

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Novena
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035
Tfno.: 914933935
37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0188664

Recurso de Apelación 924/2018 -1

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 19 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1198/2015

APELANTE: BERKLEY INSURANCE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA
PROCURADOR D./Dña.

APELADO: D./Dña.
PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA NÚMERO:

RECURSO DE APELACIÓN N° 924/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA

DÑA. PILAR PALÁ CASTÁN

En Madrid, a dos de abril de dos mil diecinueve.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario nº 1198/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 924/2018, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada **DÑA.** , representado por el Procurador D. ; y, de otra, como demandada y hoy apelante **BERKLEY INSURANCE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA**, representada por la Procuradora Dña. ; sobre responsabilidad por mala praxis.

SIENDO MAGISTRADA PONENTE LA ILMA. SRA. D^a. PILAR PALÁ CASTÁN.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid, en fecha veintiséis de junio de dos mil dieciocho, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda formulada por DOÑA condenando a W.R. BERKLEY INSURANCE (EUROPE) LIMITED Sucursal en España a abonar a la demandante la cantidad de quinientos noventa y cinco mil euros con trescientos veinticinco euros con treinta y dos céntimos (595.325,32.-€) más los expresados intereses sin hacer expresa imposición de las costas.”.

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandada, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, que se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día veintisiete de marzo del año en curso.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de BERKLEY INSURANCE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA se alza contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid con fecha 26 de junio de 2018 que estima parcialmente la demanda formulada por D^a en reclamación de los perjuicios sufridos por la actora con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Murciano de Salud a cuyo servicio de urgencias acude el día 20 de agosto de 2012. Se dirige la acción contra la aseguradora demandada al amparo del artículo 76 LCS.

La sentencia apelada, tras desestimar la alegación de prescripción de la acción, aprecia negligencia en el retraso a la práctica a la paciente de histerectomía a fin de poner fin al cuadro de sepsis con fracaso renal agudo que presentaba. Acuerda indemnizar a la SRA. por los días de impedimento, secuelas, factor de corrección e invalidez absoluta con la cantidad total de 595.325,32 euros.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se alega el principio de legalidad del acto administrativo firme. Se basa en que, conforme consta acreditado con el testimonio del expediente administrativo, la actora presentó por estos hechos reclamación patrimonial frente a la administración en septiembre de 2012; en 2104 interpone recurso contencioso administrativo por desestimación presunta ante el TSJ de Murcia, del que desiste en enero de 2015 y ejercita la presente acción directa en aplicación del artículo 76 LCS. El 12 de julio de 2016 se resuelve la reclamación patrimonial que es desestimada por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria, singularmente el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. En febrero 2017 la demandante interpone frente a esa resolución recurso contencioso administrativo ante TSJ de Murcia y se suspende el proceso civil. Finalmente desiste del recurso contencioso administrativo, quedando firme la resolución administrativa.

Se alega por la apelante que el orden jurisdiccional civil ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras no sean anulados por el orden jurisdiccional contencioso administrativo. Se invocan las sentencias del Tribunal Supremo 149/1998 de 26 de febrero, 191/2004 de 17 de marzo y 545/2014 de 1 de octubre.

La sentencia 149/1998 declara en efecto que en *“el orden jurisdiccional civil habrá de partirse del principio de que los actos administrativos que así lo acordaron, gozan de la presunción de legalidad, desplegando sus efectos mientras los mismos no sean anulados por el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo al que la L.O.P.J., en su art. 24 atribuye en exclusiva la competencia de su control de legalidad.”*

Principio que reiteran las sentencias invocadas por la recurrente.

Ahora bien el alcance de ese principio en el orden jurisdiccional civil ha sido analizado en otras resoluciones del Alto Tribunal. Así en Tribunal Supremo Sala 1ª, en 09-07-2013, nº 496/2013, rec. 979/2011 declara que: *“la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 LRJAP) despliega sus efectos en el ámbito propio de la competencia de quien los produce, más no vincula a los órganos de la jurisdicción civil que no analizan de modo integral el ajuste al ordenamiento jurídico de esa clase de actos sino que han de valorar su trascendencia en el desenvolvimiento de una relación obligatoria de naturaleza civil, como es un contrato de seguro.*

Ello explica la denominada prejudicialidad no penal (arts. 10.1 LOPJ y 42 LEC y SSTs 4 de febrero de 2008 y 24 de febrero de 2009), a cuyo tenor los órganos de la jurisdicción civil son competentes para conocer de cuestiones atribuidas -por lo que aquí interesa- al orden contencioso-administrativo, siempre que lo haga "a los

solos efectos prejudiciales", porque la decisión que sobre ellas adopte no produzca efecto fuera del mismo proceso.

En el caso que examina concluye la sentencia citada que el tribunal no incurre en un exceso de jurisdicción ni en incongruencia por el hecho de analizar, desde la perspectiva de la pretensión formulada (indemnización dineraria fundada en un contrato de seguro de daños convenido entre compañías mercantiles), la validez de una autorización administrativa.

Asimismo en sentencia Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 12-02-2009, rec. 9511/2004 se razona que: *“El principio de presunción de validez del artículo 57.1 de la Ley 30/1992, por tanto, significa únicamente que ha de entenderse transferida al destinatario de la resolución la carga de impugnar los actos de la Administración, para evitar que esa presunción de ser conforme a Derecho los convierta en inmunes ante la pasividad que supone el transcurso de los plazos impugnatorios. La presunción de que los actos administrativos se acomodan a la legalidad no altera, sin embargo, las reglas de distribución de la carga de la prueba que fija el artículo 217 de la LEC EDL, ni supone otorgar presunción de certeza a los hechos que en las resoluciones de la Administración se declaren probados.*

Además, aun cuando las normas de aplicación establezcan expresamente una presunción de veracidad, ello no comporta que puedan considerarse demostrados, de modo irrefutable, los hechos sobre los que se asienta la resolución administrativa, ni que se sustraiga a la potestad del órgano judicial efectuar la correcta aplicación en la distribución de la carga de la prueba”.

Este criterio es el seguido en la Audiencia Provincial de Madrid entre otras en la sec. 8ª, S 05-03-2018, nº 99/2018, rec. 991/2017, o en la sección 11ª, S 10-04-2018, nº 126/2018, rec. 453/2017 que declara que: *“Como doctrina general, no estamos vinculados a la resolución administrativa que deniega la responsabilidad patrimonial porque no hay prejudicialidad devolutiva ni la Orden administrativa*

produce efectos de cosa juzgada material. La resolución administrativa que deniega la responsabilidad patrimonial de la Administración, no suspende el curso de las actuaciones civiles ni vincula porque no es de aquellos contados supuestos en los que lo establece la ley o el acuerdo de las partes (art. 42.3 LEC a contrario). Tampoco debe apreciarse cosa juzgada”

De acuerdo con este criterio la Sala entiende que una resolución administrativa no impide la reclamación ante el orden jurisdiccional civil frente a sujetos privados. Para que esa vinculación pueda producirse sería necesario que el acto administrativo provocara litispendencia y cosa juzgada, efectos que solo son propios del ejercicio de la acción judicial (arts 411 y 222 LEC).

TERCERO.- En segundo término se combaten las valoraciones de la sentencia respecto a la praxis médica y el hecho de no haberse practicado la histerectomía 48 horas antes.

En síntesis los hechos expuestos en la demanda y que dieron lugar a la reclamación son los siguientes:

- El 10/8/2012 la actora es sometida a cesárea para el parto de su segundo hijo, sin incidencias.
- El 20/8/12 sufre hemorragia vaginal importantísima a las 4.50 horas, ingresando en urgencias a las 5,50
- Se le practica una ecografía en la que se aprecia que en la cavidad endometrial tiene coágulos y material y se practica un legrado
- Al persistir el sangrado se hace taponamiento intrauterino
- No se controla hemorragia y el departamento de ginecología consulta a radiología para embolización urgente. Entra en quirófano el mismo día 20 donde se la emboliza.
- Desde el primer momento fallan los riñones, la paciente no orina y se la hemodializa.

- Se agrava su estado y a la hemorragia y la anuria se suma sepsis generalizada, 27 transfusiones entre el 20 de agosto y el 2 de septiembre.

- No se la interviene de histerectomía hasta el 22 de agosto a las 20 horas, desciende la infección pero presenta insuficiencia respiratoria y tiene que seguir intubada, presenta lesión en la garganta que le impide respirar y le hacen traqueotomía.

- Tras 18 días en reanimación y un mes en planta se le da el alta con fracaso renal agudo.

CUARTO.- La sentencia de primera instancia distingue tres momentos desde la llegada de la SRA. a urgencias y examina las actuaciones de los facultativos en cada uno de ellos: hasta la práctica del legrado, desde el legrado a la embolización y las posteriores a la embolización hasta la histerectomía.

No aprecia mala praxis en las dos primeras pero considera injustificada la demora en la realización de la histerectomía, ya que la anuria comienza el día 20 a las 15 horas, antes de la embolización y cuando ingresa en reanimación tras ésta se inicia el cuadro séptico y posterior fallo multiorgánico, deduciéndose que el foco de infección estaba en el útero. Significa que el Servicio de Reanimación hizo advertencia sobre la necesidad de histerectomía y el de ginecología no adopta ninguna medida constando la anotación de que adoptan “actitud expectante”.

El recurso de BERKLEY INSURANCE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA estima que la sentencia incurre en lo que se denomina *prohibición de regreso*, ya que, conociendo el resultado considera que lo procedente era haber adelantado la intervención quirúrgica de la histerectomía para evitar males mayores (el riesgo vital que sufrió la paciente y la insuficiencia renal crónica).

Se cita sentencia del Tribunal Supremo nº 464 de 2007 de 7 de mayo que alude al supuesto en que el reproche a la actuación médica se realiza exclusivamente

fundándose en la evolución posterior, lo que infringe la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico.

No es el caso. La sentencia atiende para entender que hubo retraso en la intervención de histerectomía, a la situación clínica de la paciente tras el procedimiento de embolización, momento en que concurrían todas las circunstancias que lo aconsejaban y que no se revelan en un momento posterior. Así, en el informe del Servicio de Reanimación (folio 1074) y en el de alta del Servicio de Nefrología (folio 1.081) consta que la paciente presenta fracaso renal desde el principio y aumento de marcadores de sepsis. El propio servicio de reanimación se pone al habla tras la embolización con Ginecología sugiriéndole que se le deben extraer los coágulos del útero debido a que éstos pueden provocar más consumo de factores de la coagulación.

Es el aumento de los marcadores de sepsis el que determina la realización de la histerectomía, situación en la que se encontraba a su ingreso en la unidad de Reanimación, cuyos especialistas sugieren la intervención del útero. No infringe la *prohibición de regreso*, la valoración efectuada, ya que la situación de la paciente ya en su ingreso en Reanimación tras la embolización aconsejaba la intervención, que se demora por Ginecología, en actitud expectante, sin que concurriera circunstancia alguna sugerente de una evolución favorable de la Sra. .

El propio perito propuesto por la parte demandada, Sr. , indica que cuando se sospecha que la causa de la patología más grave, el fracaso renal agudo, pueda ser infecciosa, se debe intentar extirpar el foso séptico, pero no como tratamiento inicial preventivo por una sospecha intuitiva. Pues bien, se estima que el cuadro de sepsis y fracaso renal que presentaba la paciente el día 20 era sugerente de la solución que finalmente se demora al día 22. Y siendo el fracaso renal consecuencia grave del shock séptico como este mismo perito apunta, esta demora no se considera justificada

pues comprometía de manera importante las posibilidades de recuperación de la paciente.

Se comparten por tanto los criterios de la resolución apelada sobre la praxis médica, objeto del segundo motivo del recurso.

QUINTO.- Respecto a la valoración del daño, tercer motivo del recurso, se combate el criterio de la sentencia apelada de considerar la histerectomía como una secuela, se alega error en la suma de los puntos obtenidos por las secuelas y la asignación de 12 puntos al perjuicio estético. Se añade que no procede el factor de corrección por daños morales complementarios, dado que con el cómputo que efectúa la apelante no existiría una secuela que excediese de 75 puntos, ni la suma alcanzaría 90.

Tal como indica la apelante la histerectomía no puede ser considerada como secuela de una mala praxis si, como entiende la resolución recurrida con pronunciamientos que no se combaten, las actuaciones previas fueron adecuadas a la sintomatología a su llegada a urgencias. La extracción del útero se considera el medio necesario para combatir la sepsis y no un perjuicio derivado de una atención negligente. Es precisamente su retraso lo que se reputa injustificado. Se excluye por tanto como secuela por lo que los puntos por secuelas funcionales quedaría en 70 por insuficiencia renal y 5 por trastorno del humor, 72 puntos conforme a la conocida como fórmula de Balthazar.

Se mantiene, sin embargo, la puntuación de 25 puntos por perjuicio estético (cicatrices en garganta, de traqueotomía, de catéter perineal y en mamas), que se reputa como bastante importante, tal como aprecia la resolución recurrida.

Se estima igualmente procedente el factor de corrección por daños morales complementarios, que en el Anexo al RDL 8/2004 fija, como uno de los criterios, en

atención a la suma de las secuelas, sin excluir las de perjuicio estético como entiende la apelante. Al superar los 90 puntos se entiende de aplicación este factor en la suma recogida en sentencia de 95.862,67 euros.

Así pues la indemnización comprendería:

- Por el período de estabilización lesional: 6.466,89 euros.
- Por incapacidad permanente, 72 puntos a razón de 2.506,25 euros, 198.495 euros, incluido el 10% del factor de corrección.
- Por perjuicio estético, 25 puntos a razón de 1.367,86 euros/punto 37.616,15 euros, incluido el 10% de factor de corrección.
- Daños morales complementarios: 95.862,67 euros.
- Invalidez absoluta 150.190,76 euros.
- Total: 488.631,47 euros.

SEXTO.- El último motivo de recurso se contrae a la imposición de intereses del artículo 20 LCS que entiende la apelante no procede.

Alega que formulada una reclamación en vía administrativa, a la aseguradora de la Administración le está vedado reconocer la existencia de responsabilidad que corresponde de manera excluyente a la propia Administración, desde que se formula la reclamación en 2012 hasta que se desestima de manera expresa el 26 de julio de 2016. No es hasta julio de 2015 cuando la actora ejercita por primera vez la acción directa contra la aseguradora, estando en tramitación el expediente de responsabilidad patrimonial.

Tal argumento no puede prosperar. Para que no se produzca la mora del asegurador es preciso que “la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del

importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable” (artículo 20.8 LCS).

Como causa justificada, a los efectos del artículo 20.8 LCS, no puede considerarse el que hubiese pendiente expediente administrativo en el que se reclama responsabilidad a la administración.

La mora de la aseguradora, según jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo *“únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulte despejada por la resolución judicial (SSTS 14-02-2014, , rec. 705/2012, 07-06-2013 recurso 501/2011 y 16-12-2013, rec. 2245/2011, entre otras muchas). Por otra parte la no-liquidez no es incompatible con la imposición de intereses, y la discrepancia de las partes sobre la cuantía de la deuda no convierte en necesario el proceso para liquidarla, en la medida que la sentencia que fija el importe debido no tiene carácter constitutivo, limitándose a declarar un derecho que ya entonces pertenecía al perjudicado (SSTS de 1 de febrero de 2011, recurso 2040/2006; 9 de marzo de 2011, recurso 1021/2007o 31 de enero de 2012, recurso 165/2009 , entre otras)”*.

Ninguna incertidumbre existió sobre la realidad del siniestro ni sobre la cobertura del seguro por lo que conforme con el contenido del artículo 20.8 LEC y su interpretación jurisprudencial, no se acoge el último de los motivos del recurso, que se estima parcialmente revocando la sentencia apelada para acordar en su lugar la condena a la parte demandada al pago a la actora de 488.631,47 euros con el interés del artículo 20 LCS, sin expresa condena en costas de primera instancia.

QUINTO.- Al estimar parcialmente el recurso de apelación no se efectúa imposición de las costas de esta alzada (artículo 398 LEC).

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

III.- F A L L O

LA SALA ACUERDA: 1.- Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal BERKLEY INSURANCE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid con fecha 26 de junio de 2018.

2.- Revocamos la sentencia apelada acordando en su lugar la condena a la parte demandada al pago a la actora de 488.631,47 euros con el interés del artículo 20 LCS, sin expresa condena en costas de primera instancia.

3.- Sin imposición de costas de esta alzada, con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

RECURSO DE APELACIÓN 924/2018

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico. En Madrid, a cuatro de abril de dos mil diecinueve.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.