

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 07 DE MADRID**

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 2 - 28020

Tfno: 914932702

Fax: 914932704

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0201751

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1187/2016**

Materia: Culpa extracontractual (excluido tráfico)

NEGOCIADO 7

**Demandante:** D./Dña. [REDACTED] D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

**Demandado:** COMPAÑIA DE SEGUROS BERKELY

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

**SENTENCIA Nº 201/2019**

**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** D./Dña. LORENZO VALERO BAQUEDANO

**Lugar:** Madrid

**Fecha:** nueve de octubre de dos mil diecinueve

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Procuradora Dª [REDACTED], en la representación procesal indicada, se formuló demanda de juicio ordinario contra W.R. Berkley Insurance ( Europe ), Limited Sucursal en España, en reclamación de indemnización por importe de 1.300.000 euros alegando para ello los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó por interesar que se dictara Sentencia por la que se condenara a la demandada al pago de la suma peticionada, respecto a la que correspondería la suma de 1.000.000 euros de principal al menor [REDACTED], y 150.000 euros a cada uno de su progenitores, D. [REDACTED] y Dª [REDACTED], con más intereses del artículo 20.4 de la Ley 50/80 desde la fecha de siniestro, 10 de abril de 2009, e imposición de las costas causadas.

**SEGUNDO.-** Emplazada la parte demandada a fin de que, previa entrega de copia de la demanda y de los documentos a ella acompañados, se personara en actuaciones, contestando aquélla, lo verificó por medio de escrito presentado por la Procuradora Dª [REDACTED], oponiéndose parcialmente a las pretensiones deducidas de contrario, e invocando, con carácter previo, la falta de legitimación activa de la codemandante Dª [REDACTED], terminando por interesar que se dictara

Sentencia por la que se cuantificara la indemnización a favor del menor [REDACTED] por los daños causados por el síndrome del intestino corto extremo en la cantidad de 70.088,38 euros.

**TERCERO.-** Señalado día y hora para la celebración de la audiencia previa prevenida en el artículo 414 LEC , fueron convocados los litigantes en legal forma , asistiendo al acto por medio de sus respectivas representaciones procesales y Letrados .

Ratificados en sus escritos principales , se recibió el pleito a prueba . Practicada la propuesta y admitida , con señalamiento y ,celebración de juicio según consta en actuaciones , se dispuso seguidamente , una vez emitidas conclusiones , quedaran los autos pendientes de dictar Sentencia .

**CUARTO.-** En la tramitación de este juicio se han observado todas las prescripciones legales , a excepción del plazo para dictar Sentencia , por haberse atendido asuntos de preferente trámite .

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se formula demanda por parte de D. [REDACTED] y D<sup>a</sup> [REDACTED] en su propio nombre y derecho y en el de su hijo menor [REDACTED] , reseñando , dentro de los antecedentes fácticos de la demanda , que el citado menor sufrió una negligencia médica que le causó , siendo neonato , gravísimos daños con quebranto de su vida y la de sus padres en todos los órdenes, habiéndose tramitado precedentemente procedimiento ordinario en reclamación de cuantía indeterminada , que concluyó por Sentencia firme de condena a la compañía aseguradora del servicio sanitario que cometió la negligencia , Sentencia que disponía la indemnización de todos los daños causados al menor y a su padre , demandante en dicho procedimiento , por sufrir aquél síndrome de intestino corto extremo , dejando para un pleito posterior la cuantificación de la indemnización ( Sentencia de 16 de junio de 2016 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 11 de Madrid , en autos 723/2014 , que se adjunta por copia como documento nº 3 de la demanda , junto a DVD relativo a los autos , como documento nº 4 ) .

La actual demanda tiene por objeto la cuantificación de la indemnización a percibir tanto por el menor , como por sus padres ( respecto a la madre , no accionante en el anterior proceso , se presenta libro de familia como documento nº 6 de la demanda ) , indicándose que la falta de legitimación activa que se apreció en el juicio antecedente de D. [REDACTED] para reclamar daños en nombre de su esposa , se subsana formalmente mediante la actual comparecencia judicial . D<sup>a</sup> [REDACTED] , al igual que el codemandante , reclamó en su momento extraprocesalmente a la asegurada de Berkley en el mismo escrito en que lo hicieron su marido e hijo ( documentos nº 7 y 8 de la demanda , habiendo mediado actuaciones interruptivas de la prescripción de la

acción , iniciándose el cómputo anual de prescripción de la acción tal y como refiere el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia condenatoria , no por reclamación de responsabilidad frente al Servicio Murciano de Salud , o con la fecha de alta hospitalaria del menor , 11 de noviembre de 2009 , sino en función del riesgo – que pericialmente se extiende hasta los 5 o 7 años desde la intervención - de sufrir problemas de todo tipo como fallo hepático , malformación , talla inferior , grasa en hígado , fibrosis, problemas neurológicos, anemias, infecciones por alteración del sistema inmunológico , o alteraciones en el aprendizaje por la alimentación ) .

Los demandantes , tras reseñar la falta de ofrecimiento o negociación de la indemnización , o de consignación de importe mínimo que excluyera la aplicación de intereses sancionadores del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro , aportan , como documento nº 9 de la demanda el informe pericial de fecha 8 de noviembre de 2016 , de valoración del daño elaborado por el especialista D. [REDACTED] , indicativo de que el niño [REDACTED] , como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que fue sometido en su periodo neonatal , que no fue conforme a la Lex Artis ni en cuanto a la demora en la intervención ni en cuanto a la técnica practicada , según Sentencia nº 196/2016 del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid , presenta la lesión de intestino corto extremo .

“ 2.- Que como consecuencia de esta lesión , presenta las siguientes secuelas :

Secuelas funcionales:

- Remanente intestinal de 15 cm.
- Diarrea crónica.
- Síndrome de malabsorción.
- Trastorno metabólico derivado .
- Retraso en el crecimiento , tanto en peso como en estatura .
- Desnutrición crónica.
- Deshidratación leve permanente .
- Caries invasiva.
- Astenia permanente.
- Hiperfagia, por sensación permanente de hambre .
- Trastorno del sueño .
- Bajo rendimiento escolar multifactorial .

Secuelas estéticas:

- Perjuicio estético medio: 3 cicatrices abdominales extensas y 2 menores circunscritas en región abdominal .
- Perjuicio estético moderado: Malposición dental .

- Perjuicio estético leve: Zona de alopecia numular en cuero cabelludo de región occípito parietal .

3.- Que como consecuencia directa de la intervención, se sometió a una estancia hospitalaria de 192 días .

4.- Que dichas secuelas determinan una limitación severa para la realización de muchas de las actividades de su vida diaria que se expresa en una discapacidad manifiesta . Si bien el niño tiene reconocida en la actualidad una discapacidad del 33% por el órgano competente-revisable en 2017- , este perito entiende que el niño presenta en la actualidad una discapacidad no inferior al 40% atribuible al tubo digestivo , al que habría que añadir las correcciones oportunas en cuanto al grado de las limitaciones en la actividad y porcentajes atribuibles al retraso madurativo y a los factores sociales complementarios.

5.- Que dichas secuelas determinan cuidados constantes sobre el niño , que incluyen el aporte nutritivo , el tratamiento farmacológico y el control médico permanente , y suponen además , un estado de salud precario con riesgo permanente de potenciales complicaciones orgánicas graves , con riesgo vital manifiesto y pronóstico vital incierto .

6.- Que los cuidados y atención que necesita el niño requieren la dedicación continua de sus padres y suponen un grave perjuicio moral sobre ellos, limitando completamente la posibilidad de actividad laboral de su madre y parcialmente de su padre , así como su grado de interrelación social , su tiempo de ocio y la autorrealización personal , y dando lugar en la madre a un síndrome depresivo que requiere tratamiento farmacológico y apoyo psicológico . Dicho perjuicio alcanza a su hermano gemelo como víctima de la situación familiar que le rodea .

7.- Que dichas secuelas entrañan un perjuicio económico pasado , actual y futuro , por los desplazamiento regulares a su hospital de referencia en Madrid , la asistencia de distintos especialistas , la nutrición especializada y , en general , los que se deriven de cualquier evento clínico potencialmente probable .

8.- Que dichas secuelas afectarán a su calidad de vida futura , ya que , por su naturaleza , no dispondrá de autonomía personal para realizar algunas de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria , como son nutrirse normalmente , reposar y dormir de forma sana , realizar deposiciones de forma normal y desarrollar una actividad física autónoma , la cual se verá limitada por su necesidad permanente de comer , defecar y por su estado físico en cada momento . Dependerá de un entorno físico favorable para poder vivir , con limitaciones para ausentarse del mismo durante cortos periodos de tiempo. En cuanto a su desarrollo personal a través de la actividad laboral , se encontrará limitado para una parte importante de los trabajos que conforman todo el abanico laboral, especialmente aquellos que requieran actividad física y actividad mental continua , respecto a las actividades no laborales ni esenciales de la vida , se verán afectadas las actividades ligadas al disfrute o placer , con incapacidad para realizar actividades deportivas y limitación para interrelacionarse social y personalmente , para mantener relaciones sexuales con normalidad , y para el desarrollo de su formación académica/profesional .

Este informe describe minuciosamente el daño pero no lo valora, ya que el perito justifica que no es posible aplicar baremos de referencia, como los de tráfico, para el caso que se analiza:

9.- Que desde un punto de vista valorativo, este perito entiende que, en atención a las circunstancias que concurren en las lesiones del menor, no es posible vincular la valoración de su daño corporal a la sistematización del baremo de tráfico de la Ley 35/2015 o anteriores, particularmente cuando se trata de distinguir entre el daño moral derivado del daño corporal, en su doble vertiente de daño emergente y lucro cesante, y sentar criterios para la valoración sustantiva del primero. Los daños constatados solo coinciden parcialmente con los señalados en el baremo, por lo que este perito veía su ámbito valorativo constreñido, cercenando con ello sus facultades de valoración de la prueba, prescindiendo finalmente de una parte importantísima en la cuantificación objetiva de la valoración. Ello es especialmente relevante en el ámbito del daño que se deriva de la pésima calidad de vida del menor, su precariedad física y un pronóstico vital incierto y potencialmente catastrófico. Entiendo, en consecuencia, que la vinculación forzosa a un baremo limita la valoración global del daño producido, pudiendo finalmente repercutir negativamente en la reparación del daño causado.”

A su vez, el perito designado judicialmente en el procedimiento ordinario de referencia, y especialista en cirugía pediátrica, Dr. [REDACTED], destacó en su dictamen ( documento nº 10 de la demanda ), que era fundamental para la supervivencia de los pacientes con síndrome de intestino corto extremo, que exista una buena capacidad de adaptación intestinal, que consiste en la habilidad del intestino para aumentar su capacidad absorbente, compensando la reducción de superficie intestinal reseca. La duración de esta adaptación es aproximadamente 2 años. Añadía el perito judicial que en etapas iniciales de la enfermedad y antes de que se produzca la adaptación intestinal es muy frecuente en estos pacientes la existencia de sobrecrecimiento bacteriano a nivel intestinal, coincidente con tránsito intestinal acelerado, que motiva hipersecreción ácida por parte del aparato digestivo y malabsorción intestinal, fundamentalmente de grasas y ácidos biliares, por lo que es muy frecuente la existencia de diarreas ácidas persistentes. Otro factor muy importante para la supervivencia es la respuesta del hígado. El fallo hepático asociado al fracaso intestinal es la principal causa de morbilidad y mortalidad. El hígado graso y la fibrosis hepática persisten en la mayoría de los niños incluso años después de finalizar la nutrición parenteral, que todos precisan en los estadios iniciales de este cuadro clínico.

En su declaración a presencia judicial, el perito judicial Dr. [REDACTED], incidió en el hecho de una calidad de vida muy mala derivada de la resección intestinal masiva; y que por tratarse de los casos más extremos, existía una morbilidad elevadísima, con complicaciones de todo tipo, siendo la mortalidad también elevada. Resaltó el declarante el síndrome malabsortivo para toda la vida; la existencia frecuente de diarreas diarias; a medio plazo la posibilidad de fallo hepático con necesidad de trasplante - a los cinco o siete años o incluso hasta la pubertad, fibrosis, daño neurológico por falta de absorción de vitamina B12, alteraciones óseas y renales, así como cuadros infecciosos.

Indica la parte actora que la documental consistente en las historias clínicas en los hospitales de Murcia y Madrid ( documento nº 4 ) describían un escenario claro de dedicación de la familia a la salud del niño . De igual manera los informes escolares mostrarían la alteración de la vida cotidiana de la familia .

En lo concerniente a la valoración del daño , y sobre la base de considerar que los afectados por síndrome de intestino corto en los casos más graves corresponden a intestino corto extremo a partir de menos de 40 cm , y que en el caso del menor es de 15,20 cm , estiman los accionantes que se justifica la indemnización de toda una vida con daños graves e invalidantes , sin que quepa atender al efecto al carácter expansivo del Baremo de daño personal aplicable a accidentes de tráfico , previsto en el Anexo a la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/95 , dada la naturaleza orientativa y no vinculante del mismo , y que los daños constatados solo coinciden parcialmente con los señalados en el Baremo , prescindiendo de una parte importantísima en la cuantificación del daño que se deriva de la pésima calidad de vida del menor , su precariedad física y un pronóstico vital incierto y potencialmente catastrófico .

A ello se uniría el trastorno que se deriva de la Resolución de reconocimiento de prestaciones del sistema de atención a la dependencia de 2 de octubre de 2014 con dictamen técnico de 2013 ( documento nº 13 ) ; informe de equipo de orientación educativa y psicopedagógica de noviembre de 2014 ( documento nº 14 ) ; interconsulta a salud mental por sospecha de síndrome de inatención de 27 de enero de 2015 ( documento nº 15 ) ; informes de la maestra de pedagogía terapéutica de 15 de diciembre de 2014 y 23 de marzo y 24 de junio de 2015 ( documento nº 16 ) , e informe de neuropediatría infantil de 16/11/2016 que concluye trastorno global de desarrollo con retraso de lenguaje, comprensión , juego etc. ( documento nº 17 ) . En el documento nº 13 , el equipo valorador reseña la necesidad de cuidados en actividades básicas de la vida diaria , como comer y beber o de higiene personal relacionada con la micción y defecación , así como lavarse o vestirse .

Atendida la gravedad de los daños de por vida que se describen , es objeto de reclamación en demanda el importe de 1.000.000 euros en favor del menor , y la suma de 150.000 euros para cada uno de los progenitores , teniendo en cuenta el daño moral por lo ya vivido y la zozobra y angustia por el pronóstico incierto al que se enfrenta su hijo , además de tener en cuenta la quiebra familiar en todos los órdenes , dedicando al cuidado del menor los recursos tanto materiales como anímicos .

**SEGUNDO.-** La aseguradora demandada , al contestar las pretensiones deducidas en demanda, aduce que en el anterior procedimiento , en la que no fue parte la madre del menor , la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid de fecha 17 de junio de 2016 , si bien es estimatoria por condena al abono de indemnización de todos los daños causados a [REDACTED] y a su padre , por sufrir aquél síndrome de intestino corto extremo , incluyendo por tanto la procedencia de daño moral a favor del progenitor demandante como consecuencia de la quiebra familiar , declaraba expresamente que no procedía declarar acreditado que el retraso mental leve tuviera causa en la intervención practicada ( fundamento de derecho sexto , in fine ) . Ello correspondía a lo manifestado por la demandada , al negar en su contestación a la

demanda daño cerebral/retraso mental , y que , en cualquier caso , dicho daño no guardaba relación ni traía causa del síndrome de intestino corto extremo ( se aporta la Sentencia firme como documento nº 7 del escrito de contestación , que corresponde al documento nº 3 de la demanda ) .

En cuanto a la indemnización solicitada de contrario, opone la aseguradora que sería superior a la que correspondería a un gran inválido con necesidad de ayuda de tercera persona , sin que la patología que sufre el menor suponga la alteración sustancial de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada . En este sentido , alega Berkley que el menor estaría escolarizado , siguiendo con relativa normalidad el programa habitual de escolaridad como otros niños de su edad , sin perjuicio de haber necesitado clases de apoyo .

Respecto a las intervenciones quirúrgicas relativas al intestino delgado - donde se extirpó el intestino delgado prácticamente en su totalidad - el menor [REDACTED] fue dado de alta hospitalaria con fecha 11 de noviembre de 2009 , estando desde este momento perfectamente definida la secuela objeto de valoración - síndrome de intestino corto extremo , no equiparable a gran invalidez ( se presenta , como documento nº 8 de la contestación , el oficio remitido al anterior procedimiento por el Instituto Murciano de Acción Social , IMAS , donde consta reconocida una discapacidad del 33% ( el mínimo ) , y que el menor está escolarizado en un colegio normal ( no especial para niños discapacitados ) . Destaca a este respecto la demandada que el Informe de noviembre de 2014 del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica de Molina de Segura de la Consejería de Educación de la Región de Murcia ( documento nº 9 , aportado en la audiencia previa de juicio del anterior proceso ) , y en relación con la existencia de retraso madurativo compatible con una deficiencia psíquica , indica que el niño avanzaba casi como la media de los niños de su edad , y que se tuvo que dar prioridad a otros alumnos en cuanto a recibir apoyo especializado , observándose por el maestro especialista que [REDACTED] tenía un nivel de comunicación adecuado para su edad . En cuanto a su enfermedad física había una evolución positiva , reseñándose que , de no poder controlar las defecaciones , pasó a tener control , aunque necesitaba supervisión . Respecto al rendimiento intelectual , los resultados no se corresponderían al verdadero potencial del alumno , al que los problemas de atención y de inhibición con los adultos habrían impedido responder en función de su verdadero nivel .

En lo relativo a la reclamación indemnizatoria pretendida por los padres , reitera Berkley que la madre no fue parte en el anterior procedimiento , reconociéndose daño moral únicamente respecto a D. [REDACTED] como consecuencia de la quiebra familiar derivada del estado de salud del menor y su dependencia y atención requerida .

El perito D. [REDACTED] , que visitó y examinó al menor , emitió posteriormente un informe provisional de valoración del daño corporal ( documento nº 10 de la contestación ) . De acuerdo a este informe , y siguiendo el Baremo de tráfico de 2009 , la indemnización que correspondería al menor [REDACTED] como consecuencia de los daños causados por sufrir síndrome de intestino corto extremo , ascendería a la cantidad de 70.088,38 euros , según el siguiente detalle:

- Incapacidad temporal ( incremento de hospitalización ) 97 días hospitalarios x 65,48 , 6.351,56 euros .
- Secuelas fisiológicas del síndrome del intestino corto extremo: 30 puntos x 1.542,13 , 46.263,90 euros .
- Incapacidad Permanente Parcial . 17.472,92 euros ( por grado de discapacidad del 33% , que constituye el mínimo ) .

En lo que atañe al grado de discapacidad del 33% , equivalente a incapacidad permanente parcial , ésta se define como “ secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual , sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma ” , y que el menor estaba escolarizado , en los términos del citado documento nº 9 del escrito de contestación a la demanda , de modo que no sería apreciable una incapacidad permanente absoluta , ya que para que resultara de aplicación este factor de corrección el menor debería padecer , según Baremo , “ secuelas permanentes que impidan totalmentè la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado ” .

No sería apreciable el daño moral complementario , dado que no concurrirían en el caso las circunstancias previstas legalmente ( una sola secuela que exceda de 75 puntos o que las concurrentes superen los 90 puntos ) .

Tampoco procedería aplicar el factor de corrección relativo a los perjuicios morales de familiares , pues están destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada , aplicada jurisprudencialmente a grandes inválidos .

**TERCERO.-** La resolución del pleito obliga a valorar el argumento que desarrollan los demandantes dentro de la fundamentación jurídica de la demanda, al señalar la no vinculación en el caso de la valoración del daño corporal a la sistematización del Baremo de tráfico de la Ley 35/2015 o anteriores , particularmente cuando se trata de distinguir entre el daño moral derivado del daño corporal , en su doble vertiente de daño emergente y lucro cesante , y sentar criterios para la valoración sustantiva del primero , argumento que , según lo antes expuesto , se relaciona en el supuesto enjuiciado con la pérdida de calidad de vida del menor , su precariedad física y el pronóstico vital incierto y potencialmente catastrófico .

En relación a la evolución jurisprudencial sobre el Baremo de responsabilidad civil previsto únicamente para los accidentes en la utilización de vehículos a motor por hechos de la circulación, en su momento el Tribunal Constitucional, en sentencia de 29 de junio de 2000 , que resolvía las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con el sistema de valoración introducido por la D.A. 8ª de la Ley 30/95, de 8 de noviembre , de ordenación y supervisión de los seguros privados, declaró el carácter vinculante del sistema, si bien única y exclusivamente en su ámbito propio de la circulación de vehículos de motor (F.J. 4º, párrafo último).

En atención a dicha declaración, el Tribunal Supremo vino a rechazar la aplicación de los baremos en otros ámbitos de responsabilidad civil distintos de los accidentes de

circulación. Ya con anterioridad a la misma, la sentencia de 26 de febrero de 1998 en un caso de contagio por transfusiones de sangre, y con posterioridad, la de 6 de noviembre de 2002 en un caso de fallecimiento de un trabajador por culpa de la empresa al encargarle una tarea peligrosa o ajena a su trabajo habitual. En el mismo sentido las sentencias de 20 de julio de 2003 y 2 de marzo de 2006, señalando ésta última que "tales baremos han sido configurados para un específico sector de la responsabilidad civil dotado de peculiaridades tan propias como ajenas al caso enjuiciado ( sentencia de 20 de junio de 2003 ), después de las reticencias que las sentencias de 26 de marzo y 24 de mayo de 1997 mostraran en cuanto a la posible aplicación de los baremos en otros ámbitos de responsabilidad civil distintos de los accidentes de circulación, y de que la sentencia de 26 de febrero de 1998 rechazara la vinculación a los límites máximos establecidos por el RD Ley 9/93 y la de 6 de noviembre de 2002 rehusara la aplicación de la OM de 5 de marzo de 1991, antecesora del vigente sistema, a efectos de limitar las indemnizaciones por fallecimiento de un trabajador, en tanto que la STC de 29 de junio de 2000, 181/2000, declaró el carácter vinculante del sistema, pero única y exclusivamente en el ámbito propio de la circulación de vehículos de motor. Doctrina, pues, que rehúsa la aplicación del baremo fuera de los casos de circulación de vehículos de motor, como revelan las posteriores sentencias, como la de 22 de julio de 2004, que, en consecuencia, impiden que quepa aceptar el motivo en cuanto postula la aplicación en este supuesto de los baremos indicados".

No obstante lo anterior, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 2006, si bien rechazó la aplicación analógica del baremo, sí aconsejó su aplicación orientativa sobre la base de la necesaria igualdad en la compensación dineraria del daño moral. A tal efecto señaló lo siguiente: "En consecuencia, no puede considerarse que la falta de establecimiento de un sistema tasado de valoración, por más que puede estimarse conveniente su introducción por vía legislativa en determinados sectores de la actividad social o económica (como esta Sala ha insinuado recientemente, por ejemplo, respecto de la responsabilidad médica: STC de 21 de diciembre de 2005), constituye una laguna legal que por sí determine la necesidad de aplicación analógica de los sistemas de valoración sujeta a tasación, sin perjuicio de que la obligación de realizar la determinación con arreglo a la verdadera trascendencia del daño y con sujeción a los principios de indemnidad y de proscripción de la arbitrariedad aconseja tener en cuenta de manera relativa, y en función de las circunstancias en cada caso concurrentes, los criterios tenidos en cuenta por el legislador al fijar los baremos de tasación relacionados con hechos o de características similares".

Esta aplicación orientativa es la que se ha impuesto en la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo, señalando la sentencia de 12 de abril de 2013 (FJ 5º) lo siguiente: "...si bien es cierto que la sentencia de 2 de marzo de 2006 mantuvo, como en otras anteriores, que el criterio de valoración no era aplicable a ámbitos de la responsabilidad civil ajenos a la circulación de vehículos a motor, no lo es menos que, posteriormente, y hasta ahora, la jurisprudencia considera que el carácter no vinculante del sistema para esos otros ámbitos no impide, sin embargo, que pueda aplicarse como criterio para fijar la cuantía de las indemnizaciones ( sentencias de 27 de noviembre de 2006, 17 de mayo de 2007, 20 de febrero de 2008 y 13 de abril de 2011, entre otras muchas)".

La sentencia de fecha 30 de Noviembre de 2011 (F.J.3º) se señala lo siguiente al respecto: "La conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el pretium doloris (precio del dolor) o compensación por el daño moral, y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por los daños corporales condujo al legislador a implantar sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos de indemnización, cuya aplicación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda sustraída a las normas generales sobre interpretación de las leyes. La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden tener valor orientador para la fijación del pretium doloris, y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso ( SSTS de 11 de noviembre de 2005 , 10 de febrero de 2006 , 19 de mayo de 2006 , 22 de julio de 2008 , 2 de julio de 2008 , 9 de diciembre de 2008 ). Con ese valor se ha aplicado el sistema legal incorporado a la LRCSCVM en supuestos de responsabilidad derivada del consumo del tabaco ( STS de 5 de mayo de 2010 ), accidente laboral (9 de marzo de 2010 , 15 de diciembre de 2010 y 25 de marzo de 2011 ), y en supuestos de responsabilidad civil médica o sanitaria (10 de diciembre de 2010 , 11 de febrero de 2011 , 4 de marzo de 2011 y 1 de junio de 2011 ).

En el mismo sentido la sentencia de 6 de junio de 2014 , en un supuesto de negligencia médica, con cita, en cuanto al valor orientador del baremo o sistema de valoración para los accidentes de tráfico, de las anteriores de 16 de diciembre de 2013 y 18 de junio de 2013. Ésta última señaló que "el efecto expansivo del baremo (...) a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil ha sido admitido con reiteración por esta Sala con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informan los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil ".

Aplicados los fundamentos jurídicos anteriores al caso contemplado estima el Juzgador que precisamente por tener la reparación de los daños morales su fundamento en el principio de reparación integral del daño , la actual solicitud de indemnización por las cantidades indicadas en demanda , obedecen a la configuración del daño moral como concepto resarcible tanto al menor como a sus progenitores , a partir de la acreditada prestación médico quirúrgica inadecuada o contraria a la lex artis , generadora de la situación de zozobra y angustia que se explicita en demanda , como daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual , que impide una aplicación automática e indiscriminada de los módulos fijados en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad y Seguro introducido por la LOSSP 30/1995 , debiendo ponderarse las circunstancias determinantes del efectivo perjuicio familiar e incluso la condición misma de perjudicado , en especial , si se considera la edad del menor y la indicada incertidumbre generada a partir del retraso de la intervención quirúrgica que determinó , según la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid , el síndrome de intestino corto extremo .

En el curso de las actuaciones, la perito judicial designada a instancia de la entidad demandada, como especialista en valoración del daño corporal y médico especialista en pediatría y neonatología, D<sup>a</sup> [REDACTED], tras concluir en su informe de fecha 24 de mayo de 2019 que, en relación con la asistencia quirúrgica prestada en el Hospital Virgen de Arrixaca, y que según la Sentencia nº 196/2016 la intervención practicada como tratamiento de la enterocolitis necrotizante que padeció el paciente, no fue conforme a la lex artis, ni en cuanto a la demora en la intervención ni en cuanto a la técnica empleada, considera un total de 188 días de hospitalización (desde la fecha de la primera cirugía hasta el alta del Hospital La Paz), al cual aplica un 60% como consecuencia de la teoría de la pérdida de oportunidad (113 días de hospitalización). De acuerdo a la perito, la estabilización de la lesión se produjo al alta hospitalaria del Hospital La Paz, por lo que no existirían días improductivos ni no improductivos. Añade la informante que, en cuanto a las secuelas funcionales, se valora respecto del síndrome de intestino corto extremo, cuya definición no consta en el baremo de tráfico, por aproximación la secuela existente a la de la tabla VI del R.D.L.8/2004 de "Yeyuno -ilectomía parcial o total (según repercusión funcional)", considerando en este caso 40 puntos debido a la edad del paciente y a la longitud del intestino reseca. A esto habría que descontar el 9% debido a la patología de base, ya que en cualquier caso habría necesitado una cirugía intestinal. Es decir, se considera un total de 36 puntos por secuela. La perito judicial descarta el perjuicio estético, ya que en cualquier caso hubiera sido necesaria una laparotomía y por tanto una o más cicatrices a nivel abdominal. Considera una incapacidad permanente parcial en su rango más alto, debido a las secuelas derivadas de los hechos objeto de reclamación. Dado que la Sentencia estima que se debe indemnizar al padre los daños morales ocasionados por sufrir su hijo síndrome de intestino corto, valora el concepto de perjuicios morales a familiares, en función del grado de discapacidad que asocia al problema digestivo, del 10% sobre el máximo establecido en baremo (según IMAS). El dictamen excluye cualquier indemnización según baremo en el concepto de necesidad futura de ayuda de otra persona, en relación con la secuela de síndrome de intestino corto.

Sobre la base de este dictamen, la aseguradora demandada, que había efectuado una primera consignación judicial por importe de 70.088 euros con fecha 10 de mayo de 2018, equivalente a la indemnización calculada en la contestación a la demanda, realiza una segunda consignación de 28.136,70 euros, que se corresponde a la diferencia entre la valoración realizada por la demandada y la que resultaba de aplicar el baremo de 2009 las secuelas establecidas en el informe de la perito judicial.

Ciertamente, y respecto al informe del Dr. [REDACTED] aportado como dictamen pericial a la demanda, la perito judicial manifiesta que el síndrome de malabsorción, diarrea crónica, hiperfagia y el trastorno metabólico derivado no se pueden considerar otras secuelas diferentes de la principal (síndrome de intestino corto extremo), puesto que se trataría de una duplicidad de secuelas; que respecto al retraso en el crecimiento, desnutrición crónica y deshidratación leve y astenia permanente, no estarían acreditadas en ningún informe médico, sin que se describiera tampoco trastorno en el sueño; que la caries múltiple que presenta [REDACTED] no se puede considerar una secuela diferente a la de intestino corto, sino una consecuencia del mismo; que no se acredita, según Sentencia nº 196/2016 que el retraso mental leve sea consecuencia de la intervención

practicada o de un hipotético retraso diagnóstico y terapéutico de su patología intestinal ; y que el retraso intelectual del desarrollo podría estar relacionado con diversas causas , entre ellas el retraso de crecimiento intrauterino de [REDACTED] que fue el motivo de adelantar el parto , o incluso algún tipo de alteración genética no diagnosticada ( página 24 del dictamen de la perito judicial ) . Existe por tanto controversia pericial ( al margen de la consideración de retraso mental leve , ya descartada en el juicio precedente como daño indemnizable ) sobre la consideración como secuelas funcionales de aquellos conceptos . En este sentido , estima el Juzgador que , aunque el dictamen emitido por la perito judicial puede servir como referencia del cálculo de indemnizaciones , en la medida en que valora el aspecto funcional del menor , y en particular , la evolución de la enfermedad digestiva resultante , que según refiere la informante pasó de ser de una discapacidad por aparato digestivo inicial del 33% al 10% actual , destacando la progresiva disminución de la dependencia para el ejercicio de actividades diarias y la buena evolución hacia una dieta normal que no precise de suplementos alimenticios , no viéndose afectado el desarrollo intelectual o de madurez ( tal y como ratifica la especialista en juicio ) , no cabe sin embargo desconocer la afirmación del perito Dr. [REDACTED] , en el sentido de no existir literatura médica que permita establecer la conclusión emitida por la Dra. [REDACTED] , al indicar que “ según las revisiones publicadas más recientes , el 40% de los pacientes intervenidos por enterocolitis necrotizante sufren complicaciones postoperatorias y el 11% de los pacientes a término fallecen ” ( página 23 del dictamen ) , dado que , según sostiene el perito de la parte demandante , en un supuesto de una disminución tan extrema del intestino corto no hay datos médicos relativos a índice de supervivencia , incidiendo en la importancia de la dedicación abnegada que han mantenido los padres en relación a todas las actividades de desarrollo personal y social del menor , afectando a la propia vida laboral de los progenitores , dedicación que se va a prolongar también a la fase de riesgo de la pubertad , y que requerirá un seguimiento multidisciplinar relacionado con la nutrición , la hidratación o la medicación que precisará el menor . Relacionado con estos aspectos , que el perito Dr. [REDACTED] describe en el curso de su declaración judicial , considera aquél que no cabe en el supuesto enjuiciado reducir la indemnización de secuelas funcionales a la valoración baremada , que incluye el daño moral , de yeyuno ilectomía parcial o total , que aplica la perito Dra. [REDACTED] , ya que existe una notable desproporción entre la mera valoración de la disminución funcional y lo que constituye propiamente daño moral , muy superior por ir referidas las consecuencias de la intervención quirúrgica a todos los aspectos de la vida personal , a partir de la existencia de complicaciones severas que determinaron el trastorno nutricional y metabólico , y la necesidad inicial de nutrición parenteral o intravenosa en fase crítica tras la resección , tal y como indica el perito en juicio , no equiparable a un supuesto de intervención quirúrgica de un adulto no afectado por patología previa . En términos similares se pronuncia el testigo-perito Dr. [REDACTED] , al ratificar el contenido del documento nº 10 de la demanda , y destacar la existencia de dos fases críticas en el proceso de adaptación intestinal , la primera , la ya mencionada próxima a la cirugía , con sobrecrecimiento bacteriano a nivel intestinal y posible fallo hepático motivada por enfermedad intestinal , y la segunda , la referida fase de pubertad con riesgo de fallo hepático o de cirrosis en un 10% de los casos , añadiendo la excepcionalidad de la supervivencia en el presente caso , en que concurrió un riesgo de morbilidad elevadísimo por afectación renal , ósea , etc. .

Lo hasta aquí expuesto evidencia la insuficiencia de la previsión baremada del daño a indemnizar, insuficiencia que, de alguna forma, ya anticipa la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid, al considerar el concepto de daño moral como consecuencia de la quiebra familiar derivada del estado de salud del menor (daño moral que ahora se peticiona respecto de ambos progenitores, en función del antecedente lógico que representa la Sentencia dictada respecto del objeto de este proceso, artículo 222.4 LEC), ya que, de seguirse estrictamente un criterio baremado, resultaría aplicable lo expuesto en STS de 30 de septiembre de 2013, al disponer que "El sistema de valoración contempla el factor corrector de perjuicio moral de familiares únicamente en relación con los grandes inválidos, esto es, personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas, en el entendimiento de que solo en este caso los familiares del inválido merecen una indemnización complementaria de la básica ligada a las secuelas de la víctima, que compense el daño moral propio del familiar derivado de su mayor sacrificio y disminución de su calidad de vida. En supuestos distintos de gran invalidez, el único daño moral indemnizable es el de la víctima, cuyo resarcimiento se comprende en el montante económico a que tenga derecho (sumando la indemnización básica y la que le corresponda en aplicación de los factores correctores de aplicación al caso)". Sin embargo, no cabe limitar en este supuesto la concesión de indemnización por razón de la falta de justificación de alteración sustancial de la vida y convivencia condicionada por una situación de gran invalidez, como tampoco negar la existencia de mayor daño moral o daño moral complementario –que el Baremo prevé únicamente para el supuesto de secuela que exceda de 75 puntos– por otorgarse habitualmente la reparación del daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades a través de la Tabla IV del Anexo LRCSVM al contemplar diversos factores de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, según la citada STS.

Es por ello que es factible seguir en el supuesto analizado el criterio que el Tribunal Supremo enuncia en Sentencia de Sala 1ª, S 8-4-2016, nº 232/2016, rec. 1741/2014 al señalar que "la utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho (...), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, éste último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral".

Estima el Juzgador, que sin desconocer por completo la valoración efectuada por la perito judicial, que concreta el importe indemnizatorio en favor del menor en 85.120,32 euros, y en 13.104,68 euros el concepto de daño moral respecto del padre, la concesión de la cantidad de 200.000 euros como resarcimiento en favor del hijo de los demandantes, y de 30.000 euros respecto de cada uno de los progenitores, resarce en mayor medida (al suponer cifras que superan los importes duplicados resultantes de la consideración de las incapacidades, secuelas y perjuicios valorados conforme a Baremo) tanto la indudable pérdida de calidad de vida del menor, no reducible al concepto baremado de incapacidad permanente parcial, como la acreditada alteración sustancial de la vida y convivencia familiar, que legitima la reclamación de daño moral por parte de los padres del menor, y ello sin perjuicio de la futura evolución funcional no

contemplada en esta Resolución , atendidos los factores de riesgo avanzados pericialmente . El resarcimiento del daño moral , conforme se explicita en esta Resolución viene a completar la previsión del Baremo , proporcionando este concepto a la necesidad continuada de atención y cuidados y a la acreditada quiebra familiar previamente declarada en Sentencia . Ahora bien , las dudas que surgen en cuanto a determinadas secuelas funcionales ( retraso en el crecimiento, desnutrición crónica , trastorno del sueño , desarrollo intelectual ) , dudas que tienen relación también con la probable evolución o posibles complicaciones que pudieran surgir en la fase de pubertad del hijo de los demandantes , impiden valorar anticipadamente daños personales y morales distintos de los que se declaran a través de esta Resolución , lo que obliga a considerar como parcial la estimación de las pretensiones de la demanda , y no como sustancial por concederse importes no vinculados a Baremo , dado que en la concesión de cantidades no se comprende la totalidad de las manifestaciones recogidas pericialmente por la parte actora como secuelas de tipo funcional encuadradas en los efectos de síndrome de intestino corto extremo .

**CUARTO.-** La cuestión relativa a la imposición de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 , en su redacción dada por la Disposición Adicional Sexta , viene determinada por la existencia o no de causa justificada o de circunstancias concurrentes en el siniestro o derivadas del texto de la póliza de seguro que puedan hacer surgir dudas en cuanto a la cobertura de seguro , sin que el hecho de que la aseguradora haya indemnizado una parte de la indemnización asignada al perjudicado suponga necesariamente el cumplimiento que impone el artículo 20.8 LCS , de satisfacer la indemnización o hacer frente al importe mínimo . Según reiterada jurisprudencia ( SSTs de 1 de julio de 2008 , 1 y 26 de octubre de 2010 , o de 23 de noviembre de 2011 , entre otras ) , la exención del recargo depende únicamente , artículo 20.3 de la Ley , de que la compañía de seguros pague o consigne judicialmente la indemnización en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro , o que hubiera procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la declaración del siniestro pues de no ser así no cabrá aplicar a esa conducta los efectos impositivos de la producción de la mora , razón por la que no merece para la doctrina de la Sala la consideración de causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización cuando la aseguradora se ha visto favorecida por desatender su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado , a fin de facilitar que el perjudicado obtenga una pronta reparación .

En el caso enjuiciado , la imposición de los intereses especiales ( imposición que puede hacerse de oficio ) se justifica , a partir del conocimiento del siniestro por la aseguradora , y de la fase de negociación posterior a la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid , que se traduce en el contenido del informe pericial unido a la contestación a la demanda como documento nº 10 y emitido por el Dr. [REDACTED] , de modo que habrá de ser ésta la fecha a considerar como determinante de los efectos de la mora imputable a la aseguradora , ante la falta de pago o de consignación en los plazos legales del importe mínimo ( a mayor abundamiento , la parte demandante indica en su escrito inicial que , con independencia de haber sido notificada formalmente Berkley del siniestro al menos a fecha 29 de febrero de 2012 ,

documento nº 19 de la demanda , a raíz de dicha notificación la demandada encargó informe pericial , documento nº 20 , que ya reconocía la defectuosa asistencia sanitaria ).

**QUINTO.-** Estimándose en parte las pretensiones de la demanda , no procede hacer especial imposición de las costas procesales causadas , artículo 394.2 LEC .

### FALLO

Que **ESTIMANDO EN PARTE** la demanda de juicio ordinario interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup> [REDACTED], en nombre y representación de D. [REDACTED] Simeone y D<sup>a</sup> [REDACTED], debo **CONDENAR Y CONDENO** a la demandada W.R. Berkley Insurance ( Europe ), Limited Sucursal en España a que abone a la parte actora la cantidad de 260.000 euros , respecto a la que 200.000 euros corresponden al menor [REDACTED], y 30.000 euros a cada uno de los progenitores demandantes , todo ello con imposición de intereses del artículo 20. 4 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha de siniestro .

No procede hacer especial imposición de las costas procesales causadas .

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2435-0000-04-1187-16 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 07 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2435-0000-04-1187-16

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

**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 a autos. Doy fe.

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.