



Roj: **SAP M 10798/2021 - ECLI:ES:APM:2021:10798**

Id Cendoj: **28079370252021100291**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **17/09/2021**

Nº de Recurso: **295/2021**

Nº de Resolución: **307/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO RAMON MOYA HURTADO DE MENDOZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933866

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0101499

Recurso de Apelación 295/2021

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 675/2019

APELANTE/DEMANDADO: AGRUPACION MUTUAL ASEGURADORA

PROCURADOR Dña. ANA MARIA CAPILLA MONTES

D. Landelino

APELADO/DEMANDANTE: D. Landelino , D. Leoncio y Dña. Daniela

PROCURADOR Dña. ANA VILLA RUANO

SENTENCIA N° 307/2021

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO SR. PRESIDENTE:

D. FRANCISCO MOYA HURTADO

ILMOS SRES. MAGISTRADOS:

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

D. CARLOS LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO

En Madrid, a diecisiete de septiembre de dos mil veintiuno.

La Sección Vigésimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 675/2019 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Madrid a instancia de AGRUPACION MUTUAL ASEGURADORA apelante - demandado, representado por la Procuradora Dña. ANA MARIA CAPILLA MONTES contra D. Landelino , D. Leoncio y Dña. Daniela apelado - demandante, representado por la Procuradora Dña. ANA VILLA RUANO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 08/01/2021.



Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. FRANCISCO MOYA HURTADO**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 08/01/2021, cuyo fallo es el tenor siguiente: "*Que, ESTIMANDO la DEMANDA formulada por DOÑA Daniela , DON Landelino y DON Leoncio , representados por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Villa Ruano y asistidos del Letrado don Rubén Darío Delgado Ortiz, contra A.M.A. AGRUPACIÓN MUTUAL ASEGURADORA , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana María Capilla Montes y asistida del Letrado don Pedro Capilla Montes, debo CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada al pago de 188.700 euros de principal, más los intereses legales correspondientes en la forma establecida en esta Resolución, y todo ello con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte demandada.*"

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y señalándose para deliberación, votación y fallo el día quince de septiembre de dos mil veintiuno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes ejercitaron acción contra aseguradora de clínica en que fue tratada familiar, por actuación negligente en atención médica por fisura anal, pretensión estimada íntegramente en Sentencia recurrida, de la que discrepa aseguradora por error en valoración prueba por inexistencia de relación causal entre el tratamiento y el resultado final de fallecimiento, inexistencia causal que justificaría, en todo caso, la aplicación de la pérdida de oportunidad para cuantificar la indemnización, cuantificación de la que también se discrepa por incremento del 25% a favor del cónyuge como perjudicado único, art. 71 Ley 35/2015, e incorrecta aplicación de intereses art. 20 LCS.

SEGUNDO.- La respuesta a los motivos de apelación precisa recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del médico que establece "*En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (SSTS 24 de noviembre de 2005 ; 10 de junio 2008 ; 20 de octubre 2009 ; 18 de mayo 2012). La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS 11 de febrero de 1998 ; 30 de junio de 2000 ; 20 de febrero de 2003) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999 , 8 de febrero de 2000), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido (SSTS 30 de noviembre de 2001 , 7 de junio y 23 de diciembre de 2002 , 29 de septiembre y 21 de diciembre de 2005 ; 19 de junio , 12 de septiembre , 19 y 24 de octubre 2007 , 13 de julio 2010 y 18 de junio 2013)" (STS de 3 de julio de 2013).*

La exigencia de responsabilidad, en el presente caso, se concreta frente a la aseguradora por la responsabilidad civil asegurada de la clínica y personal sanitario en que fue tratada familiar de los demandantes, arts. 73 y 76 LCS.

TERCERO.- La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, al analizar la relación causal entre la actuación negligente y el resultado de daños en actuación médica, exige valorar la asistencia recibida desde una perspectiva material o física para determinar si fue condición indispensable para la producción del resultado de daños. A esa valoración añade la necesidad de integrar jurídicamente el nexo de causalidad, imputación objetiva, con el reconocimiento de la existencia de un ligamen causal jurídicamente relevante entre la infracción de la *lex artis* que se imputa y el resultado de daños (STS de 14 de febrero de 2006).

La recurrente discrepa de la valoración de la prueba practicada que llevó a concluir en Sentencia la existencia de actuación negligente, conforme al contenido del informe pericial aportado por demandantes,



por incorrecta prescripción de intervención quirúrgica por prematura, y por no realizar clínica asegurada pruebas para descartar la existencia de complicaciones por la persistencia de dolor en paciente tras ELI realizada, endoscopia y analítica de sangre, pruebas que hubieran permitido vincular el dolor permanente con la existencia de infección, cuyo origen concreta el perito de los demandantes en las intervenciones a que fue sometida familiar de los demandantes en el mes de febrero de 2017 y que fue causa inmediata del fallecimiento a primeros de marzo.

La valoración de la prueba practicada y las conclusiones expresadas en el fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida son asumidas íntegramente en la presente alzada, por lo que se refiere a las pruebas periciales practicadas, art. 348 LEC, por responder a modelo procesal excluyente de reglas legales de valoración de prueba con remisión a la sana crítica, considerada ésta desde la perspectiva de la lógica y racionalidad del razonamiento que expresa la conclusión obtenida tras la valoración que justifica la acreditación fáctica extraída de las pruebas relativas a cuestiones técnicas que precisan la intervención de peritos, estando ajustada la valoración de las pruebas periciales practicadas en el presente caso a dicho criterio.

CUARTO.- La conclusión expresada en el fundamento de derecho cuarto, respecto de actuación negligente al prescribir intervención quirúrgica sin haber esperado tiempo suficiente para valorar evolución de tratamiento no invasivo pautado, intervención realizada el 2 de febrero de 2017 tras la primera visita realizada el 31 de enero de 2017, se comparte conforme al contenido del informe pericial aportado por los demandantes y a lo manifestado por el perito en el acto del juicio, respecto de los tiempos recomendados de espera para realizar ELI, cuestión a la que hay que añadir, en el presente caso, la ausencia de comprobaciones preoperatorias más exhaustivas para valorar la entidad de la fisura anal diagnosticada y la conveniencia y oportunidad del momento adecuado para esa primera intervención, ausencia que pone de manifiesto mala praxis médica.

A esa omisión incorrecta se añade, con mayor incidencia causal en el resultado, la incorrecta actuación posterior a esa primera intervención, por la persistencia de dolor en la persona operada, persistencia de dolor negada por la recurrente, negación no asumible por constar de forma inequívoca en la historia clínica aportada y que debió llevar, como manifestó el perito de los demandantes en juicio, a realizar comprobaciones exhaustivas para descartar la posible existencia de complicaciones vinculadas a la intervención, por ser frecuente en práctica médica desaparición de dolor tras ELI, y que al permanecer no era descartable pudiera traer causa de infección vinculada a la intervención quirúrgica realizada, ausencia de comprobaciones mediante endoscopia y analítica de sangre, a las que hay que añadir la realización de dos intervenciones más en el mes de febrero con anestesia local, actuación que dificulta la valoración exacta del estado de la zona afecta, y que pone de manifiesto una actuación negligente que permite conectar causalmente el resultado final, fallecimiento a causa de infección, con actuación negligente de la asegurada de la recurrente.

QUINTO.- La recurrente también discrepa de la Sentencia recurrida por no aplicar la doctrina de pérdida de oportunidad, citada en la Sentencia recurrida y no aplicada para moderar la indemnización.

La doctrina citada por la recurrente no resulta de aplicación por estar prevista la misma, como recuerda la STS de 11 de marzo de 2020, a los supuestos de indeterminación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado producido, y cuya finalidad es no excluir el resarcimiento ante supuestos en los que la certeza causal entre el hecho y el resultado no es inequívoca, indeterminación inexistente en el presente caso, conforme a lo antes expuesto, por actuación contraria a la *lex artis* tras intervención en zona susceptible de infección y que debió llevar a descartar posibles complicaciones, entre ellas la existencia de infección, infección que fue causa del fallecimiento, actuación negligente que no puede ser identificada con error de diagnóstico ni con retraso en tratamiento, supuestos en los que se concreta, principalmente, la pérdida de oportunidad en los supuestos de responsabilidad médica.

SEXTO.- La recurrente discrepa también de la cuantificación indemnizatoria estimada, respecto de la aplicación del 25% de incremento de indemnización a perjudicado único, en este caso respecto del cónyuge demandante, previsión que se afirma excluida del baremo orientativo tenido en cuenta para cuantificar indemnización, por estar excluida la consideración del cónyuge como perjudicado único, art. 71 Ley 35/2015.

La aplicación obligatoria del baremo se limita al ámbito de los accidentes de circulación, pero no cuando el daño se produce en la esfera sanitaria, criterio de esta Sección expresado en Sentencia de 3 de marzo de 2020, ámbito sanitario donde la falta de norma específica de aplicación permite emplear aquél como orientativo, con marcado criterio de proporcionalidad basado esencialmente en la equidad, carácter orientativo y no vinculante que no permite excluir, en el presente caso, la cuantificación realizada respecto del cónyuge demandante con atención a los años de matrimonio, sin incidencia vinculante para ello de su consideración o no como perjudicado único en su categoría, exclusión que no impide asumir la pretensión indemnizatoria global en la forma cuantificada sin que, además, la recurrente opusiera lo ahora manifestado en contestación a la demanda,



motivo por el que la discrepancia introducida ex novo en el recurso de apelación, además de lo antes expresado, no puede ser atendida por el principio procesal que impide introducir cuestiones nuevas no planteadas en instancia en el momento procesal oportuno.

SÉPTIMO.- Discrepa también la recurrente de la aplicación de los intereses del art. 20 LCS, por no haber tenido conocimiento previo a la demanda de la pretensión indemnizatoria ejercitada por demandantes.

La discrepancia expresada por la recurrente no se comparte por ser criterio de esta Sección, respecto de la interpretación de la regla 6ª del art. 20 LCS, el siguiente " *Con relación a la aplicación del artículo 20 LCS, la parte recurrente defiende la no procedencia del devengo de interés de mora por la falta de comunicación del siniestro por parte del perjudicado, que sólo reclamó al asegurado. Sin embargo, debe recordarse que la regla 6ª del precepto no permite excluir el devengo de intereses cuando la indemnización deba darse al tercero perjudicado, y en su párrafo segundo sólo exceptúa fijar el término inicial en la fecha del siniestro cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento de aquél con anterioridad a la reclamación o ejercicio de la acción directa por el perjudicado. De esa manera, se presume, salvo prueba en contrario, que el asegurador tiene conocimiento del siniestro cuando se produce, lo cual resulta lógico en garantía de los derechos del perjudicado y de acuerdo con el deber de diligencia exigible al asegurado o tomador, que está obligado a ponerlo en conocimiento del asegurador lo antes posible. Consecuentemente, no basta para obtener la justificación legalmente exigida con aducirse que el perjudicado no se dirigió a la aseguradora, sino que ésta no tuvo conocimiento, el cual pudo haberlo obtenido por el cauce propio para este tipo de seguros de responsabilidad profesional, que es la comunicación del propio asegurado. De ese modo, y en la medida que no consta probada esa falta de conocimiento, procede también desestimar este motivo del recurso planteado por la aseguradora*" (Sentencia de 2 de enero de 2019).

A lo expresado, añadir el criterio de esta Sección en supuestos de responsabilidad médica, como el aquí analizado, respecto de la aplicación de la regla 8ª del art. 20 LCS que establece " *La recurrente discrepa de la condena al pago de intereses del art.20 de la Ley de Contrato de Seguro, por concurrir causa justificada al ser discutible la relación de casualidad atribuida a la actuación de la asegurada de la recurrente. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2017 recuerda la jurisprudencia de aplicación para valorar la existencia de causa justificada, art. 20.8 LCS, que excluya la aplicación de los intereses del art. 20 a la aseguradora, en supuesto semejante al aquí analizado de responsabilidad médica, con referencia a la interpretación restrictiva para apreciar la causa de exoneración por el carácter sancionador de la norma para impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados, sin que sea causa justificada para no pagar acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, por negarla completamente la demandada, como aquí ocurre, razón por la cual la causa justificada opuesta en el presente caso, ser discutible la causalidad, no es suficiente para exonerar del pago a la aseguradora demandada*" (Sentencia de 23 de marzo de 2017).

Las razones expuestas llevan a desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y a confirmar íntegramente la resolución recurrida.

OCTAVO.- La desestimación del recurso de apelación lleva a imponer las costas causadas en la presente alzada a la recurrente, art. 398 LEC, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de AGRUPACION MUTUAL ASEGURADORA contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Madrid de fecha ocho de enero de dos mil veintiuno en autos nº 675/2019, resolución que **se confirma íntegramente** con imposición a la apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición



Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 3390-0000-00-0295-21, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ