

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933898

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0014483

Recurso de Apelación 27/2020

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 36 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 157/2018

APELANTE: ASEGURADORAD MEDICA ADESLAS

PROCURADOR: Dña. CONSUELO RODRIGUEZ CHACON

APELADO: Dña.

PROCURADOR: Dña. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

SENTENCIA 191/2020

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMA. SRA. PRESIDENTE:

Dña. GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. PEDRO POZUELO PÉREZ

Dña. MARIA DE LOS ANGELES GARCIA MEDINA

En Madrid, a veintitrés de junio de dos mil veinte.

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre reclamación de cantidad, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 36 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandada ASEGURADORAD MEDICA ADESLAS, representada por la Procuradora Dña. CONSUELO RODRIGUEZ CHACON y de otra, como apelado demandante Dña., representada por la Procuradora Dña. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ seguidos por el trámite de Procedimiento Ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO POZUELO PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 36 de Madrid, en fecha 4 de octubre de 2019, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMANDO la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de Dª., defendida por el Letrado D. Ignacio Martínez García, dirigida frente a SEGURCAIXA ADESLAS, S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Consuelo Rodríguez Chacón y defendida por la Letrado Dª. María Luisa Durán Poblet, debo condenar y CONDENO a la demandada a indemnizar a la actora en la cantidad de SESENTA MIL EUROS (60.000E), más los intereses del artículo 20 de LCS desde la interposición de la demanda y las costas del procedimiento.".

SEGUNDO.- Por la parte demandada se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 16 de junio de 2020.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que los presentes autos y por la representación procesal de Doña Macarena Clavel se interpuso demanda contra la entidad ASEGURADORA MEDICA ADESLAS, en adelante simplemente ADESLAS, en reclamación de cantidad por importe de 60.000 €, derivado de los perjuicios materiales y morales que se le ocasionaron a la demandante como consecuencia de la mala praxis verificada por facultativos adscritos al cuadro médico de

dicha entidad en relación con una operación de un denominado cavernoma, forma de tumor cerebral, y ello por haber tenido que ser intervenida en tres ocasiones para producirse la extirpación de dicho cavernoma, derivando la responsabilidad de la aseguradora en el hecho de que las dos primeras operaciones a pesar de los informes clínicos y médicos que se hicieron, y que indicaban que se había producido una resección total del tumor, este en realidad no haber sido extirpado, lo que originó que la demandante hubiera de someterse a una segunda y posteriormente a una tercera operación de cirugía, para conseguir el éxito de la sanación de sus lesiones.

La aseguradora demandada se personó en autos, contestó la demanda oponiendo toda una suerte de excepciones de carácter procesal y material, y oponiéndose al fondo del asunto, solicitaba una sentencia que, en definitiva, desestimase las pretensiones contenidas en la demanda.

La sentencia de instancia estima la demanda y contra dicha resolución se interpone el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Que la demanda iniciadora de la litis, relataba como antecedentes fácticos de interés y determinantes para el resultado de litigio que la demandada Doña Macarena fue diagnosticada de un cavernoma cerebral en el año 2010, como consecuencia de dicho diagnóstico se le practicó una operación quirúrgica, que se lleva a cabo por Don Francisco Trujillo con fecha 18 de enero de 2011. Según se desprende del informe postquirúrgico, a pesar de haberse informado que se había producido una resección del tumor cerebral, en realidad el cavernoma no había sido extirpado, continuando alojado en la paciente. Con ocasión de esta intervención quirúrgica, y toda vez que en ese momento la asegurada solo tenía un seguro de reembolso la aseguradora demandada abonó correctamente los honorarios profesionales devengados por el médico que la atendió, no se produce reclamación alguna por dicha cirugía.

En el mes de diciembre de 2011 la demandante acudió a la Fundación Jiménez Díaz, como consecuencia de determinados problemas endocrinológicos, acaecidos en el mes de septiembre de 2011, y ante tales hechos se le solicita una resonancia magnética realizada en el Ruber internacional, que es informada como cambios postquirúrgicos en el lóbulo frontal derecho con pequeño resto de no más de 6 mm. En estas circunstancias Doña Macarena acude a la fundación Jiménez Díaz en diciembre de 2011 donde se le practicaron una resonancia magnética, que informada por la doctora Montoya, establece literalmente: “se compara con resonancia magnética previa con fecha 14-12-2010. Lesión focal única de 8 mm en región subcortical fronto basal derecha compatible con cavernoma, sin cambios respecto resonancia magnética previa se localiza adyacente y en región antero inferior al hecho quirúrgico”.

De acuerdo con tales hallazgos con fecha 4 de enero de 2012, la demandante fue operada por el doctor Campos en cuyo informe, postquirúrgico comenta la extirpación aparentemente completa de la lesión que se remite para estudio histopatológico.

Practicadas varias resonancias magnéticas de control , una con fecha 30 de enero de 2012, otra con fecha 20 de febrero de 2012 y otra con fecha 19 de julio de 2012 y otra en la Fundación Jiménez Díaz el 9 de abril de 2013, informada por la Señora Montoya. Se viene apreciando una imagen abigarrada de 8 mm, resonancia de 30 de enero de 2012, una imagen de 5 mm en la resonancia de 19 de julio de 2012 y por fin en la resonancia realizada el día 9 de abril de 2013 informada también por la Doctora Montoya muestra lesión de 8 mm en el mismo lugar del cavernoma, indicando que no se ha modificado respecto al control previo.

Con fecha 4 de junio de 2013 se practicó una nueva resonancia magnética, esta vez en el hospital Ruber Internacional, informándose por parte del Doctor Linera que ya informó la previa resonancia realizada el 20 de febrero de 2012, y la vuelve a identificar como una imagen de 5 mm sugestiva de restos de cavernoma, sin modificaciones con estudio previo.

Por último se practicó una última resonancia magnética con fecha 30 de enero de 2014, en el hospital Nuestra Señora del Rosario en Madrid, siendo informada por el Doctor Riaño como imagen de unos 7 mm correspondientes al cavernoma diagnosticado con anterioridad y sin modificaciones con respecto a los estudios anteriores desde el 2010.

A la vista de tales antecedentes y tales pruebas diagnósticas la paciente es intervenida finalmente por el neurocirujano Doctor García Sola el 11 de marzo de 2014.

La anterior secuencia cronológica, no es discutida de manera esencial por la parte demandada, sino que a diferencia de lo que ocurre con la parte actora, estima que de ella no se deriva ninguna mala praxis, ninguna responsabilidad de la aseguradora, y ello por entender, en lo que se refiere a los hechos y a su consideración médica, que por parte del facultativo Señor Campos, ya fallecido, no se había producido una infracción de la lex artis, y en definitiva las resonancias magnéticas no determinaban la inutilidad del tratamiento practicado o de la operación realizada, y que en cualquier caso dada las circunstancias de la lesión que padecía la demandante, un cavernoma, y dadas las circunstancias del mismo se trataba de una lesión dinámica y susceptible de cambios a lo largo del tiempo, alegando que las resonancias magnéticas aportadas, y en general este tipo de pruebas con estos tumores, son de difícil interpretación, y en el caso se actuó de acuerdo con una praxis correcta estableciendo los controles correspondientes.

TERCERO.- Que entrando ya en los concretos motivos de apelación alegados por la entidad demandada, la misma establece como primer motivo de su recurso la reproducción de petición de notificación de pendencia del proceso conforme al artículo 150 de la LEC a las personas y entidades que se dicen, concretamente el hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, la doctora Doña Julia Montoya y el Doctor José Ramón Fuertes Allen. En relación con dicha petición, se promueve además una supuesta falta de legitimación pasiva de la sociedad demandada, y además y en segundo término se alega como excepción de carácter procesal y de contenido material la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, entendiendo que debieron ser traídos al procedimiento no sólo el Centro médico sino también los profesionales que intervinieron en la segunda operación que se le practicó a la demandante, es decir las mismas personas de las que se pide su llamada al proceso.

Los motivos y los argumentos deben ser desestimados. En efecto, la llamada en causa viene recogida en el artículo 14 de la LEC que dispone:

1. En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes.

2. Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas:

1.^a El demandado solicitará del tribunal que sea notificada al tercero la pendencia del juicio. La solicitud deberá presentarse dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda.

2.^a El letrado de la Administración de Justicia ordenará la interrupción del plazo para contestar a la demanda con efectos desde el día en que se presentó la solicitud, y acordará oír al demandante en el plazo de diez días, resolviendo el tribunal mediante auto lo que proceda.

3.^a El plazo concedido al demandado para contestar a la demanda se reanuda con la notificación al demandado de la desestimación de su petición o, si es estimada, con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido a este último para contestar a la demanda.

4.^a Si comparecido el tercero, el demandado considerase que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18.

5.^a Caso de que en la sentencia resultase absuelto el tercero, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del artículo 394.

Esta intervención provocada tiene un campo de actuación bastante escaso, concretamente se reduce en los casos de la llamada del usufructuario al propietario del artículo 511 del Código Civil, el supuesto del artículo 1084 llamada a los coherederos no demandados, el supuesto de los artículos 1481 a 1482 llamada del comprador al vendedor para saneamiento por evicción, y el supuesto del 1553 llamada del arrendatario al propietario en los casos previstos. Además también se ha articulado la llamadas al procedimiento los supuestos de la LOE.

Evidentemente no estamos en el caso de ninguno estos artículos, y por otra parte la cita del artículo 150 resulta inocuo, pues dicho precepto se prevé para el caso de que ya exista un tercer interviniente. En cualquier caso, las presentes alegaciones, no puede menos que estudiarse en conjunción con la denunciada de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que es lo que realmente se pretende denunciar en el procedimiento, y en la circunstancia de que por razón de las acciones ejercitadas, la tutela judicial efectiva solamente puede hacerse frente a determinadas personas y todas ellas deben ser llamadas a la litis

Entrando pues en la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, y en una suerte de falta de legitimación pasiva de la recurrente, entendiendo que los únicos demandados deberían haber sido los médicos intervinientes y en su caso el centro sanitario, el motivo y el argumento debe ser desestimados.

En efecto la demandante basa su demanda en la concertación del seguro denominado de asistencia sanitaria, que no de reembolso de gastos, por medio del cual la entidad recurrente asumió además del pago de los gastos médicos la prestación de la asistencia sanitaria por medio de los facultativos y por medio de las Clínicas u Hospitales con los que tuviera concertos, que son precisamente los que ha utilizado la demandante. Es obvio que para poder determinar la responsabilidad de la aseguradora, de ordinario es preciso que con carácter previo se pueda declarar la responsabilidad o se pueda actuar sobre la responsabilidad que hayan podido incurrir tanto los médicos o facultativos dependientes del cuadro médico o elegidos por la demandante dentro de los que se le proporcionan, o de las propias entidades con la que se tienen concertos de prestación de servicios.

Dice la STS de 4 junio 2009 lo siguiente: "*...La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señala*

la sentencia de 4 de diciembre de 2007, ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso:

(a) Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV C. La existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos supuestos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12 febrero 1990 ; 10 de noviembre de 1999). El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, supone que en principio responde por sí mismo -siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad-, por lo que en alguna de estas sentencias se contempla algún elemento adicional, como el hecho de la elección directa del médico por la aseguradora.

(b) Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 ; 17 de noviembre de 2004), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos".

(c) Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (STS 2 de noviembre 1999 : el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la STS de 4 de octubre de 2004 , en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo). En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en

consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

(d) Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (STS 2 de noviembre de 1999).

Este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las disposiciones del Código Civil que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extracontractual. La sentencia de 21 de junio de 2006 parte del hecho de que la comadrona estaba incluida en el cuadro facultativo de la aseguradora, y otras, más numerosas, de las Audiencias Provinciales, suelen considerar suficiente la inclusión del facultativo en el cuadro médico de la aseguradora para inferir la existencia de responsabilidad por parte de ésta derivada de la culpa in eligiendo. Resulta indudable que el examen de las circunstancias de cada caso concreto es ineludible para concretar si la inclusión en el cuadro médico comporta el establecimiento de una relación de dependencia o auxilio contractual con la aseguradora.

*(e) Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007).*

En el caso enjuiciado, pese a una aparente ambigüedad en la determinación jurídica de la condena (se dice, de un lado, que puede ser discutible la responsabilidad de la empresa de seguros respecto de la actuación del médico y del propio concepto de dependencia, y admite, de otro su responsabilidad desde el "funcionamiento empresarial actual de la responsabilidad de la empresa por la prestación del servicio"), la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual y contractual, llegándose a la condena por vía del artículo 1903 CC a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y el médico demandado, por razón de la relación entre uno y otro, ya que la entidad aseguradora no actúa como simple intermediario entre el médico y el asegurado, sino que garantiza el servicio, dándose la necesaria relación de dependencia entre uno y otra bien sea por vínculos laborales, bien por razón de contrato de arrendamiento de servicios profesionales que pone a disposición de su asegurado-cliente."

En este sentido y en un caso similar al presente la SAP Madrid, Sección 21, de fecha 17 de junio 2016, establece:

El primero de los motivos del recurso viene a reproducir la excepción de falta de legitimación pasiva de Sanitas S.A. de Seguros. No puede estimarse la falta de legitimación pasiva de la entidad aseguradora, por cuanto la póliza del contrato de seguro suscrito por la demandante con la aseguradora Sanitas, tal y como ambas partes mantienen en sus escritos, tiene por objeto proporcionar al Asegurado la asistencia sanitaria y, con carácter general, intervenciones quirúrgicas, realizadas exclusivamente por los servicios que la entidad Aseguradora designe, siendo necesaria la prescripción escrita de un médico concertado de la Entidad Aseguradora - Cláusula II Contrato de seguro que por Diligencias Preliminares, como anexo III es aportado con la demanda -. Por lo tanto, en principio, no puede excluirse su responsabilidad por la mala praxis de los facultativos o de los Centros Médicos concertados, como se establece por la jurisprudencia; así, la STS 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5004) , citada erróneamente por la apelada en su escrito de oposición como de fecha 13 de julio, "La responsabilidad de las entidades de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señalan las sentencias de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 251) y 4 de junio de 2009 (RJ 2009, 3380), ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso, uno de ellos el que resulta de la relación de contrato que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente,

que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6066) ; 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238)), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e igualas no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos". Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios entre los codemandados estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC (LEG 1889, 27) , caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo, como sucede en este caso en el que, en el ámbito de esta relación, ha quedado probado la producción del resultado lesivo por una defectuosa prestación del servicio por personal perteneciente al cuadro médico de la aseguradora" y la STS 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7988) "Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC , caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo".

Efectivamente, tal y como ya señalaba la resolución de instancia, la parte actora funda su reclamación frente a la hoy recurrente en el ejercicio de una responsabilidad contractual en base al contrato de seguro, suscrito entre las partes en fecha de 12 de julio de 2001, y aportado como doc. num. 3 de la demanda, y es este contrato el que confiere la legitimación pasiva a SANITAS, que ahora esta niega. De otro lado, el hecho de que la demandada firmara un contrato de arrendamiento de servicios profesionales con el Dr. Leon, en mayo de 1977 y, a su vez, otro contrato de arrendamiento de servicios con la clínica La Milagrosa, en junio de 2003, supuso el planteamiento de una excepción de litisconsorcio pasivo necesario, correctamente desestimada por el Juzgador de Instancia en el acto de la Audiencia Previa, pero olvida el recurrente el ámbito de solidaridad de la responsabilidad que nos ocupa, solidaridad que excluye el

litisconsorcio pasivo (1.144 CC), ello sin perjuicio de las acciones que puedan asistir a la aseguradora, frente al facultativo que prestó la asistencia médica en el ámbito de las relaciones internas entre ellos, o frente a la Clínica lo cual no excluye que Sanitas, S.A. esté legitimada pasivamente para soportar la acción entablada en su contra, legitimación pasiva que con acierto fue apreciada en la Sentencia.

Supuesto en todo extrapolable al caso de autos, en donde prácticamente sólo cambia el nombre de la aseguradora médica o compañía de prestación de servicios de salud, por lo que habiéndose actuado contra la aseguradora médica, en base al contrato de seguro aportado los autos no procedería la llamada a los supuestos responsables ex artículo 1902 o 1903, pues en dichos supuestos es conocida la doctrina jurisprudencial que excluye el litis consorcio pasivo en los casos de responsabilidades solidarias

En el caso y según consta en la póliza aportada autos el objeto del seguro es un seguro mixto de reembolso de gastos sanitarios y de prestación de asistencia médica a través del cuadro médico de la aseguradora. En su modalidad reembolso de gastos sanitarios se produce cuando el asegurado acude para recibir asistencia sanitaria a médicos y o centros ajenos a los cuadros médicos de la aseguradora y del artículo tercero apartado B de las condiciones generales cuando habla de la modalidad segunda, prestación de asistencia sanitaria, el asegurado tiene derecho a recibir asistencia cubierta por la póliza de los médicos y centros concertados que figuren en los cuadros de la aseguradora. El pago de la asistencia recibida dentro esta modalidad corre íntegramente a cargo de la aseguradora que abonará su importe directamente a los facultativos y centros que lo hubieran prestado, debiendo el asegurado utilizar para retribuir el acto el medio de pago que su compañía le indique.

De todo ello se desprende la inutilidad de la excepción de falta litis consorcio pasivo necesario, en primer término porque si se entiende que se trata de una acción exclusivamente contractual, en base al contrato de seguro existente entre las partes delimitada por el artículo 105 de la ley correspondiente, es evidente que difícilmente puede decirse que estén interesados en dicha acción las personas que se citan como supuestos litisconsortes. Pero es que si se entendiera que la actuación de los mismos lo sería como parte de una relación de dependencia más o menos funcional con la compañía aseguradora, en la medida en que la actuación de los mismo se fundase en un contrato de prestación de servicios acordado con la compañía o bien en un contrato arrendamiento de servicios, lo cierto y verdad es que tal actuación les colocaría en la órbita de la relación de dependencia del artículo 1903 del Código Civil o en el principio y el ámbito de apariencia al que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo citada ut supra y por lo tanto en este

supuesto tampoco sería necesario la llamada de dichas personas al litigio, toda vez que la responsabilidad sería solidaria.

Por todo ello también resultan inocuas la llamada en causa a terceros, y la falta de legitimación pasiva que subrepticamente se introduce dentro de los alegatos examinados con anterioridad

TERCERO.- Que por lo que hace la supuesta aplicación indebida de una llamada responsabilidad objetiva, lo cierto y verdad es que el argumento no puede prosperar ni ser atendido. En efecto, lo que se está cuestionando en autos es la responsabilidad de la compañía aseguradora en relación de las prestaciones asumidas contractualmente que no son otras, como se ha dicho antes que recibir asistencia sanitaria cubierta por la póliza a cargo de los médicos y centros concertados que figuren en las listas correspondientes. Desde luego como es sabido la responsabilidad de la aseguradora se produce siempre que exista algún tipo de responsabilidad por parte de aquellas personas a las que de alguna manera bien por vía contractual bien por otra vía hayan realizado la asistencia sanitaria a los asegurados que hayan concertado este tipo de pólizas.

En este sentido, es normal que para determinar la responsabilidad de la aseguradora, en un seguro de salud, se parta previamente y con carácter previo a determinar la posible responsabilidad en que hayan podido incurrir los profesionales, o bien los hospitales o centros que tengan algún tipo de concierto con la aseguradora, bien sea esta desde la derivada como lo habitual, de una mala prestación de la *lex artis ad hoc*, o bien del incumplimiento por parte de un centro sanitario y derivada del incumplimiento de los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos -actividad médica propiamente dicha sometida a la infracción de la *lex artis ad hoc*.

Pero es que, en cualquier caso la distinción se torna fuera desde el punto y hora en que la sentencia de instancia en el fundamento de derecho Quinto de su muy motivada sentencia no atribuye la responsabilidad de la apelante desde las bases de una responsabilidad objetiva, sino desde la infracción de la *lex artis* y la relación de causa efecto entre la acción y omisión y el daño producido, aplicando la preceptiva de la responsabilidad médica que exige que se haya acreditado el incumplimiento por parte de los médicos intervinientes de la *lex artis ad hoc*, y es precisamente la acreditación de esa previa infracción de la *lex artis* por parte de los facultativos que intervinieron a la demandante, la que determina por extensión la responsabilidad de la aseguradora, en realidad compañía de prestación de servicios médicos, en cuanto garante de la atención sanitaria que se le había prestado a la demandante y además en cuanto deudora de la prestación propia del seguro de asistencia

sanitaria que se había visto incorrectamente realizado. Por ello el motivo se desestima.

CUARTO.- Que despejadas las cuestiones procedimentales la parte recurrente y sobre el fondo de la litis se alega un error en la valoración de la prueba, lo que le ha llevado a la juzgadora de instancia a conclusiones erróneas en relación con la responsabilidad de los médicos intervinientes en la operación y posteriores imágenes diagnósticas, entendiendo la recurrente que no había quedado acreditada que la actuación de los profesionales de la Fundación Jiménez Díaz hubiese sido contrario a la *lex artis*.

El motivo y el argumento que lo sostiene deben ser desestimados.

Respecto a la responsabilidad médica, debemos recordar la reiterada doctrina según la cual en el ámbito de la responsabilidad del profesional de la medicina ha de descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, debiendo quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o sin sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo, y en definitiva con vulneración de la "*lex artis ad hoc*", de forma que se demuestre la culpa o la falta de diligencia del profesional sanitario (SS TS 13 julio 1987, 7 febrero 1990, 15 febrero 1995, 16 diciembre 1997, 23 marzo 2001, 24 noviembre 2005, 14 febrero 2007, 10 junio 2008, 20 noviembre 2009, 10 diciembre 2010 y 17 junio 2015), atendiendo a la distinción doctrinal entre la medicina voluntaria, de satisfacción o perfectiva, en la cual la obligación del médico no es tanto de medios como de resultado y se admite una excepción a la no inversión de la carga probatoria (SS TS 19 febrero 1998, 28 junio 1999, 11 diciembre 2001 y 4 febrero 2002), por más sus actos no comporten por sí la garantía del resultado perseguido, de modo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico al paciente cuando así resulte de los hechos probados (SS TS 25 abril 1994, 11 febrero 1997, 21 octubre 2005, 23 mayo 2007, 7 mayo 2014 y 17 junio 2015), y la medicina propiamente curativa o asistencial, que tiene por objeto curar al paciente que presenta una determinada patología o alteración de la salud, a través de una actuación diligente para la consecución del resultado, como obligación de medios vinculada a la *lex artis*, que no permite garantizar un resultado concreto, pero sí obliga a poner a disposición del paciente los medios adecuados, y comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención (SS TS 21 marzo 1950, 25 abril 1994, 11 diciembre 1997, 28 junio 1999, 5 febrero

2001, 22 julio 2003, 21 octubre 2005, 4 octubre 2006, 26 abril 2007, 20 noviembre 2009, 3 marzo 2010, 19 julio 2013, 7 mayo 2014 y 17 junio 2015).

Por otra parte, y sobre la prueba de la relación causal en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del art.1902 del CC, la jurisprudencia ha señalado que la relación causal debe ser la base para apreciar la culpa del agente, y que la demostración, tanto de la existencia de la causalidad como de su adecuación o suficiencia, incumbe al demandante, para lo que es necesaria una prueba terminante, exigiéndose una certeza probatoria aunque sea indiciaria, acerca del "cómo y el porqué" del hecho, que permita atribuir causalmente al demandado el resultado dañoso, puesto que la inversión de la carga probatoria, la teoría del riesgo, o la objetivación de la responsabilidad no operan en la esfera de la causalidad, de modo que el nexo causal ha de ser siempre probado, incluso ante supuestos de responsabilidad basada en el riesgo, pues la objetivación se refiere en tales casos a la culpa pero no a la relación de causalidad (SS TS 14 febrero 1985, 17 diciembre 1988, 27 octubre 1990, 23 septiembre 1991, 3 noviembre 1993, 3 mayo 1995, 4 febrero 1997, 4 julio 1998, 31 julio 1999, 30 junio 2000, 29 junio 2001, 25 julio 2002, 20 febrero 2003, 28 septiembre 2006, 19 febrero 2009 y 31 mayo 2011), aunque en determinados casos se admite la posibilidad de que la falta de certeza absoluta se resuelva mediante un juicio o apreciación de "probabilidad cualificada", según las circunstancias concurrentes, sin que se proporcione una hipótesis alternativa de similar intensidad (SS TS 30 noviembre 2001, 29 abril 2002, 16 abril 2003, 7 octubre 2004, 18 mayo 2007, 17 febrero 2009 y 25 octubre 2011). Para comprobar la existencia de una relación causal jurídicamente relevante en el ámbito de la responsabilidad extracontractual no basta la mera conexión material o física entre la conducta supuestamente negligente y el daño, sino que es preciso realizar un posterior juicio de imputación que determine la causalidad jurídica o la adecuación entre acción y resultado (SS TS 11 marzo 1988, 27 octubre 1990, 19 diciembre 1992, 13 febrero 1993, 4 julio 1998, 27 septiembre 1999, 20 febrero 2003, 17 mayo 2007, 9 octubre 2008, 15 diciembre 2010 y 4 junio 2014). Para ello, hay que acudir a los criterios doctrinales imperantes en la materia, como son el de la causalidad adecuada, que contempla como jurídicamente relevantes sólo aquellos factores causales, entre los que materialmente hayan podido concurrir a la generación del daño, que tengan eficacia o aptitud natural y determinante para producir el resultado, el cual aparece así como consecuencia necesaria de la conducta del agente, y atender también a los criterios de previsibilidad objetiva del resultado o de falta de la diligencia debida en el sujeto, así como a los derivados de la imputación objetiva, que introduce por un lado un elemento de predecibilidad del daño en el momento de actuar, y por otro de creación o incremento de un riesgo no permitido que obtiene realización efectiva en esa consecuencia lesiva, de manera que de algún modo el riesgo implícito en la acción u omisión

imprudente se realice en el resultado, el cual debe producirse como consecuencia directa de ese riesgo y no por otras causas ajenas o independientes del actuar peligroso.

En realidad, el motivo se extiende más que a relacionar los criterios de imputación de responsabilidad en los casos de intervención de profesionales sanitarios, que son los que se han expuesto con anterioridad, en una supuesta errónea valoración de la prueba, concretamente la abundante prueba pericial, y testifical pericial practicada en el acto del juicio.

A la vista de las consideraciones que se hacen en el motivo que se exponen, supuesto error en la valoración de la prueba, esencialmente de la prueba testifical y pericial, que llevaría a la juzgadora a conclusiones erróneas, no puede menos que hacerse constar una serie de matizaciones acerca de la valoración general de la prueba y concretamente la prueba pericial que son por otra parte conocidas y casi notorias en el ámbito que nos encontramos.

Así, una constante jurisprudencia tiene declarado que la prueba pericial es de apreciación libre y no tasada, susceptible de ser valorada por el tribunal según su prudente arbitrio, sin que existan normas preestablecidas que ordenen su valoración. El único criterio legal de apreciación de la prueba pericial lo constituyen las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC), las cuales no se encuentran codificadas o recogidas en precepto alguno debiendo ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica (SS TS 7 enero 1991, 20 febrero 1992, 13 octubre 1994, 1 julio 1996, 30 diciembre 1997, 15 julio 1999, 14 octubre 2000, 13 noviembre 2001, 20 febrero 2003, 28 octubre 2005, 27 febrero 2006 y 2 noviembre 2012). De ahí que la impugnación y consiguiente revisión judicial de la aplicación de estas reglas sólo sea posible de manera excepcional por haberse llevado a cabo prescindiendo de forma flagrante de las reglas de la sana crítica (SS TS 9 febrero 2006, 16 diciembre 2009, 9 marzo 2010, 18 julio 2011, 14 marzo 2013 y 29 mayo 2014), esto es, cuando en las apreciaciones de los peritos o en la valoración judicial: se incurra en un error esencial, patente o notorio; se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica; se adopten criterios desorbitados o irracionales; se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falseen de modo arbitrario sus dictados, se omitan datos o conceptos relevantes de su informe, o se aparten de su propio contexto; y se realicen apreciaciones arbitrarias y contrarias a las reglas de la común experiencia (SS TS 7 enero 1991, 20 febrero 1992, 13 octubre 1994, 28 enero 1995, 30 diciembre 1997, 28 junio 2001, 8 febrero 2002, 20 febrero 2003, 30 noviembre 2004, 29 abril 2005, 27 febrero 2006, 9 marzo 2010 y 29 mayo 2014). Además, cuando nos encontramos con dictámenes contradictorios o dispares entre sí, esta interpretación no está reñida con la necesidad de ponderar en su apreciación judicial una serie de

circunstancias, tales como: la cualificación profesional, el método empleado e incluso la imparcialidad o vinculación con las partes de cada perito, a fin de decidir cuál ha de ser el más relevante en la valoración propuesta.

Por otra parte es doctrina más que conocida que la valoración de las pruebas es función encomendada a los juzgadores de instancia, a cuyas conclusiones deberá atenerse salvo que las mismas resulten arbitrarias, ilógicas o completamente faltas de racionalidad. Así se pronuncia, entre otras, la SAP La Rioja de 5 de julio de 2007 y en el mismo sentido la de 19 diciembre 2008: “.....Es a los jueces y no a las partes a los que les incumbe el proceso valorativo de las pruebas y, dentro de las facultades concedidas al efecto a Jueces y Tribunales, éstos pueden conceder distinto valor a los medios probatorios puestos a disposición e incluso optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos. Es un principio consolidado en nuestra doctrina jurisprudencial el de inmediación con que cuenta el juzgador de instancia respecto de la prueba practicada, que determina la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (SSTS de 1 de marzo de 1994, entre otras).”

En este mismo sentido, la STS de 1 de septiembre de 2006 señala: es posible que "dentro de las facultades que se conceden a jueces y tribunales de instancia den diferente valor a los medios probatorios puestos a su alcance, e, incluso, optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos.....”.

Por ello concluye la sentencia la SAP de Rioja de 1 de septiembre de 2012, que es inadmisibile "...sustituir la valoración objetiva realizada por ésta por la suya de parte interesada, lo cual está vedado, pues el llamado objetivamente a valorar la prueba, bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción, conforme a las reglas de la sana crítica es el Juzgador. Como se ha reiterado en muchas ocasiones por esta Audiencia (entre otras, SSAP La Rioja de 5 de julio de 2007 , de 2 de septiembre de 2008 , de 22 de octubre de 2009 , de 30 de abril de 2010 y de 20 de octubre de 2010), es a los Jueces y no a las partes a los que les incumbe el proceso valorativo de las pruebas y, dentro de las facultades concedidas al efecto a Jueces y Tribunales, éstos pueden conceder distinto valor a los medios probatorios puestos a disposición e incluso optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos. Es un principio consolidado en nuestra doctrina jurisprudencial el de inmediación con que cuenta el juzgador de instancia respecto de la prueba practicada, que determina la prevalencia de la valoración de las pruebas que realizan los órganos judiciales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS de 1 de marzo de 1994 y de 3 de julio de 1995, entre otras).”

Así, en sede de apelación se ha pronunciado la jurisprudencia menor con abundantes declaraciones del tenor siguiente: " Este Tribunal, en numerosas ocasiones precedentes (SSAP Castellón, Secc. 1ª, Núm. 558 de 13 Nov. 2.000), Núm. 256 de 15 Jun. 2.001 y Núm. 310 de 18 Jul. 2.001 , entre otras muchas), ha venido sosteniendo que la valoración de las pruebas es una facultad reservada a los órganos de instancia, sin perjuicio de que se demuestre que las conclusiones extraídas por el Juzgador de su análisis de las pruebas resulten arbitrarias, absurdas o contrarias a las reglas de la experiencia , en cuyo caso este Tribunal, por la propia naturaleza del recurso de apelación, tiene competencia para revocar, adicionar, suplir o enmendar la sentencia inferior, dictando al respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, a excepción de aquellos aspectos en los que, por conformidad o allanamiento de las partes, algún punto litigioso hubiera quedado firme y no es, por consiguiente, recurrido, el que debe ser tenido por firme y no poder volver a ser considerado y resuelto por otra sentencia de apelación. En este sentido, debe tenerse en cuenta que prevalece la valoración que de las pruebas realicen los órganos judiciales por ser más objetiva que la de las partes, dada la subjetividad de éstas por razón de defender sus particulares intereses, a las que está vedada toda pretensión tendente a sustituir el criterio objetivo de los jueces por el suyo propio (SSTS, Sala 1ª, de 1 Mar. 1.994 y de 3 Jul. 1.995 , entre otras)" (sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 5 de enero de 2009 y, en similar sentido entre otras muchas, la de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20), de 8 febrero de 2007 y la de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21), de 20 enero de 2006.

QUINTO.- Pues bien, aplicando las anteriores consideraciones al supuesto que hoy ocupa la atención de la Sala, resulta evidente que debe confirmarse la acertada y objetiva valoración de la prueba que hace la juzgadora de instancia, cuyas acertadas conclusiones no quedan desvirtuadas por las manifestaciones que se vierten en el recurso.

La sentencia realiza una correcta y adecuada valoración de la prueba, que se plasma en el fundamento de derecho Quinto de su sentencia, en donde después de examinar la documental y las testificales y periciales practicadas a su presencia, y concretamente haciendo especial hincapié en la testifical pericial del Doctor García Sola, que fue el médico que operó por tercera vez a la paciente y que al final consigue la resección completa del cavernoma, y del resto de las periciales practicadas concluye, en el inciso final del fundamento de derecho Quinto, que sin duda la demandante precisó de una tercera operación para resección completa del cavernoma, lo que lleva derivada la responsabilidad al equipo quirúrgico que la atendieron en la segunda operación, por entender que realmente no se había producido la resección completa el mismo.

Pues bien después de haber visionado la sala el soporte magnético donde se contienen las declaraciones testimoniales y periciales, no puede menos esta Sala que hacer suyas las acertadas conclusiones y manifestaciones que se contienen en el fundamento de derecho Quinto que acabamos de comentar.

En efecto no es un hecho discutido que la paciente precisó de tres operaciones para conseguir que se extirpase una malformación que presentaba el cerebro, concretamente un cavernoma cuyas datos histológicos han quedado plenamente acreditados.

Por lo que hace a la segunda de las operaciones que es concretamente la que es objeto de examen en el presente litigio, el testimonio del Doctor García Sola se presenta como sólido y fiable, teniendo en cuenta, además, que de todos los médicos intervinientes fue el único que precisamente examinó concretamente el estado del cavernoma y el estado físico de la paciente puesto que fue el médico que la operó por tercera vez. Pues bien, del testimonio de dicho médico se desprende que efectivamente en las anteriores intervenciones el cavernoma no había sido extraído. Es verdad que en algunas de sus intervenciones el médico intentó restar responsabilidad a los cirujanos que le habían precedido, haciendo algunas manifestaciones como que se apreciaba que había signos de cirugía anterior, y se apreciaba que había llegado hasta un determinado punto, pero no más allá, pero en cualquier caso su testimonio fue rotundo en el sentido de que no se había producido una resección completa al cavernoma en las anteriores intervenciones quirúrgicas. Es más, a preguntas de su Señoría y ante la posibilidad de que lo existente no fuese el mismo tumor o cavernoma que había sufrido la paciente con anterioridad, sino que se hubiese producido una recidiva, el cirujano fue absolutamente rotundo diciendo que ese tipo de tumores realmente no tenían esa facultad de reproducirse y mucho menos en un espacio de tiempo tan corto y con una extensión exactamente igual a la que se había medido en anteriores diagnósticos por imagen.

A iguales criterios y conclusiones llega entre otros el testimonio de la Doctora Quiñones, quien fue clara y paladina al afirmar que realmente del examen de las imágenes diagnósticas que obraban en autos, se apreciaba que el cavernoma a pesar de haber sido diagnosticado no había sido extirpado ni reseccionado totalmente, y que las posibles diferencias que existían entre las distintas imágenes, no eran tales sino simplemente diferencias que tenían que ver con la fiabilidad y precisión de los aparatos que se habían utilizado para hacer las mediciones, pero que ello no significaba que el tumor hubiese cambiado o hubiese tenido una recidiva. Igualmente se mostró concluyente en el sentido de que de las distintas imágenes radiológicas se apreciaba que el cavernoma no había sido extirpado en su totalidad.

Ante tales afirmaciones no pueden prosperar las alegaciones que se vierten en el recurso. Realmente la parte recurrente lo que intenta es pura y simplemente hacer en interpretación “pro domo sua” de las pruebas obrantes en autos, concretamente los informes periciales y de la documentación que se aportó, para estimar que realmente de las pruebas obrantes en autos se derivaba la falta de responsabilidad de los facultativos que habían intervenido en la anterior operación, conclusiones que son totalmente contrarias a las expuestas por la juzgadora de instancia, y que lo único que pretenden es tratar de imponer su propia y particular valoración de los elementos probatorios practicados en el juicio, frente a la valoración realizada por la juzgadora de instancia, siendo así que como se ha dicho con anterioridad debe ser preferida la valoración que hacen los juzgadores, debido a su mayor objetividad, imparcialidad, y además al no haberse acreditado en ningún momento que la valoración de las pruebas realizada por la juzgadora sea arbitraria, ilógica o completamente carente de raciocinio. En ese sentido las conclusiones a las que llega la apelante, después de su particular valoración de la prueba, incurren en lo que se denomina hacer supuesto la cuestión que consiste, como expone la STS de 26 de marzo de 2007: “.....en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida (SSTS 20-2-92, 6-11-92, 12-11-92, 2-12-93, 29-12-98, 28-9-99 y 5-7-2000) o, lo que es lo mismo, no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia (SSTS 15-11-95 y 24-3-95) o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquellos (SSTS 25-2-95, 30-5-95 y 14-7-97), todo ello sin haber desvirtuado previamente la base fáctica de la sentencia recurrida con cita de norma de valoración de prueba que contenga regla legal tasada, que se considere como infringida con exposición de la nueva resultancia probatoria (cfr. SSTS 2-9-96, 25-2-97, 6-5-97, 15-6-98, 1-3-99, 7-6-99, 26-4-2000, 9-10-2000 y 2-3-2001).

De todo ello se desprende que se produjo una actuación no conforme con la *lex artis* médica por parte de los facultativos que intervinieron con anterioridad a la paciente, aun cuando pueda ser cierto que dada las características del cavernoma, y aun cuando pueda ser cierto que se trataba o que podía tratarse de una operación difícil y compleja y que en algún momento el médico que intervino no quiso llegar más allá, como vino a decir gráficamente el Doctor García Sola, sin embargo lo cierto y verdad es que lejos de manifestar a la paciente que había podido quedar restos de un cavernoma y que de hecho aparecían muestras de imágenes diagnósticas que así lo suponían, se le dio a la paciente un juicio clínico de que el cavernoma había sido completamente extirpado, y que simplemente la radiología y las imágenes de radiodiagnóstico que se realizaban en el supuesto más de control, siendo así que como se desprende de la testifical del Señor García Sola, el cavernoma no

sólo no se extirpó en su totalidad, sino que quedaba prácticamente intacto, puesto que el tamaño del mismo era prácticamente idéntico al que aparecían en imágenes diagnósticas anteriores no sólo a la tercera sino la segunda operación.

Por todo ello deben mantenerse las acertadas conclusiones a las que llegó la juzgadora en su sentencia.

SEXTO.- Que la parte recurrente discrepa también de la cuantía de indemnización concedida en la sentencia que la tacha de desproporcionada. Desde luego el motivo y el argumento que lo sostienen no pueden prosperar ni ser atendidos. En efecto en autos consta un informe de valoración del daño corporal emitido por la Doctora Arias Sanabria, que llega unas conclusiones muy cercanas a la cantidad establecida en la sentencia.

Se indica en el recurso que la propia demanda hacía referencia a que no se iba a aplicar para la valoración del perjuicio el baremo del daño corporal de los accidentes de tráfico, razones por las que, dice la recurrente, la misma no presentó ninguna pericial contradictoria.

Desde luego los motivos no pueden ser aceptados. El hecho de que la demandada no haya solicitado ninguna pericial contradictoria o no haya aportado ninguna, es algo que solamente ella le compete, mucho más cuando además dada su condición de aseguradora sanitaria tiene su disposición un variado elenco de profesionales que podrían haber realizado una pericial si fuera el caso que le interesase.

En segundo término, se indica que la valoración resulta desproporcionada y que, incluso acudiendo al baremo de indemnización por los accidentes de tráfico, se darían las cantidades que no se contemplaría en dicho baremo. Desde luego el motivo no puede ser compartido, y mucho menos los cálculos que hace la parte en su recurso, que difiere notablemente de los cálculos matemáticos que hace el anexo del informe pericial aportado por la Señora Arias, que en ningún momento califica los daños como desproporcionado, sino que les aplica unas puntuaciones de 71,84 euros por día de asistencia hospitalaria, y de 58,41 y 31,43 euros por los días impeditivos y no impeditivos.

Por otra parte, parece un hecho cierto que la demandada no terminó de curar de sus lesiones sino hasta que se le dio de alta con motivo de la segunda a la tercera operación que se le practicó, segunda en el orden temporal de este litigio. Desde luego no consta que en el interin la demandada se haya podido dedicar a sus ocupaciones habituales, que haya podido realizar su vida normal, habiendo debido de someterse a una tercera operación quirúrgica.

Por otra parte si no se acudiera a los índices de baremo, habría que calcular el daño moral inherente a la zozobra, la angustia, sensación anímica de

inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS. 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente etc., que son normalmente los constitutivos del daño moral, y que sin duda en este caso se habían producido, pues no cabe la menor duda que la situación de la paciente, una persona joven de apenas 20 años de edad que se ha visto sometida a tratamiento quirúrgico para extirpar un cavernoma del lóbulo frontal, que se ve sometido a una segunda intervención quirúrgica y a una tercera intervención quirúrgica debiendo arrostrar una intervención a pesar de que se había manifestado se había realizado la resección del tumor original, es evidente que se ha visto sometido a los padecimientos psíquicos y a un trastorno de ansiedad, que en el caso de no haber acudido al baremo debería de haberse valorado y posiblemente en una cantidad incluso superior a la que se reclama.

Por otra parte la cantidad que se concede en la sentencia no deja de ser simplemente un mero redondeo de la cantidad concedida por la perito en aplicación del baremo pues apenas lo supera en menos de 1000 € y por otra parte no se hace constar en el informe que se acompaña la indemnización por haberse sometido a diversas operaciones quirúrgicas, al menos una, que habría hecho que la valoración de los daños hubiese sido incluso superior. Por ello el motivo se desestima.

SÉPTIMO.- A continuación la entidad recurrente vuelve a explayarse sobre una cuestión que ya ha sido resuelta de manera más o menos implícita al responder al primero de los motivos de apelación. Se indica en el recurso que no puede imputarse a la aseguradora demandada en base al artículo 1903 de una responsabilidad por hecho ajeno y que se produciría una vulneración de los criterios de responsabilidad establecidos judicialmente para las compañías de seguros.

Los argumentos no pueden prosperar ni ser atendidos. La recurrente parte de la sentencia citada en el primero los fundamentos de derecho de esta resolución, la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Junio de 2009, y sobre ella construye un alegato completamente carente de fundamento.

En efecto, lo único que hace la parte recurrente, es ir desgranando los distintos criterios de imputación de responsabilidad de la aseguradora según la referida sentencia y las que han venido siguiendo con posterioridad para considerar que ninguno de ellos se daría en el presente supuesto por lo tanto la aseguradora deberá ser declarada irresponsable.

Claro es que razonar así obvia y olvida entonces cuál es el motivo por el que haya percibido una prima, cuál es el motivo por el que la demandada haya acudido a realizar sus exploraciones clínicas precisamente a médicos integrados en los cuadros que proporciona aseguradora, y se haya realizado la

operación quirúrgica en uno de los centros hospitalarios que sin duda tenía un concierto con aseguradora, algo que la recurrente no explica de ninguna las maneras.

Por otra parte, y como es del todo evidente y así ha sido puesto de manifiesto en repetidas ocasiones por la jurisprudencia, es cierto que en este tipo de relaciones la imputación de la aseguradora se puede realizar bien por la vía del artículo 1903, bien por la vía de la apariencia seguridad que proporciona el concierto de seguro de asistencia, bien por la vía del propio seguro de asistencia. Dejando aparte la responsabilidad derivada de la Ley de Consumidores y Usuarios, que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo acota a los supuestos en que dicha responsabilidad se produce por decirlo alguna manera por las circunstancias objetivas del hospitalización. Lo relevante es que habiéndose declarado que la actuación de los médicos que intervinieron en la operación y posterior rehabilitación de la paciente no fue correcta ni acertada conforme a la *lex artis*, y desde la óptica que precisamente estos médicos tienen una relación bien sea contractual, bien sea de otro tipo con la aseguradora demandada, es evidente que lo que no puede hacer la misma es desligarse de esta responsabilidad como si fuera simplemente un tercero que nada tuviera que ver con los hechos, olvidando que ha percibido unas primas, que existe una póliza en donde vienen contempladas una serie de derechos y una serie de obligaciones para la recurrente, entre ellas el de proporcionar la asistencia de cobertura médica a los asegurados en la forma prevista en la póliza, y no se discute de ninguna las maneras que ni los padecimientos que tiene la recurrente, ni las intervenciones quirúrgicas que se han realizado, se trate de eventos que no se encontrasen amparadas o protegidas por el clausulado de dicha póliza, por lo que no puede venir ahora a intentar desentenderse de la responsabilidad que tiene en los daños padecidos por la demandante, todo ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene de repetir contra los terceros que hayan podido ser responsables directos en la realización de los mismos. Pues, si bien es cierto, que las compañías de prestación de servicios médicos, como es el caso de la recurrente, por sí misma no prestan el servicio sino que lo hacen a través de personas bien por medio de contrato laboral y por lo tanto en relación de dependencia, bien por medio de la concertación de diversos tipos de contratos mercantiles que podrán ser desde el arrendamiento de servicios u otras fórmulas mercantiles, pero lo cierto es que la aseguradora no actúa como mero intermediario entre estos y la paciente asegurada, pero que desde luego hacen a la recurrente responsable frente a las asegurados de los padecimientos que han sufrido los mismos por una incorrecta actuación de los profesionales que, en definitiva, proporciona la aseguradora a los beneficiarios de las pólizas.

En definitiva y en lo en este caso importa, al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre una y otra parte garantiza al asegurado, entre otras cosas, las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de un cuadro médico que viene a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa *in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

Además, la obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora dentro de los que pone a su disposición, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica o sanitaria. Estamos ante unas prestaciones que resultan del contrato de seguro, contrato que no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la Póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 LCS, con criterios de selección que se desconocen

Por ello el motivo se desestima.

OCTAVO.- El último argumento aduce que no deberán imponerse los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro por entender que no existe mora de la aseguradora cuando la falta de satisfacción de la indemnización este fundada en una causa justificada o que no le fuera imputable.

Tal argumento es insostenible. En este sentido ya se ha pronunciado la jurisprudencia en concreto la STS de fecha 29 de junio de 2009, la que afirma:

“.....en cuanto a la apreciación de la existencia o no de causa justificada, que es ya la cuestión a que se contrae la controversia casacional planteada en este primer motivo, consolidada jurisprudencia viene afirmando (SSTS de 1 de julio de 2008, recurso 372/2002; 16 de octubre de 2008, recurso 3024/2002; 16 de octubre de 2008, recurso 858/2002; y 6 de septiembre de 2009, recurso 1208/2004 , entre otras muchas) que la valoración de la existencia de tal excepción cabe hacerla en casación, como concepto jurídico indeterminado que es, siempre y cuando no se altere la base fáctica sobre la que se configura el juicio jurídico, deduciéndose del art. 20 LCS , en primer lugar,

que la apreciación de la conducta de la aseguradora para determinar si concurre causa justificada debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y la finalidad del precepto, que no es otra que impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados; y, en segundo lugar, que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, no es causa *per se* justificadora del retraso, ni presume la razonabilidad de la oposición, no siendo el proceso un óbice para imponer a la aseguradora los intereses, siempre que no se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional (Sentencias de 12 de marzo de 2001 y 7 de octubre de 2003, además de las ya anteriormente citadas), pues, de no entenderlo así, se llegaría al absurdo de que la mera oposición procesal de la aseguradora la demandada, generadora por sí de la controversia, eximiría de pagar intereses siendo por tanto lo decisivo *«la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida en la sentencia ni necesitada de una especial intimación del acreedor»* (Sentencia de 12 de febrero de 2009, recurso 2769/2004)..

Como se ve las anteriores consideraciones dejan sin efecto el contenido del motivo. Por todo ello el recurso se desestima y la sentencia se confirma.

NOVENO.- Que las costas de la presente alzada deberán serle impuestas a la parte recurrente

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso apelación interpuesto por la Procuradora de los tribunales Sra. Rodríguez Chacón en nombre y representación que ostenta contra la sentencia dictada las presentes actuaciones por la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 26, de fecha 4 de octubre de 2019, a que el presente rollo se contrae, debemos confirmar íntegramente la misma, todo ello con expresa imposición de las costas procesales de la presente alzada a la parte recurrente. Con pérdida del depósito constituido.

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.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.