



Roj: STS 1769/2014
Id Cendoj: 28079110012014100197
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 545/2012
Nº de Resolución: 230/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Mayo de dos mil catorce.

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 Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio 1281/2004, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Málaga, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don xxx , el procurador don Antonio Ramón Rueda López; la procuradora doña Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de doña xxx , que a su vez actúa en representación de sus hijos menores xxx , xxx y xxx y de Axa Seguros Generales. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de doña xxx .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Mercedes Martín de los Ríos, en nombre y representación de doña xxx , interpuso demanda de juicio ordinario, contra los herederos de don xxx y su viuda doña xxx y sus tres hijos xxx , xxx y xxx , y contra la entidad Clínica Renacimiento. Alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se condene a los herederos de don xxx y su viuda doña xxx y sus tres hijos xxx , xxx y xxx , y a la entidad Clínica Renacimiento, así como a la compañía aseguradora Winterthur Seguros, a pagar a mi representada la cantidad de trescientos treinta y siete mil cuarenta y cuatro euros con doce céntimos (337.044,12 euros), con más los intereses legales que se devenguen hasta el completo y definitivo pago, y a las costas del presente procedimiento.

2.- El procurador don José María López Oleaga, en nombre y representación de la entidad mercantil Winterthur Cia de Seguros S.A, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestimando la demanda interpuesta de contrario, con base a las excepciones legales propuestas y/o a los hechos alegados por esta parte, se absuelva de todo pedimento a mi representado, condenando al actor expresamente al pago de las costas causadas por este procedimiento.

La procuradora doña Alicia Marquez García, en nombre y representación de don xxx , como titular de la franquicia y la Clínica Renacimiento, 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 íntegramente la demanda e imponga a la parte actora el pago de las costas causadas y que se causen en la tramitación de este procedimiento.

El procurador don José María López Oleaga, en nombre y representación de doña xxx , viuda del Dr. xxx e hijos menores, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestimando la demanda interpuesta de contrario en base a las excepciones legales propuestas y/o a los hechos alegados por esta parte, se absuelva de todo procedimiento a mis representados, condenando a la actora expresamente al pago de las costas causadas por este procedimiento.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Málaga, dictó sentencia con fecha 11 de junio de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Martín de los Ríos en nombre y representación de D^a xxx , contra los HEREDEROS DE D. xxx , en concreto su viuda D^a xxx y sus hijos D. xxx , D. xxx y D. xxx , representados por el Procurador Sr. López Oleaga, contra la cía aseguradora WINTERTHUR, representada por el Procurador Sr. López Oleaga, y contra la entidad CLÍNICA RENACIMIENTO, personándose la Procuradora Sra. Márquez García en nombre y representación de D. xxx como titular de la franquicia y la clínica conocida con tal nombre, debo absolver y absuelvo a la entidad CLINICA RENACIMIENTO de las pretensiones que se contenían en su contra en aquella demanda; y debo condenar y condeno a DOÑA xxx . D. xxx . D. xxx y D. xxx como HEREDEROS DE D. xxx . y la cía aseguradora WINTERTHUR a abonar con carácter solidario a la parte actora la cantidad de VEINTISIETE MIL DOSCIENTOS NUEVE EUROS CON TREINTA Y CUATRO CÉNTIMOS (27.209,34 euros), más los intereses correspondientes, que serán para los herederos del Sr. xxx , los intereses legales a contar desde la fecha de interposición de la presente demanda, esto es, 5/10/2004, y para la cía aseguradora Winterthur, el interés legal incrementado en un 50% a contar desde 1 día 10/5/1991 al 10/5/1993, y a partir de dicha fecha el interés del 20% hasta su completo pago; ello sin expresa imposición de las costas causadas, a excepción de las causadas a instancias de la demandada Clínica Renacimiento que ha resultado absuelta y son de expresa imposición a la parte actora.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña xxx , doña xxx e hijos Don. xxx y Cia Wintertuhur S.A, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 26 de septiembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Que, estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la parte actora, doña xxx , y por la demandada entidad de seguros WIINTERTHUR, así como desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandados herederos de don xxx (su viuda doña xxx e hijos menores xxx , xxx y xxx), todos ellos contra la sentencia dictada en fecha 11 de junio de 2009 por la Ilma Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia n° 9 de Málaga , en los autos de Juicio Ordinario n° 1281/04, promovidos en virtud de demanda formulada por la citada demandante contra los expresados demandados y contra la entidad CLINICA RENACIMIENTO, de los que dimana el presente rollo, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución en el sentido de acordarse la ESTIMACIÓN PARCIAL DE LA DEMANDA respecto de todos los demandados, CONDENANDOSE solidariamente a los mismos a abonar a la actora la cantidad de OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS NUEVE EUROS CON TREINTA Y CUATRO CÉNTIMOS (87.209,34), más los intereses legales de esta cantidad desde la interpelación judicial hasta su completo pago, incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia. Ello sin expresa imposición de las costas de la primera instancia y de las causadas en esta alzada, excepción hecha de las correspondientes al recurso de apelación interpuesto por los demandados herederos de don xxx , a cuyo pago se condena expresamente a estos apelantes.*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación procesal de don xxx con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Inaplicación de la doctrina vigente en materia de responsabilidad medica contractual y extracontractual a la vista de lo hechos probados. **SEGUNDO**.- De la prueba practicada no se desprende responsabilidad alguna por parte de mi mandante que cumplió con el contrato de forma diligente, siendo aplicable a este caso la siguiente jurisprudencia: SSTS de 6-10-2005 y 29-9-2005 . **TERCERO**.- Incorrecta aplicación de la normativa en materia de contratos de franquicia y la defectuosa valoración de la relación que vinculaba al Sr. xxx con el Dr. xxx . Se insiste en que no puede responder el franquiciador, al amparo del art. 1101 de CC , por no haber participado en el hecho litigioso ni haber cobrado por la operación.

Asimismo, se interpuso recurso de casación por la representación procesal de la entidad Mercantil Winterthur S.A con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Al amparo de los ordinales 2º y 3º del artículo 477.2. LEC , denunciando que la sentencia recurrida ha vulnerando la doctrina de esta Sala al establecer que la obligación del médico es de resultado por tratarse de un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria. **SEGUNDO**.- Se denuncia vulneración de los artículos 1902 , 1101 , 1104 y 1105 del Código Civil , por falta de legitimación pasiva de los herederos del dr. xxx . **TERCERO**.- Se denuncia inexistencia de una responsabilidad contractual ante la ausencia de contrato y se sostiene que la acción por responsabilidad civil extracontractual estaría prescrita. **CUARTO**.- Se denuncia error en la valoración de la prueba, al haberse exonerado al otro facultativo codemandado y, sin embargo, se condena al dr. xxx , sin prueba suficiente. **QUINTO**.- En relación con el artículo 576 LEC , por incongruencia al conceder más de lo que se pide en la

condena de intereses. **SEXTO.-** Falta de motivación al incrementar la indemnización concedida a la cantidad de 80.000 euros.

Por la representación procesal de los herederos y viuda de Dr. xxx se formuló el mismo recurso con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO.-** Grave error de la Audiencia Provincial que se opone a la Doctrina Jurisprudencial actual de nuestro Tribunal Supremo. **SEGUNDO.-** Se denuncia que la sala sentenciadora ha incurrido en vulneración de los artículos 1902 del CC , así como de los artículos 1101 , 1104 y 1105 del mismo Cuerpo Legal .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 19 de septiembre de 2013 se acordó:

1º) Admitir los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Axa Seguros Generales y de los herederos de D. xxx , contra la sentencia de 26 de septiembre de 2011, dictada en apelación, rollo n.º 68/2010, por la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Málaga , dimanante del juicio ordinario n.º 128 1/2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Málaga, en cuanto a las infracciones denunciadas en los motivos primero y segundo. Inadmitir los restantes motivos de ambos recursos.

Admitir el recurso de casación formulado por D. xxx en cuanto a las infracciones denunciadas en el motivo primero y tercero. Inadmitir el motivo segundo. 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 don Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de doña xxx , presentó escrito 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 23 de Abril del 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 10 de mayo de 1991, doña xxx se sometió a una intervención de micro liposucción sobre el tercio superior de la cara externa de ambos muslos y zona alta de ambas caderas en la Clínica Renacimiento, de Málaga, realizando la intervención el doctor don xxx . Siete días después, en la misma clínica y practicada por el mismo doctor, se sometió a una nueva intervención consistente en micro liposucción sobre la cara interna de ambas rodillas y parte baja del vientre. Como quiera que no obtuvo un resultado satisfactorio formuló demanda en exigencia de responsabilidad civil frente a los herederos de don xxx , fallecido en el año 2002, la entidad de seguros Winterthur y la Clínica Renacimiento, franquicia de la que es titular don xxx , todos ellos condenados a pagar solidariamente a la actora la suma de 87.209,34 euros.

Todos ellos formulan recurso de casación.

RECURSO DE WINTERTHUR Y DE LOS HEREDEROS, VIUDA E HIJOS DEL DR. xxx .

SEGUNDO.- Se analizan conjuntamente puesto que plantean las mismas cuestiones a través de dos de los tres motivos que han sido admitidos, referidos a la falta de legitimación pasiva de los herederos y viuda del doctor xxx (se cita el artículo 659 del Código Civil), e infracción de la doctrina de esta Sala sobre la responsabilidad civil médica, con relación a la obligación de medios y de resultados.

Los dos se desestiman.

1.-Se dice, en relación a la falta de legitimación, que no existe una deuda real, vencida y exigible al tiempo del fallecimiento del facultativo, y que no existe sentencia alguna, en el ámbito de la responsabilidad civil ni en ninguno otro, que legitime para ejercitar acciones en base a meras expectativas. No es así en este caso.

Según la doctrina mas autorizada el derecho de sucesiones ha de tener en cuenta que la sociedad, fundada en el crédito, no podría subsistir si las deudas se extinguiera, al fallecer el deudor. De esa forma, el artículo 659 del Código Civil señala que la herencia de una persona comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por su muerte. Como supuestos exceptuados de transmisión por causa de muerte están, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., como dice la STS de 11 de octubre de 1943 . No están, sin duda, los que traen causa de la responsabilidad en que puede incurrir el fallecido, en este caso como profesional de la medicina, puesto que no constituye una deuda, personalísima y

no transmisible a los herederos, incluida en este artículo, lo que privaría a los perjudicados de la indemnización procedente, derivada de la culpa contractual o extracontractual del causante, salvo la utilización del beneficio de inventario establecido a su favor y que los herederos debieron tener en cuenta en razón a la actividad por el desarrollada, así como la posible extinción de la deuda, que la esposa incluso conocía como receptora de alguno de los requerimientos notariales que se hicieron al doctor xxx .

2.- Dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009 , y reiteran las de 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013 , que "La responsabilidad del profesional médico es 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)". Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva 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 , 23 de mayo de 2007 y 19 de julio 2013) .

Es cierto que la sentencia se opone a la doctrina de esta sala, cuando señala que es "*constante la doctrina jurisprudencial de nuestro TS al establecer la distinción jurídica, dentro del campo de la cirugía, entre una cirugía asistencial, que identificaría la prestación del profesional con la locatio operarum y una cirugía satisfactiva (destacadamente, operaciones de cirugía estética), que identifica aquella con la locatio operis, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (SSTS 11 diciembre 1997 , 19 febrero 1998 , 28 junio 1999 , 5 febrero 2001 y 4 febrero 2002)*" y que "*En la medicina llamada voluntaria la relación contractual médico-paciente deriva de un contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso (STS 11 diciembre 2001)*".

Ahora bien, sea cual fuera la consideración que la sentencia tiene sobre esta cuestión, lo cierto es que declara probado que los resultados obtenidos en las dos intervenciones quirúrgico-estéticas practicadas en el mes de abril de 1991 no fueron los ofrecidos por el médico que las practicó ni los deseados por la paciente, la que no fue informada expresamente de esta eventualidad, siendo así que esta afirmación no ha sido combatida en el recurso. Como con reiteración ha dicho esta Sala, el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo ; 23 de julio de 2003 ; 21 de diciembre 2005 ; 15 de noviembre de 2006 ; 13 y 27 de mayo de 2011), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. La información, por lo demás, es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial (SSTS 21 de octubre de 2005 ; 4 de octubre 2006 ; 29 de junio 2007 ; 27 de septiembre 2010 ; 20 de enero 2011).

RECURSO DE DON xxx .

TERCERO. - Han sido admitidos dos de los tres motivos formulados. En el primero lo que el recurrente formula en realidad es un escrito de alegaciones, propio, a lo sumo, de la instancia, en donde no solo se



insiste en una incorrecta aplicación de la jurisprudencia sobre la obligación de medios y de resultados, con cita de las sentencias de 30 de junio y 20 de noviembre de 2009 , lo que ya ha tenido respuesta al analizar el anterior recurso, sino que se introducen cuestiones heterogéneas que tienen que ver con la prescripción, cesión de uso de la marca, contenido y alcance de su relación con el doctor xxx , efectos probatorios de la historia clínica y carga de la prueba, sin identificar la infracción legal ni acudir en su caso al recurso por infracción procesal. Realmente, el motivo solo puede tener justificación si se analiza junto al tercero sobre la aplicación de la normativa de franquicia y defectuosa valoración de la relación que le vinculaba con el doctor xxx ; motivo que, pese a que pretende introducir una valoración distinta de la relación existente entre ambos, debe desestimarse pues el problema que se plantea ha sido tratado correctamente en la sentencia desde el momento en que, en el marco de esta relación, el médico no actuaba en términos de plena autonomía e independencia sino de subordinación o dependencia respecto del franquiciador, el cual imponía las normas de actuación y calidad de los productos y servicios; relación de la que resulta, además, su responsabilidad por el uso incorrecto del mismo, en virtud del principio de apariencia que resulta de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato en el que se toma en consideración la garantía de una correcta atención al enfermo derivado de la propia obligación de facilitar la franquiciadora al franquiciado las técnicas a emplear en el funcionamiento de la actividad médica, tipos de prótesis y clases de material o productos a utilizar, ya sea quirúrgicos, sanitarios, etc.

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

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por las representaciones procesales de Winterthur, de los herederos, viuda e hijos del Dr. xxx y de don xxx , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, de fecha 26 de septiembre de 2011 , con expresa imposición de las costas causadas a cada uno de ellos por los respectivos recursos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.