

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 105/2019 de 19 febrero

RJ\2019\613



CULPA EXTRACONTRACTUAL: EXISTENCIA: FALLECIMIENTO DE BEBÉ DE 7 MESES QUE SE ATRAGANTA CON PAPILLA CUANDO SE LE ADMINISTRA EN UNA GUARDERÍA: omisión de traslado inmediato del bebé al centro hospitalario: no había certeza total de que superase el episodio: aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad: determinación de la indemnización: responsabilidad de empleada-directora y de entidad titular de la guardería.

ECLI:ECLI:ES:TS:2019:576

Jurisdicción:Civil

Recurso de CasaciónRecurso extraordinario por infracción procesal 2990/2016

Ponente:Excmo Sr. Eduardo Baena Ruiz

El TS declara no haber lugar en parte al recurso extraordinario por infracción procesal y declara haber lugar en parte al de casación interpuestos por la parte demandante frente a la Sentencia, de fecha 22-12-2015, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba en juicio ordinario.

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 105/2019

Fecha de sentencia: 19/02/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2990/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.^a

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2990/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 105/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos contra la [sentencia dictada con fecha 22 de diciembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Córdoba \(sección 1.^a\), en el rollo de apelación n.º 345/2016 SIC \(PROV 2016, 195913\)](#), dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 360/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Córdoba.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora, designada por el turno de oficio, doña M.^a Antonia Ariza Colmenarejo en nombre y representación de doña Amanda .

Han comparecido ante esta sala en concepto de partes recurridas:

- El procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de

la entidad Allianz Cia de Seguros y Reaseguros S.A.

- El procurador don Guillermo García San Miguel Hoover, en nombre y representación de doña Camino , y Jardín de Infancia DIRECCION000 .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

.- Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora María del Mar Montero Fuentes-Guerra, en nombre y representación de doña Amanda , formuló demanda de juicio ordinario frente a Jardín de Infancia DIRECCION000 ., doña Camino y doña Fátima .

En el suplico de la demanda solicita:

"Que tenga por presentado este escrito con los documentos y copias que se acompañan, se digne admitirlo y de conformidad con las manifestaciones que contiene, tenga por interpuesta demanda de juicio declarativo ordinario, en ejercicio de acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual contra, Jardín de Infancia DIRECCION000 ., doña Camino , doña Fátima y Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., dando a los autos el trámite legal oportuno y en su día dicte sentencia por la que:

"1.º- Se condene a los demandados, al pago de la suma de ciento treinta y cinco mil seiscientos diecisiete euros con ochenta céntimos (135.617,80 euros), por los daños y perjuicios causados a mi representada.

"2.º- Al pago de los intereses que se devenguen a cargo de la compañía aseguradora de acuerdo a lo establecido en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro

"3.º- Al pago de las costas del presente procedimiento."

2.- Por decreto de 26 de mayo de 2014, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora doña Ana Rosa Revilla Álvarez, en representación de la Compañía Allianz Seguros y Reaseguros S.A., contestó a la demanda formulada de contrario, allanándose parcialmente a la misma por la suma total de 60.000,00 euros, sin aplicación de intereses moratorios y sin condena en costas.

4.- El procurador don Carlos Garrido Giménez, en representación de doña Fátima ,

contestó a la demanda formulado de contrario y suplicó al Juzgado:

"Que tenga por formalizada contestación a la demanda a fin de que tras sus trámites procesales con recibimiento del Juicio a prueba, se dicte Sentencia que la desestime frente a mi representada con imposición de costas procesales a la actora."

5.- La procuradora doña Beatriz Cosano Santiago, en representación de doña Camino y DIRECCION000 ., contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"Admita este escrito, con sus documentos y copias prevenidas al efecto, me tenga por personado en los presentes autos y por contestada en tiempo y forma la demanda deducida de contrario, y por opuesta a la misma, y después de la tramitación legal en derecho correspondiente, dicte sentencia por la que se absuelva a mis representados, doña Camino y Jardín de Infancia DIRECCION000 ., de todas las pretensiones deducidas de contrario, con expresa imposición de costas a la misma."

6.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Córdoba, dictó sentencia el 22 de diciembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora doña María del Mar Montero Fuentes-Guerra, actuando en nombre y representación de Amanda , frente a doña Fátima , doña Camino , Jardín de Infancia DIRECCION000 . y Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., condenar solidariamente a doña Camino y a la entidad Jardín de Infancia DIRECCION000 ., a abonar a la actora la suma de ciento treinta y cinco mil seiscientos diecisiete euros con ochenta céntimos de euro (135.617,80 EUROS), de cuyo importe la parte actora ya ha percibido de la entidad aseguradora codemandada la suma de 60.000 euros, cuyo pago consta debidamente acreditado en autos, más los intereses legales de la suma líquida pendiente de pago (75.617,80 euros), incrementados en dos puntos, desde la fecha de dictado de esta sentencia hasta la de su completo pago, más las costas procesales causadas en esta instancia. Asimismo, y respecto de aquélla suma, condenar solidariamente a la entidad Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., al pago de sesenta mil euros (60.000 €), que fue objeto de allanamiento parcial, y cuya entrega a la parte actora ya consta debidamente acreditada en autos, en el sentido anteriormente expuesto, más los intereses del [artículo 20](#) de la [LCS \(RCL 1980, 2295\)](#) , sin especial condena en costas. Absolver a la codemandada doña Fátima de todos los pedimentos deducidos en su contra, sin especial condena al pago de las costas procesales causadas a esa parte."

SEGUNDO

Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación de doña Camino y Jardín de Infancia DIRECCION000 ., correspondiendo su conocimiento a la [sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, que dictó sentencia el 28 de junio de 2016 \(PROV 2016, 195913\)](#) con la siguiente parte dispositiva

"Estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Camino y "Jardín de Infancia DIRECCION000 ." contra la sentencia dictada con fecha 22.12.2015 por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Capital , y con revocación de la misma se viene a desestimar íntegramente la demanda formulada por la representación de doña Amanda contra los indicados recurrentes, doña Fátima y la aseguradora "Allianz S.A.", a quienes se absuelve de la misma sin especial declaración sobre las costas de ambas instancia y devolución de depósito constituido para recurrir."

TERCERO

.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de doña Amanda .

Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

El primero, al amparo del ordinal 4º del [artículo 469.1](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , alega error en la valoración de la prueba, citando la infracción del art. 218 en conexión con el [art. 348](#) LEC y el [art. 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) .

El segundo, al amparo del [art. 469.1 . 2º](#) LEC , se denuncia la infracción del art. 216 en relación con el [art. 21](#) LEC .

Motivos del recurso de casación.

El primero, al amparo del [art. 477.2.3º](#) de la LEC , se alega la infracción, por inaplicación, del [art. 1902](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) en relación con el art. 1104 del mismo texto legal , en conexión con la doctrina creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El segundo, se denuncia la infracción, por inaplicación, del [art. 1903.4º](#) del Código Civil , en conexión con la doctrina creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2.- La sala dictó auto dictó [auto de fecha 19 de septiembre de 2018 \(PROV 2018,](#)

[261891](#)) con la siguiente parte dispositiva:

"1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de doña Amanda contra la sentencia dictada con fecha 22 de diciembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 345/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 360/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Córdoba.

"2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que las partes recurridas formalicen por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría."

3.- Las representaciones respectivas de doña Camino y Jardín de Infancia DIRECCION000 ., y la de la Allianz Seguros y Reaseguros S.A. manifestaron su oposición a los recursos formulados de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo de los recursos el 6 de febrero de 2019 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Amanda interpuso demanda de juicio ordinario frente a doña Fátima , doña Camino , Jardín de Infancia DIRECCION000 . y Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. solicitando a las tres primeras una indemnización de 135.617,80 euros y 60.000 euros a la aseguradora, en concepto de daños y perjuicios derivados de la muerte de su hijo de 7 meses de edad mientras se encontraba en la guardería infantil DIRECCION000 , propiedad de la mercantil demandada, bajo el cuidado de doña Fátima y doña Camino , ambas empleadas de la guardería, siendo además la segunda la directora de la guardería. La muerte del niño se produjo al atragantarse mientras le daban la papilla, atribuyéndose responsabilidad a ambas empleadas por no haber actuado ajustándose a la diligencia exigible a las circunstancias del caso ejercitándose acumuladamente acción de responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1903.1 º y 4º [CC \(LEG 1889, 27\)](#) , así como la acción directa frente a la aseguradora Allianz ex [art. 76 LCS \(RCL 1980, 2295\)](#) .

2.- La aseguradora, con la que tenía suscrita la póliza de seguro la guardería, se

allanó parcialmente a la demanda por la suma de 60.000 euros sin que ello se haya de entender como reconocimiento de responsabilidad por parte de ninguno de los codemandados, defendiendo que se trataba de un caso fortuito. Los demás demandados se oponen a la demanda.

3.- En primera instancia se estimó parcialmente la demanda y condenó a doña Camino y Jardín de Infancia DIRECCION000 . a abonar a la actora la suma de 135.617,80 euros, de cuyo importe ya ha percibido 60.000 euros de la aseguradora demandada más los intereses legales de la suma líquida pendiente de pago (75.617,80 euros) incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia, más las costas de la primera instancia. También condenó solidariamente a la aseguradora demandada al pago de 60.000 euros que fue objeto de allanamiento parcial y cuya entrega a la actora consta, más los intereses del [art. 20 LCS \(RCL 1980, 2295\)](#) , sin especial condena en costas. Se absolvió a la cuidadora que estaba alimentando en ese momento al menor y se condenó a la directora del centro al considerar que siendo un riesgo previsible el que aconteció no cuidó de contratar personal especialista en primeros auxilios, ni llamó inmediatamente a urgencias médicas, ni de formar en los protocolos adecuados a las empleadas. Entiende acreditado que la cuidadora que daba de comer al bebé realizó las maniobras de primeros auxilios para intentar su reanimación sin éxito y que al no haber reacción llamó a la directora y otros empleados, que también intentaron sin resultado reanimar al bebe que no respiraba, por lo que llamaron al 061 y sin esperar a que llegara la UVI, lo trasladaron al hospital que estaba a 200 metros. Estimó que debía existir en el centro protocolo de actuación ante episodios de aspiración o atragantamientos de bebés, que era prioritaria la asistencia médica urgente y tratándose de un lactante era vital su traslado inmediato a un centro hospitalario.

4.- Recurrída en apelación por doña Camino y Jardín de Infancia DIRECCION000 ., la sentencia recurrida estimó el recurso y desestimó la demanda contra los indicados recurrentes y la aseguradora Allianz a quien absuelve de todas las pretensiones. Se fundó en síntesis en lo siguiente: las maniobras de primeros auxilios están indicadas solo en caso de atragantamiento de lactantes conscientes y en el presente caso, el bebe estaba inconsciente, el médico del 061 declaró que si bien tratándose de un lactante era vital su traslado lo que hicieron los empleados de la guardería fue correcto; se ignoran qué protocolos faltan cuando estima acreditado que le hicieron al bebé maniobras de primeros auxilios por el personal de la guardería tal y como les iba indicando el 061 telefónicamente; si se imponía un traslado urgente al centro hospitalario es porque la asistencia de primeros auxilios era inoperante porque el bebé estaba inconsciente y de los mismos no dependía la recuperación del menor, por lo que la falta de estos o la falta de empleados especialistas en primeros auxilios

ninguna incidencia puede tener; la actuación de personal de guardería fue correcta dado el devenir de los acontecimientos.

5.- El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la recurrente al amparo del [art. 477.2.3.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) se compone de dos motivos:

En el motivo primero se alega la infracción por inaplicación del [art. 1902 CC](#) en relación con el [art. 1104 CC](#) en conexión con la doctrina contenida en [SSTS de 9 de octubre de 2000 \(RJ 2000, 9184\)](#), [9 de marzo de 1998 \(RJ 1998, 1269\)](#), [22 de abril de 2003 \(RJ 2003, 3866\)](#) y 22 de enero de 1996 que tiende a objetivar la responsabilidad extracontractual y a exigir una mayor prudencia para evitar el daño. En su desarrollo destaca que si bien el atragantamiento del menor fue un accidente, era vital actuar rápido para evitar la muerte del menor y en el presente caso, la directora de la guardería, doña Camino, debió adoptar cuantas medidas fueran pertinentes para responder ante tal hecho, bien formándose, bien exigiendo formación en el personal de la guardería, impartiendo las órdenes precisas de actuación ante estas contingencias, máxime cuando se hacía responsable del cuidado y atención de menores de muy corta edad. Añade que no solo faltó esa formación sino que la actuación de la guardería se realizó mal y tarde, ya que intentadas sin éxito por el personal de la guardería la realización de unas iniciales maniobras de reanimación para un lactante inconsciente que no respiraba, debió recabar el auxilio necesario para trasladar al menor al centro hospitalario que se encontraba a 200 metros, dejando transcurrir 13 minutos antes de efectuar la primera llamada al 061 y esta inactividad implicó una pérdida de oportunidad al menor que ingresó ya en estado de cadáver en el hospital.

En el motivo segundo se alega la infracción, por inaplicación del [art. 1903.4.º CC](#) en conexión con la doctrina creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad objetiva fundada en la responsabilidad por riesgo y en la culpa en vigilando o en eligiendo. En su desarrollo parte de la responsabilidad de doña Camino, como empleada y directora de la guardería, cuya negligente y tardía actuación posterior al atragantamiento del bebé hace entrar en juego la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno y determina que deba ser esta quien deba acreditar haber actuado con la diligencia que debe exigirse a quien profesionalmente ostenta el cuidado de los menores en una guardería, siendo además dicha sociedad, de la que ella es administradora única, quien debe impartir los protocolos y actuaciones a seguir ante situaciones de riesgo de los menores.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos.

En el motivo primero, al amparo del ordinal 4º del [artículo 469.1](#) de la LEC , se alega error en la valoración de la prueba, citando la infracción del art. 218 en conexión con el [art. 348](#) LEC y el [art. 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) .

En el motivo segundo, al amparo del [art. 469.1.2.º](#) LEC , se denuncia la infracción del art. 216 en relación con el [art. 21](#) LEC , y se combate la revocación del pronunciamiento de condena de la aseguradora que se allanó parcialmente a la demanda al rechazar la responsabilidad de la directora de la guardería y de la sociedad titular de la misma, en virtud de la fuerza expansiva del recurso de apelación.

6.- La sala dictó [auto el 19 de septiembre de 2018 \(PROV 2018, 261891\)](#) por el que acordó admitir los recursos de casación y el extraordinario por infracción procesal interpuestos.

Las partes recurridas formalizaron en plazo sus escritos de oposición a ambos recursos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO

Se articula en dos motivos:

A) Errores en la valoración de la prueba que conllevan a una valoración irracional, ilógica y arbitraria (vulneración del art. 469.1. 4.º [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) en relación con los arts. 218 en conexión con el art. 348 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con el [art. 24](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#).)

La sentencia de la Audiencia, sin alterar los hechos probados de la sentencia apelada del tribunal de primera instancia, declara en el Fundamento Jurídico Cuarto, que no comparte las conclusiones alcanzadas en la instancia sobre las que se imputa a la directora del centro y a su vez empleada, doña Camino , y por extensión a la sociedad titular de la Guardería, responsabilidad extracontractual regulada en los [arts. 1.902 y 1.903.4](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , todo ello expuesto en 8 razones que esta parte considera que no es sino una nueva valoración de la prueba reina de este procedimiento, la prueba pericial de los médicos forenses, cuyas declaraciones, además se recogen en la sentencia de forma sesgada.

B) Infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2.º en relación con el art. 216 en relación con el [art. 21](#) del LEC).

La sentencia recurrida en el Fundamento Jurídico Quinto establece, al revocar la sentencia de la Juzgadora de instancia, que el pronunciamiento comprenderá la

condena contenida de la aseguradora demandada que se allanó parcialmente (ajustándose al límite de la póliza contratada) y que tras consignar ese importe solicito su entrega al demandante, cosa que hizo el Juzgado el 11-12-2014. Esto se dice en virtud de la eficacia que se ha de reconocer a lo resuelto respecto a la sociedad titular de la guardería y directora de la misma, que es el origen de la responsabilidad civil de la aseguradora, en tanto asegurados por ella. Es lo que se denomina la fuerza expansiva de lo decidido en el recurso a quienes, unidos por un vínculo de solidaridad con el recurrente, no fueron recurrentes, a salvo que las razones de estimación del recurso fueran subjetivas del recurrente ([STS 5-4-2016 \(RJ 2016, 3660\)](#)) y ello pese a que se haya allanado previamente.

No obstante, la entidad aseguradora, y así se desprende del suplico de contestación a la demanda, por decisión propia y sin que sea posible entrar en las razones que a ello le llevaba, realizaba un acto de disposición por el que solicitaba su condena al importe de 60.000.- euros, allanándose parcialmente a la demanda y solicitando, igualmente, su entrega a la demandante sin condicionamiento alguno y sin que éste allanamiento se realizara en fraude de ley, o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de terceros.

TERCERO

Decisión de la sala.

1.- Solo va a merecer, por ahora, nuestra atención el primer motivo del recurso, pues el segundo se encuentra estrechamente relacionado con el recurso de casación, ya que si éste fuese estimado total o parcialmente podría decaer por carencia sobrevenida de objeto.

2.- La [sentencia 145/2016, de 10 de marzo \(RJ 2016, 1393\)](#) , acudiendo a lo recogido en la [sentencia de 22 de enero de 2015 \(RJ 2015, 465\)](#) , rec. 1249/2013 , sostiene que:

a) En nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia y ulteriores recursos extraordinarios. El examen pleno del material fáctico objeto del proceso, y de la actividad probatoria que ha servido para considerar probados determinados hechos controvertidos, corresponde a los tribunales de primera instancia y de apelación. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio, pretendiendo su reinterpretación por el tribunal de casación y el replanteamiento general de la revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por esa razón, ninguno de los

motivos que en relación cerrada enumera el [artículo 469](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) se refiere a la revisión de la base fáctica y la valoración de la prueba ([STS 4 de septiembre de 2014 \(RJ 2014, 4596\)](#) , rec. 2733/2012). Solo cabe su revisión cuando conculque el [artículo 24.1](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) por incurrir en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad.

b) Es por ello que constituye doctrina de esta sala ([SSTS de 8 de abril de 2014 \(RJ 2014, 2593\)](#) , rec. 1581/2012 ; 18 de febrero de 2013, rec. 1287 y [4 de enero de 2013 \(RJ 2013, 4590\)](#) , rec. 1261/2010 entre las más recientes) que "la restrictiva doctrina desarrollada durante la vigencia de la [LEC 1881 \(LEG 1881, 1\)](#) sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien ahora dentro del ámbito del recurso extraordinario y, en esta línea, se ha venido admitiendo con carácter excepcional, la impugnación de la prueba (sentencias de fechas 28 de noviembre de 2007 , [16 de marzo de 2007 \(RJ 2007, 1858\)](#) , [29 de septiembre de 2006 \(RJ 2006, 8007\)](#) , [28 de julio de 2006 \(RJ 2006, 6376\)](#) , 23 de junio de 2006 , 16 de junio de 2006 , 12 de mayo de 2006 , [9 de mayo de 2005 \(RJ 2005, 4680\)](#) , [29 de abril de 2005 \(RJ 2005, 3647\)](#) y 8 de abril de 2005 , entre las más recientes), indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción, en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad ([sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984 \(RTC 1984, 63\)](#) , [91/1990 \(RTC 1990, 91\)](#) , [81/1995 \(RTC 1995, 81\)](#) , 142/1999, [144/2003 \(RTC 2003, 144\)](#) , 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y [24 de Julio de 2000 \(RJ 2000, 6193\)](#) y [15 de marzo de 2002 \(RJ 2002, 1892\)](#) entre otras muchas).

La parte no debe confundir valoraciones jurídicas con errores fácticos de la prueba, como tendremos ocasión de analizar en el recurso de casación.

Como decíamos en la [sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo \(RJ 2014, 1425\)](#) , "no debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4.º del [art. 469.1](#) LEC , excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; [326/2012, de 30 de mayo \(RJ 2012, 6548\)](#)), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación

jurisprudencial".

De una lectura del motivo, en el que se entremezclan varios medios de prueba, se colige que discrepa de las valoraciones jurídicas del tribunal de apelación más que de la esencia de la sucesión fáctica de los acontecimientos.

3.- Si nos atenemos a la prueba pericial, en atención a la cita que hace la parte recurrente del [art. 348 LEC](#) , en palabras de la [sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010 \(RJ 2011, 1158\)](#) , resulta, por un lado, de difícil impugnación la valoración de la prueba pericial, por cuanto dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de jueces y tribunales, en cualquier caso valorar el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la "sana crítica", y, de otro lado, porque el [artículo 348](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar solo cuando el resultado judicial cuando este aparezca ilógico o disparatado.

Insistimos en que la inferencia fáctica no aparece como ilógica o arbitraria, sin perjuicio de la consideración que merezca la valoración jurídica que hace la sentencia recurrida en el ordinal 8 del fundamento de derecho cuarto.

4.- Consecuencia de lo expuesto es que procede la desestimación del motivo.

Recurso de casación.

CUARTO

Planteamiento de la cuestión .

La sentencia de primera instancia, contra la que interpuso recurso de apelación solo doña Camino y Jardín de Infancia DIRECCION000 ., fundó la condena de la Sra. Camino , que es lo que pretendemos destacar, en lo siguiente:

(i) no ha quedado probado en autos que la guardería, cuyo personal se encargaba de la administración de comida a niños de muy corta edad, tuviese protocolos de

actuación ante episodios de aspiración o atragantamientos de bebés, a pesar de tratarse de eventos frecuentes en bebés, y potencialmente mortales, explicándose en el informe médico forense de 15/05/12 (f. 494) que "... la broncoaspiración de grandes partículas alimentarias u otros objetos da origen a obstrucción de las vías respiratorias y es una causa importante de mortalidad, aunque puede ser fácilmente reversible", añadiendo que "Esta complicación se debe identificar y tratar con rapidez".

(ii) En cuanto al protocolo a seguir en estos casos, según informan los médicos forenses, depende de la situación clínica que presente el menor en el momento del atragantamiento, y si el lactante está inconsciente y la extracción manual del elemento u objeto causante del atragantamiento no es posible, como ocurrió en este caso, ya que el bebé perdió el conocimiento y se atragantó con papilla, se ha de actuar *"como en el caso de una parada*

cardiorrespiratoria". Por lo tanto, en primer lugar, se ha de pedir ayuda médica urgente.

Posteriormente, se ha de examinar la boca por si existe material o elemento extraño visible, si es posible su extracción. A continuación, se ha de comprobar, si hay signos de respiración. Si no respira, se realizarán cinco insuflaciones de rescate con ventilación boca a boca. Si no hay respuesta (el tórax no se expande) realizar compresiones torácicas sin valorar los signos de circulación. La compresión es útil, tanto para movilizar el material aspirado como para el masaje cardiaco. El número de compresiones será de 15 para el personal sanitario y de 30 para la población general. En función de la respuesta se continuará con dos ventilaciones siguiendo la secuencia de masaje-ventilación, 30/2 ó 15/2 según los casos. Si todo lo anterior fracasa se procederá a intubar al paciente. Es decir, según informan los médicos forenses en fecha 15/05/12, "en caso de broncoaspiración masiva de contenido alimenticio, las maniobras de primeros auxilios no suelen ser efectivas, siendo preciso tratamiento urgente, hospitalario".

(iii) Ante tal resultado probatorio, y encontrándonos ante un episodio de ahogo por atragantamiento con pérdida de conocimiento, debe valorarse si hubo alguna conducta negligente de Fátima al prestar los primeros auxilios al menor. Ciertamente el personal de la guardería no actuó en la forma indicada por los médicos forenses en su informe de 15/05/12, pues Fátima no requirió de inmediato asistencia médica urgente: primero intentó reanimar al menor como si estuviese consciente (a pesar de que sabía que no lo estaba) dándole golpes en la espalda; y posteriormente llamó a Camino, Daniel e Pilar. Así resulta de las declaraciones prestadas por todos ellos ante la Policía Judicial (Diligencias Policiales nº 1134/10 de- fecha 13 de mayo de

2.010, ampliatorias de los números 6.347, de fecha 12 de mayo de 2.010, f. 178 a 180, y 200 y ss) y ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Córdoba (f. 264 y ss), así como en este juicio. Es decir, no llamaron al servicio de urgencias del "061" sino después de practicar maniobras de primeros auxilios en casos de atragantamiento de lactante consciente (golpes en la espalda y en el estómago). No obstante lo anterior, se considera que sí que actuaron correctamente no esperando la llegada de la UVI móvil a la guardería, y trasladando al menor al centro hospitalario más cercano, pues según afirman los médicos forenses y el testigo Fausto (f. 392 y 393), médico del servicio 061 que asistió al menor, en estos casos, resulta prioritaria la asistencia médica urgente, y tratándose de un lactante es vital su traslado a un centro hospitalario.

(iv) No se actuó con arreglo al protocolo y "no hubo una actuación inmediata y sin vacilaciones", pues lo correcto es llamar a urgencias médicas de inmediato, ya que en estos supuestos cada segundo es vital.

(v) Tampoco consta que Camino , como directora de la guardería, le procurase al personal de la guardería las instrucciones y protocolos precisos para la asistencia de menores de 0 a 2 años en casos de urgencia por atragantamiento con la comida, a pesar de tratarse de un suceso fácilmente previsible en una guardería infantil.

(vi) Aunque la causa específica de la broncoaspiración masiva padecida por el bebé no se ha podido determinar (administración inadecuada de alimento o problema puntual de deglución), de lo que no cabe duda es que se originó como consecuencia de un episodio de atragantamiento con la comida en una guardería, y no consta que Camino , en su doble condición de cuidadora del menor y directora de la guardería, tomase medida preventiva alguna para asegurarse de un riesgo previsible en una guardería como es el atragantamiento de un bebe.

En esto último hace descansar el nexo de causalidad.

QUINTO

La sentencia de la audiencia, que es la que se recurre, en los ordinales del 1 al 7 del fundamento de derecho cuarto no discrepa, en esencia, de las cuestiones fácticas de la de primera instancia que se han mencionado.

Sí añade que el propio médico del 061, don Fausto , declaró en la causa penal que lo que hicieron los empleados de la guardería fue correcto, así como que tratándose de un lactante es vital su traslado; que un bebé se debe trasladar.

Por tanto, en evitación de especulaciones que oscurezcan el debate, éste ha de centrarse en si, en atención a las circunstancias (un bebé, inconsciente por

atragantamiento, que no reacciona a las inmediatas maniobras de las empleadas de la guardería), debió ser trasladado inmediatamente a un centro hospitalario que se encontraba a 200 metros, en vez de detenerse en esas maniobras de primeros auxilios o en llamar al 061.

La respuesta de la sentencia recurrida a la anterior interrogante, la hace en el ordinal 8 del fundamento de derecho cuarto en los siguientes términos:

"Ello pasaría por conocer que efectivamente eso era lo que se tendría que hacer, con lo que el no hacerlo e ignorando si ese traslado hubiera sido efectivo o no, lo que permitiría hablar es de una pérdida de oportunidad al no haberse hecho eso en primer término, pero eso pasaría porque los encargados de la guardería supieran o debieran de conocer que eso era lo que tenían que haber hecho desde un primer momento o que ello fuera más rápido que la llamada al 061, pero no parece que ese conocimiento les sea exigible y de ahí fundar su responsabilidad aun por esa pérdida de oportunidad, cuando, primero, finalmente ante la demora del servicio del 061 deciden trasladarlo al hospital cercano, y segundo, según se informa por los Médicos Forenses lo primero es recabar asistencia médica urgente y mientras llega realizar esas actuaciones de primeros auxilios que describen -que fue lo que aquí se hizo, salvo el "boca a boca"- y que dicen que *"no suelen ser efectiva"* (pudiéndonos preguntar qué hubiera ocurrido si en este caso lo hubieran sido), con lo que habría que esperar a que llegara al lugar, con lo que si estos no coinciden en ese traslado inmediato, difícilmente se puede exigir semejante conducta a la sra. Camino que ve como en sus omisiones se funda la responsabilidad que se le atribuye".

SEXTO

De la anterior consideración de la sentencia recurrida la sala ha de hacer las siguientes puntualizaciones:

1.- Extraña que se afirme que ello pasaría por conocer que efectivamente eso era lo que se tendría que hacer, pues precisamente el reproche que se le hace es dirigir una guardería de bebés, a los que hay que alimentar, siendo frecuente en ellos episodios de atragantamiento, y carecer de protocolos de actuación para tales eventos.

2.- El tribunal de apelación afirma que se ignora si ese traslado hubiera sido efectivo o no y, conector de la doctrina de la sala, añade que ello lo que permitiría es hablar de una pérdida de oportunidad, al no haberse hecho eso en primer término.

Pero a continuación, e insistimos en la extrañeza anterior, insiste en que eso pasaría porque los encargados de la guardería supieran o debieran de conocer que era lo que tenían que haber hecho en un primer momento o que ello fuera más rápido

que la llamada al 061.

Pues bien, el reproche, en atención al delicado cuidado que dispensan como profesionales del negocio de guardería, es ignorar tal modo de proceder por falta de protocolo; de forma que ante un episodio de esa naturaleza el tiempo de reacción fuese un reflejo condicionado.

Que el ingreso en centro hospitalario sea más rápido que llamar al 061 depende de las circunstancias geográficas, pues si el centro hospitalario se encuentra a bastante distancia posiblemente sea mejor llamar a 061, que realizaría el traslado en una ambulancia medicalizada.

En el caso de autos en el que el centro hospitalario se encontraba a 200 metros, no hay duda que lo más rápido era el traslado al centro hospitalario, que finalmente es lo que hicieron ante la angustia del tiempo transcurrido desde el inicio del episodio, a la postre letal.

3.- Es cierto que los médicos forenses afirman que es preciso tratamiento urgente hospitalario, pues las maniobras de primeros auxilios no suelen ser efectivas.

Pero añaden que mientras llega la asistencia médica, que es lo primero a recabar, se realicen las actuaciones de primeros auxilios que describen.

Naturalmente ello es el protocolo a seguir, pero si un centro hospitalario, técnicamente dotado, se encuentra a 200 metros deviene prioritario el traslado personal al mismo, siguiendo una fiel interpretación del protocolo, una vez que con los primeros golpes al bebé inconsciente, éste no reaccionaba.

4.- Corolario de lo expuesto es que la cuestión se circunscribe a si esa tardanza en ingresar al bebé en el centro hospitalario ha causado el fatal desenlace o, por el contrario, no hubiese sido efectiva.

La sentencia recurrida, con acierto, apunta la teoría de la pérdida de oportunidad, y a ella se acoge la parte recurrente en la motivación del primer motivo.

SÉPTIMO

Pérdida de oportunidad.

1.- La llamada perdida de oportunidad se ha consolidado en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil de abogados, procuradores y médico-sanitaria.

Vamos a detenernos en esta última porque es la que más se compadece con el supuesto enjuiciado.

2.- Las doctrinas de la imputación objetiva y causalidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre a la de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado.

Ahora bien tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional.

Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la "pérdida de oportunidad o chance".

Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización.

Su aplicación es un paliativo del radical principio del "todo o nada" a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el *quantum indemnizatorio* se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización.

En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se residencia esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal sería, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo ([STS 27 de julio de 2006 \(RJ 2006, 6548\)](#)).

Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010), y concede toda la indemnización, mientras que en otros (sentencia de 2 de enero de 2012) limita la indemnización "en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado".

La primera sentencia de la Sala 1.a del Tribunal Supremo que acogió la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario fue la dictada con fecha [10 de octubre de 1998 \(RJ 1998, 8371\)](#) : Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. Ésta, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito. Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por "lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Sin embargo, y ello es lo que resaltamos, añade que "lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera se le puede imputar la pérdida de unas expectativas".

3.- Si se aplica la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, se aprecia que la omisión del traslado inmediato del bebé al centro hospitalario sí supera el nivel

mínimo de probabilidad causal, pues, como se ha expuesto, y así aparece acreditado en autos, es lo que prevé el protocolo.

Si médicamente así se prevé, y basta con acudir a lo informado por los médicos forenses, es porque existe un mínimo de probabilidad de que el paciente pueda superar y conjurar el peligro de muerte.

Ahora bien, dicho lo anterior, hay que descender a las circunstancias singulares y concretas de este bebé para, a partir de ellas, constatar si existía certeza total de que superase el episodio y, en su caso, si sería con secuelas severas por anoxia, de haber sido inmediatamente trasladado al centro hospitalario.

O si por el contrario solo existía probabilidad, y en qué grado, de la franja central.

Como esto último es lo que se desprende de la sentencia recurrida, es lo que acoge la sala, pero, al no constar como hecho probado el concreto grado de probabilidad, fijamos la indemnización en 60.000 euros, que era la asegurada.

4.- Una vez condenada la Sra. Camino en los términos, expuestos procede la condena solidaria de la entidad mercantil Jardín de la Infancia DIRECCION000 ., pues se trata de una entidad cuyo fin social es el negocio de guardería, al frente del cual aparece como directora, empleada por la sociedad para dirigirlo, la Sra. Camino y , por ende, se está ante la previsión establecida por el art. 1903. 4.º, como acertadamente recoge la sentencia de la primera instancia.

OCTAVO

De conformidad con lo dispuesto en los [artículos 394.1 y 398. 1 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , procede no imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación ni las del recurso extraordinario por infracción procesal, pues por carencia sobrevenida de objeto del segundo motivo, éste no se desestima totalmente.

No se hace expresa condena de las costas causadas en las instancias, pues, se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las apelantes y, por ende, se estima parcialmente la demanda formulada contra ellas.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1

- Desestimar parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal, y estimar parcialmente el recurso de casación, interpuestos por la representación

procesal de doña Amanda , contra la [sentencia dictada con fecha 22 de diciembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Córdoba \(sección 1.ª\), en el rollo de apelación n.º 345/2016 SIC \(PROV 2016, 195913\)](#) , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 360/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Córdoba.

2

- Consecuencia de la estimación parcial del recurso de casación, se estima parcialmente el recurso de apelación y, por ende, la demanda formulada contra Camino y la entidad Jardín de la Infancia DIRECCION000 ., en el sentido de que la condena solidaria de éstas a abonar a la parte actora sea de 60.000 euros.

3

- No se hace expresa condena en costas de las causadas en las instancias a ninguna de las partes.

4

- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación ni las del recurso extraordinario por infracción procesal.

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

Así se acuerda y firma.