

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0012154

Recurso de Apelación 737/2012



(01) 30100154624

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 2490/2010

APELANTE: XXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR D./Dña. ANTONIO RAMON RUEDA LOPEZ

APELADO: D./Dña. XXXXXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR D./Dña. MARIA SOLEDAD VALLES RODRIGUEZ

D./Dña. XXXXXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR D./Dña. SOLEDAD VALLES RODRIGUEZ

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

D. CESÁREO DURO VENTURA

Dña. MARGARITA OREJAS VALDÉS

En Madrid, a diez de octubre de dos mil trece.

La Sección Undécima 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 2490/2010 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Madrid a instancia de XXXXXXXXXXXXXXXX como parte apelante/apelada, representada por el Procurador D. ANTONIO RAMON RUEDA LOPEZ contra XXXXXXXXXXXXXXXX como partes apelados/apelantes, representados por la Procuradora Dña. MARIA SOLEDAD VALLES RODRIGUEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 01/03/2012.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. ANTONIO GARCÍA PAREDES.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 01/03/2012, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra Valles Rodríguez, en nombre y representación de XXXXXXXXXXXX contra XXXXXXXXXXXX, condeno a la demanda a abonar a los demandantes la suma de quinientos mil euros con los intereses legales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde el día 6 de febrero de 2009, y todo ello sin que proceda hacer expresa condena en costas.”

Con fecha 13 de abril de 2012 se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Estimar parcialmente la solicitud de aclaración realizada por la representación procesal de la demandada XXXXXXXXXXXX de la Sentencia dictada en el presente procedimiento de fecha 1 de marzo de 2012 en cuanto en el Fundamento Segundo de las alegaciones opuestas por la demandada existe un error material en la transcripción de la sentencia cuando indica que el “Sr. XXXXXXXXXXXX solicitó la modificación de las condiciones de su aseguramiento variando la modalidad contratada de actividad mixta a actividad privada debe constar “de actividad mixta a actividad pública” manteniendo invariable el resto de los pronunciamientos.”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de XXXXXXXXXXXX, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso e impugnó la resolución apelada. Se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Planteamiento de la apelación.

En la demanda que da inicio a este proceso se ejercita una acción directa de reclamación contra la aseguradora XXXXXXXXXXXX en solicitud de indemnización de 1.200.000 euros por negligencia médica que dio lugar al nacimiento con malformaciones de la hija de los demandantes XXXXXXXXXXXXXXXX.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, concediendo a los demandados la indemnización de quinientos mil euros, al considerar acreditado el daño y la cobertura de la responsabilidad profesional del médico que atendió durante el embarazo a la codemandada.

Contra dicha resolución, la aseguradora XXXXX interpuso recurso de apelación en el que, en síntesis, alegó como motivos de impugnación los siguientes: 1) Error en la valoración de la prueba respecto de las fechas o período que el médico estuvo cubierto para las responsabilidades derivadas de su actuación pública y privada; 2) Error en la interpretación del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro y de la jurisprudencia que lo interpreta, por cuanto que las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado son oponibles al tercero perjudicado; 3) Vulneración del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro, al considerar válida y aplicar la póliza de cobertura de actividad privada a un hecho anterior a su suscripción; 4) Falta de prueba sobre la actuación culposa o negligente del médico asegurado; y 5) Carácter excesivo de la indemnización concedida, en contraste con otros pronunciamientos judiciales en casos similares.

Por su parte, los demandantes en el escrito de oposición al recurso formularon también impugnación de la sentencia en relación con el quantum indemnizatorio, al considerar que la juzgadora de instancia no había sopesado todas las circunstancias personales y familiares que concurren en el caso y que hace especialmente gravosa la situación y la atención que los padres deben dar a su hija en el futuro.

SEGUNDO.- Sobre la valoración de la prueba respecto de la cobertura de la póliza de seguro invocada.

De la lectura de la fundamentación de la sentencia de instancia se desprende que el núcleo de la controversia gira en torno a la extensión de la cobertura de la póliza colectiva que el médico ginecólogo don XXXXXXXXXXXXX, a través del Colegio Oficial de Médicos de Murcia, tenía suscrita con XXXXXXXXXXXXX, ya que por un lado la demandada se opuso a la demanda alegando que en la fecha del siniestro el médico no tenía concertada la cobertura de la actividad privada, mientras que por otro lado la parte actora (y así lo acoge la sentencia) considera que se trata de un solo seguro de responsabilidad civil y que no se pueden oponer al perjudicado las limitaciones o pactos que pudieran tener entre sí la aseguradora y su asegurado.

Lo primero que hemos de examinar es el contexto contractual que subyace a la controversia.

1. El Dr. XXXXXXXXX –según reconoce la propia aseguradora demandada– decidió adherirse el día 1 de enero de 2001 a la póliza colectiva de responsabilidad civil profesional que su Colegio había contratado con XXXXXX.

2. La póliza colectiva permitía optar por alguna de estas modalidades de cobertura: de actividad pública, de actividad mixta (pública-privada), de actividad privada.

3. El día 5 de mayo de 2004 el Dr. XXXXXXXX suscribió una solicitud-cuestionario de adhesión en el que optaba por la cobertura de actividad pública señalando como Centro de Trabajo el HOSPITAL LOS ARCOS, del Servicio Murciano de Salud.

4. El día 4 de enero de 2010, el Dr. XXXXXXXXXXXX volvió a suscribir otra solicitud-cuestionario de adhesión en el que optaba por la modalidad de actividad mixta: pública en el Hospital Los Arcos y privada en el Gabinete Ginecológico XXXXXXXXXXXX en la localidad de XXXXXXXXXXXXX.

De estos datos se deduce que el médico ginecólogo Sr. XXXXXXXXXXXXXXX que atendió a la embarazada doña XXXXXXXXXXXX no ha dejado estar adherido o suscrito a la póliza colectiva de seguro de responsabilidad civil del Colegio Oficial de Médicos de Murcia desde el año 2001 hasta el año 2010. Con las consecuencias que ello supone para la resolución del presente caso y que ahora después veremos.

También conviene detenerse en el contexto médico-sanitario en que se desenvuelve los hechos que están a la base de la demanda.

1. La relación médico-paciente entre el Dr. XXXXXXXX y la señora XXXXXXXXXXXX comienza –según consta en los autos al folio 83- al menos el día 19 de marzo de 2008 en que la citada señora tuvo un aborto diferido y se le practicó un legrado en el Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital públicos Los Arcos...

2. Tres meses después la Sra. XXXXX volvió a quedar embarazada, quien –a la vista del antecedente- decidió acudir también a la consulta privada del Dr. XXXXXXXXXXXX. Durante la gestación acudió a consulta de dicho doctor a partir del mes de Junio de 2008, en las semana 11+4, 12, 18+6, 25+6, 30+2 y 34+6, en cada una de las cuales se le realizó a doña XXXXXXXXXXXX una ecografía (seis en total).

3. Simultáneamente a ese seguimiento privado del Dr. XXXXXXXXXXXX la paciente continuaba siendo atendida también por este ginecólogo en el Hospital Los Arcos (público), donde también se le hizo alguna ecografía en el mes de Noviembre de 2008 como demuestra el informe obrante al folio 79 de las actuaciones.

4. El día 6 de febrero de 2009 la Sra. XXXXXXXX fue ingresada en el Hospital Los Arcos, donde se le practicó una cesárea, y dio a luz a una niña que, según el propio informe clínico del Servicio de Ginecología XXXXXXXXXXXX, aparecía con anomalías en extremidades y cara descritas en la demanda.

5. No consta que a lo largo del embarazo se proporcionase a los demandantes información completa sobre los resultados sucesivos de las ecografías y sobre las posibles anomalías del feto, a fin de que pudieran decidir sobre la continuación o sobre la interrupción de la gestación.

Cabe extraer de todo ello un dato importante que la aseguradora demandada silencia: y es que el Dr. XXXXXXXXXXXX era responsable del seguimiento del embarazo de la Sra. XXXX, en primer lugar, por ser de Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital público Los Arcos, del servicio murciano de salud, al que la demandante estaba asignada y donde principalmente debía ser atendida. El hecho de que –además- la demandante acudiese a la consulta privada del Dr. XXXXX no restaba nada a la responsabilidad pública que éste tenía para con ella; sino que, si acaso, la reforzaba.

Este dato no permite albergar duda alguna sobre la cobertura que el médico tenía en las fechas de gestación y parto de la Sra. XXX (años 2008-2009), dado que la solicitud de adhesión al seguro de actividad pública estaba suscrita desde enero de 2004 y se prolongó

luego con la adhesión de enero de 2010 para las actividades pública y privada. De modo que no se puede considerar como una valoración errónea de la prueba el que la sentencia de primera instancia haya entendido que “se trata de un único seguro de responsabilidad civil derivada de la actuación profesional”, dado que siempre estuvo cubierta –al menos- su actuación profesional en el Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Los Arcos. La propia aseguradora no niega que en las fechas de la gestación y el alumbramiento de la codemandante el médico tuviera la cobertura de su actividad pública. Por lo que esto sería suficiente para que se desplegasen los efectos de la póliza de seguro en orden a cubrir la posible responsabilidad civil del Sr. XXXXX por los daños causados con una actuación profesional negligente.

El primer motivo de recurso de la aseguradora debe, pues, ser desestimado.

TERCERO.- Sobre la posible infracción de la normativa de seguro (art- 73 y 4 de la Ley de Contrato de Seguro).

No obstante, y a mayor abundamiento (para el caso de que se considerase que la imputación que se hace al Dr. XXXX se centra en su actividad profesional privada y no en su actividad profesional pública), puede también examinarse el efecto que la adhesión a la póliza colectiva –firmada el 1 de enero de 2010 tanto para la cobertura de la actividad pública como de la privada- puede tener sobre el fondo de la controversia.

En el apartado 4 de las Condiciones Especiales (documento nº 2 de la contestación a la demanda), bajo el epígrafe “Delimitación Temporal de la cobertura”, se pactó expresamente:

4.1.- Modificando lo indicado en las Condiciones Generales (art. 13º), para la garantía de Responsabilidad Civil Profesional, se conviene expresamente entre las partes, que la cobertura del presente contrato queda limitada exclusivamente para aquellos daños objeto de este seguro, cuyas reclamaciones se presenten al Asegurado durante la vigencia de esta póliza, con independencia del momento en que ocurrió o se produjo el hecho causante del daño”. (El subrayado es nuestro)

Se trata de una previsión que ya fue introducida como párrafo segundo en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro por la Ley 30/1995 de 8 noviembre 1995

Artículo 73

Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al art. 3 de la presente ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho art. 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.

Se pretendía así dar entrada y validez en nuestro ordenamiento de seguros a las denominadas “cláusulas made claim”, que comportan una extensión (o limitación) de la cobertura en atención a las circunstancias temporales (ex ante o ex post) en que se intenta hacer efectiva la responsabilidad civil del asegurado. En el presente caso, la proyección de la cláusula (como integrante de la póliza en la forma en que el asegurado se adhirió en 2010) se realizaría sobre un hecho ocurrido en 2009 y reclamado en 2010. El hecho básico de la demanda es el nacimiento el 6 de febrero de 2009 de la hija de los demandantes con todas las anomalías que en aquella se describen, nacimiento que no pudo ser evitado por la ausencia de información oportuna por parte del médico asegurado. Y la reclamación por parte de los demandantes se efectuó el 21 de abril de 2010. De manera que –sin entrar ahora en la discusión doctrinal de si el siniestro viene constituido por el hecho dañoso o por el hecho de la reclamación de responsabilidad- tanto uno como otro (hecho dañoso y reclamación) estarían dentro de las previsiones contractuales para poder hacer efectivo el seguro en la forma a la que se adhirió el médico en enero de 2010. Lo que impide alegar contra los perjudicados la posible inexistencia de cobertura de la póliza, en interpretación interesada del artículo 76 LCS.

Por otro lado, si la reclamación de los demandantes hacia el médico se produjo en fecha 21 de abril de 2010, es evidente que el Sr. XXX desconocía el 1 de enero de 2010 (fecha de la suscripción de la póliza en la modalidad mixta) que los demandantes iban a reclamar de él una posible responsabilidad civil, como tampoco conocía que se hubiese producido frente a él una imputación anterior por negligencia médica con resultado de daños. Con lo que no se daría el supuesto del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro de suscripción de una póliza de seguro sobre un siniestro que ya se había producido, y que era conocido por el asegurado. Lo que atentaría contra el principio de aleatoriedad propio del contrato de seguro.

Debe, pues, desestimarse también el segundo y tercer motivos de recurso.

CUARTO. Sobre la valoración de la prueba respecto de la negligencia del médico asegurado con la demandada.

Conviene aclarar en el momento de afrontar este motivo de recurso, que el hecho de que los demandantes desistiesen de su acción contra el médico asegurado no tenía por qué colocar a la aseguradora demandada en una situación de indefensión, ya que nada le impedía –a la vista de los medios probatorios empleados por la parte actora (historia clínica, ecografías, informes médicos...)- defender su tesis de no imputabilidad de su asegurado con otros medios probatorios (v.gr. prueba pericial de contraste, testifical del médico asegurado, u otras que considerase convenientes). No basta con alegar la existencia de intereses contrapuestos, cuando lo primero que debe preocupar a un médico es que le sea imputable alguna negligencia (aunque la tenga cubierta por un contrato de seguro) y en el caso de que le fuera imputable, no es un interés contrapuesto el que el médico procure que su compañía de seguros pague. La buena fe es de presumir y en el presente caso no hay factor que apunte en sentido contrario.

En el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia apelada se da cumplida cuenta de las razones por las que se considera que debe imputarse al médico asegurado las anomalías con que nació la hija de los demandantes y el sufrimiento y dedicación especial que ello supone y va a suponer a los padres a causa de la actuación negligente de aquel al privarles de la información oportuna sobre el desarrollo del feto y propiciar así una decisión sobre la continuación o no de la gestación conforme a las posibilidades que la ley ofrece.

Frente a ello alega ahora la aseguradora apelante que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba porque da por sentado un hecho -la culpa del médico- que no ha sido debidamente probada.

A este respecto hay que decir que en el ámbito de la responsabilidad por culpa profesional la carga de la prueba se invierte, de modo que al perjudicado sólo se le exige que acredite el daño emanado de una actuación profesional, y es sobre el profesional (o en este caso sobre su aseguradora) sobre quien recae la carga de probar que su actuación fue diligente y conforme con la “lex artis”, pues de su lado está la facilidad probatoria a que se refiere el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así lo ha mantenido la doctrina jurisprudencial, de la que pueda citarse como síntesis la STS Sala 1ª de 23 diciembre 2002 (EDJ 2002/59198)

“aunque la doctrina general en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad (así como la de la culpa) incumbe al paciente, y no al médico (Sentencias, entre otras, 23 febrero EDJ1996/1329 y 31 julio 1996 EDJ1996/6218 ; 28 julio EDJ1997/6154 y 16 diciembre 1997 EDJ1997/9772 , 12 marzo -dos- EDJ1999/2231 EDJ1999/5812 y 14 abril 1999 EDJ1999/5840 , 23 octubre 2000 EDJ2000/37070 y 4 junio 2001 EDJ2001/7160), sin embargo, este criterio tiene algunas excepciones, entre las que figuran cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño (SS., entre otras, 16 junio 1989; 2 diciembre 1996 EDJ1996/8619 ; 19 febrero y 9 EDJ1999/35044 y 21 diciembre 1999 EDJ1999/43925 ; 31 julio 2002 EDJ2002/34239) o se da la situación antes indicada de facilidad o disponibilidad probatoria. En cuanto a este último aspecto cabe citar, entre otras, las Sentencias de 31 de julio de 1996 EDJ1996/6218 (indicios muy cualificados por anormales), 2 de diciembre de 1996 EDJ1996/8619 (la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba), 28 julio 1997 EDJ1997/6154 (la mejor posición probatoria en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad no puede excusar de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia o imprevisión por su parte), 19 febrero 1998 EDJ1998/1113 (que alude a la obstrucción o falta de cooperación del médico cuando el daño al paciente es desproporcionado), 29 julio 1998 EDJ1998/16391 (cuando se debían haber ofrecido explicaciones convenientes de los hechos), 28 diciembre 1998 EDJ1998/30714 y 19 abril 1999 EDJ1999/7194 (la carga de la prueba recae sobre el profesional de la medicina por ser quién se halla en una posición más favorable para conseguir su prueba) y recientemente 31 julio 2002 EDJ2002/34239 .

Y a similar conclusión se puede llegar aplicando la teoría de la imputación objetiva, de la que dice el Tribunal Supremo en la STS Sala 1ª de 4 noviembre 2010 (EDJ 2010/258968) en un caso parecido al nuestro,

“el criterio de imputación objetiva que ofrece la llamada "conducta alternativa conforme a Derecho", según la cual un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado el mismo conforme a derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión, con el efecto de trasladar la prueba a quien ha actuado de forma negligente para comprobar que la conducta desarrollada por él, comparada con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el daño en cuestión, y la consecuencia de no poderle imputar más daño que el que resulta de la privación de la facultad de abortar o de la libertad de procreación. Es hecho probado de la sentencia que hubo negligencia del médico codemandado, y la consiguiente falta de información sobre el dato perturbador apreciado en las ecografías morfológicas tuvo como consecuencia para los progenitores la privación de la posibilidad de optar o decidir sobre la práctica de un aborto eugenésico dentro del plazo legal de las veintidós semanas de gestación”.

Correspondía por tanto a la aseguradora demandada acreditar que su asegurado había actuado correctamente e informado adecuadamente a la paciente sobre la evolución del feto en cada fase de la gestación y haberle dado la oportunidad de adoptar las decisiones oportunas en relación con el mantenimiento o no de dicha gestación. Cosa que no ha hecho.

No hubo, pues, en la sentencia de instancia error en la distribución de la carga de la prueba ni error en la valoración de la misma en relación con la negligencia médica detectada.

Por lo que el motivo de recurso debe ser también desestimado.

QUINTO.- Sobre si la cuantía de la indemnización es excesiva o no.

En el último motivo de recurso se impugna por la aseguradora demandada la cuantía de la indemnización concedida en la sentencia, porque se considera excesiva. Para fundamentar su alegación la apelante trae a colación algunos pronunciamientos judiciales en que se han reconocido indemnizaciones inferiores. Lo cual no deja de ser sino una mera descripción de situaciones diferentes, pero no se ofrece en el escrito de recurso una argumentación que realmente pueda permitir afirmar que la indemnización concedida en la sentencia sea excesiva, vistas las especiales circunstancias que concurren en el presente caso.

Porque también podrían traerse a examen otros pronunciamientos más cercanos a la sentencia apelada, como la STS de 23 de diciembre de 2002 (un caso de parálisis cerebral infantil) en que se concedió una indemnización de cien millones de pesetas.

Lo excesivo sólo puede afirmarse en relación con la ponderación de las circunstancias que concurren en el caso. Y la apelante no se refiere en este motivo de recurso a las muchas y graves circunstancias que en este caso se concitan.

Por lo que el motivo de recurso debe ser también desestimado.

SEXTO.- Sobre el recurso de los demandantes.

El único reparo que los demandantes han puesto a la sentencia de instancia ha sido el de la insuficiencia de la indemnización concedida, que, a su juicio, debía haber sido la que ellos solicitaron en la demanda. Reconocen los demandantes que la juzgadora de instancia ha tenido en cuenta muchos de los factores que concurren en la situación personal y familiar (que la niña XXXXXXXXXXXXX) pero consideran que no han sido valorados algunos otros de especial importancia que deben influir en la determinación del quantum indemnizatorio. Así ellos hacen hincapié en los siguientes:

- La niña XXXXXXXXX
- La niña XXXXXXXXXXXXX.
- XXXXXXXXXXXXX
- XXXXXXXXXXXXX

En definitiva, tratan de poner de manifiesto no sólo la afección personal de la hija, y la afección personal de cada uno de los padres, sino también cómo todo ello marca un nuevo régimen de vida para todos ellos en conjunto.

Es ya un lugar común el lamento que se observa en los pronunciamientos judiciales sobre la dificultad de acertar en la determinación de la cuantía indemnizatoria en casos en que, como el presente, existe un importante componente de daño moral. Y ciertamente el juez no puede exigir a nadie más que dé más de lo que debe dar, como también tiene que procurar que nadie reciba menos de lo que en justicia le corresponde.

Es preciso, entonces, acudir en primer lugar a la empatía (colocándose lo más cerca posible de la situación de los padres demandantes y de la niña a quienes éstos representan) y a la experiencia (representando mentalmente las circunstancias normales de una vida de dedicación plena a una hija deforme y enferma). La situación de los demandantes se puede sintetizar en sufrimiento y dedicación. Son portadores del sufrimiento moral y anímico de

contemplar día tras día el cuerpo deforme de su hija y, por otro lado, se ven impulsados a entregar a su hija diariamente su tiempo y dedicación, sacrificando incluso el propio trabajo u oficio. Y ello durante un tiempo que no es calculable, pues no se ha ofrecido un límite de supervivencia de este tipo de personas.

Por ello este tribunal considera que la sentencia de primera instancia, aunque acertada en lo ponderado y concedido, puede ser complementada con la valoración de otros factores concurrentes o con otros argumentos económicos. Así estimamos que debe compensarse, en primer lugar, el dolor de la propia hija que va a ser consciente de sus malformaciones y disfunciones a lo largo de su vida, aunque la indemnización haya de hacerse efectiva a través de los propios padres. Debe compensarse también la dedicación diaria de los padres, así como su sufrimiento permanente. Todo ello dentro de un horizonte temporal estimado de unos veinte años. Por ello, y con el propósito de no caer en la arbitrariedad ni en el mero voluntarismo, podemos explicar el quantum indemnizatorio cifrando la dedicación de los padres en un monto económico de dos mil euros por cada progenitor al mes, y la indemnización a la niña en 240.000 euros como si de una compensación mensual de 1.000 euros se tratase. Lo que arrojaría un total de 960.000 euros por los padres y 240.000 por la hija. Total, 1.200.000 euros, que son los solicitados en la demanda.

Debe, pues, estimarse la impugnación de los demandantes, para dar lugar a la estimación total de la indemnización solicitada en la demanda.

SEPTIMO.- Sobre los intereses moratorios.

Para dilucidar el tema de si son aplicables al caso los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, que la sentencia concede y que la aseguradora demandada impugna, se ha de atender necesariamente a la naturaleza del daño que se trata de indemnizar y a la dinámica de su indemnización. Por tratarse de un daño moral derivado de una falta de información para la adopción de una decisión no era fácil para la aseguradora conocer, de inicio, la traducción económica del mismo, como tampoco podía conocer las circunstancias de hecho que los demandantes irían a invocar como consecuencias dañosas de aquella falta de información y del posterior nacimiento de la niña con deformidades y

dolencias. De hecho no ha sido hasta esta sentencia cuando, ponderando todos los factores posibles, se ha determinado definitivamente el montante económico de la indemnización; ni los propios demandantes efectuaron requerimiento alguno al médico o a la aseguradora para el abono de una cantidad concreta. De ahí que no pueda predicarse una conducta morosa de quien no conoce todavía la deuda que se le exige porque todavía no ha sido determinada ni precisada.

Debe, pues, estimarse este motivo de recurso y revocar la condena al pago de esos intereses moratorios.

OCTAVO.- Costas procesales.

Por la estimación parcial del recurso y de la impugnación no procede hacer pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales de esta segunda instancia (art. 398 LEC).

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXXXXX frente a XXXXXXXXXXXXXXXX contra la sentencia de fecha uno de marzo de dos mil doce, dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid, y estimando asimismo la impugnación formulada por los demandantes, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** la referida resolución en el sentido de fijar en UN MILLON DOSCIENTOS MIL ERUOS (1.200.000 €) la cantidad que en concepto de indemnización debe abonar la aseguradora demandada a los demandantes, sin intereses moratorios, y con los intereses legales desde la interposición de la demanda, y sin costas de la primera instancia.

Y sin pronunciamiento especial en cuanto a las costas procesales de esta segunda instancia.

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 la Oficina núm. 1036 de la entidad Banesto S.A., con el número de cuenta 2578-0000-00-0737-12, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe