

Roj: **STS 7969/2006 - ECLI:ES:TS:2006:7969**Id Cendoj: **28079110012006101351**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/12/2006**Nº de Recurso: **162/2000**Nº de Resolución: **1379/2006**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STS 7969/2006,**
SAP GI 1404/1999

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil seis.

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 Primera de la Audiencia Provincial de Girona; como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía 29 / 98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Girona cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora Doña María Luisa Noya Otero y en nombre y representación de Doña Melisa y como parte recurrida el Procurador Don Gabriel Sánchez Malintgre, en nombre y representación Don Armando , el Procurador Don Isacio Calleja García, en nombre y representación de la Entidad Winterthur Sociedad Suiza de Seguros .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora Doña Carmen Feix Espigol , en nombre y representación de Doña Melisa , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, **contra Don Armando , contra La Entidad Clínica Girona S.A y contra la Entidad Aseguradora Winterthur y alegando los hechos y fundamentos de derecho** que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare que los demandados conjunta y solidariamente deben abonar a la actora la suma de 73.031.000 ptas o aquella otra cantidad que en el curso de la tramitación de los presentes autos se considere más ajustada a derecho, con más los intereses legales desde la fecha de la demanda y las costas.

2.- El Procurador Don Marti Regas Bech de Careda , en nombre y representación de Don Armando , 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 desestime la demanda y se absuelva de la misma a mi representada, con expresa condena en costas al demandante por imperativo legal.

El Procurador Don Marti Regas Bech de Careda , en nombre y representación de La Clínica Girona 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 se absuelva expresamente a Clínica Girona S.A y ello con imposición de costas a la parte actora.

El Procurador Don Marti Regas Bech de Careda, en nombre y representación de Winterthur Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que desestimando la demanda se absuelva expresamente a Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros , y ello con imposición de costas a la parte actora .





3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas estas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Gerona, dictó sentencia con fecha 11 de diciembre e 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Estimar la demanda interpuesta por la Sra. Melisa y condenar al Don Armando , Clínica Girona , S.A. y a la Compañía Winthertur a que paguen a la demandada de manera conjunta y solidaria la cantidad de ONCE MILLONES QUINIENTAS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTAS VEINTIOCHO PESETAS (11.582.228 PTAS) más los intereses legales desde la interposición de la demanda y también al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Clínica Girona S.A. , Winterthur Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y Melisa , la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gerona , dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de 1999 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando íntegramente el recurso presentado por la representación de Clínica Girona S.A., y Winterthur Seguros Generales S.A, por el Procurador Don Martí Regas Bech de Carede y parcialmente los recursos interpuestos en representación de Doña Melisa y Don Armando por la Procuradora Doña Carmen Peix Espigol contra la Sentencia de fecha 11-12-98, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Gerona , en los autos de Menor Cuantía nº 29/98, de los que este Rollo dimana, la revocamos en el sentido de absolver a Clínica Girona S.A. y Winterthur Seguros Generales S.A. de los pedimentos formulados en su contra en demanda, estableciendo que la suma a abonar a la actora por D. Armando asciende a 13.068.951 ptas suma que devengará los correspondientes intereses legales desde la fecha de la sentencia de primera instancia.No se hace expresa imposición de las costas causadas en ninguna de ambas instancias.

TERCERO.- 1.- La Procuradora Doña María Luisa Noya Otero, en nombre y representación de Doña Melisa , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS : PRIMERO.- Por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicable, al amparo del ordinal 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y más concretamente del art. 1903 del Código Civil que regula la responsabilidad extracontractual, en relación con la responsabilidad de carácter contractual. SEGUNDO.- Por infracción de las Normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicable al amparo del ordinal 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y más concretamente de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado o Ley 30 /1995 de 8 de Noviembre , en relación al art. 1103 del Código Civil y 3.2 . del mismo Cuerpo Legal. Vulneración del principio de legalidad. TERCERO.- Por infracción de las Normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicable, al amparo del ordinal 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y más concretamente el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D.Gabriel Sánchez Malintgre, en nombre y representación de D. Armando , y el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de la Entidad Clínica Girona S.A. y de la Entidad Winterthur Sociedad Suiza de Seguros presentaron 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 14 de diciembre del 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso de casación se dirige a combatir el pronunciamiento de la sentencia de instancia que absuelve a la Clínica Girona, S.A y a la aseguradora Winthertur, Seguros Generales, S.A, con el argumento de que el facultativo que realizó la intervención y que causó el daño en virtud del cual se indemniza a la actora no formaba parte de la plantilla de la Clínica sino que "figura en la relación de médicos especialistas en ginecología del cuadro médico de la Mutua de Telefónica de España, S.A a la que pertenecía el cónyuge de la actora, y que también cubría a ésta, siendo la propia actora la que eligió libremente al médico citado. Los gastos de estancia en la citada Clínica fueron satisfechos por la referida mutua " y que las lesiones o secuelas sufridas son atribuibles exclusivamente a una mala praxis médica. El alta de la paciente, dice, se produjo por decisión del médico que practicó la operación, y tuvo lugar al día siguiente de efectuarse la misma, encontrándose aquélla en aparente buen estado y febril... En definitiva, no existe base para fundamentar una pretendida responsabilidad que pretende ampararse en lo dispuesto en el art. 1903 del Código Civil , sin que, por otra parte "exista razón que justifique una pretendida culpa in eligiendo o in vigilando por parte de la clínica".

A juicio de la recurrente, se le practicó una laparoscopia en la Clínica Girona con la que el médico que le intervino tiene concertada la realización de intervenciones quirúrgicas y además su esposo, en su calidad de empleado de Telefónica, tiene también concertada con la Clínica la asistencia quirúrgica sanitaria, la cual hizo frente a los derechos de intervención, quirófano y medicación. El motivo se desestima. El deber cuyo incumplimiento





genera la responsabilidad civil que se demanda incumbe al médico demandado y no a la Clínica Girona S.A., puesto que reconocido en el fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de instancia que aquel no forma parte de la plantilla, sino que figura en la relación de médicos especialistas en ginecología del cuadro médico de la Mutua de Telefónica de España, S.A, y que fue la propia actora quien eligió libremente al médico y la Mutua la que abonó los gastos de estancia, es evidente la inaplicación al caso del art. 1903 del Código Civil regulador de la responsabilidad extracontractual que nace de los actos u omisiones de las personas por quienes se debe responder. Lo cierto es que la Clínica se limitó a permitir la utilización de sus instalaciones, en virtud de concierto con la Mutua de Telefónica, y a suministrar los medios técnicos e instrumentos necesarios para llevarla a cabo, y de tales funciones no surge para ella ninguna obligación de responder por la acción u omisión culposa o negligente del profesional que intervino en el acto médico para cuya realización se concertó este uso pues ninguna se le imputa por un hacer negligente propio referido a los medios asistenciales para efectuarlo, incardinable dentro del art. 1902, como esta Sala ha tenido ocasión de señalar en las Sentencias de 11 de noviembre de 1991; 23 de marzo de 1993 y 10 mayo de 2006, esta última referida a la misma Clínica. No concurre, por otro lado, la situación de dependencia funcional y económica de la titular de la clínica respecto del médico, a que se refirió la Sentencia de 19 de abril de 1999 (por error se cita en el recurso la de 5 de Abril de 1.999). Tampoco contradice el criterio de la solidaridad impropia, como se argumenta en el motivo, pues se acude a la idea de solidaridad impropia, siempre que se genere una concurrencia causal única en la producción del resultado dañoso, con tal de que no pueda determinarse la parte del daño que es atribuible a cada uno de los sujetos (SSTS 30 de septiembre de 1999; 17 de marzo y 18 de abril de 2006), y es evidente que en el caso no hay más responsabilidad que la del facultativo demandado.

TERCERO.-La invocación que se hace en el motivo de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado o Ley 30/1.995, en relación con los artículos 1.103 y 3.2 del Código Civil se hace sin identificar la norma infringida, por lo que sería suficiente para desestimarla. En cualquier caso, lo que se impugna es la indemnización que la sentencia establece porque entiende debió ser mayor, con lo que el motivo tampoco podría ser estimado, teniendo en cuenta que lo que se está denunciando es realmente la no aplicación del baremo indemnizatorio para los daños corporales derivados de accidentes de circulación, cuando es lo cierto que ambas sentencias lo han tenido en cuenta en razón a las circunstancias del acontecimiento dañoso. Como señala la Sentencia de ésta Sala de 10 febrero 2006, la jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de estos sistemas de valoración del daño, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del pretium doloris teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad. Y es lo cierto que al amparo de la infracción denunciada, lo que se pretende es una simple revisión de la cuantía indemnizatoria, no solo a partir de unas secuelas distintas de las que la sentencia considera acreditadas, sino de un criterio diferente de valoración para acercarlas a unos niveles de puntuación distintos de los que, de forma absolutamente motivada, se tuvieron en cuenta, lo que no es posible por dos razones. En primer lugar, la apreciación de la prueba es competencia soberana de la Sala de Instancia y su estimación ha de subsistir en casación salvo error de derecho en su apreciación que quede justificado con infracción de alguno de los preceptos que rigen la valoración, lo que debe ser expresamente alegado e invocado, sin que lo haya sido en este caso, puesto que lo contrario sería convertir la casación en una tercera instancia (SSTS de 16 de marzo de 2001; 18 de febrero y 11 de Noviembre de 2005, entre otras). En segundo, esta Sala viene admitiendo que la cuantía de la indemnización concedida no es revisable en casación, salvo supuestos debidamente tasados, y es del todo evidente que lo que se pretende en el motivo es sustituir el criterio debidamente razonado de la sentencia por el propio de quien recurre dirigido a procurar una mayor puntuación conforme al margen previsto en el baremo para las consecuencias lesivas resultantes.

CUARTO.- La cita como infringido del artículo 523 de la LEC tiene como fundamento la consideración de que el Dr. Roca ha sido condenado en ambas instancias, pese a lo cual la sentencia no le impone las costas en ninguna de ellas "al no apreciar temeridad", cuando desde el punto de vista del vencimiento se le deben imponer tanto a dicha parte como a las demás, siendo facultad del Juzgador el determinarlas en función de la "temeridad mencionada" y del "principio de inmediatez". Se desestima como los anteriores. Esta Sala, con reiteración, tiene declarado que cabe examinar en casación la infracción del principio del vencimiento en materia de costas procesales, pero no la falta de apreciación de circunstancias excepcionales justificativas de otro pronunciamiento, por ser tal apreciación una facultad del juzgador de instancia que, precisamente por ello, no tiene obligación de ejercer ni de motivar por qué no ejerce (SSTS 16 de febrero de 2001; 6 de marzo 2006 entre otras), y es el caso que ninguna infracción se ha producido de la norma puesto que la sentencia no aplica el criterio del vencimiento al haber una "gran diferencia entre lo pedido y lo concedido", lo que conlleva en lo sustancial que no pueda entenderse que "se haya acogido lo peticionado en la demanda". Por el contrario, aplica el criterio de la temeridad para beneficiar a la actora, a quien no se le imponen las causadas por los





demandados absueltos, y como corolario lógico de todo ello, tampoco hace declaración especial de las de la apelación por cuanto que en la alzada fué estimado en parte el recurso.

QUINTO.- De acuerdo con el art. 1715. 3 LEC 1881 , procede imponer las costas a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Maria Luisa Noya Otero, en la representación que acredita de Doña Melisa , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona de fecha 9 de Noviembre de 1999 , con expresa condena a los recurrentes al pago 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 Juan Antonio Xiol Ríos. Román García Varela. José Antonio Seijas Quintana. Firmado 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.