

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de julio de 2009. Recurso 173/2005.
Ponente: Don José Antonio Seijas Quintana.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio 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 Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de mayor cuantía 280/1998, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alcalá de Henares, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Madrid Sección Décima por la representación procesal de la Mercantil Unmequi Universal Médico Quirúrgica. S.A y Seguros, aquí representada por la Procuradora Doña María Luisa Estrugo Lozano, y por la representación procesal de Doña Apolonia, en la de su hijo menor Ambrosio, aquí representada por el Procurador D. Jaime Pérez de Sevilla y Guitard. Habiendo comparecido en calidad de recurridos el Procurador Don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, en nombre y representación de Don Erasmo ; la Procuradora Doña María Luisa Mora Villarrubia, en nombre y representación de la Mercantil Winterthur y el Procurador Don Antonio Ramón Rueda López, en el de Allianz Cia. de Seguros y Reaseguros S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador Don Ubaldo Boyano Adanez, en nombre y representación de Don Inocencio y Doña Apolonia , que a su vez actúa en representación de su hijo menor Ambrosio , interpuso demanda de juicio de Mayor Cuantía, contra D. Erasmo, Unmequi-Universal Médico Quirúrgica S.A, Allianz-Ras Seguros y Reaseguros S.A., Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando la demanda se condene a los demandados de forma conjunta y solidaria o alternativamente de forma subsidiaria con respecto a la demandada Unmequi-Universal Médico Quirúrgica S.A. y hasta la cuantía de cobertura de sus Pólizas en lo que respecta a las compañías aseguradoras a pagar a mis representados la cantidad de cuatrocientas setenta y cinco millones seiscientos doce mil trescientas quince pesetas (475.612.315 pesetas), en concepto de indemnización por daños y perjuicios sufridos por aquellos y su hijo menor Ambrosio, a consecuencia de las lesiones y secuelas a éste, así como los intereses legales de dicha suma, y todo ello con expresa condena en costas.

2.- La Procuradora Doña Concepción Iglesias Martín, en nombre y representación de D. Erasmo, 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 las pretensiones de la demandante se declare no haber lugar a lo pedido

en la misma, con imposición de las costas correspondientes a la demandante, conforme previene la Ley procesal.

La Procuradora Doña Concepción Iglesias Martín, en nombre y representación de Winterthur, 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 en la que se absuelva libremente a mis mandantes con imposición de costas a la parte actora.

La Procuradora Doña Concepción García Suarez Cibran, en nombre y representación de Allianz-Ras Seguros y Reaseguros 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 estime la excepción de litis-consorcio pasivo necesario y en todo caso entrando en el fondo del asunto se absuelva a mi representada Allianz-Ras S.A. al no haber culpa o negligencia en el actuar del Doctor Erasmo, y subsidiariamente en otro caso siempre tener en cuenta la limitación de cobertura de la Póliza de Seguro, y todo ello con imposición de costas a la parte demandantes.

La Procuradora Doña Concepción García Suarez Cibran, en nombre y representación de Unmequi-Universal Médico Quirúrgica 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 en la que se desestime íntegramente la demanda presentada de contrario, declarando asimismo la falta de legitimación pasiva de mi representada con expresa condena en costas a la actora.

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se presentaron los respectivos escritos de réplica y dúplica y habiendo solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alcalá de Henares, dictó sentencia con fecha 29 de julio de 2002, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Ubaldo Cesar Boyano Adanez, en nombre y representación de Don Inocencio y Doña Apolonia, quienes actúan en su propio nombre y como representantes legales de su hijo menor de edad Ambrosi . 1.- Debo condenar y condeno a la Mercantil Unmequi Universal Médico Quirúrgica S.A., con CIF nº A28026003, a abonar las siguientes cantidades: a) A favor de D. Inocencio, en su propio nombre y derecho la suma de 17.596.777 pesetas (105.757,56 euros).) A favor de Doña Apolonia , en su propio nombre y derecho la suma de 17.596.777 pesetas (105.757,56 uros). c) A favor de D. Inocencio y de Doña Apolonia por gastos acreditados, la suma de 173.948.385 pesetas (1.044767.72 euros). 2.- Debo absolver y absuelvo a Don Erasmo y a las aseguradoras Alianz as Seguros y Reaseguros S.A y Winterthur Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y easeguros e las pretensiones deducidas contra ellos. 3.- No procede hacer expresa imposición de las costas pocesaes.*

SEGUNDO.- Interpuesto recursos de apelación por las representaciones procesales de Universal

Médico Quirúrgica S.A. y Seguros, Don Inocencio y Doña Apolonia la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 7 de mayo de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don Inocencio y Doña Apolonia, representados por el Procurador D. Ubaldo Boyano Adanez y estimando en parte el formulado por Unmequi Universal Médico Quirúrgica S.A. y Seguros contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr Magistrado Juez de Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Alcalá de Henares, con fecha 29 de julio de 2002, debemos revocar y revocamos parcialmente la indicada resolución, fijando la cantidad a abonar la condenada Unmequi a favor de Don Inocencio y Doña Apolonia por gastos acreditados en 3.146,95 euros (punto 1.C del fallo), y en 802.601,12 euros la cantidad abonar a favor del menor a través de sus padres Don Inocencio y Doña Apolonia (punto 1.d); confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia. Todo ello con imposición de las costas del recurso formulado por D. Inocencio y Doña Apolonia a los mismos y sin hacer imposición de las causadas por el recurso de Unmequi.

Con fecha 22 de julio de 2004, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es como sigue "La

Sala Acuerda 1 º) Rectificar el error aritmético padecido en el F.D octavo b de la sentencia en el sentido expuesto en esta resolución de concederse por daño moral a cada progenitor 105.757,56 euros. 2ª)

Rectificar el F.D décimo y el fallo de la sentencia que por error material no reflejan que el recurso de apelación interpuesto por Don Inocencio y Doña Apolonia se estima en parte, no procediendo imponer las costas causadas en dicho recurso.

TERCERO.- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de Don Inocencio y Doña Apolonia, con apoyo en los siguientes

MOTIVOS:

PRIMERO.- Al amparo del *número 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se denuncia en este motivo la infracción de los *artículos 1.101, 1103, 1104 y 1258 del Código Civil*, en relación con los *artículos 1902 y 1903. 4º del mismo texto legal por su falta de aplicación.*

SEGUNDO .- Al amparo del *número 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se denuncia igualmente en este motivo la infracción de los *artículos 1101, 1103, 1104 y 1258 del Código Civil* , en relación con los *artículos 1902 y 1903 .4º del mismo texto legal, por su falta de aplicación.*

TERCERO.- Al amparo del *número 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Así como la jurisprudencia sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre la revisión del quantum indemnizatorio (*artículos 1902 y 1106 CC*).

Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso **por infracción procesal** la representación procesal de Unmequi Universal Médico Quirúrgica S.A y Seguros con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:**

PRIMERO.- Se formaliza al amparo del *art. 12.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en virtud del cual "cuando por razón de lo que sea objetivo del juicio de tutela jurisdiccional solicitada sólo puede hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa", a fin de que se case y anule la Sentencia recurrida, dictando a continuación y separadamente la sentencia procedente con arreglo a Derecho por infracción procesal.

SEGUNDO.- Se formaliza al amparo del *artículo 218.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en virtud del cual "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate" a fin de que se case y anule la sentencia recurrida, dictando a continuación y separadamente la sentencia procedente con arreglo a Derecho por infracción procesal.

TERCERO.- Se formaliza a fin de que se case y anule la Sentencia recurrida dictando a continuación y separadamente la sentencia procedente con arreglo a Derecho, por infracción procesal, al amparo de los *artículos 209.3º, 218.2, 316.2, 348, 376, 386.1. 386.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y *24.1. de la Constitución Española*.

EN CUANTO AL RECURSO DE CASACION.

Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de Casación la representación procesal de Unmequi Universal Médico Quirúrgica S.A y Seguros con apoyo en los siguientes

MOTIVOS:

PRIMERO.- Se formaliza a fin de que se case y anule la Sentencia recurrida dictando a continuación y separadamente la sentencia procedente con arreglo a derecho al amparo de los *artículos 26 y 28 de la Ley 26/1984 de 19 de Julio de 1984* para la Defensa de Consumidores y Usuarios y *artículos 1089, 1101, 1104. 1902, 1903 del Código Civil*.

SEGUNDO .- Que se formaliza al amparo del *art. 1103 del Código Civil* , así como la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, para que se modere la cifra indemnizatoria y subsidiariamente se sustituya por una renta vitalicia. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 24 de febrero de 2009 , se acordó:

-No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de la Entidad Mercantil UNMEQUI UNIVERSAL MÉDICO QUIRÚRGICA S.A Y SEGUROS contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid Sección Décima de fecha 7 de mayo de 2004 .

-Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Entidad Mercantil UNMEQUI UNIVERSAL MÉDICO QUIRURGICA S.A. Y SEGUROS .

-Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de DON Inocencio Y DOÑA Apolonia , en representación de su hijo DON Ambrosio , contra la citada sentencia.

-Dese traslado a las partes para que formalizen su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Mediante providencia de 3 de mayo de 2006, se tuvo por personado y parte al Procurador Don

Javier Pérez Sevilla Guitard, en la representación de Don Inocencio y, por fallecimiento de su esposa, Doña Apolonia , a sus herederos Don Ambrosio y Don Gaspar .

3.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora Doña María Luisa Mora Villarrubia, en nombre y representación de Winterthur, el Procurador D. Manuel Sánchez Puelles González Carvajal, en nombre y representación de Don Erasmo, el Procurador Don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de la Entidad Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., la Procuradora Doña María Luisa Estrugo Lozano, en nombre y representación de la Entidad Mercantil UNMEQUI UNIVERSAL MÉDICO QUIRÚRGICA S.A. Y SEGUROS, y el Procurador D. Jaime Pérez de Sevilla y Guitard, en nombre y representación de Don Inocencio, así como de los herederos de Doña Apolonia , sus hijos D. Gaspar y D. Ambrosio y viudo de la causante, presentaron escritos de impugnación al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día nueve de Julio del 2009, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recursos de casación interpuestos traen causa de la reclamación promovida por los padres de un menor, por las secuelas padecidas por éste a consecuencia de un retraso en la práctica de la cesárea a la madre, y que determinó que el niño naciera con un sufrimiento fetal agudo, encefalopatía hipoxicoisquémica grado II, pausa de apnea e infección pulmonar y renal por cándida, causante de un grave retraso psicomotor y encefalopatía hipoxica perinatal, así como otras secuelas.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por los padres y el recurso promovido por el centro sanitario, en lo que hace a la indemnización a favor de los padres y del menor. La sentencia considera hecho probado que la causa de las secuelas del menor es debida al excesivo tiempo de duración del sufrimiento fetal provocado por la demora en la práctica de la cesárea, indicando que lo determinante de este

retraso lo constituyó la falta del personal adecuado para tal práctica en el centro porque "*si bien el sanatorio puede -reglamentariamente- tener un sistema de guardia de disponibilidad, el mismo no funcionó adecuadamente, produciéndose el resultado lesivo*". En consecuencia absuelve al ginecólogo y condena al centro médico demandado. Contra la citada resolución se interponen sendos recursos de casación por los padres del menor y por el centro sanitario.

RECURSO DE CASACIÓN DE LOS PADRES.

SEGUNDO.- Se articula en tres motivos: el primero y el segundo, por infracción de los artículos 1101, 1103, 1104 y 1258, en relación con los artículos 1902 y 1903.4, todos ellos del Código Civil, pretendiendo una revisión del juicio de culpabilidad sobre la actuación del médico ginecólogo, invocando, principalmente, la doctrina del daño desproporcionado y la aplicación de la carga de la prueba, interesando su condena y la de las compañías de seguros que garantizan el riesgo, por cuanto consideran que no habría actuado conforme a las exigencias de la *lex artis* para evitar el daño cerebral causado, que entiende predecible. Los dos se analizan conjuntamente para desestimarlos.

El daño desproporcionado, según reiterada doctrina de esta Sala, no comporta en sentido propio un criterio de imputación por responsabilidad objetiva fuera de los casos previstos en la ley sustantiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la ley procesal. El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al 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 es posible sostener con arreglo a esta Doctrina que se ha producido un daño en la persona del menor, vinculado a la actuación del ginecólogo, que no haya podido ser explicado debidamente por este, como así resulta de los hechos probados que la sentencia expone de una forma minuciosa, coherente y convincente, de los que se infiere que actuó con la diligencia exigida para el acto médico concreto, no pudiendo ponerse a su cargo las consecuencias derivadas de una defectuosa prestación asistencial por parte del Centro. La diligencia del buen médico en todo acto o tratamiento, comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias (STS 19 de octubre de 2007, y las que en ella se citan).

La decisión de llevar a cabo la cesárea, dice la sentencia, "*se efectuó sobre las 15 horas y la misma no se inició hasta las 16,45 horas por causas no imputables al citado Doctor;*

pues, hasta la toma de dicha decisión, de las pruebas practicadas se revela que el Doctor en cuestión actuó de conformidad con la diligencia exigible: examen de la paciente, estudio de gráficas, prescripción de tratamiento -postura de la paciente, administración de oxígeno-, práctica de ecografía, registro tococardiográfico...; y una vez decidida la cesárea (aproximadamente a las 15 horas), el sistema de "guardia de disponibilidad" del centro fue el causante de tal retraso en la práctica de la cesárea; no constando, como parece presumir la apelante, invirtiendo la carga de la prueba, que el citado Doctor tras dicha decisión abandonase el centro" , ni que formara parte de las decisiones sobre la gestión del centro médico. Además, no solo consta probado que es a las 15 horas cuando se decide la práctica de la cesárea, sino incluso que previamente a tal hora, a pesar de la evolución favorable que hasta entonces había mostrado la paciente, se había alertado a los componentes del equipo sobre la "posibilidad de practicar una cesárea con el fin de que estuvieran localizables si realmente llegaba a realizarse... y ello por indicación del Doctor Erasmo ", sin que pueda imputársele "que a partir de las 13 horas no previniese que la situación acabaría con la práctica de cesárea pues...la paciente, tras el tratamiento otorgado, manifestó mejoría a las 14:20 horas". La demora, en suma, no fue en la hora de decidir la cesárea sino en la de no haber podido efectuarse en el tiempo necesario para ello, no cabiendo argumentar que de ser urgente debió el médico haberla decidido antes, pues tomó la decisión cuando apreció que la misma era necesaria.

Por otra parte el hecho de que se considere probado que desde las 12 horas el menor estuviese permanentemente monitorizado, " *en modo alguno puede considerarse como un error en la valoración de la prueba por el hecho de no constar en autos las gráficas de tal monitorización, pues la Juez de instancia fundamenta la valoración que efectúa en otro medio probatorio "*; error que tampoco advierte por el hecho de no haberse practicado la prueba de microtomas de sangre fetal, al no existir dilatación cervical mínima imprescindible, o la de amnioscopia para determinar la presencia de meconio cuando esta prueba no ofrece datos sobre el sufrimiento fetal, pero no sobre su intensidad, de forma que no está acreditado que su realización hubiera aportado una información diferente a la obtenida a través del registro tococardiográfico, o que el traslado a otro centro hubiera procurado una solución más favorable, ya que a la vista de la secuencia temporal de los hechos y de las circunstancias que concurrieron en los mismos se descarta que la decisión hubiera implicado una menor demora en la práctica de la cesárea. Se trata, en suma, de sustituir el criterio del Tribunal por el propio de quien recurre, lo que no es posible con los datos fácticos que ha tenido en cuenta para establecer el juicio cuya revisión se pretende mediante el análisis y examen de las pruebas practicadas.

TERCERO.- En el tercero se solicita la revisión del quantum indemnizatorio, interesando el resarcimiento total y absoluto del menoscabo ocasionado, citando como infringidos los *artículos 1902 y 1106 del Código Civil*. Se desestima. La función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, al amparo de los *artículos 1106 y 1902 del Código Civil* , y esta función es el resultado de una actividad de apreciación para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse a efectos orientativos de sistemas objetivos, como el del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, con el que se da el mismo trato indemnizatorio a las lesiones producidas en accidente de circulación que a las originadas por otra causa, con la consecuencia de que solo pueda ser revisada en casación si la

determinación por el Tribunal "a quo" resulta manifiestamente errónea o ilógica (STS 14 de mayo 2008 , y las que cita), lo que no ocurre en este caso, ya que desde la perspectiva de los hechos probados, y de la aplicación del baremo, la cuantificación efectuada por la Sala, mediante el criterio que explica, resulta coherente, tanto por lo que se refiere a la aplicación de los factores de corrección por daño moral complementario y necesidad de ayuda de otra persona, con exclusión de la indemnización por permanente asistencia de una persona a su lado, pues tal concepto ya está indemnizado en el factor de corrección por lesiones permanentes -grandes inválidos con necesidad de ayuda de otra persona-, como por la adecuación de la vivienda a la grave situación en que ha quedado el menor, puesto que este daño no ha sido acreditado por quien lo reclama, tratándose de un factor de corrección que resulta no solo de la gran invalidez, sino de la prueba de los perjuicios referidos a la adaptación de la vivienda y al coste de las obras que se han de ejecutar en la misma, a cargo de la víctima, conforme al principio establecido en la actualidad por el *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Fuera quedan también los gastos de fisioterapeuta, clases de natación y cuotas de APHISA, teniendo en cuenta que se trata de unos daños, perjuicios y gastos futuros hipotéticos, que por tal circunstancia no pueden ser objeto de una condena de futuro, según la doctrina jurisprudencial entonces aplicable a tal tipo de condena, que, por cierto, era más flexible que la nueva configuración legal (en el *art. 220 LEC 2000*), como señala la sentencia de 2 de noviembre de 2005 , y las que en ella se citan.

RECURSO DE CASACIÓN UNIMEQUI UNIVERSAL MEDICO QUIRÚRGICA, S.A Y SEGUROS.

CUARTO.- El recurso se basa en dos motivos. El primero por infracción de los *artículos 26 y 28 de la Ley 26/1984*, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y de los *artículos 1089,1101,1104,1902 y 903 del Código Civil* por cuando no ha existido culpa alguna de sus empleados. Se desestima. La eficiente prestación de un servicio médico puede comprometer tanto a los profesionales, como al establecimiento en que se lleva a cabo. A los primeros, por una actuación negligente o culposa, conforme a los criterios establecidos en el *artículo 1902 CC* ; responsabilidad que, es a su vez, presupuesto necesario de la que se establece "por hecho ajeno" del establecimiento, con arreglo al *artículo 1903. IV CC*, salvo que no haya dependencia funcional con el profesional a quien se imputa la causación del daño, teniendo en cuenta que se basa en una relación de dependencia o subordinación entre quien lo causa y el empresario demandado, y en que el acto lesivo se realice en la esfera de actividad del responsable. No es una responsabilidad objetiva, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo o in vigilando respecto de las personas por quienes se debe responder, por infracción del deber de cuidado reprochable en la selección de dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada (STS 5 de Enero 2007, por todas). Al establecimiento médico, porque esta responsabilidad no descarta la del propio Centro por aplicación del *artículo 1902 del CC*, cuando le es directamente imputable una prestación de un servicio irregular o defectuoso por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control del servicio. Estaríamos más que ante una responsabilidad por hecho ajeno en sentido propio, ante una responsabilidad por la deficiente prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde (STS 22 de mayo 2007).

La responsabilidad se imputa a partir de la concurrencia de los requisitos que informan el *artículo 1902 del CC*, y que, junto al daño, exige no solo el llamado reproche culpabilístico o incumplimiento de la buena práctica médica, sino la demostración de la relación de causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica, entre la conducta activa o pasiva de quien causa el daño y el resultado producido, y que es requisito común a la responsabilidad por culpa como la objetiva o por riesgo, pues la exigencia de responsabilidad tanto de los médicos o del personal sanitario como de la institución o entidad sanitaria se funda en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse en un sujeto determinado, y no tiene carácter objetivo, mientras que la causalidad se establece entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido, y, sin que pueda fundarse en simples conjeturas o posibilidades, admite lo que lo que califica de "probabilidad cualificada" (SSTS 31 de noviembre de 2001 y 5 de enero de 2007).

También esta Sala ha venido admitiendo la invocación de los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 22 de mayo de 2007). Lo hizo a partir de la STS de 1 de Julio de 1997, utilizado como criterio de imputación los *artículos 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. El *art. 26 LCU* establece la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados "a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad", mientras que el *art. 28 apartado 2º* hace expresa mención de los "servicios sanitarios" y vincula los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que "por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario" (SSTS 5 de febrero 2001; 5 de enero 2007).

Por tanto, como precisa la Sentencia de 5 de enero de 2007, "el principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario".

Siendo así, el motivo parece desconocer que la responsabilidad que se imputa a la recurrente se produce abstracción hecha de que hubiera quedado acreditada la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario de los que hubieren

intervenido en la asistencia al enfermo, y se concreta en la existencia de un daño ocasionado al menor bajo su control causalmente vinculado al fracaso del sistema organizativo de las guardias de disponibilidad establecido en el mismo, pues es evidente que un sanatorio que ofrece un servicio de "*urgencias médico-quirúrgicas y tocológicas*" esta obligado a instrumentar las medidas adecuadas que permitan que una cesárea pueda practicarse en un tiempo prudencial, el cual no lo es un retraso de una hora y cuarenta y cinco minutos.

QUINTO.- A través del segundo pretende que se modere el importe indemnizatorio reconocido por cuanto se aplicarían los márgenes más amplios del instrumento elegido para su cuantificación sin haber acontecido el supuesto más grave posible, ya que no ha concurrido ni una conducta temeraria ni dolosa. En su caso solicita se atienda a una alternativa indemnizatoria no tan gravosa como una renta vitalicia. Se cita en el motivo el *artículo 1103 del Código Civil* que faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de negligencia, entre otros casos cuando se da una concurrencia de culpas de la víctima y del agente, moderación de la que se hace eco el propio Baremo, que por ello contempla (Anexo Primero, apartado 7) que son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones "la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias". Ocurre que la sentencia de la Audiencia en ningún caso hizo uso de la facultad moderadora que le corresponde y que además no sería revisable en casación, si se ha utilizado de modo racional, ponderado y lógico y no se ha aplicado indebidamente el sistema legal de baremación. La indemnización se fija mediante la aplicación del baremo sin atender a una posible concurrencia de culpas, y en el grado que la Sala de apelación ha estimado pertinente con base a unas reglas muy precisas y motivadas que atienden al concreto perjuicio que consideró acreditado y, en particular, a la edad y grado de incapacitación del menor, y esta forma y la cuantía resultante no es posible revisar a partir de una simple diferencia de criterio con los márgenes utilizados.

La pretensión de atender a una alternativa indemnizatoria distinta, consistente en la fijación de una renta vitalicia, es algo que si bien se contempla en las reglas 8 y 9 del apartado 1º del Anexo del baremo, resulta inaceptable en estos momentos, no solo porque no ha sido ofrecida por los demandantes ni planteada por la recurrente en sus escritos iniciales, sino porque se desconoce las garantías que pudieran asegurar la subsistencia del capital sobre el que se calcula la renta y la forma de computarla en función de las circunstancias concurrentes que a la postre contribuyan para una correcta fijación.

SEXTO.- En materia de costas procesales, se imponen a los recurrentes de las de este recurso de casación, 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 a los recursos de casación formulados por los Procuradores D. Jaime Pérez de Sevilla y Guitard y Doña Maria Luisa Estrugo Lozano, en la representación que acreditan de Don Inocencio y los herederos de Doña Apolonia, Don Gaspar y Don Ambrosio, y Unimequi Universal Medico Quirúrgica, S.A y Seguros, respectivamente, contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 7 de mayo de 2004, con expresa condena a los recurrentes 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 Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Firmaod 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.