

## Resumen

*El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió al cirujano y al anestesista de la operación de cirugía estética mamaria a la que se sometió la actora, y a resultas de la cual sufrió una paraparesia de miembros inferiores, ya que la sentencia de la AP, ratificando la del juzgado, descartó todos los criterios de imputación que habían sido esgrimidos en la demanda contra los demandados, ya que no había quedado acreditada ni la existencia de vicios en el consentimiento informado, ni la insuficiencia de pruebas preoperatorias a la vista de los antecedentes médicos de la paciente ni el resultado fallido de la operación y cumplimiento defectuoso de su actuación por parte del anestesista.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1101 , art.1104 , art.1902

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	4
FALLO .....	6

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### CONSUMIDORES Y USUARIOS

#### EN RELACIÓN CON LA ASISTENCIA SANITARIA

### ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS

#### EFICACIA EN LA PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA CULPA O NEGLIGENCIA

- Alcance de la obligación del facultativo
- Responsabilidad de médicos
- Responsabilidad del personal sanitario

#### CAUSALIDAD

#### CONSENTIMIENTO INFORMADO SUPUESTOS DIVERSOS

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Médico; Desfavorable a: Paciente

Procedimiento: Recurso de casación

### Legislación

Aplica art.1101, art.1104, art.1902 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
Cita art.28.2 de Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios  
Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita art.1214 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Madrid de 29 noviembre 2004 (J2004/205098)  
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 30 julio 2009 (J2009/272172)  
Citada en el mismo sentido por SAP Ciudad Real de 30 noviembre 2009 (J2009/307938)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 4 diciembre 2009 (J2009/344872)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 22 diciembre 2009 (J2009/357336)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 19 abril 2010 (J2010/124615)  
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 16 abril 2010 (J2010/134013)  
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 19 mayo 2010 (J2010/154179)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 3 marzo 2010 (J2010/16361)  
Citada en el mismo sentido por SAP Albacete de 8 enero 2010 (J2010/16545)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 27 septiembre 2010 (J2010/201439)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 26 enero 2010 (J2010/24040)  
Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 15 febrero 2011 (J2011/107831)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 10 marzo 2011 (J2011/115816)  
Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 10 junio 2011 (J2011/214085)  
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 19 septiembre 2011 (J2011/255859)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 21 febrero 2011 (J2011/53744)  
Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 9 febrero 2011 (J2011/55510)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 13 enero 2011 (J2011/63220)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 12 enero 2012 (J2012/4647)  
Citada en el mismo sentido por SAP Murcia de 4 mayo 2012 (J2012/94038)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 22 noviembre 2007 (J2007/222927)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 19 octubre 2007 (J2007/188943)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 29 junio 2007 (J2007/80174)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 23 mayo 2007 (J2007/40206)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 4 octubre 2006 (J2006/275326)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 21 octubre 2005 (J2005/165831)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 junio 2001 (J2001/47718)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 5 febrero 2001 (J2001/249)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 28 junio 1999 (J1999/14358)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 11 febrero 1997 (J1997/258)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 31 enero 1996 (J1996/259)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 25 abril 1994 (J1994/3636)  
Cita en el mismo sentido sobre ERRORES MÉDICOS Y SANITARIOS - CULPA O NEGLIGENCIA - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 26 mayo 1986 (J1986/3487)

ROMAN GARCIA VARELA

FRANCISCO MARIN CASTAN

JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

ENCARNACION ROCA TRIAS

IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de junio de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario 104/2002, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 42 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Madrid por la representación procesal de Dª María Consuelo, aquí representada por el Procurador D. Pedro Antonio González Zancajo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Procurador D. Antonio Rueda López, en nombre y representación de P.S.N. Agrupación Mutual Aseguradora, y el Procurador D. José Luis Martínez Franco, en nombre y representación de D. Prudencio. No ha comparecido D. Luis Francisco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de Dª María Consuelo, interpuso demanda de juicio ordinario, contra D. Prudencio, contra la Compañía de Seguros A.M.A y contra D. Luis Francisco y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se disponga lo siguiente: 1º.- La estimación de la demanda por resultar procedente la acción de incumplimiento contractual ejercitada, condenando a los demandados, de forma solidaria, a abonar una indemnización a favor de mi patrocinada del importe equivalente al que considerando el alcance de las lesiones y secuelas producidas, resulte de la aplicación de las bases señaladas en el fundamento jurídico séptimo de esta

demanda y que habrá de determinarse en fase de ejecución de sentencia. 2º.- Con carácter subsidiario a lo anterior, la estimación de la demanda por resultar procedente la acción de responsabilidad civil extracontractual, condenando a los demandados de forma solidaria a indemnizar a mi representada en los mismos términos contenidos en el apartado 1º anterior. 3º.- En todo caso, la expresa condena a los demandados al pago de las costas procesales a que de lugar el presente procedimiento.

2.- La Procuradora Dª Pilar Moliné López, en nombre y representación de D. Prudencio, contestó a la demanda y formuló reconvencción, 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, por ser una pretensión desajustada a derecho. En cuanto a la demanda reconvenccional solicitó la estimación de sus pretensiones en el sentido siguiente: 1º.- Condene a la demandada en reconvencción Dª María Consuelo a pagar a mi representado en concepto de honorarios debidos la cantidad de 1.318.000 pesetas que son 7.921,34 euros. 2.- Condene al pago del interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación judicial hasta la fecha del efectivo pago. Condene en costas a la demandada en reconvencción al estimar la demanda reconvenccional.

El Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de P.S.N. AGRUPACIÓN MUTUAL ASEGURADORA, contestó a la demanda y formulo reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestimando la demanda, absuelva a mi representada de todos los pedimentos contenidos en la misma, con expresa imposición de costas a la actora.

Por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de Dª María Consuelo, contestó a la reconvencción y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimo de aplicación terminó suplicando al Juzgado se dicte resolución desestimando íntegramente los pedimentos de la indicada reconvencción, con imposición de costas al reconviniente por su temeridad y mala fé en el planteamiento de la misma.

Por la Procuradora Dª Susana Tellez Andrea, en nombre y representación de D. Luis Francisco, contesto a la demanda y formuló reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que 1º.- Condene a la demanda en reconvencción Dª María Consuelo a pagar a mi representado en concepto de honorarios debidos la cantidad de 500.000 pesetas -3005,06 euros- los intereses devengados desde el 26 de junio de 2000 hasta la fecha del pago efectivo, por importe que el especialista en anestesia ha devengado a su favor. 2º.- Condene al pago del interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación judicial hasta la fecha del efectivo pago. 3º.- Condene en costas a la demandada en reconvencción al estimar la demanda reconvenccional.

Por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de Dª María Consuelo, contesto a la reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando íntegramente los pedimentos de la indicada reconvencción con imposición de costas al reconviniente por su temeridad y mala fé.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 42 de Madrid, dictó sentencia con fecha doce de febrero de 2003, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Primero.-Que debo desestimar y desestimo el suplico de la demanda inicial de estas actuaciones interpuesta por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez en nombre y representación de Dª María Consuelo contra D. Prudencio, P.S.N.Agrupación Mutual Aseguradora y D. Luis Francisco, absolviendo a dichos demandados y debo condenar y condeno al pago de las costas causadas en su demanda inicial a Dª María Consuelo. SEGUNDO.- que debo desestimar y desestimo la demanda reconvenccional interpuesta por al Procuradora Dª Susana Tellez Andrés en nombre y representación de D. Luis Francisco contra Dª María Consuelo absolviendo a dicha reconvenida de las pretensiones contra ella deducidas en la reconvencción y debo condenar y condeno a D. Luis Francisco al pago de las costas de dicha demanda reconvenccional. TERCERO.- Que estimando parcialmente el suplico de la demanda reconvenccional formulada por la Procuradora Dª Pilar Moliné López en nombre y representación de D. Prudencio contra Dª María Consuelo debo condenar y condeno a esta a que abone al reconviniente la suma de 3.005 euros más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la demanda reconvenccional, absolviendola de las demás pretensiones contra ella deducidas en la misma y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en dicha reconvencción a ninguna de las partes.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Dª María Consuelo, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que, estimando solo en el aspecto que queda dicho el recurso de apelación deducido por la representación procesal de la demandante Dª María Consuelo contra la sentencia dictada el doce de febrero de dos mil tres por el Ilmo.Sr.Magistrado Juez de Primera Instancia número 42 de los de Madrid en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 104/02, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución excepto en el particular de las costas correspondientes a la demanda principal, de las que no se hace especial imposición en primera instancia, no haciendo tampoco especial imposición de las causadas en esta alzada.

TERCERO.- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de apelación la representación procesal de Dª María Consuelo con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Infracción del artículo 217 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 y jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a la interpretación del derogado art. 1214 CC EDL 1889/1 al que sustituyó aquél. SEGUNDO.- Infracción de los artículos 5.4. de la Ley Orgánica Poder Judicial (2635) y 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , al no realizar la Audiencia una completa relación fáctica con hechos amparados en prueba documental. TERCERO.- Infracción o aplicación indebida de los arts.1101 y 1104 del Código Civil EDL 1889/1 y la Doctrina Jurisprudencia que lo interpreta en el ámbito de la responsabilidad médica. CUARTO.- Infracción del artículo 1902 del Código Civil EDL 1889/1 , así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a la interpretación del citado art. 1902. QUINTO.- Infracción o inaplicación del art. 28.2 de la Ley 26/1984. de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 6 de mayo de 2008, se acordó:

-No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Consuelo contra la sentencia dictada con fecha 29 de noviembre de 2004 por la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación 361/2003, dimanante de los autos de Juicio Ordinario 104/2002 del Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Madrid respecto a las infracciones alegadas en los motivos primero y segundo del escrito de interposición.

-Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Consuelo, contra la citada sentencia, respecto a la infracción alegada en los motivos tercer, cuarto y quinto del escrito de interposición.

-Y dese traslado a las partes para que formalicen su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora D<sup>a</sup> Susana Tellez Andrea, en nombre y representación de D. Prudencio, y el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, en el de Previsión Sanitaria Nacional Agrupación Mutua Aseguradora 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 24 de junio del 2009, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -D<sup>a</sup> María Consuelo se sometió el día 13 de julio de 1999 a una operación de cirugía estética mamaria, a resultas de la cual sufrió una paraparesia de miembros inferiores, siendo el diagnóstico de su lesión el de "síndrome de cola de caballo".Dirigió la demanda frente a los Doctores D. Prudencio y D. Luis Francisco. El primero de ellos practicó la intervención, actuando el segundo como anestesista, el cual utilizó anestesia epidural.

La sentencia de la Audiencia, ratificando la del Juzgado, salvo el pronunciamiento de costas, descartó los tres criterios de imputación que habían sido esgrimidos en la demanda contra los demandados: a) existencia de vicios en el consentimiento informado; b) insuficiencia de pruebas preoperatorias a la vista de los antecedentes médicos de la paciente y c) el resultado fallido de la operación y cumplimiento defectuoso de su actuación por parte del anestesista.

Los tres se reproducen en este recurso a partir de los tres motivos que fueron admitidos por esta Sala. El primero, por infracción de los artículos 1101 y 1104 del Código Civil EDL 1889/1 y de la doctrina jurisprudencial que interpreta el ámbito de la responsabilidad médica. Tras señalar que la relación jurídica obligatoria establecida con el médico cirujano desembocó en unos hechos que no dieron el resultado esperado, propio del contrato de obra, por la impericia y la falta de diligencia aplicada por el facultativo, analiza aquellos tres supuestos que fueron desestimados en la segunda instancia. El segundo, reitera los argumentos expuestos en el precedente, esta vez bajo la óptica de la infracción del artículo 1902 del Código Civil EDL 1889/1 .

Ambos se analizan conjuntamente para desestimarlos. La sentencia de esta Sala que cita la recurrida -25 de abril de 1994 EDJ 1994/3636 -, junto con las de 31 enero 1.996 EDJ 1996/259 (Vasectomía); 11 febrero 1.997 EDJ 1997/258 (vasectomía); 28 de junio de 1999 EDJ 1999/14358 (tratamiento dental); 11 diciembre 2001 EDJ 2001/47718 (protusión del maxilar superior) y 22 de julio de 2003 (mejora del aspecto físico y estético de los senos), entre otras, se refieren a una doble obligación del médico, de medios y de resultados, ya apuntada en la sentencia de 26 de mayo de 1.986 EDJ 1986/3487 .Se afirma que en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra - médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. Como consecuencia, a quien recibe el servicio se le ha llamado paciente, mientras que al que reclama una obra, adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria; doctrina que ha sido matizada por la jurisprudencia posterior de esta Sala.

La distinción entre obligación de medios y de resultados (" discutida obligación de medios y resultados", dice la STS 29 de junio 2007 EDJ 2007/80174 ), no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (STS 12 de marzo 2008). Las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado, dice la

sentencia de 23 de octubre de 2008, no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2007 EDJ 2007/222927 , analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, declara que "no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994 EDJ 1994/3636 , 11 de febrero de 1997 EDJ 1997/258 , 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005 EDJ 2005/165831 , 4 de octubre de 2006 EDJ 2006/275326 y 23 de mayo de 2007 EDJ 2007/40206 )".

Es, en definitiva, lo que se conoce como la *lex artis* o lo que es lo mismo un supuesto y elemento esencial para llevar a cabo la actividad médica y obtener de una forma diligente la curación del enfermo, a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente.

En el caso, resulta evidente que la información se proporcionó a la recurrente. Hecho probado de la sentencia es que " por los términos de la Asesoría y Consentimiento del paciente y del Consentimiento informado que D<sup>a</sup> María Consuelo libremente suscribió, de los que se desprende haber asumido la posibilidad de que pudieran ocurrir, sin mediar error, impericia u omisión, amén de las especificadas, otras complicaciones que obviamente no es posible detallar con carácter exhaustivo", y como consecuencia no puso reparos a la anestesia epidural por entender que era la más aconsejable. La sentencia añade además el dato de " la relación de parentesco por afinidad que entre paciente y médico mediaba", que viene a complementar en términos razonables aquella información escrita, y al ratificar la sentencia del Juzgado pone en evidencia que en el historial médico consta que no tenía ningún problema de alergia a nada ni a ningún medicamento. Pretender invalidarlo porque no fue realmente advertida de las complicaciones y riesgos inherentes a la propia intervención, o porque devino viciado, inoperante u desnaturalizado, supone desconocer los hechos probados de la sentencia.

Supuesto de la cuestión hace también al partir de una construcción propia y unilateral de los hechos que condujeron a la absolución de ambos facultativos, expresiva de que "la valoración preoperatoria se ajustó en todo momento a la *lex artis ad hoc*", sin que ningún dato registrado en los antecedentes de la paciente, en las analíticas preoperatorias o en el transcurso de la intervención, sugirieran o desaconsejaran la práctica de una anestesia epidural, la colocación de un catéter o la interrupción de la cirugía, y el también perito Sr. Gregorio que se pusieron todos los medios precisos para el correcto desarrollo de la intervención, destacando la correcta exploración e historia clínica y la prescripción de las pruebas complementarias oportunas para asegurar que el procedimiento se realizara con las medidas de prevención de riesgos típicos necesarias".

Tampoco fue incorrectamente administrada la anestesia epidural por parte del anestesista. Es también hecho probado de la sentencia que "la técnica anestésica empleada fue adecuada al tipo de cirugía propuesto, sin existir indicios ni clínicos ni analíticos que desaconsejaran la misma en el caso de la actora, y que la valoración preoperatoria, la monitorización intraoperatoria, la técnica empleada y el soporte postoperatorio dado a D<sup>a</sup> María Consuelo por el Dr. Luis Francisco se ajustó en todo momento a la *lex artis ad hoc*", entrando la complicación neurológica por ella padecida en el postoperatorio inmediato dentro de las posibles complicaciones asociadas a la técnica anestésica epidural en un porcentaje de 1 cada 200.000, sin que quepa atribuirle a una mala praxis ni fuera posible evitarla por no existir ningún factor de riesgo en la paciente que pudiera hacer sospechar una mayor predisposición a padecerla, etc". Es evidente, por tanto, que el supuesto no reúne los elementos conformadores del ilícito extracontractual o contractual por falta de imputabilidad objetiva y subjetiva ya que, en primer lugar, la intervención del cirujano dio el resultado esperado, cumpliendo lo que de él se esperaba, que era una operación de cirugía estética consistente en una reducción mamaria con extirpación de tumoraciones, lo cual se hizo a satisfacción de la demandante, y, en segundo, la técnica anestésica empleada por el codemandado fue la correcta al tipo de cirugía propuesto, sin existir indicios clínicos ni analíticos que desaconsejaran la misma o que hiciera necesarias pruebas alérgicas a la anestesia que no se hicieron no solo porque no eran aconsejables, sino porque podían ser contraproducentes pues no están exentas de riesgo y el resultado negativo no garantiza que no exista reacción alérgica posterior.

Todos los datos de prueba, debidamente valorados en la sentencia, no solo ponen en evidencia la diligencia empleada, sino que descartan cualquier apelación al llamado daño desproporcionado o enorme. El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga 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 (STS 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan). Siendo así, no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, explicación que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de esta doctrina jurisprudencial, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 19 de octubre 2007 EDJ 2007/188943 ).

TERCERO.- En el quinto motivo (tercero en el orden de admisión) se alega la infracción del artículo 28.2 de la Ley 26/84, de 19 de julio EDL 1984/8937 , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por cuanto el mismo establece una responsabilidad objetiva plena, supuesto este -dice- aplicable a las enfermedades y lesiones sanitarias, como las acaecidas en el presente caso. Se desestima como los anteriores. La cita del artículo es novedosa, puesto que no se invocó en la instancia ni fue objeto de pronunciamiento en la sentencia recurrida. Pero además, esta acción y esta responsabilidad de marcado carácter objetivo que parece descubrir y pretende hacer valer en casación, se proyecta sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar a los daños imputables directamente del acto médico (SSTS 5 de febrero de 2001 EDJ 2001/249 ; 5 de mayo y 5 de diciembre de 2007; 28 de junio 2008, entre otras), por lo que en ningún caso sería posible su ejercicio frente a los profesionales médicos.

CUARTO.- Consecuencia de lo expuesto es la desestimación del recurso formulado, y la expresa imposición de las costas a la parte recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

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

## FALLO

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Consuelo, contra la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 29 de noviembre de 2004 EDJ 2004/205098 , con expresa condena a la recurrente de las costas causadas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Roman Garcia Varela.- Francisco Marin Castan.-José Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.Firmado y Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012009100525