

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) , de 20 Noviembre de 2009.

Recurso 1945/2005 Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.

SENTENCIA

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 Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 70/2005, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Zaragoza por la representación procesal de Doña Gregoria , aquí representada por el Procurador Don Juan Antonio García San Miguel. Habiendo comparecido en calidad de recurridos la Procuradora Doña María Luisa Mora Villarrubia, en nombre y representación de Winterthur Seguros Generales , S.A., de Seguros y Reaseguros, el Procurador de Don Manuel Sánchez Puelles y Gonzalez-Carvajal, en nombre y representación de la Entidad " Grupo Hospitalario Quirón S.A." y de "DKV Seguros y Reaseguros SAE".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador Serafín Andrés Laborda, en nombre y representación de Doña Gregoria interpuso demanda de juicio ordinario, contra Winterthur Seguros Generales S.A., DKV Seguros y Reaseguros, Entidad Grupo Hospitalario Quirón S.A. y Previa S.A. de Seguros y Reaseguros y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia condenatoria en los siguientes términos: Condenese a Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (como demandado principal) y a Grupo Hospitalario Quirón S.A y a Previa S.A de Seguros y Reaseguros (como demandados subsidiario) a abonar a mi mandante, en concepto de indemnización las siguientes cantidades: 80.000.000 ptas (480.809,68 euros) en concepto de daños morales y lucro cesante por las graves secuelas producidas por el percance. 1.857.610 ptas (11.164,46 euros) como indemnización por gastos que ha tenido que soportar mi mandante como

consecuencia de la lesión: gastos habidos de rehabilitación, logopeda, psicólogo, gastos de viaje a Barcelona por la rehabilitación, y honorarios de los autores de los informes presentados en la presente demanda: Everardo , Marcelino , Victorio , Alvaro Estanislao y Manuel . Gastos que se produzcan en un futuro por la necesaria rehabilitación, condenándose expresamente a su pago (Art. 219 L.E.C .). En la actualidad dichos gastos son los siguientes: a) Rehabilitación San Sebastián: 52 sesiones anuales 6.655 ptas 40 Euros cada sesión (Doc 30) total anual 346.060 pts 2.079,86 euros. b) Rehabilitación Barcelona: 40 Centro de Documentación Judicial sesiones anuales 7155 pesetas, 43 euros cada sesión (Doc 31) total anual 286.200 ptas 1.720, 10 euros.

La condena se extenderá al pago de las facturas que se generen por dichos tratamientos rehabilitadores durante toda la vida de Doña Gregoria . Ello bajo la consideración de que se fijan los precios actuales, más las partes demandadas deberán abonar las facturas que los Centros expidan, considerando que los honorarios subirán conforme al incremento del costo de vida. Gastos que se produzcan como consecuencia de tener que ir mi mandante 4 veces al año a Barcelona, para la rehabilitación en dicha ciudad de viaje (avión, tren, coche-gasolina, peajes etc , autobuses, el medio que en definitiva use) de manutención (comida , los gastos que acredite tener) y de hospedaje en su caso (hostal, hotel etc). Con carácter alternativo, a juicio del Juzgador, dicho gasto futuro lo cuantifican en 55.064,175 ptas (330.942,36 euros) de manera que si se encuentra procedente o más adecuado, serán las partes demandadas condenadas al pago añadido de esta última cantidad, en concepto de gasto futuro necesario a producir por las lesiones ocasionadas. Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y Previaasa. S.A de Seguros y Reaseguros (si bien ésta con carácter subsidiario), serán condenadas al pago del 20% de interés desde la producción de daño y Grupo Hospitalario Quirón S.A (con carácter igualmente subsidiario) a los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Asi mismo será condenadas las partes demandadas al pago de las costas ocasionadas en el proceso.

2.- El Procurador Don Isaac Jiménez Navarro, en nombre y representación de Las Entidades Grupo Hospitalario Quirón y DKV Seguros y Reaseguros S.A. (antes Previaasa 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 se desestime totalmente la misma por cualquiera de las causas que constan en el

cuerpo del escrito, imponiendo las costas expresamente a la actora. El Procurador Don Fernando Peire Aguirre, en nombre y representación de Winterthur Seguros Generales S.A. de Seguros y Reaseguros 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 absuelva a mi representada de cuantas pretensiones se deducen en su contra en la suplica de la demanda, con expresa imposición de las costas causadas en este litigio a la parte actora.

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 3 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 3 de noviembre de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Doña Gregoria debo absolver y absuelvo a Winterthur, Clínica Quirón y DKV SEGUROS de los pedimentos deducidos de contrario, sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la Doña Gregoria la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha uno de Julio de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Doña Gregoria contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Zaragoza el 3 de noviembre de 2004 , debemos confirmar y confirmamos la misma , sin hacer declaración de las costas causadas en est alzada.

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de Casación la representación procesal de Doña Gregoria con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:** PRIMERO.- Aplicación indebida de los criterios jurisprudenciales sobre la medicina curativa a la hora de evaluar la culpabilidad del equipo médico e infracción por inaplicación. Artículos 1.101 y 1106 y concordantes del C.C ., en relación con el artículo 1544 del mismo cuerpo legal y art. 1902 CC en cuanto a la acción directa principal por eximir de culpabilidad a la actuación del equipo médico (responsabilidad contractual y o extracontractual). Artículos 1091 y 1.101 , 1106 y 1903 C.C . en cuanto a las también acciones directas subsidiarias, contra el centro Médico y su compañía aseguradora (responsabilidad contractual o extracontractual). Asi como inaplicación de la Doctrina

Jurisprudencia a la hora de determinar la responsabilidad civil en cuanto a los servicios, médicos privados contratados de una manera específica (como cirugía estética, aplicable a nuestro caso las sentencias que se citarán) en cuanto a que estamos ante una obligación de resultado y no de medios. SEGUNDO.- Inaplicación de la Doctrina Jurisprudencial sobre la teoría del riesgo. Es hecho probado que el ictus cerebral se produjo por una hiperestimulación ovarica productora de un S.H.O, síndrome de hiperestimulación ovárica. O una reacción personal adversa a los fármacos suministrados. Así se establece expresamente en el punto 8 del Fundamento de Derecho Primero. TERCERO.- Infracción por inaplicación de los criterios legales y jurisprudenciales que rigen en cuanto a la responsabilidad (artículos 25, 28 y concordantes de Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984) y del criterio jurisprudencial de solidaridad de los presuntos responsables, tanto al equipo médico como al Centro Médico e infracción por aplicación indebida del art. 1105 CC. CUARTO .- Inaplicación de la Doctrina jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva en el ámbito médico, daños desproporcionados y no Centro de Documentación Judicial concretarse las causas de un suceso. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de mayo de 2008 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. 2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles Rodríguez-Carvajal , en nombre y representación de Las Entidades Hospitalarias Quirón y DKV Seguros y Reaseguros y la Procuradora Doña María Luisa Mora Villarubia, en nombre y representación de Winterthur Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros 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 once de noviembre del 2009, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el mes de marzo de 1977, Doña Gregoria convino con el Servicio de Ginecología y Obstetricia de la Clínica Quirós, en San Sebastián, someterse a un tratamiento de fertilidad, mediante el método de inseminación artificial, el cual dio

comienzo el día 1 de junio siguiente, con el suministro adecuado de inyecciones Neo-Fertinon, procediéndose a verificar los oportunos controles realizándose dos inseminaciones los días 16 y 17 de julio. Antes, el día 15, se prescribió la utilización del H. C.G, con dosis a administrar los días 15,18 y 20 de julio. El día 21 de julio , la demandante manifiesta dolencias y malestar que son atendidos por el Dr. Fidel . Finalmente, el día 25 sufre un infarto isquémico en el territorio de la arteria cerebral media izquierda. Los hechos de la sentencia ponen en evidencia que Doña Gregoria imputa a los demandados que tras la situación límite de hiperestimulación que tuvo el 15 de julio, no se le informó de los riesgos de sufrir un S.H.O, decidiendo el médico proseguir el tratamiento sin concederle la posibilidad de ser informada de tomar ella dicha resolución, sin haber efectuado el equipo médico ningún control, pese a la posible aparición del S.H.O, que podía ocasionar, con una probabilidad muy baja, un ictus. La sentencia de la Audiencia confirma la del Juzgado, haciendo suya tanto la valoración de la prueba, como los argumentos y la solución adoptada, siendo hechos probados de la misma los siguientes:

1º.-El tratamiento ginecológico y propuesta médica aplicados a la actora fueron correctos, conforme a los protocolos habituales. 2º.-No consta que sufriese un Síndrome de Hiperestimulación Ovárica, cuyos síntomas específicos no concurrían de forma evidente, presentando los propios del tratamiento de hiperestimulación que se le estaba suministrando. 3º.-No era médicamente necesario, con los índices de estradiol y folículos detectados el 15 de julio, cancelar el tratamiento, salvo por riesgo de parto múltiple, ni ingresar hospitalariamente ante los síntomas presentados el 21 de julio (nauseas y vómitos), dada su inespecificidad, ni realizar pruebas específicas para determinar problemas tromboembólicos, pues a parte de que no se practicaban en aquellas fechas, no hubiera podido detectarse ni prevenirse el ictus posterior, sin la constancia de problemas previos de trombofilia, dado el carácter hemodinámico del organismo humano, 4º.- El ictus puede sobrevenir con la concurrencia de S.H.O o sin ella, con heparina o sin ella. 5º.-La paciente fue debidamente informada y si no lo fue del posible ictus es porque su aparición, como efecto secundario de los medicamentos suministrados, desconocían los propios facultativos (la información suministrada en el prospecto español del preparado farmacéutico NEO-FERTINORM carecía de la exhaustividad de la suministrada en el americano, omitiendo entre los posibles efectos secundarios los graves problemas

cardiovasculares, como el ictus), siendo, por tanto, suficiente la proporcionada sobre los efectos adversos del tratamiento y de la propia hiperestimulación provocada, que llevó a la misma a efectuar las consultas documentadas Don Fidel , sobre los síntomas de nauseas y malestar a partir del 21 de julio.

SEGUNDO.- El recurso de casación aparece articulado en cuatro motivos, los cuatro con un mismo punto de partida cual es la consideración de que el tratamiento de fertilidad a la que se sometió la recurrente no constituye un supuesto de medicina curativa y que la obligación que se exige a los facultativos es una obligación de resultados y no de medios. Sobre tales premisas, en el motivo primero (con cita de los artículos 1101,1106 y concordantes del CC , en relación con el artículo 1544, 1902 y 1903, todos ellos del Código Civil , y de la doctrina jurisprudencial), se sostiene que para estos casos ha de operar una auténtica inversión de la carga de la prueba, siendo el equipo médico el que tiene que probar que el daño no ha sido producido por el tratamiento y, además, con relación a la culpa, el nivel de exigencia de actuación tiene que estar por encima de la *lex artis*. De esa forma concluye que, aun respetando que se haya realizado una actuación correcta conforme a tal parámetro, ante la situación de hiperestimulación producida, se debió exigir un plus en el cumplimiento de la *lex artis*, debiendo haber sido consultada la paciente sobre la continuidad del tratamiento. El motivo se desestima. Lo que pretende la recurrente es incardinar el tratamiento de infertilidad llevado a cabo en un supuesto de medicina satisfactiva, con obligación de resultados, y a partir de ello obtener las conclusiones favorables a su interés, incluso alterando las conclusiones probatorias de la sentencia, lo que no es posible. Es cierto que, en principio y sin perjuicio de las características de cada caso, la persona que se somete a una determinada intervención o manipulación médica, sea de la naturaleza que sea, lo hace impulsada por un estado patológico que pretende corregir en cuyo tratamiento puede verse afectada la salud, pero sin que el resultado sea una consecuencia necesaria del mismo. La realidad social y médica de la ginecología y de la medicina, en general, imponen soluciones distintas de tal forma que con independencia de que pueda existir una clara actividad médica tendente a subsanar unas patologías concretas, de evidente carácter curativo - azoospermia y déficit de maduración ovular-, ambas generadoras de incapacidad de reproducción, la distinción entre obligación de medios y de resultados (" discutida obligación de medios y resultados ", dice la STS 29 de junio 2007), no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se

garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico, en la que se incluye el desarrollo de capacidades como la de tener un hijo, previniendo y solucionando problemas de salud reproductiva. La Organización Mundial de la Salud definió la esterilidad involuntaria como una enfermedad crónica, que configura el derecho fundamental de hombres y mujeres de estar informados y tener acceso a métodos de regulación de la fertilidad con arreglo a los medios disponibles actualmente en Medicina Reproductiva, que permitan a la mujer llevar a término su embarazo y dar a luz de forma segura. La responsabilidad del profesional médico es, por tanto, 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 (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009). 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 y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2007 , 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, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 y 23 de mayo de 2007)". Es, en definitiva, lo que se conoce como la *lex artis* o lo que es lo mismo un supuesto y elemento Centro de Documentación Judicial esencial para llevar a cabo la actividad médica y obtener de una forma diligente la curación o la mejoría de la salud del enfermo, a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente. La inversión de la carga de la prueba o la afirmación también sostenida en el motivo de que controles posteriores al día 15 de julio pudieron haber ofrecido una solución distinta, son cuestiones que tienen el cauce adecuado para su denuncia en el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que resulta inaceptable cualquier invocación a la carga de la prueba y de su inversión o aquellas apreciaciones de parte que directa, o indirectamente, en sede fáctica, cuestionen o se aparten de las efectuadas en la resolución recurrida, como son la referidas a la realización de nuevos controles, la cancelación del ciclo o la administración de un tratamiento anticoagulante que hubiera evitado el resultado producido, y que pretenden ofrecer una versión parcial, subjetiva y distinta de los hechos objeto del proceso, máxime cuando no se llegó a determinar que la causa del infarto isquémico fuera un síndrome de hiperestimulación ovárica.

TERCERO.- El segundo motivo se formula por la inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la teoría del riesgo, mientras que el tercero se refiere a la inaplicación de los criterios legales y jurisprudenciales que rigen en cuanto a la responsabilidad objetiva, tanto del equipo médico como del Centro Médico (se citan los artículos 25, 28 y concordantes de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios; el artículo 1902 y el 1105 del CC), y el cuarto al daño desproporcionado. En su formulación pretende hacer valer la evolución de la doctrina de esta Sala sobre la culpa extracontractual por la que se presume que el autor del daño ha incurrido en culpa, de tal forma que producido este, si no es posible determinar con exactitud la causa del mismo

es el agente quien debe probar su propia negligencia, introduciendo cuestiones de diversa índole, como el carácter previsible del daño mediante la cancelación o adecuado control del tratamiento, y la proyección sobre los demandados de las dudas sobre el ictus cerebral. Todos ellos se analizan conjuntamente en cuanto pretenden poner en evidencia principios fundamentales de la responsabilidad civil médica, que ni han sido aplicados en la sentencia, ni responden a los criterios establecidos por la jurisprudencia más reciente de esta Sala sobre la materia. Su desestimación responde a lo siguiente:

a) 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 (STS 24 de noviembre de 2005; 10 de junio 2008).

b) El daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria (SSTS 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007). En estos casos en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recaer sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación (SSTS de 23 de mayo de 2007, 8 de noviembre 2007; 10 de junio y 23 de octubre 2008). En el presente caso, la única imputación significada resulta ajena a la actividad médica asistencial y se vincula a una reacción farmacológica adversa, resultado de la medicina administrada para la estimulación de los ovarios, cuya aparición desconocían los propios facultativos, que cumplimentaron la información en los términos en que era conocido el riesgo, en el que no estaba el ictus, como declara probado la sentencia, lo que impide que pueda atribuírseles un resultado distinto del esperado, fuera de su campo de actuación.

c) Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 26 de 2007; 4 de junio 2009); aspectos estos que no han sido cuestionados en la sentencia.

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 .

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

FALLAMOS

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña Gregoria , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 1 de Julio de 2005 , 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.-Jose Antonio Seijas Quintana Encarnacion Roca Trias. 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.