

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimoctava

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

Tfno.: 914933898

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0059389

Recurso de Apelación 505/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 96 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 330/2017

APELANTE/IMPUGNADA: ZURICH COMPAÑÍA DE SEGUROS

PROCURADOR: Dña. ...

IMPUGNANTE:

PROCURADOR: Dña. ...

SENTENCIA Nº 365/2018

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMA SRA. PRESIDENTE:

Dña. GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ

ILMOS SRES. MAGISTRADOS:

D. PEDRO POZUELO PÉREZ

Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES GARCÍA MEDINA

En Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil dieciocho.

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 96 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante impugnada demandada ZURICH COMPAÑÍA DE SEGUROS representada por la Procuradora Sra. Centoira Parrondo y de otra, como apelada impugnante demandante . representada por la Procuradora Sra., seguidos por el trámite de procedimiento ordinario.

Visto, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA DE LOS ÁNGELES GARCÍA MEDINA.

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 96 de Madrid, en fecha 19 de marzo de 2018, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo en parte la demanda formulada por el Procurador doña ..., en nombre y representación de ..., contra ZURICH CIA DE SEGUROS, condeno a la demandada a que abone a ' la suma de 546.386,24 euros, intereses del artículo 20 de la LCS desde el 3-11-2016, sin hacer declaración en materia de costas."

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 23 de octubre de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia estimando en parte la demanda de juicio ordinario presentada por ... contra Zurich Cia de Seguros en ejercicio de la acción directa prevista en el art 76 de la Ley de Contrato de Seguro mediante la que solicitaba la cantidad de 1.700.000 euros, en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivada de la mala praxis médica tras la realización en el Complejo Hospitalario Torrecárdena de Almería de una cirugía bariátrica, de obesidad mórbida, al no haberse realizado un control postoperatorio nutricional, e interpuesto recurso de apelación por la demandada mediante el que insiste en la prescripción de la acción ejercitada, al que se opone ' al mismo tiempo que impugna la sentencia y solicita que el quantum indemnizatorio fijado en 546.386,24 euros sea incrementado a la cantidad reclamada o, subsidiariamente, se fije en 1.012,880 euros y se haga

expresa imposición de la costas de la instancia a la demandada; procede en primer término entrar a analizar si concurre o no la excepción de prescripción.

SEGUNDO.- Cuestión para cuya resolución procede dejar constancia a modo de antecedentes de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia y que no son objeto de controversia, siguientes:

1.- *el día 26-09-2007 fue sometido a una cirugía bariátrica dándosele el alta el día 7-10-2007.*

2. *Las partes no discuten que la misma no fue sometida con posterioridad a la intervención a un control nutricional.*

3. *El 9-2-2008 comienza con una sensación de adormecimiento de ambos miembros inferiores de manera preferente y progresiva, y se le diagnostica poli neuropatía sensitivo motora de probable origen carencial de distribución bilateral y simétrica, severa en miembros inferiores y de leve a muy leve en los miembros superiores, síndrome de malabsorción intestinal, anemia carencial.*

4. *El 8-5-2008 se le realiza una revisión en la que se indica que no puede caminar y ha de desplazarse en silla de ruedas, se mantiene el diagnóstico de polineuropatía carencial con neuropatía óptica y lesiones cutáneas.*

5. *En junio de 2009 reconstrucción del intestino, mejora función visual y de movilidad; juicio clínico PNP carencial severa con afectación motora y sensitiva en fase de recuperación.*

6. *En la hoja médica del 16-6-2010 se indica: en seguimiento tras reconversión de cirugía bariátrica por síndrome de malabsorción.*

7. *El 8-11-2012, en la hoja médica se indica dolores poliarticulares y de MMII por lo que ha realizado tratamiento analgésico sin apenas mejoría por lo que la remite a unidad del dolor.*

8. *El 2-5-2013, ha sido visitada por unidad del dolor, pautan tratamiento sin mejoría, continuar tratamiento habitual, control consulta neuromuscular en un año.*

9. *El 15-5-2014, en seguimiento por la unidad del dolor.*

10. *El 17-6-2014, anemia.*

11. *El 9. 2-5-2013, ha sido valorada por unidad del dolor que pauta tratamiento sin mejoría.*

12. *El 15-5-2014, en seguimiento por unidad del dolor.*

13. *El 11-5-2015, cirugía general por obesidad, cirugía reparadora de miembros inferiores.*

14. *El 15-5-2015, quiste maxilar.*

15. *El 23-8-2016 trastorno metabólico proteína plasmática y dolor tobillo izquierdo.*

16. En septiembre de 2016, dolor de tobillo izquierdo.

17. El 2 de noviembre de 2016 pide su historia clínica completa a su centro médico y envía burofax a la demandada reclamándole por infracción de la *lex artis*.

18. El 15-4-2009 se le realiza una valoración de discapacidad por parte de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social en el que le estiman un grado de discapacidad global del 70%. El baremo de movilidad reducida asigna la necesidad de silla de ruedas. El baremo de tercera persona es de 12 puntos.

19. El 1-3-2012 se realiza una segunda valoración de discapacidad por parte de la Consejería en el que se recoge que en el momento del reconocimiento presenta pérdida de agudeza visual binocular severa, trastorno del nervio óptico, discapacidad del sistema neuromuscular, polineuropatía carencial iatrogénica, se estima un grado de discapacidad global del 86%, el baremo de movilidad reducida asigna la necesidad de deambulación con dos bastones y se establece la fecha de revisión el 21-2-2016.

20. El 10-12-2015 se le realiza una tercera valoración de discapacidad por parte de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar en el que se recoge que en el momento del reconocimiento presenta pérdida de agudeza visual binocular severa, trastorno del nervio óptico, discapacidad del sistema neuromuscular, polineuropatía carencial iatrogénica estima un grado de discapacidad del 76% y el baremo de movilidad reducida no le asigna la necesidad de ayudas externas.

21. En respuesta a un oficio solicitado por la Consejería para la Igualdad informa que las revisiones realizadas a estaban encaminadas a comprobar por los servicios médicos la evolución de las enfermedades invalidantes, que la revisión de 2015 es definitiva pues entienden que los efectos invalidantes se han estabilizado.

22. Que desde el año 2009 presenta una disminución del campo visual en un 20%, escotoma superior no central en los dos ojos así como una agudeza visual entre un 10% y 15% en cada ojo.

TERCERO.- Sentados los anteriores hechos, siendo doctrina jurisprudencial reiterada, como se dice en la STS 480/2013, de 19 de julio, que “no puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad, sino la de la determinación del efecto de invalidez de las secuelas, es decir, el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se conoce su alcance no puede reclamarse con base en ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento preciso de la entidad de los perjuicios (SSTS de 20 de mayo de 2009, 14 de julio de 2008, 3 de octubre de 2006, 20 de septiembre de 2006, 22 de julio de 2003, 13 de febrero de 2003, 22 de enero de 2003 y 13 de

julio de 2003)", o en la STS 819/2012, de 9 de enero "si de las lesiones causadas por el hecho generador de la responsabilidad civil extracontractual que se reclama se derivan secuelas determinantes de incapacidad permanente, cuya fijación no se concreta en el momento del alta definitiva sino que se precisa una resolución posterior, el plazo anual de prescripción de dicha acción aquiliana no ha de comenzar a computarse hasta que no recaea resolución firme (ya sea en vía administrativa, si no se impugna, o en vía judicial, si fue necesario agotar esta para dilucidar definitivamente la contienda al respecto) concretando tal situación de invalidez, en el grado que corresponda"; ningún error puede estimarse cometido por fijarse como fecha inicial del plazo de prescripción, no el 8 de noviembre de 2012 como se aduce por la defensa de la apelante, sino la mencionada Resolución de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de 10 de diciembre de 2015, en la que se recoge que en el momento del reconocimiento presenta pérdida de agudeza visual severa, trastorno del nervio óptico, discapacidad del sistema neuromuscular, polineuropatía carencial iatrogénica, estimándose un grado de discapacidad del 76%, sin necesidad de ayudas externas, pues una cosa es la fecha de la estabilización de las lesiones y otra muy distinta la fecha de estabilización de los efectos invalidantes, y según se informa por la Consejería las anteriores revisiones que había sido efectuadas estaban encaminadas a comprobarse por los servicios médicos la evolución de las enfermedades invalidantes, siendo la revisión de 2015 la ya definitiva al considerar que entonces ya se habían estabilizado los efectos invalidantes.

Por lo que siendo asimismo un hecho no controvertido que el 3 de noviembre de 2016 fue cuando se efectuó la reclamación extrajudicial a la aquí demandada, presentándose la demanda el 7 de abril de 2017, debe rechazarse la excepción de prescripción y, por ende, el recurso de apelación interpuesto por Zurich Cia de Seguros.

CUATRO.- Entrando en la impugnación de la sentencia que ha sido formulada por , alegándose como primer motivo haberse procedido a una indebida por infravaloración de los perjuicios económicos, que sustenta a su vez en dos submotivos: a) Uno con carácter principal mediante el que aduce, en síntesis, que "no es lo más idóneo acudir a la aplicación orientativa de un baremo de tráfico que resulta insuficiente, por lo que pudiendo el órgano judicial fijar el quantum indemnizatorio apartándose totalmente del mismo apela a que se proceda al cálculo de la indemnización tomando como referencia importe/mes capitalizado por la vida estimada y solicita la cantidad de 1.700.000 euros, que equivale a un pago de 2500 euros/ mes durante algo más de 50 años, tomando en consideración que los daños se produjeron cuando la demandante tenía 30 años"; y b) subsidiariamente, se esgrime haberse

procedido a una errónea e incompleta aplicación del baremo del RD Legislativo 8/2004, y se solicita que en total se fije la indemnización en la cantidad de 1.012,880 euros en atención a que: 1) Sobre los 1730 días de baja impeditiva que se valora en 101.049,3 euros se aplique el 10% del factor de corrección; 2) Los 70 puntos por pérdida de visión y 40 puntos por afectación motora, a los que se atribuyen 181.066 euros y 72.545,5 euros, respectivamente, se sumen los puntos de ambas partidas y ello supondría 353.805,1 euros; 3) Se apliquen también a las secuelas en todo caso un factor de corrección del 10%; 4) Se reconozca la existencia de perjuicio estético importante, dada la minusvalía de piernas y ceguera existente que afecta gravemente a la imagen de ..., otorgándose por ello 25 puntos, lo que suponen 30.206,4 euros, a los que también habría que aplicar el 10% de factor de corrección; 5) se reconozcan daños morales complementarios, cuando se reconocen en la sentencia concurrentes 110 puntos por secuelas, lo que equivaldría a 95.862,67 euros; y 6) Se reconozca no una incapacidad absoluta, sino la gran invalidez y por ello elevarse los 191.725,34 euros a 383.450,65 euros; procede empezar analizando si debe o no aplicarse el citado baremo.

Pues bien, dado que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como dice la STS 232/2016, de 8 de abril, con cita de las SSTS 906/2011, de 30 de noviembre, 403/2013, de 18 de junio y 262/2015, de 27 de mayo *“ha establecido sin fisuras la posibilidad de utilizar las reglas del Baremo como criterios orientadores, no vinculantes, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor”*, y como indica la STS 776/2013, de 16 de diciembre *“El baremo no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial”*, ninguna infracción puede estimarse competida porque se hubiese procedido a la aplicación en este caso del baremo.

QUINTO.- En cuanto al quantum indemnizatorio fijado en la sentencia impugnada siguiendo a efectos orientativos el baremo fijado por la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, con el que se discrepa, debe tenerse en cuenta que:

a) No procede el factor de corrección interesado sobre los días de baja improductivos, puesto que si bien estaba en edad laboral cuando ocurrieron los hechos, es lo cierto que no trabajaba, y aunque tanto la tabla IV como la V prevén a modo de factor de corrección por perjuicios económicos la posibilidad de incrementar porcentualmente la indemnización básica por secuelas e incapacidad temporal respectivamente en función de la pérdida de ingresos netos de la víctima, estando la diferencia entre los factores de corrección contenidos en las Tablas II y IV, esto es, los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte y secuelas, y los recogidos en la Tabla V, esto es, los relativos a las indemnizaciones por incapacidad temporal, en que respecto a los primeros es suficiente con que la víctima éste en edad laboral para que la misma pueda acogerse al tramo más bajo del factor de corrección, mientras que para los de incapacidad temporal debe acreditarse que se está trabajando y los ingresos netos que por rendimiento de dicho trabajo se obtienen.

b) Tampoco procede calcular el valor del punto por secuelas sumándose los reconocidos por pérdida de visión y de afectación motora de 70 y 40 puntos, respectivamente, cuando como se señala por la demandada debería entonces aplicarse la fórmula de Balthazar $(100-M) \times m + M$ y por simple operación aritmética resultan 82 puntos y no los 110 que se pretenden.

c) Proveyéndose en la Tabla IV la aplicación de un factor de corrección por perjuicio económico hasta el 10% cuando se trate de víctima en edad laboral, aunque no justifique ingresos, como se ha indicado, atendiendo a que la demandante se trata de una persona que en el momento del hecho desencadenante del estado en que se encuentra tenía 30 años, procede aplicar un factor de corrección del 10% y, por tanto, incrementar los 181.066 euros y 72.545,5 reconocidos en la sentencia por pérdida de visión y de afectación motora a la cantidad de 199.172,6 euros y 79.800,05 euros, respectivamente, en total, 278.972,65 euros.

d) Según se expone en la STS 786/2010, de 21 de noviembre, en el perjuicio estético, aunque sea un concepto esencialmente jurídico, debe *“valorarse todo afeamiento o alteración peyorativa que afecta a la imagen de una persona que puede ser apreciado por los demás”*, por lo que es innegable que tener que utilizar gafas telemicroscópicas como consecuencia de la pérdida de agudeza visual y poder mover la cintura para abajo solo parcialmente, representa una alteración negativa que debe ser objeto de valoración como perjuicio estético, conviniéndose con la defensa de en su calificación como de importante. En consecuencia, debiendo aplicarse en atención a las cotas del baremo asignadas, 24 puntos, y de acuerdo a la edad de la perjudicada

valorarse según la Tabla III en 1258.60 euros/punto, procedente fijar por dicho concepto la cantidad de 30.206,4 euros.

Ahora bien, no cabe aplicar factor de corrección alguno, ya que como se continúa diciendo en la citada STS de 786/2010, de 21 de noviembre, “los factores de corrección únicamente están previstos para las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes o incapacidad temporal”.

e) Ninguna cantidad debe reconocerse por daños morales complementarios, ya que si bien es cierto que la Tabla IV contempla la indemnización de los llamados “daños complementarios” para cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superan los 90 puntos, no es el caso al resultar 82 puntos, como ya se indicara; sin que pueda a los mismos sumarse los del perjuicio estético, ya que como se señala en la Regla 3ª de utilización del baremo *“El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes”*.

f) Por último, no puede considerarse tampoco que presente una situación de gran invalidez, como se postula, puesto que ello exigiría la necesidad de que tuviese que depender de una tercera persona para las funciones más elementales de su vida, y como se expone por la juzgadora “a quo” con base a la Resolución de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de 10 de diciembre de 2015 “que no se le asigna ninguna ayuda por tercera persona ni por uso de bastones ni de silla de ruedas” y a los informes médicos “deambula con calzado ortopédico y no presenta ceguera total ni parcial, pues su agudeza visual es inferior entre un 0,1% y un 0,15%, alcanzando con la ayuda de gafas telemicroscópicas para baja visión una agudeza visual de un 80%”, lo que presenta es una situación de incapacidad absoluta; sin que dicha conclusión pueda quedar desvirtuada por el informe del perito Dr. ... cuando el mismo parte en dicho informe de que ... presenta ceguera, admitiendo tras el informe de la perito oftalmóloga que lo que presentaba era una pérdida de agudeza visual severa, e integra entre las causas del déficit de movilidad la situación de obesidad con 140 kg, que ya presentaba con anterioridad al hecho desencadenante del estado en el que se encuentra, esto es, a la mala praxis médica origen de esta litis.

Por lo que se fija el quantum indemnizatorio en la cantidad total de 611.973,15 euros, más los intereses de demora en los términos fijados en la resolución de instancia que no han sido cuestionados por la aseguradora.

SEXTO.- Alegándose por la demandante como segundo motivo de impugnación, que las costas de la primera instancia deben imponerse a la demandada al haber sido estimada la acción ejercitada, el mismo no puede ser acogido, cuando es lo cierto que los pronunciamos vertidos implican una estimación parcial de la demanda, pues no solo es notoria la reducción de la indemnización solicitada, sino que además hay conceptos indemnizatorios a los que no se ha dado lugar. De forma que conforme a lo dispuesto en el art 394.2 LEC, procede que cada parte abone las costas causas a su instancia y las comunes por mitad.

En este sentido, conviene recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada, como señala la STS 279/2008, de 7 de mayo -pues si bien es dictada en interpretación del art 523 LEC-1881, es perfectamente aplicable al art 394 LEC- que *“la estimación sustancial de la demanda equivale al rechazo total de las pretensiones del demandado, el cual comporta su condena en costas con arreglo al art. 523 LEC 1881. Concorre estimación sustancial de la demanda, entre otros supuestos, cuando la concreción de la suma reclamada está sujeta a reglas de ponderación o adecuación que privan de relevancia a la existencia de una diferencia no importante entre lo pedido y lo obtenido para el éxito de la pretensión, demostrando que ésta no fue desproporcionada, o cuando la discrepancia deriva de la aplicación de criterios de actualización del valor de lo reclamado con arreglo a alguna de las modalidades admitidas (SSTS de 14 de marzo de 2003, 17 de julio de 2003, 26 de abril de 2005, 24 de enero de 2005, 5 de junio de 2007, rec. 3493/2000, 15 de junio de 2007, rec. 2643/2000, 6 de junio de 2006, rec. 3633/1999, 20 de mayo de 2005, rec. 3868/1998).*

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso de apelación interpuesto por la aseguradora demandada comporta la condena en costas derivadas del mismo (art 398.1 LEC). La estimación en parte de la impugnación deducida por el demandado conlleva que no se haga expresa imposición sobre las costas originadas por dicha impugnación (art 398.2 LEC).

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 desestimando el recurso de apelación interpuesto por Zurich Cía. de Seguros contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 96 de Madrid, y estimando en parte la impugnación que de dicha sentencia ha sido formulada por ..., revocamos parcialmente dicha resolución y en su lugar condenamos a Zurich Cía. de Seguros a que indemnice a la actora en SEISCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON 15 CÉNTIMOS (611.973,15 euros), manteniendo el resto de los pronunciamientos, con imposición a la aseguradora de las costas derivadas de su recurso, sin que proceda hacer expresa imposición sobre las originadas como consecuencia de la impugnación que de la sentencia ha sido efectuada por

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

Contra esta sentencia cabe RECURSO DE CASACION y, en su caso, de infracción procesal, el cual habrá de ser interpuesto por escrito en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, previa constitución, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACIÓN.- Extendida y firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal

forma, e incorporada al libro de resoluciones definitivas, se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.