



Roj: **STS 3247/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3247**

Id Cendoj: **28079110012013100339**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/2013**

Nº de Recurso: **368/2011**

Nº de Resolución: **403/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5860/2010,**
STS 3247/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario 663/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Valencia, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Palmira y don Carlos Alberto , el procurador don Roberto Alonso Verdú y por la representación procesal de don Luis Enrique , el procurador don Antonio Ramón Rueda López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Francisco Javier Frexes Castrillo, en nombre y representación de doña Palmira y don Carlos Alberto , interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Luis Enrique y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que.

1.- Se declare la existencia entre mis mandantes y el Dr. Luis Enrique de una contrato verbal de arrendamiento de servicios médicos consistentes en el seguimiento y control del embarazo y del parto de sus dos hijas Miranda y María Purificación , así como del primer embarazo que finalizó con aborto y legrado.

2.- Se declare que la encefalopatía hipóxico-isquémica o asfixia intraparto y consecuente parálisis cerebral grave con Tetraparesia espástica lesiones consiguientes y discapacidad del 69% (con posibilidad y probabilidad de aumentar en un futuro), que padece la niña María Purificación ,son consecuencia de la negligencia del demandado y de las infracciones por el mismo de la Lex Artis Ad hoc detalladas en el presente escrito.

3.- Se condene a pagar al demandado en concepto de indemnización por los daños y perjuicios (Hecho Décimo quinto) las siguientes cantidades:

A) Por daños ya causados e irreversibles la cantidad de 904.091,49 ? con su actualización con referencia a la fecha de la sentencia.

B) Por los daños patrimoniales futuros una Pensión vitalicia anual por importe de 42.070,85 ? y sus intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

C.- Por el perjuicio estético la cantidad de 110.981,25 ?.



4.- Se condene al demandado al pago de todas las costas de este proceso.

2.- La procuradora doña Teresa de Elena Silla, en nombre y representación de don Luis Enrique , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda interpuesta contra mi mandante, con expresa condena en costas a la parte actora.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Valencia, dictó sentencia con fecha 25 de febrero de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el procurador don Francisco Javier Frexes Castrillo en nombre y representación de doña Palmira y don Carlos Alberto , en nombre e interés propio y en el de sus hijas Miranda y María Purificación contra el doctor don Luis Enrique , sobre reclamación de indemnización 904091,49 euros por los daños físicos, materiales y morales ya producidos, una pensión vitalicia anual a favor de María Purificación por importe de 42070,85 euros por daños patrimoniales de futuro y una indemnización de 110981,25 euros por perjuicios estéticos. como consecuencia de imprudencia médica, debo absolver y absuelvo al demandado de todas las pretensiones de la demanda, con imposición de las costas a la parte demandante.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Palmira y don Carlos Alberto , la Sección séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS:Que con estimación parcial del recurso de apelación, interpuesto por la representación de doña Palmira y de don Carlos Alberto , contra la sentencia de fecha 25 de febrero del 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 2° de Valencia ,debemos revocarla y la revocamos en parte, y en su lugar dictar otra, en cuya virtud se estima en parte la demanda y en los siguientes términos :1) Se declara la existencia de un contrato verbal de arrendamiento de servicios entre las partes en relación con el seguimiento y control de los embarazos y los dos partos de la Sra. Palmira y que las lesiones que sufre la hija de las partes María Purificación descritas en el Fundamento 5° de la presente son consecuencia de la infracción de su Lex Artis Ad Hoc por el demandado 3) Se condena al demandado en concepto de daños y perjuicios al pago de la suma de 874.062,74 euros ,según el desglose que obra en el mismo Fundamento 5°, más los intereses del art. 576 de la LEC desde la presente; 4) No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias.*

Con fecha 15 de diciembre de 2010, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva DICE: *Dar lugar a la aclaración de sentencia solicitada por el procurador sr. Frexes Castrillo, en nombre y representación de doña Palmira y su esposo don Carlos Alberto en el sentido de fijar la suma objeto de condena por daños y perjuicios en su Fundamento 5° y en su de fallo apartado 3) en la de 944.967,74 euros en lugar de la que figura en los mismos .*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **extraordinariopor infracción procesal** representación procesal de don Luis Enrique , con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 24 y 120.3 de la Constitución Española , por falta de motivación y congruencia de la sentencia. **SEGUNDO**.- Infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Jurisprudencia complementaria sobre las reglas de la carga de la prueba, en la que queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, infracción cometida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que recurrimos. **TERCERO**.- Infracción de los artículos 348 , 376 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con los artículos 9.3 . y 24 de la Constitución Española , también infringidos en la sentencia de la Audiencia Provincial, así como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al efecto. Incide la sentencia recurrida en un error de derecho ostensible y notorio en la valoración de la prueba pericial y testifical, contraria la experiencia y a la sana crítica.

Igualmente se interpuso **recurso de casación** por la misma representación con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción de los artículos 1.101 y 1104 del Código Civil, en relación al 1902 del mismo texto legal . STS de 29 de enero de 2010 con respecto a la responsabilidad del médico STS de 20 de enero de 2010 en cuanto resume perfectamente la obligación de medios del médico.

Igualmente por la representación procesal de doña Palmira y de don Carlos Alberto se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción de los artículos 1101 , 1104 y 1106 del Código Civil , al rechazar la pensión vitalicia anual solicitada por importe de 42.070,85 euros. **SEGUNDO**.- Infringe los artículos 1101 , 1104 y 1106 del CC y Jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta y desarrolla, en relación con la reparación integral del daño causado.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 4 de octubre de 2012 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.



2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, el procurador d. Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de doña Palmira y don Carlos Alberto , y el procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de don Luis Enrique , presentaron escritos de impugnación a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de Mayo del 2013, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Palmira y don Carlos Alberto , en nombre propio y en el de sus hijas, Miranda y María Purificación , formularon demanda contra don Luis Enrique , médico-ginecólogo, en la que solicitaron la condena de este por actuación médica negligente durante el parto de su hija Elena. Reclamaron los daños físicos, materiales y morales ya producidos de 904.091,49 euros, además de una pensión vitalicia por importe de 42070,85 euros por daños patrimoniales de futuro y para atender los cuidados y tratamientos que requiere, así como los perjuicios estéticos que cifraron en 110981,25 euros; todas ellas en base a la normativa de la valoración del daño corporal que fija la DGS en su Resolución de 21-1-02 vigente en el momento en que se produjeron las lesiones.

En la demanda se reprocha la conducta del demandado en el control y asistencia en el parto, que se afirma era el de una gestante de alto riesgo obstétrico, que desembocó en una asfisia intraparto del feto y una encefalopatía hipoxico-isquemica causante de una parálisis cerebral severa, lesiones que determinaron que en el año 2004 se le otorgara una discapacidad del 33% y en el año 2006 del 69%, siendo sus consecuencias: atragantamientos, predisposición a neumonías de repetición, evolución a un retraso mental, microcefalia, alteraciones visuales y auditivas, deterioro psicomotor, no conseguido el sostén, precisa ayuda para cualquier manipulación, no sedestación, no gateo no deambulación ni bidipestación, no respuesta a su nombre, postración en silla de ruedas adoptando posturas distónicas y necesidad de ayuda de terceras personas para todas las necesidades durante toda su vida.

La sentencia de 1ª Instancia desestimó la demanda porque, tras valorar detalladamente la prueba, entendió que el Dr. Luis Enrique no incurrió en imprudencia o negligencia alguna sino que su actuación profesional para con la paciente se ajustó en todo momento a la *lex artis ad hoc*, por lo que ninguna responsabilidad cabe imputarle.

No lo entendió así la sentencia que dictó la Audiencia Provincial, que revocó la del Juzgado y condenó al demandado a pagar a los actores, en concepto de daños y perjuicios, la suma de 874.062,74 euros, sin el complemento de la pensión interesada porque *"es posible como sustitución de tales anteriores pero no junto a ellas"*.

De la revisión de las pruebas que hace la sentencia recurrida resulta lo siguiente:

-La actora siempre atendida por el facultativo demandado y cuyos servicios contrató privadamente. Tuvo un primer embarazo que terminó con un aborto con legrado, un segundo embarazo de 38 semanas que terminó con parto por cesárea transversal del que el NUM000 -01 nació una niña, y un tercer embarazo con desarrollo normal del que, tras una revisión el día 13-12-02 en que se iniciaba la 40ª semana de gestación con tacto vaginal de p 2 dedos borrados concluyó con *"aconsejo, estimulación/inducción miércoles"*, ingresando en el Hospital 9 de octubre el día NUM001 -02, sobre las 10 horas según la hoja de enfermería, con el motivo de la inducción del parto cuyas consecuencias son las objeto de este proceso.

-El demandado en su interrogatorio dijo que en la fecha de la anterior revisión ya había dinámica favorable de parto vaginal y que, en la fecha de tal ingreso, esa dinámica ya era activa por estar el cuello maduro, haber 3 cm. de dilatación, y contracciones, las notara o no la actora, existencia de tales contracciones que negó ésta en su interrogatorio.

-El perito de la demandada, Dr. Jacobo y el Judicial Dr. Julio , como ponente de la Real Academia de Medicina de la CV, coinciden en que cuando concurren los tres factores anteriores ya se está en una dinámica de parto y en que es imposible que no existan contracciones con esa dilatación de 3 cm.

-Según el partograma unido a autos a las 13 horas de dicho día NUM001 -02, la actora presentaba 3 cm. de dilatación y cuello borrado, constandingo que se le hizo rotura de membranas y que el monitor era normal, lo mismo que a las 14 horas y que a las 15 horas, que ya tenía 4 cm. de dilatación y fue cuando se le aplicó anestesia epidural, y que a las 16 horas cuando ya había 5 cms de dilatación y cuello borrado, monitor que sin embargo advirtió una alteración de la frecuencia cardiaca fetal a las 17 horas, con 7 cm. de dilatación.



-Ante esta alteración, un fuerte dolor abdominal de la actora y la sospecha del facultativo de que respondían a una súbita rotura del útero, remitió inmediatamente a la paciente de la sala de dilatación al quirófano practicándole a las 17,15 horas una cesárea de urgencias, y derivando de la rotura de aquel que efectivamente se produjo, una asfisia fetal por cese de suministro sanguíneo y, por ello, de oxígeno a la placenta con daño y muerte celular neuronal, que motivaron que, como se diagnosticó y no se debate, unos tres meses después, la niña alumbrada tuviera una parálisis cerebral.

-Conforme al protocolo de la SEGO del año 2002 cuando acontecieron los hechos litigiosos, el parto vaginal tras cesárea como parto de riesgo, debe llevar a repetir ésta y no a intentar aquel, siendo su complicación más grave, la rotura uterina, y factores de su incremento, la no existencia de otro vaginal previo, la inducción al mismo que, junto a su estimulación, son también factores negativos para su éxito, y los intervalos entre partos inferiores a 18 meses. También regula como medida general interparto respecto a su monitorización la vigilancia fetal continua.

-Sobre estos mismos extremos del anterior protocolo, el perito de la demandada D. Jacobo y en base a él admite que un parto tras cesárea es un factor de riesgo pero que en el caso se cumplían los criterios para un parto vaginal y que los factores de riesgo de rotura uterina pasan del 1 al 2,3% si la cesárea tiene lugar antes de los 18 meses entre partos. Constató también que se echa en falta la existencia de un monitor continuo, aunque entiende que existió de forma permanente si bien también echa de menos un registro cardiotocográfico.

-Por su parte el perito judicial Don. Julio informó que se trató de un parto estimulado, comenzado con rotura de aguas y posterior epidural, estimulación de contracciones que cabe tras un cesárea previa siendo el riesgo en este caso de rotura uterina 5 veces mayor que si esa estimulación no existe pero que aun así, la posibilidad de este accidente es del 0,77% bajando sólo al 0,52% si hubiera esperado al espontáneo y que, en otro amplio registro, de 10.000 expuestas a prueba de parto, se rompe el útero en 27 y da la muerte fetal en 1,4. Añadió que es común que tras un cesárea se intente el parto vaginal al ser la probabilidad de que termine con éste de un 60-80% y siempre que, como en el caso, las condiciones obstétricas sean favorables, es decir, que la cesárea previa sea por distintas razones que la posterior y que se haya practicado una incisión transversa baja en el útero, que se realice en Instituciones equipadas para afrontar la urgencia de una rotura de útero y que el equipo médico esté en permanente contacto con la paciente para un diagnóstico inmediato. Concluyó, con que aunque echa de menos un registro cardiotocográfico existió, que fue un evento súbito, y una desgracia para la que se pusieron los medios de que no ocurriera cumpliendo el demandado con su *lex artis*.

-En su ratificación el mismo perito, manifestó que el paso sólo de 15 meses entre los partos incrementa el riesgo de rotura de útero y que, en este caso y de no haber pasado año y medio, hacer el parto vaginal tras una primera cesárea y no una cesárea directa incrementa ese riesgo en un 2% pero que se puede intentar siempre que exista una monitorización bien controlada lo que, aunque en el caso no consta por no haber registro cardiotocográfico, presupone por ser habitual en todos los hospitales del mundo, prueba de monitor que, a diferencia del PH fetal en una situación de urgencia como ésta, es esencial por verse enseguida la hipertonia uterina.

-De las publicaciones médicas unidas como documentos 33 a 36 de la demanda, la última prueba complementa a la otra citada para apreciar el sufrimiento fetal que existe si el pH es por debajo de 7,20 siendo el de la hija de la actora de un índice de 6,87.

-Durante todo el proceso de parto hubo control de él por la matrona y por el facultativo en los términos que constan en el partograma indicado al no haberse aportado registro cardiotopográfico que, el demandado en su declaración dijo haberse extraviado manifestando en su testimonio su esposa y anestesista, Dr. Bernabe , que la monitorización fue en quirófano.

-Según la contestación a la demanda y el interrogatorio del demandado, el parto es un acto médico que no requiere el consentimiento escrito establecido legalmente, si bien en su interrogatorio dijo que informó a la paciente de que la rotura uterina es un riesgo del parto vaginal tras una cesárea previa mediando entre ambos sólo 15 meses y que le dio a elegir entre uno u otra, pero no le informó de la posible parálisis cerebral que podía derivar de tal rotura aunque era un riesgo que se corría, información de todo que negó en la misma prueba la demandante diciendo que, de haberla obtenido habría optado por la cesárea directa.

Los hechos probados y relevantes que, a modo de resumen, extrae la sentencia de los anteriores, son los siguientes:

- Entre el primer parto por cesárea de la actora y el segundo y aquí examinado mediaron 15 meses y entre éste intentado por vía vaginal y la cesárea urgente practicada unas 4 horas.

- En tal segundo parto no fue inducido pero sí fue estimulado.



- Un parto vaginal tras cesárea es un parto de riesgo pero es común que tras un cesárea se intente el mismo al ser las posibilidades de que termine como tal del 60-80%, siempre que, como en el caso, las condiciones obstétricas sean favorables, al ser la cesárea previa por distintas razones que la posterior y practicarse por incisión transversa baja en el útero, realizarse en Institución equipada y al estar el equipo médico en permanente contacto con la paciente.
- La complicación más grave de un parto vaginal tras cesárea es la aquí acontecida de rotura uterina, y los factores de su incremento, la no existencia de otro vaginal previo, la inducción al mismo, y los intervalos entre partos inferiores a 18 meses.
- Este incremento del riesgo de la rotura uterina en caso de que no medie el último intervalo, como en el supuesto de autos, pasa del 1 al 2,3% pero que se puede intentar el segundo parto vaginal siempre que exista una monitorización bien controlada, con vigilancia electrónica fetal continua de la que en tales autos no obra registro cardiotocográfico ni que tuviera lugar fuera del partograma sí aportado entre las 13 y las 15 horas, siendo en la última gráfica que éste describe cuando tuvo lugar la advertencia de que existía una bradicardia y una hipertensión uterina.
- En caso de estimulación de tal parto vaginal tras cesárea el riesgo de la misma rotura uterina es 5 veces mayor que si esa estimulación no existe pero que aun así, la posibilidad de este accidente es del 0,77%. frente al 0,52% del espontáneo.
- No consta que por el facultativo se informara a la actora de todos los riesgos descritos.

Don Luis Enrique formuló un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Doña Palmira y don Carlos Alberto , en nombre propio y en el de su hijas, Miranda y María Purificación , formularon exclusivamente el de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE DON Luis Enrique .

SEGUNDO.- El primero se formula por infracción del artículo 218 de la LEC , en relación con los artículos 24 y 103 de la CE , por falta de motivación y congruencia de la sentencia porque no motiva y ni tan siquiera hace referencia a la actuación pericial, ni tampoco hace comentario alguno que desvirtúe las manifestaciones de la comadrona, las de la anesthesiólogo, el contenido del partograma aportado como documental de la parte actora y la manifestación realizada por esta en la demanda cuando afirma que comprobó la matrona "una alteración de la frecuencia cardiaca fetal", lo que no sería posible de no haber un registro cardiaco fetal monitorizado.

Se desestima.

La motivación a la que se ha referido y analizado con detalle tanto la doctrina constitucional (SSTC 187/2000, de 10 de julio , 214/2000, de 18 de septiembre) como la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 7 de mayo de 2010 , 3 de noviembre de 2010 y 8 de marzo de 2013 , entre otras muchas), no implica la necesidad de contestar a cada uno de los argumentos de las partes, ni mucho menos a cada uno de los razonamientos sobre una determinada prueba y no debe confundirse falta de motivación con desacuerdo con la motivación y así lo advierten las sentencias de 3 noviembre 2010 , 13 mayo 2011 y 8 de marzo de 2013 , entre otras. Por el contrario, la motivación implica la justificación del fallo, en el sentido de que las partes conozcan la razón de la resolución judicial, para respetarla en todo caso, para aceptarla o impugnarla a través de los recursos, y lo que no tiene sentido es negar una motivación que, como en el presente caso, resulta completa y detallada, como resulta de lo expuesto.

TERCERO.- En el segundo se denuncia la infracción del artículo 217 de la LEC , sobre las reglas de la carga de la prueba. El motivo mezcla dos cuestiones distintas. La primera tiene que ver con el estado de la niña al ser dada de alta en la unidad de neonatología. La segunda con el hecho de que en materia de responsabilidad médica "queda descartada toda clase de responsabilidad mas o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba". El motivo hace referencia al daño desproporcionado y viene a señalar que la custodia de las historias clínicas está o estaba en el momento de los hechos - diciembre 2002- bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario que fue la que debió proveer a preservar dicha historia y concretamente el registro cardiotocografico continuo.

Se desestima.

En primer lugar, el estado de la niña nada tiene que ver con la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC , sino con la prueba misma, cuando es además un hecho reconocido que la niña sufrió una pérdida de bienestar fetal vinculada a la rotura uterina.



En segundo lugar, es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias de 1 de junio de 2011 y de 18 de mayo de 2012), que 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 (artículo 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 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 (SSTS 24 de noviembre de 2005 ; 10 de junio 2008 ; 20 noviembre 2009). La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS 11 de febrero de 1998 ; 30 de junio de 2000 ; 20 de febrero de 2003) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999 , 8 de febrero de 2000), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido (SSTS 30 de noviembre de 2001 , 7 de junio y 23 de diciembre de 2002 , 29 de septiembre y 21 de diciembre de 2005 ; 19 de junio , 12 de septiembre , 19 y 24 de octubre 2007 , 13 de julio 2010).

Pues bien, la sentencia no dice que corresponda probar a la actora la negligencia médica. Lo que dice la sentencia, previa cita de la jurisprudencia de esta Sala, incluida la relativa al daño desproporcionado, y consiguiente valoración de la prueba documental y pericial, es que " *al ser un parto de riesgo en sí y agravado por haber pasado desde la primera cesárea con 15 meses y por su estimulación, aunque cabía su intento por vía vaginal dado que concurrían todas las condiciones obstétricas favorables ya descritas, ello requería una monitorización continua para la advertencia de que existía una bradicardia y una hipertensión uterina, la que no consta que hubiera, como se viene repitiendo, fuera del partograma, por no haber aportado el facultativo el registro cardiotocográfico, siendo que tenía la facilidad probatoria y alegando un extravío no constatado y que no puede perjudicar a la contraparte* ", añadiendo que la mera suposición del perito que medio la monitorización por existir siempre, " *no advierte que la hubiera y, si bien es claro que mediante el también dicho partograma se advirtieron tales bradicardia del feto y la hipertensión uterina, tras lo cual se practicó una cesárea de urgencia, y no se debate que antes la actora tuvo un fuerte dolor abdominal, lo que es indudable es que la ausencia de aquel registro impide determinar el momento exacto en que se produjo la rotura del útero que motivó la asfixia fetal y, con ello, la posibilidad de la detección precoz de ésta en aras de evitar el desgraciado y desproporcionado resultado de parálisis cerebral que aconteció*", para terminar señalando que " *si bien la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, como ocurre en el caso en el que, partiendo de la existencia de un resultado lesivo desproporcionado, siendo que éste, parálisis cerebral infantil, que sufrió la recién nacida tuvo su causa indiscutible en el rotura de útero, el demandado, por el principio de facilidad y proximidad probatoria, no ha probado aportando las circunstancias, aportando el registro cardiotocográfico, en que se produjo aquel resultado, en concreto que esta rotura se detectara en el mismo momento en que se produjo de modo que el mismo se hubiera podido haber evitado, lo que implica que incumplió su "lex artis ad hoc"* .

No hay por tanto la infracción alegada y lo que se denuncia realmente no es una falta de prueba, sino una indebida valoración de la misma en los extremos que le perjudica, tratando de desvirtuar el juicio de probabilidad sobre las circunstancias concurrentes del resultado dañoso producido que la sentencia establece, lo que no es posible pues no resultaría lógico exigir al perjudicado que acredite, salvo la realidad del daño, circunstancias y causas que les son ajenas, y que están al alcance, en cambio, del médico, en la forma que en la actualidad establece el artículo 217.6 de la LEC , sobre la facilidad probatoria, pues a su cargo, y no al del paciente, estaba la prueba de una documentación de la que disponía, la de ofrecer una explicación satisfactoria de que esta no apareciera, o la de negar su eficacia en el origen del daño, puesto que le era posible hacerlo.

El principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente. Consagrado en la LEC, ya venía siendo acogido por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 8 de marzo , 28 de noviembre de 1996 , 28 de febrero de 1997 , 30 de julio de 1999 , 29 de mayo de 2000 , 8 de febrero de 2001 , 18 de febrero y 17 de julio de 2003).

CUARTO .-En el motivo tercero se propone una revisión general de la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia denunciando conjuntamente la vulneración de normas sobre la prueba pericial (artículo 348), testifical (artículo 376), y las presunciones judiciales (artículo 386 LEC), todos ellos en relación con los artículos 9.3 y 24 CE .

La doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las sentencia de 28 de octubre de 2010 y 7 de mayo de 2013 , es reiterada en el sentido de que lo que no permite este recurso, dado su carácter extraordinario, es una nueva



valoración conjunta de la prueba, con olvido de que la misma constituye función exclusiva de los Tribunales de las instancias, sin posibilidad jurídica de nuevo examen por medio del recurso extraordinario, ante la ausencia de causa legal para ello, como tampoco dar prevalencia a determinados elementos probatorios sobre otros que el tribunal sentenciador haya considerado más relevantes o convincentes (SSTS 18-6-09 , 30-9-09 , 30-10-09 , 15-1-10 , 5-4-10 , 16-4-10 , 11-11-10 y 14-3-11 entre otras). Lo cierto, en el caso, es que no se ha dejado de valorar la prueba pericial ni se ha infringido el artículo 386 LEC , porque no se hizo uso de la actividad probatoria de las presunciones para establecer la conclusión fáctica impugnada, y porque no cabe confundir las deducciones extraídas de los medios de prueba que valora con las obtenidas mediante presunciones (SSTS 13 de diciembre 2006 ; 15 de abril de 2008).

Pero es que, además, no todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional. Para ello es necesario - STS 28 de junio 2012 - que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

No es lo que ocurre en este caso en el que lo que realmente se pretende es que la Sala valore unas pruebas distintas de las que se tuvieron en cuenta para sostener la responsabilidad del demandado en el hecho ocasional de las lesiones sufridas por la menor, especialmente referidas a la inexistencia de un registro cardiotocográfico que no ha aparecido y como tal no ha podido ser tomado en consideración.

QUINTO.- La infracción que refiere el motivo cuarto es la de los artículos 1902 y 1101 del Código Civil , artículos que nada tienen que ver con un recurso de esta naturaleza, limitado a controlar las cuestiones procesales y si con el de casación, por lo que se desestima.

RECURSO DE CASACION DE DON Luis Enrique .

SEXTO .-Se formula un único motivo referido a la infracción de los artículos 1101 y 1104, en relación con el artículo 1902, todos ellos del Código Civil . El motivo cita la sentencia de 29 de enero de 2010 , con respecto a la responsabilidad del médico. En lo que aquí interesa esta sentencia dice lo siguiente: El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces en todo acto o tratamiento que decide llevar a cabo, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la Ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o en una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente (SSTS 24 de noviembre 2005 ; 8 de enero de 2006). Esta alternativa se plantea en los casos de partos que culminan el embarazo: el vaginal y la cesárea, y en ambos la diligencia del buen médico comporta no sólo la elección adecuada, sino el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas para cada uno conforme a una buena praxis médica y con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a la intervención según su naturaleza y circunstancias (SSTS 19 de octubre de ; 20 de julio 2009).

Lo que ocurrió en este caso es que se intentó el parto vaginal tras uno anterior culminado con cesárea, lo que le convertía en un parto de riesgo que los ginecólogos deben conocer e identificar para evitar los problemas que pudieran derivarse, pues ello forma parte de su actividad. La complicación mas grave es la que se materializó en este caso, de rotura uterina, y los factores de su incremento, la no existencia de otro parto vaginal previo, la inducción al mismo y los intervalos entre partos inferiores a 18 meses. Sin duda es posible intentar esta forma de parto, pero siempre que exista una monitorización bien controlada, con vigilancia fetal continua, y lo cierto es que, no solo no obra en autos registro cardiotocográfico para la evaluación fetal ni que tuviera lugar fuera del partograma si aportado entre las 13 y las 15 horas, siendo en la última grafica que este describe cuando tuvo lugar la advertencia de que existía bradicardia y una hipertensión uterina, sino que la decisión se adoptó se hizo sin informar a la actora de todos los riesgos descritos, como declara probado la sentencia.

No se ignora que la actividad médica no está desprovista de riesgo y los criterios de objetivación de la responsabilidad profesional sanitaria están vedados por la jurisprudencia, pero lo que no puede el médico es incrementar de forma innecesaria e inadecuada los riesgos que ya en si mismo tiene el acto médico y hacer participe de los mismos a la paciente sin una previa y detallada información y consentimiento expreso de esta, cuando era posible hacerlo.

RECURSO DE CASACION DE DOÑA Palmira Y DON Carlos Alberto .

SEPTIMO. -Se formulan dos motivos. Los dos tienen que ver con la indemnización que la sentencia les niega referida a la pensión vitalicia por importe de 42.070,85 euros. Se citan como infringidos los artículos 1101 , 1104 y 1106 del Código Civil , en relación con la reparación integral del daño. Lo que pretende es que las tablas



indemnizatorias prevista para las indemnizaciones por accidentes de tráfico, que la sentencia aplica, no se tengan en cuenta para negar la pensión vitalicia, lo que no es posible.

Dice Sentencia de 7 de mayo de 2009 , que reproduce la de 14 de noviembre de 2012 : "El efecto expansivo del Baremo previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados , a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por esta Sala con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1106 y 1902 del Código Civil (SSTS 10 de febrero ; 13 de junio , 27 de noviembre de 2006 ; 2 de julio 2008)".

El baremo no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial.

Ahora bien, esta regla tiene dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, y otra que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (SSTS 6 de noviembre 2008 ; 22 de junio 2009 ; 29 de mayo de 2012).

Pues bien, para la determinación, valoración y cuantificación de los días de estabilización y secuelas, la parte actora se acogió al baremo vinculante para los accidentes de tráfico, pero orientativo en otros casos, como el que resulta de la responsabilidad civil médica. Y lo que no es posible es tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial para, como en este caso, conseguir una renta vitalicia incompatible con la indemnización que se determina: el baremo establece la posibilidad de un doble sistema indemnizatorio a elegir entre una indemnización global que se establece en función de distintos factores, entre otros el de la edad de la persona lesionada, o la renta vitalicia. Lo que no es posible son los dos.

OCTAVO - La desestimación de los recursos supone la condena en las costas causadas con ellos a quienes los han formulado, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por las representaciones procesales de Doña Palmira y don Carlos Alberto , que actúan en nombre propio y en el de sus hijas, Miranda y María Purificación , y don Luis Enrique , respectivamente, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de fecha 29 de noviembre de 2010 , con expresa imposición de las costas causadas por los respectivos recursos.

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 **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.