



Roj: **STS 778/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:778**

Id Cendoj: **28079110012020100150**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2020**

Nº de Recurso: **3296/2017**

Nº de Resolución: **171/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 171/2020**

Fecha de sentencia: 11/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3296/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/03/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MÁLAGA, SECCIÓN 5.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3296/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 171/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de marzo de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Antonia , representada por el procurador D. Jorge Deleito García, bajo la dirección letrada de D. Salvador Guerrero Palomares, contra la sentencia n.º 330 dictada por la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de apelación n.º 995/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 2195/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Marbella, sobre reclamación de cantidad por responsabilidad contractual. Ha sido parte recurrida Residencias Familiares Para Mayores, S.L. representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Irene Molinero Romero y bajo la dirección letrada de D. Manuel Cayetano Bolaños Lora.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Juan Carlos Palma Díaz, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Antonia , interpuso demanda de juicio ordinario contra Residencias Familiares para Mayores, S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se condene a la demandada al pago a mi mandante de la suma de 16.674,92 euros más los intereses legales que correspondan, con imposición de costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 26 de noviembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Marbella se registró con el n.º 2195/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Irene Molinero Romero, en representación de Residencias Familiares para Mayores, S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte Sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas causadas en este procedimiento a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Marbella dictó sentencia de fecha 20 de enero de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando totalmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Sr. Palma Díaz en nombre y representación de doña Antonia frente a la entidad mercantil "Residencias Familiares para Mayores, SL", debo condenar y condeno a esta al pago a la actora de la cantidad de 16.674,92 euros, así como al pago del interés legal del dinero sobre dicha cantidad desde la interpelación judicial, incrementado en dos puntos porcentuales a partir de dictado de la presente resolución, con expresa condena en costas para la parte demandada".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Residencias Familiares para Mayores, S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 995/14 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de junio de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que estimándose el recurso de apelación formulado por la entidad Residencias Familiares para Mayores, S.L., representada en esta alzada por la procuradora Sra. Molinero Romero, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto la misma, debemos absolver y absolvemos a la entidad Residencias Familiares para Mayores, S.L. de las pretensiones ejercitadas en su contra por Dña. Antonia . Todo ello, con imposición a la actora de las costas causadas en la instancia sin pronunciamiento sobre las ocasionadas en esta alzada".

### TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Ana María Rodríguez Fernández, en representación de D.<sup>a</sup> Antonia , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Motivo primero.-

"(a) Norma infringida.

" Art. 1104 del C.c. y la jurisprudencia que lo desarrolla.



"(b) Resumen de la infracción cometida.

"Inaplicación de los parámetros jurisprudenciales de la responsabilidad civil contractual, ex. art. 1104 del C.c.

"La jurisprudencia de esta Sala ha establecido en numerosas sentencias -invocaremos cuatro de ellas- una acentuación del rigor con que debe ser aplicado el artículo 1104 C.c., superando una concepción estrictamente culpabilista que obligue al perjudicado al establecimiento de un claro y exacto nexo de causalidad entre el daño producido y la negligencia que se denuncia.

"Estamos ante una *quaestio iuris* examinable en grado de casación.

"En nuestro supuesto, y partiendo de los hechos probados de la sentencia que se recurre, existen elementos más que suficientes para establecer el necesario reproche culpabilístico a la actuación de la demandada que la haga merecedora de una sentencia condenatoria.

"(c) Modalidad de interés casacional invocado.

"Oposición a la doctrina de la Sala I del Tribunal Supremo, sentencias de 22 diciembre 19861; núms. 413/1998, de 5 de mayo; 739/2003 de 10 julio; y 168/2006, de 23 de febrero.

"Motivo segundo.-

"(a) Norma infringida.

" Arts. 26 y 28.2 de la Ley 26/1984, de e 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicables a la fecha del siniestro, (hoy, artículos 147 y 148 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

"(b) Resumen de la infracción cometida.

"De acuerdo con la doctrina jurisprudencial que invocaremos en relación a los artículos citados, el principio culpabilístico no se opone a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando este se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir ese criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario.

"La responsabilidad que se imputa a la demandada se concreta en la existencia de un daño ocasionado a la finada bajo su control causalmente vinculado al fracaso del sistema organizativo de la vigilancia y control de la residencia sobre los residentes.

"A pesar de que los hechos probados, tanto en segundo como en primer grado, hacen referencia a esa falta de control, la sentencia de segunda instancia aplica un estricto concepto de responsabilidad culpabilística-subjetivista que olvida el criterio de imputación que exponen las sentencias que se invocarán, basadas en la normativa de consumidores y usuarios, claramente aplicable a nuestro supuesto.

"La doctrina expuesta en las resoluciones que se dirán es plenamente aplicable a nuestro supuesto dado que no estamos ante un "acto médico" sino ante "aspectos organizativos o de prestación del servicio".

"(c) Modalidad de interés casacional invocado.

"Oposición a la doctrina de la Sala I del Tribunal Supremo, sentencias núm. núm. 604/1997, de 1 julio; núm. 1377/2007, de 5 enero; y núm. /2012, de 24 de mayo.

"Motivo tercero.-

"(a) Norma infringida.

" Art. 1104 del C.c. en relación con la doctrina de la "pérdida de oportunidad".

"(b) Resumen de la infracción cometida.

"De acuerdo con la doctrina jurisprudencial que invocaremos la existencia de daño en el ámbito de la responsabilidad civil no exige de forma absoluta la constatación de un nexo de causalidad directo, claro e inconcuso, sino que el mismo puede derivarse de la apreciación de lo que se ha denominado "pérdida de oportunidad", aplicada a la responsabilidad civil contractual profesional.

"De este modo, el hecho de que se haya perdido la ocasión o la oportunidad de no causar el daño o de minorarlo es suficiente para el surgimiento de la responsabilidad.



"En nuestro supuesto, consta como hecho probado que la finada pudo estar hasta dos horas sin atención médica de ninguna clase, mientras se encontraba sola en el jardín de la residencia de ancianos demandada, víctima de un infarto de miocardio. Ello provocó que no pudiera ser atendida del infarto.

"Sostiene esta parte que, de hacer estado controlada, el infarto podría haberle sido tratado en primeros auxilios por el personal asistencial y médico de la residencia, con posibilidad de haber podido salvarle la vida. La ausencia de control y de atención y cuidado durante todo el tiempo que establecen los hechos probados determina una "pérdida de oportunidad" que genera el nexo causal que la sentencia de segundo grado entiende inexistente.

"(c) Modalidad de interés casacional invocado.

"Necesidad de establecer jurisprudencia en relación con la pérdida de oportunidad en relación con la asistencia médica.

"Dado que estamos ante un interés casacional extraordinario, procedemos a justificar el mismo, de acuerdo con lo siguiente:

"(i) Esta Sala I ha elaborado una muy clara jurisprudencia respecto de la noción de "pérdida de oportunidad" en relación con la responsabilidad profesional de abogados y procuradores. Como ejemplo, baste la STS núm. 229/2015 de 24 de abril, y todas las que en ella se citan. Dicha doctrina establece que el daño ocasionado puede deberse a la "pérdida de oportunidad procesal".

"(ii) Aunque hay algunas sentencias de esta Sala I de las que cabría deducir un mismo entendimiento respecto de la "pérdida de oportunidad médica" (por ejemplo, la STS 495/1997, de 6 junio o la de 10 octubre 1998, rec. nº 1496/1994), no existen, salvo error de esta parte, pronunciamientos donde la referida doctrina se exprese con la claridad necesaria en aras al principio de seguridad jurídica.

"(iii) La Sala III de este Tribunal sí ha desarrollado una jurisprudencia diáfana al respecto en supuestos absolutamente asimilables al de la responsabilidad civil contractual en el marco de relaciones jurídico-privadas, solo que aplicado -como es propio de su jurisdicción- a las relaciones jurídico-públicas (por todas, las STS, Sala III, de 12 julio 2007, rec. 92/2003; de 24 noviembre 2009, rec. 1593/2008; o de 19 octubre 2011, rec. 5893/2006). Como resumen de esta doctrina, la STS, Sala III, de 23 de septiembre de 2010, secc. 4ª, núm. 863/2008, indica que: "basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización".

"Entendemos, por tanto, que la evolución de la "común opinión de la comunidad jurídica" sobre el alcance de la responsabilidad profesional, plasmado en la doctrina de esta Sala sobre responsabilidad profesional de letrados y procuradores, y de la Sala III sobre responsabilidad médica, hacen mérito a que el motivo se admita en los términos que se interesan.

"Asimismo, en relación con la "evolución de la realidad social", es de notar la creciente proliferación de residencias de ancianos o geriátricas, que responde a la necesidad social de cuidado privado de nuestros mayores, ante la insuficiencia de los recursos públicos para ello. Ello determina que sea necesario establecer el ámbito de sus responsabilidades de forma clara y precisa, a través, entre otras consideraciones, de la teoría sobre la "pérdida de oportunidad médica o asistencial" que invocamos, y que queda clara en el ámbito de los servicios públicos sanitarios, pero que no lo está tanto en el de los servicios privados asistenciales".

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 2 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Antonia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Quinta) de fecha 21 de junio de 2017, en el rollo de apelación n.º 995/2014, en el juicio ordinario 2195/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Marbella.

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

"Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.



4.- Por providencia de 9 de enero de 2020 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, y por resolución de 16 de enero de 2020 se señaló para votación y fallo el 4 de marzo de 2020, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes de hecho relevantes*

1.- Con fecha 31 de diciembre de 2006, D.<sup>a</sup> Elsa ingresó en la residencia, que gestiona la entidad demandada Residencias Familiares para Mayores S.L., en la ciudad de Marbella. Voluntariamente la Sra. Elsa dejó dicha residencia el 31 de marzo de 2007, retornando a la misma el día 4 de julio de dicho año.

2.- El contrato abarcaba el régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria.

3.- D.<sup>a</sup> Elsa, de 77 años de edad, padecía una ceguera del ojo izquierdo y deterioro de agudeza visual del ojo derecho inferior al 1/10 sin corrección. Igualmente sufría de migrañas, hernia de hiato y un síndrome ansioso.

4.- Entre las 14 y 15 horas de día 6 de julio de 2007, D.<sup>a</sup> Elsa fue vista por el personal de la residencia, falleciendo sobre las 16 horas, por infarto agudo de miocardio, cuando se encontraba sola en el jardín del centro. Sobre las 17 horas fue localizada por el personal de la residencia y examinada por el médico que acreditó su fallecimiento.

5.- Formulada la correspondiente demanda judicial por una hija de D.<sup>a</sup> Elsa contra la entidad titular de la residencia, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1101, 1102 y 1103 del CC, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Marbella, que estimó la demanda.

El Juzgado partió de la base de la imposibilidad de D.<sup>a</sup> Elsa para desplazarse sin ayuda, dada la ceguera total del ojo izquierdo y la escasa visión del ojo de derecho, considerando como más factible causa de la muerte la del infarto agudo de miocardio, pese a las discrepancias de las periciales rendidas al respecto y no haberse practicado la autopsia del cadáver. Estimó que la falta de atención médica, por hallarse sola, impidió que se le pudiera salvar la vida, condenando a la entidad demandada a abonar a la actora la suma de 16.674,92 euros, en aplicación del baremo de tráfico.

6.- Interpuesto recurso de apelación, el mismo fue estimado por sentencia dictada por la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga.

El tribunal razonó que, aunque nada se hubiera especificado en el primer contrato de admisión en el centro, la limitación en la visibilidad que padecía la Sra. Elsa, a tenor de la documental médica aportada, era evidente; pero ello no impedía que pudiera encontrarse en el jardín durante un breve periodo de tiempo, ni que tal extremo suponga una falta de atención. Se sigue razonando que nadie niega que la Sra. Elsa falleciera cuando se encontraba sola en el jardín de la residencia, pero tal circunstancia no permite presumir la responsabilidad de la entidad demandada, ya que tampoco consta estuviera mucho tiempo sin atención o vigilancia, pues acaecido el fallecimiento a las 16 horas, la misma había sido vista por el personal de la residencia entre las 14 y 15 horas. Pero es más, tampoco se acreditó relación causal entre esta situación y la causa de su muerte; puesto que no se probó que el infarto lo fuera como consecuencia de una caída, falta de alimento, deshidratación, falta de asistencia sanitaria o bien que sobreviniera por encontrarse sola, no siendo descartable en absoluto que se produjera de forma espontánea debida a la edad y patologías propias de la misma. No puede afirmarse, como hace la actora, que si la Sra. Elsa hubiera estado acompañada al sobrevenirle el infarto se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte.

En definitiva, se concluye, que D.<sup>a</sup> Elsa murió por causas naturales, sin que exista prueba alguna que procediera de una falta de atención o de cuidado, ni consta tampoco la existencia de nexo causal entre la asistencia prestada y la causa del fallecimiento; todo lo cual lleva a la Audiencia a la desestimación de la demanda.

7.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la parte demandante.

### SEGUNDO.- *Primer motivo de casación*

El primero de los motivos de casación se basa en la infracción del art. 1104 del CC.

Al fundamentar el recurso, la actora parte de una consideración que no podemos aceptar, cual es que, en los últimos tiempos, la responsabilidad civil camina hacia soluciones que prescinden, en mayor o menor grado, del componente subjetivo de la culpa, ante la exigencia social de dar satisfacción a la víctima, acercándose así al establecimiento de una responsabilidad cuasi-objetiva, que se aparta de los condicionantes de una responsabilidad civil subjetivista con exigencia de una probanza clara y directa de un nexo de causalidad entre la actuación u omisión del agente y la producción del daño.



En modo alguno podemos aceptar tal argumento. Si hay algo que caracteriza la jurisprudencia de este tribunal en los últimos tiempos es el indiscutible retorno, por elementales exigencias de lo normado en los arts. 1902 y 1101 del CC, a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual.

Podemos en este sentido sostener que la jurisprudencia de este tribunal se fundamenta en los postulados siguientes: 1.- La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se exceptiona por ley. 2.- El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa. 3.- Para el resto de actividades, en aplicación del art. 217 LEC, es al perjudicado que reclame a quien compete la carga de la demostración de la culpa del demandado.

Paradigmática es al respecto la STS 185/2016, de 18 de marzo, cuya doctrina es reiterada por las SSTS 678/2019, de 17 de diciembre y 690/2019, de 18 de diciembre, en la que se señala:

"Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que "faltaba algo por prevenir"-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC".

En definitiva, la jurisprudencia descarta las soluciones objetivistas para supuestos no previstos expresamente en la ley, que erijan el riesgo como fundamento de la responsabilidad y que generalicen la inversión de la carga de la prueba. La refutación de tales criterios la encontramos en la STS 210/2010, de 5 abril, cuya doctrina se reproduce en las más recientes SSTS 299/2018, de 24 de mayo y 678/2019, de 17 de diciembre entre otras, en la que se señala que:

"La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC ( SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole ( STS de 2 marzo de 2006)".

Por otra parte, la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, sin que ello signifique, claro está, el cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de tales servicios. Ahora bien, dentro de ellos no nace la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día, cuando no se encuentran en una situación de peligro, que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado.

No podemos compartir tampoco el argumento del recurso cuando considera que existe identidad de razón entre el caso que ahora enjuiciamos y el contemplado en la STS de 168/2006, de 23 de febrero, en la que se trataba de un residente que, por la especial patología que sufría diagnosticada como enfermedad de Alzheimer, requería una vigilancia adecuada a su estado psíquico, que no fue prestada, cuando saliendo de la estancia en que se hallaba, deambuló por el establecimiento hasta la planta alta, sin que su recorrido fuese advertido por personal de la residencia, arrojándose por una ventana, lo que le provocó lesiones tan graves que le ocasionaron la muerte.

En dicha resolución se razonaba que:

"La obligación de guarda y asistencia de las personas internas en el centro, que debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquéllas imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en que lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico. No se trataba de que una persona estuviese continuamente al lado del interno, sino de que se tuviese conocimiento, en cada momento, de donde se encontraba, de ahí que desde su habitación fuese conducido a la sala común sita en la planta baja, en la que, reconoce la propia demandada, se encontraba personal del centro vigilando a los internos que allí estaban".

Y decimos que no es este con evidencia el caso que nos ocupa, puesto que la madre de la demandante no padecía ninguna enfermedad psíquica, que exigiera un especial deber de vigilancia y que pudiera generar un riesgo autolítico, sino que su fallecimiento fue por muerte natural, no accidental, hallándose en un lugar que tampoco constituía una situación objetiva de peligro como era el jardín del centro, ni padecía ninguna patología



previa generadora de un riesgo cardiovascular del que habría que estar atento ante la eventualidad de una atención inmediata.

Es cierto que no existió un control visual durante un periodo de tiempo entre una o dos horas, ahora bien por dicha circunstancia no podemos imputar jurídicamente la muerte natural de la madre de la recurrente al centro hospitalario, igualmente podría haberse desencadenado su fallecimiento hallándose sola en su habitación.

No consideramos pues lesionado el art. 1104 en relación el art. 1101 ambos del CC.

La STS 301/2008, de 8 de mayo, señala que: "Esta Sala ha declarado reiteradamente que la reparación indemnizatoria que deriva de la observancia del artículo 1101 viene condicionada a una doble contingencia: la demostración de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es una cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio (por todas, STS de 29 de septiembre de 1994)". En definitiva, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de una relación contractual ( SSTS 677/2016, de 16 de noviembre, 62/2019, de 31 de enero y 303/2019, de 28 de mayo), que en este caso no consideramos concurrente.

Por todo ello, no podemos aceptar los argumentos que se esgrimen en el primero de los motivos de casación interpuesto que, en consecuencia, debe ser desestimado.

### **TERCERO.- Segundo de los motivos de casación**

El segundo de los motivos de casación se construye sobre la base de la vulneración de los arts. 26.2 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios (hoy artículos 147 y 148 del Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007).

La expuesta se trata de una cuestión nueva no planteada en la demanda y como tal no tratada en las instancias, por lo que en principio no sería susceptible de examen en este recurso extraordinario conforme reiterada jurisprudencia ( SSTS 614/2011, de 17 noviembre; 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero; 268/2013, de 22 de abril, 772/2014, de 12 de enero de 2015 entre otras muchas).

En cualquier caso, la aplicación de tales preceptos requiere la constatación de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado producido.

En la STS 604/1997, de 1 de julio, invocada en el recurso como infracción de la jurisprudencia de esta sala, se refiere a un supuesto distinto, concerniente a una infección nosocomial adquirida en un centro hospitalario, tras una intervención quirúrgica de rodilla, que implicó la amputación de la pierna, mientras que, en el caso que nos ocupa, se trata de la muerte natural de la madre de la actora.

La STS 1377/2007, de 5 de enero, de nuevo se trata de un supuesto de una infección por una bacteria hospitalaria que agrava el cuadro clínico del paciente, generándole una secuela.

Por último, en el supuesto de la STS 336/2012, de 24 de mayo, el objeto del proceso radicaba en la deficiente organización de un centro hospitalario y de los servicios de guardia de los profesionales sanitarios, lo que había determinado que, en un parto de riesgo, el médico se tuviera que ausentar para atender de forma teóricamente simultánea una emergencia.

La atención que se dispensaba a D.<sup>a</sup> Elsa no era la propia de un centro hospitalario, en el tratamiento de un proceso patológico que requiriese asistencia médica y en la que se hubiera producido un déficit funcional u organizativo, generador de un daño en el patrimonio biológico del paciente.

Por otra parte, no basta simplemente con que se haya producido un resultado lesivo, sino que es preciso la constatación de una relación de causalidad entre la prestación realizada y el daño, y que no se hayan dispensado los servicios sanitarios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

No es de extrañar entonces que la STS 88/2009, de 6 de febrero, desestime el recurso de casación fundado en la infracción de los arts. 1 y 28 de la LGDCU, toda vez que no se había "acreditado el nexo causal efectivo entre el daño y una concreta actividad proyectada sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario [...] puesto que se pusieron a disposición del paciente todos los medios que tenía a su alcance la institución sanitaria pese a lo cual se produjo su fallecimiento".

O que tampoco se considere infringido el precitado artículo 28, por la STS 943/2008, de 23 de octubre, en un caso en que se produjo el fallecimiento de la paciente por la instauración brusca y súbita de una eclampsia



asociada al síndrome de Hellp, que nada tenía que ver con el servicio sanitario que le fue prestado a la víctima (fecundación in vitro).

De la misma forma, la STS 1227/2007, de 15 de noviembre, insiste en la necesidad del acreditamiento del nexo causal, cuando señala al respecto que: "En cualquier caso, la apreciación de una responsabilidad derivada del funcionamiento del servicio exige la concurrencia del nexo causal, en su doble vertiente, fáctica y jurídica, entre el daño producido y el defecto experimentado en el referido funcionamiento del servicio".

Pues bien, en el presente caso, dicha relación de causalidad no existe, en tanto en cuanto la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, sino por una causa natural, que la sentencia de la Audiencia considera motivada por un infarto de miocardio, señalando además que no puede afirmarse, como hace la actora, que si la Sra. Elsa hubiera estado acompañada al sobrevenirle el infarto se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. Tampoco las patologías que sufría previamente podían hacer pensar en el riesgo de un fallo cardíaco tributario de una asistencia continua y constante.

El hecho de que D.<sup>a</sup> Elsa pudiera pasar una hora o dos sola en el jardín del centro o en otra dependencia del mismo, no conforma una conducta negligente causalmente vinculada a una muerte natural, de manera tal que el desenlace de la vida de la Sra. Elsa se lo podamos imputar jurídicamente a la entidad demandada, haciéndole responsable del mismo por un incumplimiento contractual culposo.

#### **CUARTO.- Tercero de los motivos de casación**

El último de los motivos de casación se fundamenta en la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

Tampoco podemos aceptar la aplicación de tal doctrina; puesto que la misma está prevista para los supuestos de indeterminación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado producido y, en este caso, no consideramos que al personal y organización de la residencia de la tercera de edad le sea jurídicamente imputable la muerte natural de la madre de la recurrente, por omisión de la diligencia debida y desatención de los deberes de cuidado requeridos por los servicios prestados. Lo que nos libera de adentrarnos en el análisis de la chace u oportunidad con la que hubiera hipotéticamente contado D.<sup>a</sup> Elsa, si el infarto lo hubiera padecido hallándose presente personal del centro, máxime además cuando no se ha practicado la autopsia.

#### **QUINTO.- Costas y depósito**

De conformidad con lo previsto en art. 398.1 LEC, al haberse desestimado el recurso de casación interpuesto deben imponerse las costas a la parte recurrente y decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir (disposición adicional 15<sup>a</sup>, apartado 9 de la LOPJ).

### **FALLO**

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

Desestimar el recurso de casación, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia, de fecha 21 de junio de 2017, dictada por la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de apelación n.º 995/2014, con imposición a la parte recurrente de las costas y pérdida del depósito para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.