



Roj: **STS 724/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:724**

Id Cendoj: **28079110012018100114**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2018**

Nº de Recurso: **2294/2015**

Nº de Resolución: **112/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 533/2015,**
STS 724/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 112/2018

Fecha de sentencia: 06/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN **PROCESAL**

Número del procedimiento: 2294/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA SECCIÓN PRIMERA.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN **PROCESAL** núm.: 2294/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 112/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 6 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de infracción **procesal** y de casación interpuesto por doña Estrella y don Cesareo , representados por el procurador don Francisco José Aguado Ruiz, bajo la dirección letrada de don José Carlos Ramírez García, contra la sentencia dictada con fecha 30 de marzo de 2015 por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Tarragona en los autos de juicio ordinario n.º 1941/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Reus. Han sido partes recurridas Segurcaixa Adeslas S.A de Seguros y Reaseguros, representado por la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, bajo la dirección letrada de don Manuel Maximiliano Pfüger Samper; don Hugo , representado por la procuradora doña María Granizo Palomeque, bajo la dirección letrada de doña Carmen Buil Martínez; don Segundo , representado por la procuradora doña María Granizo Palomeque, bajo la dirección letrada de don Jesús Maiso Tomás y la mercantil Repro-Human **Costa** Daurada. S.L.P, representada por la procuradora doña Magdalena Rodríguez Ruiz, bajo la dirección letrada de don Juan Marcos Tramuns Campos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Rosa Monne i Tost, en nombre y representación de doña Estrella y don Cesareo en su propio nombre y el de su hija menor Encarnacion , interpuso demanda de juicio ordinario sobre reclamación de cantidad contra don Hugo , don Segundo , la Clínica Embriogyn y la compañía de seguros Adesla S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«estimando la demanda, y el pago de la indemnización en concepto de daños y perjuicios de 978.251,58 euros, de los gastos que puedan devengarse a resultas del procedimiento, al pago de los intereses legales y **costas** que se originen»

2.º- El procurador don Marcelo Ignacio Cairo Valdivia, en nombre y representación de Compañía de Seguros Adeslas S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«desestimando la demanda frente a mi representada, condenando a la parte actora a pagar las **costas** del presente juicio».

3.º- El procurador don Rafael Gallego Veciana, en nombre y representación de don Segundo , 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:

«desestimando la demanda en todas sus partes, con expresa imposición en **costas** a la actora».

4.º- La procuradora doña Elena Gallego López, en nombre y representación de la mercantil Repro-Human **Costa** Daurada, S.L.P (ahora denominada Clínica Embriogyn), 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:

«desestimando la misma, se absuelva mi patrocinada la mercantil Repro-Human **Costa** Daurada, S.L.P, de todas y cada uno de los pedimentos de la demanda, todo ello, con expresa imposición de **costas**».

SEGUNDO.- Previos los trámites **procesales** correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Reus, dictó sentencia con fecha 4 de noviembre de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que desestimando la demanda formulada por la representación de doña Estrella y don Cesareo , en nombre propio y en el de su hija Encarnacion , contra don Hugo , don Segundo , la entidad Repro-Human **Costa** Daurada, S.L.P. y contra la compañía de seguros Adeslas S.A. con condena a la parte actora».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación **procesal** de doña Estrella y don Cesareo . La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona, dictó sentencia con fecha 30 de Marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«con desestimación del recurso de apelación interpuesto por doña Estrella y don Cesareo , debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Reus



en el procedimiento ordinario nº 1941/2010 en fecha 4 de noviembre de 2013, confirmando íntegramente la misma, con imposición de las **costas procesales** de la alzada a las partes recurrentes».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción **procesal** la representación de doña Estrella y don Cesareo con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo del art. 469. 1. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber realizado una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, en relación con el art. 24 CE al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Segundo.- Al amparo del art. 469. 1. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber realizado una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, en relación con el art. 24 CE al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos. Primero.- Al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil : infracción por aplicación indebida de los artículos 1902 y 1903, párrafos 1.º y 4.º del Código Civil : por inaplicación e incorrecta aplicación, y de la jurisprudencia que la desarrolla. Segundo.- Infracción por aplicación indebida del art. 4 párrafos 1, 2 y 3 del artículo 8, párrafo 1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, por su inaplicación e incorrecta aplicación, y jurisprudencia de esta Sala que lo desarrolla.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 8 de noviembre de 2016, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora María Granizo Palomeque, en nombre y representación de don Hugo, y de don Segundo, la procuradora doña Magdalena Rodríguez Ruiz, en nombre y representación de la entidad Repro-Human **Costa** Daurada, S.L.P., y la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de Segurcaixa Adeslas S.A. de seguros y Reaseguros, presentaron escritos de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de febrero de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tanto la sentencia del juzgado como la de la Audiencia Provincial desestimaron la reclamación formulada por doña Estrella y don Cesareo, ahora recurrentes, contra los demandados por el daño moral y patrimonial sufrido por la falta de diagnóstico de la agenesia que padece la hija común de los demandantes quien al nacer presentó la falta del antebrazo y mano izquierdos.

Los hechos son los siguientes: el día 24 de octubre de 2007 la demandante tenía concertada una póliza de asistencia sanitaria con la compañía ADESLAS, S.A., en virtud de la cual acudió a un facultativo del cuadro médico de dicha compañía, Dr. Hugo, especialista en ginecología y obstetricia, para que efectuase el control y seguimiento del embarazo de la Sra. Estrella, para lo cual realizó varias ecografías bidimensionales en las semanas de gestación 8, 12, 15, 19, 24 y 28. También acudió al centro Embryogin (con el que al parecer gira la mercantil Repro-Human **Costa** Daurada, S.L.P), centro integrado en el cuadro médico de ADESLAS, S.A. y donde el Dr. Segundo (especialista en ecografía obstétrica) practicó a la embarazada una ecografía bidimensional en la semana 20 de embarazo, en concreto el día 27 de enero de 2008, sin apreciar anomalías en el feto. En la semana 30 de embarazo el Dr. Segundo realizó una nueva ecografía y apreció una agenesia del antebrazo y mano izquierdos.

En la demanda se imputa a los citados facultativos un error de diagnóstico que impidió a la progenitores adoptar la decisión de abortar dentro del plazo legal de 22 semanas y se reclama por tales hechos la cantidad de 120.000 euros en concepto de daños morales, 512.905,31 euros por los gastos derivados de la prótesis que la menor precisará desde su nacimiento hasta los 70 años y 354.346,27 Euros por las lesiones sufridas aplicando para ello de forma analógica el baremo anexo actualizado que se contempla en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

La sentencia de 1.ª instancia mantiene que el error de diagnóstico no es por sí mismo causa de responsabilidad si se prueba que se emplearon los medios adecuados y que se actuó con la debida diligencia y, tras valorar la prueba practicada, concluye que los dos facultativos utilizaron todos los medios a su alcance para ofrecer un diagnóstico certero y si este no se obtuvo fue debido a las dificultades de la propia técnica ecográfica. Se cumplieron, argumenta la sentencia, los protocolos obstétricos vigentes; que durante el seguimiento del embarazo se realizaron un número de controles ecográficos superior al recomendado; los facultativos tenían cualificación y experiencia sobrada como ecógrafos; se utilizó un equipo técnico adecuado; se utilizó la técnica adecuada, según los protocolos; la paciente quedó informada de las limitaciones de la técnica utilizada, y



quedó probado también que no se produjo ninguna sospecha por parte del médico ni ninguna situación de riesgo que le obligara a extremar las precauciones en la práctica de la exploración ecográfica. De hecho era fácil para el perito de la actora demostrar con las imágenes del DVD disponible que la agenesia en este caso era fácilmente apreciable, y no lo ha acreditado, no pudiendo exigir por ello que el Dr. Segundo detectara en esas mismas imágenes la malformación.

Los informes periciales aportados por los codemandados, añade, son concluyentes: «los falsos negativos ecográficos como el de este caso son atribuibles las limitaciones del procedimiento y no a una actuación inadecuada del profesional que lo ejecuta».

La sentencia de la Audiencia Provincial confirma este pronunciamiento. No existe, señala, prueba que acredite los hechos en que se funda la responsabilidad, y declara como premisas fácticas sobre las que descansa esta conclusión, las siguientes:

(i) El hecho lesivo (la agenesia del feto) no es consecuencia directa de una negligencia de los facultativos, ya que es probado que la técnica ecográfica es una técnica que presenta limitaciones, que solo tiene un margen estimado de acierto del 22,8%.

(ii) Los facultativos realizaron más ecografías que las que son recomendables.

(iii) Se entregó a la gestante un documento donde se decía que la ecografía es una exploración complementaria que presenta limitaciones tanto técnicas como de la propia paciente y del operador que la hace, y no todos los defectos son diagnosticables.

(iv) Es una prueba cuya práctica no precisa el consentimiento de los pacientes.

Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción **procesal** y de casación

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Los dos motivos se formulan por infracción del artículo 24 CE por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva al haber realizado la Audiencia una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda.

El primero se refiere al documento 10 bis de la demanda, esto es, al informe de la ecografía de la semana 20, en el que se dice lo siguiente: Estructuras exploradas: extremidades. Conclusión: normal. Diagnóstico: sin alteraciones visibles. Comentario: no se observan alteraciones estructurales en el momento actual.

El segundo, al calificar la ecografía de la semana 20 como rutinaria siendo como era esencial.

Para los recurrentes las ecografías de las semanas 8 a la 19 las realiza el ginecólogo habitual, mientras la de la semana 20 la realiza un ecografista especializado y en alta definición, ya que dicha prueba, en ese momento, resulta fundamental para detectar posibles malformaciones y adoptar la gestante una decisión acerca de la posible interrupción legal del embarazo.

Los dos se desestiman.

La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a la casación -y ahora al recurso extraordinario por infracción **procesal**- (sentencias 1242/2007, de 4 de diciembre ; 196/2010, de 13 de abril ; 471/2012, de 17 de julio).

Igualmente es doctrina de esta Sala que cuando la sentencia recurrida ha establecido los hechos mediante una apreciación conjunta de la prueba -como es el caso de la sentencia impugnada- no es lícito articular un motivo para desarticularla, a fin de que prevalezca un elemento probatorio sobre otros, ni plantear cuestiones que impliquen la total revisión de la valoración de la prueba efectuada, lo que es impropio de la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción **procesal**, pues se convertiría en una tercera instancia (sentencia de 636/2009, 29 de septiembre ; 672/2010, de 26 de octubre ; 536/2013, de 29 de julio).

A ello se añade que solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada), verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (sentencias 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , 44/2015, de 17 de febrero , 235/2016, de 8 de abril , 303/2016, de 9 de mayo , y 714/2016, de 29 noviembre ; 16/2018, de 15 de enero , entre otras muchas), cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción **procesal** al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC .



No es esto lo que ocurre en el presente caso, en el que se están relacionando la irracionalidad o arbitrariedad con la valoración de un determinado documento y con el calificativo de «prueba rutinaria» a la ecografía de la semana 20, para vincularlo a la existencia de un error de diagnóstico y a una falta de información a los progenitores de la ecografía bidimensional, porque de haberse hecho un diagnóstico correcto la información facilitada a la gestante hubiera sido otra y porque calificar de rutinaria la ecografía de la semana 20 es «absolutamente arbitrario».

En primer lugar, la sentencia advierte que existen múltiples circunstancias que pueden provocar que, a pesar de haberse realizado la exploración de un modo correcto, el médico se lleve una impresión de una realidad que no existe, lo que ocurre de una forma relativamente habitual, y ello no se ha tratado de combatir en el recurso. De hecho, era relativamente fácil para el perito de la actora demostrar, con las imágenes del DVD disponibles, que la agenesia en este caso era fácilmente apreciable, lo que no solo no ha sido así, sino que viene a confirmar el carácter subjetivo y complementario de una prueba como la cuestionada.

Lo cierto es que el proceso deductivo de las sentencias dictadas en ambas instancias se acomoda al conjunto probatorio y resulta plenamente dotado de lógica, llegando a conclusiones coherentes con la misma; por el contrario, las conclusiones a las que quieren llegar los recurrentes se centran en un solo documento que no es causa en si mismo para la imputación que se pretende ni puede valorarse de una forma aislada.

En segundo lugar, la tacha de rutinaria a una determinada ecografía no la relaciona la sentencia con el acierto o desacierto de una prueba que se realiza siempre en el periodo de gestación, sino con la forma de integrar la información prestada a la gestante y ello además de no ser absurdo ni irracional ni menos aún ilógico, tiene que ver más con el recurso de casación que con el de infracción **procesal**, puesto que hubo información, y lo que realmente plantea tiene que ver con el contenido y alcance de la que le fue proporcionada y su ajuste a los criterios legales y jurisprudenciales.

Recurso de casación .

TERCERO.- En el primer motivo denuncia la infracción de los artículos 1902 y 1903, párrafos 1.º y 4.º del Código Civil porque no se suministró información a la gestante, ni antes ni después de la realización de las ecografías, no advirtió la malformación y no le informó del alcance y características de las pruebas de la ecografía, facilitándose una información equivocada basada en un diagnóstico erróneo, pues hizo constar que explorando las extremidades del feto no se observan alteraciones visibles y no se observan alteraciones estructurales, con evidente infracción de la *lex artis* y de la obligación de información; información a la que también se refiere el segundo motivo, esta vez con infracción del artículo 8, párrafo 1.º de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y vulneración de la doctrina de esta sala, expresada en la sentencia de 31 de mayo de 2011 .

Se desestiman los dos.

En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad (sentencias 679/2010, de 10 de diciembre ; 173/2012, de 30 de marzo ; 33/2015, de 18 de febrero).

Y si la exploración fue correcta, en los términos que han quedado probados; si no había una situación de riesgo y si se utilizaron los medios técnicos suficientes para practicar la prueba diagnóstica, la información que se proporcionó a la gestante fue la que procedía en función de su resultado y de las limitaciones técnicas de la exploración ecográfica, de la que había sido informada; no hubo, en suma, error profesional o negligencia alguna de los médicos que le atendieron, necesario para responsabilizarles del daño por el que se les demanda.

En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (sentencias 508/2008, 10 de junio ; 778/2009, de 20 de noviembre 2009 ; 475/2013, de 3 de julio , entre otras)

CUARTO.- Desestimados ambos recursos procede, no obstante, hacer uso de la facultad concedida por el artículo 394, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que remite el 398 de la misma Ley, a efectos de no imponer las **costas** causadas por los mismos a la parte recurrente, dadas las dudas de hecho que han



determinado su formulación ante esta sala por el resultado de las numerosas pruebas ecográficas ineficaces para el fin propuesto, por las razones que han quedado expuestas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos extraordinario por infracción **procesal** y de casación interpuesto por don Cesareo y doña Estrella contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2015 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona ; sin expresa imposición de las **costas** a los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ