



Roj: **ATS 6420/2021 - ECLI:ES:TS:2021:6420A**

Id Cendoj: **28079110012021202841**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2021**

Nº de Recurso: **535/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 19/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 535/2019

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 5 DE ALICANTE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LTV/MJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 535/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 19 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de D.^a Daniela presentó escrito de interposición de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada, con fecha 19 de diciembre de 2018, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.^a) en el rollo de apelación n.º 131/2018 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1439/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alicante.

SEGUNDO.- Remitidos los autos por la Audiencia, previo emplazamiento de las partes, se han personado la procuradora D.^a Gloria Cecilia Garzón Cadena, en nombre y representación de D.^a Daniela, en calidad de parte recurrente, la procuradora D.^a Mercedes Polo López, en nombre y representación de D. Aureliano y el procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de Clínica Dacar S.L., en calidad de partes recurridas.

TERCERO.- Por providencia de fecha 17 de febrero de 2021, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

CUARTO.- Evacuado el traslado, las representaciones procesales de las partes recurridas han mostrado su conformidad con las causas de inadmisión. La parte recurrente evacuó el traslado conferido oponiéndose a la inadmisión de los recursos.

QUINTO.- Por la parte recurrente no se han constituido los depósitos para recurrir exigidos por la disposición adicional 15.^a LOPJ al gozar del beneficio de justicia gratuita.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los presentes recursos se interponen contra una sentencia recaída en un juicio ordinario sobre **responsabilidad** civil contractual por negligencia profesional, tramitado por razón de la cuantía, quedando esta determinada en cuantía inferior a 600.000 euros. Dicho procedimiento tiene su acceso a la casación por el cauce del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, lo que exige acreditar el interés casacional.

En aplicación de la disposición adicional 16.^a. 1 regla 5.^a.II LEC debe examinarse en primer término si se ha acreditado la existencia del interés casacional, ya que, dada la configuración legal del recurso extraordinario por infracción procesal en los asuntos que acceden el recurso de casación por la vía del interés casacional, esta sala debe examinar la procedencia del recurso de casación sin tener en cuenta la posibilidad que tiene la parte de combatir la base fáctica de la sentencia en el recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo análisis queda condicionado a la previa admisión del recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso de casación se interpone al amparo del art. 477.2.3.º LEC, al presentar la sentencia recurrida interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El recurso se estructura en tres motivos. Así en el motivo primero, sin citar expresamente precepto alguno como infringido, se alega la oposición a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de **responsabilidad sanitaria**, tanto contractual como extracontractual, citando al respecto parte de la fundamentación de las SSTs de 3 de febrero de 2015, 19 de julio de 2013, 16 de enero de 2012 y 12 de marzo de 2008 para argumentar que, en el presente caso, no ha quedado acreditado que el Dr. Aureliano haya cumplido con la *lex artis* en la intervención quirúrgica cuando la información que ofreció a la recurrente fue escueta y a través de conversaciones de whatsapp, sin que deba asumir que el resultado no era objeto del contrato. En el motivo segundo se alega la infracción del art. 1101 CC y la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la **responsabilidad** por falta del consentimiento informado contenida en SSTs de 4 de marzo de 2011, 22 de junio de 2004, 2 de julio de 2002 y 26 de septiembre de 2000. En el desarrollo argumenta que en el supuesto de que no se suministre al paciente la información precisa a fin de que pueda prestar libremente y con conocimiento su consentimiento a la intervención, cabe imputar **responsabilidad** civil al médico por los perjuicios causados y, en el presente caso, ha quedado acreditado que el Dr. Aureliano incumplió con la *lex artis* en la intervención quirúrgica practicada a la recurrente cuando la información que le dio fue escueta y a través de conversaciones de whatsapp, lo que denota una clara falta de profesionalidad por parte de ambas demandadas y evidencia que la cuantía indemnizatoria fijada como consecuencia de esa falta de información es irrisoria. En el motivo tercero sin citar precepto alguno como infringido se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencias, citando como opuestas a la sentencia recurrida las SSAP de Barcelona (Sección 17.^a) de 11 de abril de 2003 y 13 de mayo de 2005.

TERCERO.- A la vista del planteamiento que se hace en el recurso de casación, este debe ser inadmitido por las siguientes razones:

- Incumplimiento de los requisitos del escrito de interposición por falta de cita del precepto legal infringido (art. 483.2.2º LEC). Causa de inadmisión que afecta a los motivos primero y tercero.



Según hemos declarado en las sentencias 108/2017, de 17 de febrero, 91/2018, de 19 de febrero, y 340/2019, de 12 de junio, el recurso de casación, conforme al art 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. Y como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación. Como afirmamos en la sentencia 399/2017, de 27 de junio:

"Constituye una exigencia mínima de la formulación de los motivos de casación, como hemos recordado recientemente en el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, que se identifique con claridad la norma infringida. No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara".

Ello responde a que no es posible transformar la casación en una tercera instancia, a fin de que sea la sala la que, supliendo la actividad que la norma atribuye a la parte, analice si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identifique la norma vulnerada y construya la argumentación del recurso a fin de precisar en qué y porqué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso.

Solo es admisible que se cite exclusivamente como infringida la jurisprudencia de la sala cuando la regla jurídica haya sido enunciada exclusivamente por la jurisprudencia, lo que no es el caso. Cuando la norma jurídica infringida viene enunciada en un precepto legal, es necesario que se cite este precepto, en cuyo caso la cita de la jurisprudencia infringida solo sirve para justificar el interés casacional en el caso de que el acceso al recurso se haga por la vía del art. 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así se recoge expresamente en la reciente STS núm. 461/2019 de 3 de septiembre de 2019.

En el presente caso, la recurrente no cita ni en el encabezamiento ni en el desarrollo de ambos motivos la norma jurídica que considera infringida, siendo dicho requisito de imperativo cumplimiento. A tales efectos debemos recordar que es doctrina reiterada de esta Sala que en casación, cuando no se cita ningún precepto concreto, ello es causa suficiente para su inadmisión (STS de fechas 30 de marzo, 31 de mayo y 24 de noviembre de 2006, en recursos 2276/1996, 3261/999 y 1248/2000, entre otras). En tal sentido esta Sala, en STS 220/2017, de fecha 4 de abril de 2017, ha señalado lo siguiente: "[...] La cita como infringidas de las "normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso" (art. 477.1 LEC), no de cualquier otra, es el requisito básico de todo recurso de casación en cualquiera de sus modalidades, como de nuevo ha puntualizado el Acuerdo de esta sala de 8 de febrero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. 3º) Como igualmente declara el referido Acuerdo, reflejando una jurisprudencia reiterada de esta sala, el encabezamiento del motivo debe contener "la cita precisa de la norma infringida", sin que sea suficiente "que la norma infringida pueda deducirse del desarrollo del motivo" [...]."

Las razones expuestas justifican la inadmisión de ambos motivos del recurso de casación.

- El motivo segundo que es el único que cita precepto legal infringido no puede admitirse por inexistencia de interés casacional, al omitirse los hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2.3º en relación con el art. 477.2.3º LEC).

En el presente caso, la recurrente parte de que el déficit de información suministrada en cuanto a posibles resultados o riesgos de la operación es suficiente para imputar **responsabilidad** al médico por los perjuicios causados, siendo el importe de la cuantía de la indemnización fijada insuficiente e irrisorio en comparación con el daño causado. Precisa que no cabe entender que el Dr. Aureliano haya cumplido con la *lex artis* en la intervención quirúrgica cuando la información que le facilitó fue de lo más escueta y a través de conversaciones de whatsapp, lo que denota la falta de profesionalidad del mismo.

Basta examinar la sentencia recurrida en casación para comprobar que dicha resolución no se opone a la doctrina jurisprudencial citada como fundamento del interés casacional si se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida, cosa que no hace la parte recurrente pues en todo momento obvia que la sentencia recurrida, tras la valoración de las pruebas, en especial documental y pericial, aprecia que no existe infracción de la *lex artis* por el profesional demandado. Precisa que no existe documento alguno en el que se garantizara a la actora un resultado acorde a sus expectativas ni resulta tampoco del informe pericial acompañado con la contestación que con el procedimiento propuesto se fuera actuar sobre los complejos areola-pezones. Estima acreditado que el tipo de bultos observados en las mamas están relacionados con las prótesis colocadas y se suelen producir tras este tipo de intervención según la colocación de los brazos o la posición de la interesada pero no tienen relación con ningún riesgo o complicación propio de la intervención. Lo anterior no es impedimento para que luego la sentencia recurrida considere probado que no se informó a la paciente debidamente acerca de las particularidades de la cirugía a la que fue sometida o que no se le entregaran los consentimientos informados con suficiente antelación o que los consentimientos informados entregados no reunían los datos relevantes referidos a los riesgos propios a las características de la paciente, apreciando de lo anterior una infracción respecto del consentimiento informado.



En consecuencia la parte recurrente a lo largo del recurso de casación se limita a alterar la base fáctica de la sentencia, pretendiendo una nueva valoración de la prueba. A tales efectos se debe recordar que es doctrina constante de esta Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada (sentencias núm. 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012 de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero y 41/2017, de 20 de enero; entre otras muchas). Como consecuencia de lo cual, en el recurso de casación se ha de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida, lo que en el presente caso no hace el recurrente.

Por tanto, el interés casacional alegado por la parte recurrente, además de no haberse acreditado formalmente, tampoco se acredita en cuanto al fondo pues no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, de suerte que no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación fáctica distinta de la apreciada por la resolución recurrida, faltando por tanto la acreditación del interés casacional alegado.

CUARTO.- La inadmisión del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16.^a, apartado 1, párrafo primero y regla 5.^a, párrafo segundo, de la LEC.

Las razones expuestas justifican la inadmisión de los recursos interpuestos sin que las alegaciones realizadas tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión supongan una alteración de dichos razonamientos habida cuenta que la parte recurrente se limita a reiterar los argumentos expuestos en los recursos ahora examinados.

QUINTO.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

SEXTO.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en los arts. 483.3 y 473.2 LEC y presentado escrito de alegaciones por las partes recurridas procede imponer las costas a la parte recurrente.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.^a Daniela contra la sentencia dictada, con fecha 19 de diciembre de 2018, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.^a) en el rollo de apelación n.º 131/2018 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1439/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alicante.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Imponer las costas a la parte recurrente.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta sala.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.