este dio acerca de que había sido operado de cáncer de carótida, radiado, que presentaba dolor en la mandíbula y tenía mala circulación, exigía recabar más datos, hacer pruebas y comprobaciones y nada de esto se hizo, puesto que lo único que hizo la clínica el primer día de la visita fue hacer un scanner, como se observa de la historia clínica que facilitó la clínica demandada en las diligencias preliminares. Se hizo una operación de cinco implantes con extrema prisa, asumiendo graves riesgos de los que jamás se informó al paciente, siendo insuficiente el documento de consentimiento informado puesto que nada se explica sobre los riesgos de que las heridas no cicatricen, de que se suelten los puntos de sutura y de que el hueso pueda estar afectado por la radiación previa. Mantuvo, siguiendo a los Doctores Ángel Jesús , Carlos y Guillermo , además de otros informes que cita, que lo que generó las complicaciones aparecidas en el postoperatorio fue una osteorradionecrosis previa que no se descubrió a pesar de que el paciente manifestó que había sufrido radioterapia en la zona y había sido operado de cáncer y una vasculopatía isquémica, que ya había anunciado el paciente, entrando tales riesgos dentro de lo razonable, debiendo haber sido indagados y comprobados, de ahí la negligencia grave en que incurrió el profesional demandado y la clínica que el regenta, por lo que responder, junto con la aseguradora, de los daños causados en las cuantías especificadas.

Recurrida en apelación por los demandados la sentencia de segunda instancia estimó los recursos y revocó la dictada en segunda instancia. Se argumenta lo siguiente:

a) De la valoración de los informes periciales y del testimonio de los testigos peritos que declararon en segunda instancia se desprende que el paciente padeció una osteonecrosis y no una osteorradionecrosis, por lo que decae la acción ejercitada como consecuencia de la ruptura del nexo causal ya que los efectos y consecuencias de la colocación de los implantes tuvo lugar debido a una vasculopatía no aparente e imprevisible.

b) Se ha dado una información suficiente a través del documento del consentimiento informado y se está ante un caso de medicina curativa en el que no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que puedan producirse. No existió precipitación por el hecho de colocar los implantes y no ha influido el hecho de que hubiera sido radiado dado el tiempo transcurrido y las circunstancias concurrentes.

c) No puede cuestionarse el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior.

Se formula por la parte demandante recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- En el primer motivo se hace constar que no se le comunicó la Diligencia de Ordenación de fecha 2 de julio de 2013 en la que se designaba ponente a un magistrado, D. Guillermo Sacristán Represa, puesto que se le tuvo por personado por Diligencia de ordenación de 3 de julio de 2013, sin que tuviera conocimiento de la designación del citado ponente hasta que con fecha 3 de septiembre de 2013 se dictó auto de admisión y práctica de prueba en segunda instancia; de ahí que entienda vulnerado el art. 180.2 de la LEC , en relación con el art. 203.2 de la LOPJ , y alegue que no pueda entenderse que se le notificó en tiempo y forma su designación sino como consecuencia de la notificación del auto en el que se acuerda la admisión y práctica de pruebas propuestas por una de las partes. En consecuencia se impidió a la parte recusarle por estar vinculado por relaciones mercantiles-formativas con el abogado que propuso la prueba, debiendo acordarse la nulidad de la resolución de 2 de julio de 2013 y las posteriores.

Se desestima.

La infracción denunciada es inexistente. Consta en las actuaciones que con fecha 3 de julio de 2013 se le tuvo por personado ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias y, por tanto, conocía ya los tres magistrados que la integraban, sin que nada alegase al respecto, como tampoco lo hizo durante la vista celebrada. Sus protestas son inatendibles conforme a las reglas orgánicas y procesales, y ni siquiera explicables, a la luz de los criterios profesionales imperantes.

TERCERO.- En el segundo alega que a los testigos-peritos no se le hicieron las llamadas "preguntas generales de la Ley" sino que el juez se limitó a tomarles juramento o promesa de decir verdad y advertirles de las penas en que pudieran incurrir para el supuesto de falso testimonio, lo que, según se alega, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, pues de su declaración se desprende que tuvo conocimiento del informe de la Clínica Ruber porque el abogado que lo propuso se lo mostró, lo que evidencia que tuvo contactos con una de





las partes procesales dudándose así de su imparcialidad, máxime cuando después se ha tenido conocimiento de que el testigo-perito D. Jon y el demandado D. Gabino estuvieron vinculados por sus relaciones anteriores en la escuela de Estomatología de la Universidad de Oviedo.

Se desestima.

Como en el primer motivo vuelve a sembrar sospechas en el procedimiento. En este caso, no sobre el magistrado ponente, sino sobre la forma en que se practicó la prueba, como si la participación en dicho trámite de quien ahora recurre hubiera sido inexistente pues pudo perfectamente denunciar la posible omisión del interrogatorio sobre las generales de la ley, y en su caso formular tacha del testigo por la supuesta vinculación con uno de los demandados, que esta Sala ignora en este momento procesal.

CUARTO.- Se impugna también la valoración de la prueba pericial, que sirve de base a la conclusión del fallo de la Sentencia de apelación, ya que cuando Don Carlos recoge en su informe de 10 de agosto de 2009 el diagnóstico de osteorradionecrosis lo hace con base en el informe anterior del Servicio de Patología del Hospital Universitario de Asturias de 17 de abril de 2009 por lo que la sentencia recurrida se manifiesta ilógica y arbitraria al concluir que no ofrece explicación alguna a la modificación del diagnóstico anteriormente emitido, cuando el informe de patología lo explica y el mismo no se tiene en cuenta en la sentencia, la cual toma en consideración el diagnóstico de otros informes entresacando de los mismos la parte que le interesa.

Añade que la Sala yerra al manifestar que el testigo-perito Dr. Jose Ángel incorporó a los autos una gammagrafía y ESPCT, cuando nada de eso consta en la historia del paciente que fue aportada, siendo en las contestaciones a la demanda presentadas por D. Gabino y la entidad Javier González Tuñón, S.L. cuando aparece un documento firmado por el citado testigo-perito en el que se hace referencia a tales pruebas.

Se alega también la infracción de los arts. 209.3 , 216 , 217 , 218.1 , 2 y 3 de la LEC por cuanto la sentencia recurrida nunca se pronunció sobre la alteración del historial médico del paciente ya que en el mismo no consta ni el informe del Dr. Jose Ángel ni las pruebas gammagráfica y Espect que el referido doctor dijo haber entregado a la Clínica, ni el proceso de curas, basándose algunos informes periciales elaborados a instancia de los demandados en tales pruebas o procesos.

Se desestima.

En nuestro sistema procesal civil, como regla general, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Sin perjuicio de lo cual, es posible un cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC , siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE - en este sentido, SSTs 101/2011, de 4 de marzo , y 263/2012, de 25 de abril -).

Pues bien, bajo la denuncia de una vulneración en el proceso civil de preceptos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución , se está impugnando de una forma abierta la prueba practicada, tomando de ella lo que interesa y obviando lo que le perjudica, mezclando, además, cuestiones heterogéneas que tienen que ver con la carga de la prueba (artículo 217); con la congruencia y la motivación (artículo 218) y tachando, entre otras cosas, de irracional e ilógico que la sentencia haya obviado el informe de patología, simplemente porque lo considera «más certero y en clave científica que el resto de los informes de los doctores especialistas en odontología que lo que hacen o informan es de una mera impresión diagnóstica». Lo cierto es que el diagnóstico de ostonecrosis, y no osteorradionecrosis, está debidamente fundamentado en la forma que con absoluto detalle refiere la sentencia, tanto de la prueba documental como de las periciales de los doctores Inocencio , Dr. Rosendo y el del perito judicial, Dr. Juan Enrique , e incluso de quienes siguieron el curso de los padecimientos de D. Norberto desde el primer momento, como es D. Jon .

Recurso de casación.

QUINTO.- Se formulan tres motivos. En el primero se alega la infracción de los arts. 1902 y 1903 del CC , art. 14.1 , 15 y 17.2.5 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre . Se dice que la historia clínica del paciente llevada a cabo en la Clínica Javier González Tuñón, S.L. fue alterada y manipulada al ocultar documentos, sobre todo cuando en el proceso de implantología han intervenido otros médicos ajenos a la Clínica demandada. Así sucede con el informe de D. Jose Ángel y con las pruebas gammagráficas y el spect, supuestamente realizadas al paciente y en las que se basan los peritos a la hora de redactar sus informes, pruebas que el referido Dr. dijo haber entregado a la clínica y que esta no incluyó en la historia del paciente que remitió al Juzgado. Lo mismo sucede con las curas que al parecer se le practicaron al paciente, pues nada de esto se refleja en la historia, sino que se alude a ellas por vez en primera en las contestaciones a la demanda (folio 261) en el año 2012.



Estos defectos en el historial médico, añade, operan una inversión de la carga de la prueba que se desplaza del paciente al facultativo que no cumple con su obligación de reflejar en la historia todos los detalles de la asistencia prestada al paciente.

Se desestima.

En primer lugar, no se entiende la cita en el motivo de artículos 1902 y 1903 del Código Civil, relativos a la culpa extracontractual, pues nada se argumenta sobre la forma en que pueden haberse infringido los mismos.

En segundo lugar, la denuncia de una posible alteración o manipulación de la historia clínica al ocultar documentos no es propio de este recurso, como tampoco lo es la invocación de las reglas sobre la inversión de la carga de la prueba para obtener conclusiones distintas e interesadas. El historial médico no hace fe por sí mismo de los datos que contiene, los cuales pueden ser contrastados con los demás medios probatorios, pues no tienen carácter intocable, como declara la STS de 5 de junio de 1998, ya que la historia no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser verídico, y debe ser confrontado con los demás medios probatorios, incluso, a falta de norma específica, si se les reconoce el carácter de documentos administrativos, como admite hoy el art. 319.2 LEC 2000 (STS 14 de febrero 2006).

En tercer lugar, ninguna irregularidad se advierte en el hecho de incorporar a los autos un documento que es copia de su original y que ha sido ratificado por su autor y objeto de debate. El problema vendría dado si la gammagrafía efectuada en octubre fuera de otro paciente.

SEXTO.- En el motivo segundo se denuncia la infracción del art. 10.1 b), c) y d) de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre y de la jurisprudencia de aplicación sobre las condiciones de la información y consentimiento por escrito. Se argumenta que el consentimiento informado que firma el paciente el 28 de julio de 2008 es insuficiente puesto que del contenido de la información dada a la clínica no podía saberse que había sido irradiado hacía ya más de dos años, ni consta que el médico advirtiera al paciente de los riesgos que los pacientes irradiados presentaban dependiendo del tiempo transcurrido, por lo que tampoco podía saberse si existía una eventual osteorradionecrosis del hueso del hueso donde se iban a realizar los implantes, concluyendo que no se está ante un paciente medio y debió existir un plus de responsabilidad por parte de la Clínica y del Dr. Gabino . A lo anterior añade que la improvisación y rapidez de la clínica se predica como una negligencia inexcusable porque no consta que hubiera planificación alguna en el proceso de implantología. Por todo lo anterior concluye que se ha infringido el deber de informar de la Clínica, puesto que no se hizo atendiendo a las condiciones previamente declaradas por el paciente y los riesgos ciertos que pudieran darse.

Se desestima.

Con reiteración ha dicho esta Sala, que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo ; 23 de julio de 2003 ; 21 de diciembre 2005 ; 15 de noviembre de 2006 ; 13 y 27 de mayo de 2011 ; 23 de octubre 2015), 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, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

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.

El consentimiento informado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998 , 17 de abril de 2007, rec. 1773/2000 , y 30 de abril de 2007, rec. 1018/2000). El art. 10.1 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones.



Pues bien, cuando D. Norberto acude a la Clínica en julio de 2.008, dice la sentencia, «el cáncer del que fue operado y tratado está curado hasta tal punto que manifiesta que no está sometido a medicación de clase alguna, lo que supone que se le trate como una persona que puede, sin riesgos añadidos, ser destinatario de implantes que, por otra parte es considerado por la doctrina médica como destinatario de este tipo de tratamiento en lugar de las prótesis móviles». Además, la patología vascular no era en absoluto patente.

Además, a lo largo de nueve puntos, se señalan riesgos relacionados con la punción y la sedación; los intrínsecos a los procedimientos quirúrgicos, entre los que se resaltan hemorragias y hematomas, dehiscencias, es decir separación de las suturas empleadas, daños en zonas próximas a las tratadas debidas a la manipulación y separación de tejidos propios de la cirugía, pérdida de sensibilidad en la zona, daños en las raíces dentarias adyacentes, riesgo de fracaso en la integración ósea o de fracaso del implante a más largo plazo, riesgo de ingestión de material quirúrgico o prostodóncico, fracturas del material implantado, y de utilizarse injertos óseos propios, riesgo de que no prendan.

Existe sin duda un correcto cumplimiento de la información facilitada al paciente y de todos los riesgos que conllevaba la intervención en una situación de especial necesidad quirúrgica, respecto de la que no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse (STS de 30 abril 2.007), entre ellos la dehiscencia de las suturas empleadas, que es lo que aconteció en este caso dando lugar a una necrosis de los tejidos, no a una osteorradionecrosis, siendo un riesgo informado y asumido en el consentimiento informado que en ningún caso garantiza un resultado determinado.

SÉPTIMO.- En el motivo tercero se alega infracción de la jurisprudencia de esta Sala sobre el llamado daño desproporcionado, al considerar que el resultado no era de los previstos dada la naturaleza del acto quirúrgico y que el médico responsable, para no serle aplicada esta doctrina, no debe limitarse a dar una explicación de las posibles causas, sino la coherente con los datos del paciente con los que contaba, esto es, que iba a realizar un acto quirúrgico en un paciente irradiado, con mala circulación y fumador, y que la operación se realizó de manera precipitada y sin la mínima reflexión sobre las condiciones en las que se presentó en su clínica, sabiendo que existían alternativas que perfectamente se le pudieron ofrecer de haber conocido todas sus circunstancias.

Se desestima.

El daño desproporcionado aparece en el recurso como el último intento de buscar un criterio de imputación que permita la estimación de la demanda. La doctrina del daño desproporcionado ni ha sido utilizada en la sentencia ni tiene cabida en este caso. La doctrina del daño desproporcionado - STS 6 de junio 2014 - permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume.

El daño desproporcionado - STS de 19 de julio de 2013 - es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* «de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009, rec. 222/205 ; 27 de diciembre 2011, rec. num. 2069/2008 , entre otras), sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico», «sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (*res ipsa loquitur*)» (STS 23 de octubre de 2008, rec. num. 870/2003).

Tiene, en definitiva, un carácter residual y en ningún caso concurrente en este caso en el que ha habido una explicación y justificación suficiente del daño lo que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de la doctrina expuesta: una vasculopatía periférica generalizada que era por completo imprevisible.

OCTAVO.- Se desestiman ambos recursos, y se imponen las costas a la recurrente, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido





1º.- Desestimar los recursos formulados por doña Adelaida contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias -Sección 1.ª- de fecha 11 de noviembre de 2013 , con expresa imposición de las costas a la recurrente. Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de la Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

