

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0201751

Recurso de Apelación 464/2020

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 07 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1187/2016

APELANTE/APELADO: BERKLEY INSURANCE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA

PROCURADORA Dña. MARIA MACARENA RODRIGUEZ RUIZ

APELANTE/APELADO: Dña.

PROCURADORA Dña. MARIA ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:

D. CESÁREO DURO VENTURA

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

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

Dña. MARÍA TERESA SANTOS GUTIERREZ

En Madrid, a quince de noviembre de dos mil veintiuno.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1187/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 07 de Madrid a instancia de **BERKLEY INSURANCE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA** como parte apelante, representada por la Procuradora Dña. MARIA MACARENA RODRIGUEZ RUIZ contra **D.** como partes apeladas, representados por la Procuradora Dña. MARIA ISABEL AFONSO RODRIGUEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 09/10/2019.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 07 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 09/10/2019, cuyo fallo es del tenor siguiente: .

*“Que **ESTIMANDO EN PARTE** la demanda de juicio ordinario interpuesta por la Procuradora Dª Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de D., 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 , 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.”

Con fecha 24 de enero de 2020 se dictó auto aclaratorio en los términos siguientes:

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Y ÚNICO.- *La aclaración de la Sentencia que se pretende lo es en el sentido de precisar la fecha exacta o “dies a quo ” para el cómputo de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro , por considerar la demandada que el contenido del fundamento de derecho cuarto de la Sentencia autoriza la conclusión de que la fecha a considerar será la del informe pericial suscrito por D. Daniel Aranz Fernández , 2 de junio de 2016 .*

Lo cierto es que la Sentencia , al establecer el devengo de los intereses especiales “desde la de fecha de siniestro” , el 10 de abril de 2009 , responde al contenido del artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro, constituyendo la aclaración solicitada una petición contraria al principio de invariabilidad de las Resoluciones judiciales a que se refieren los artículos 214.1 LEC y 9.3 CE, que cita la parte actora al contestar la solicitud de aclaración . La expresión que contiene el fundamento de derecho cuarto al conocimiento del siniestro por la aseguradora en 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 emitido por el Dr. Daniel Aranz Fernandez, no implica que el devengo de intereses sancionadores se genere a partir de la fecha de dicho dictamen, sino que constituye el presupuesto que permite considerar el incumplimiento del deber legal de pago o consignación del importe mínimo desde la fecha de siniestro (razón por la que el fundamento de derecho también recoge la previa notificación a Berkley del siniestro al menos a fecha 29 de febrero de 2012.

PARTE DISPOSITIVA

Por SSª se ACUERDA ACLARAR la Sentencia de fecha 9 de octubre de 2019 , en virtud de escrito presentado por W.R. Berkley Insurance (Europe), Limited Sucursal en España , a través de la Procuradora Dª Macarena Rodríguez Ruiz , en el sentido expuesto en el fundamento de derecho único de esta Resolución.”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido a trámite dándose traslado a la parte contraria que formuló oposición al recurso e impugnó la resolución recurrida, y, en su virtud, previa los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, en tanto no se opongan a los que se recogen a continuación.

PRIMERO.- El presente recurso trae causa del Juicio ordinario número 1187/2016 tramitado en el Juzgado de 1ª Instancia (JPI) nº 7 de Madrid, promovido por D. que actúan en su propio nombre y en el de su hijo menor, contra W.R. BERKLEY INSURANCE (EUROPE), LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA (en adelante Berkley) sobre cuantificación de indemnización de daños y perjuicios derivados de negligencia médica. Ponen de manifiesto que el JPI nº 11 de Madrid dictó sentencia, ya firme, con fecha 17 de junio de 2016 en los autos de juicio ordinario 723/2014, en la que se condena a la aseguradora del servicio sanitario que cometió la negligencia a la indemnización de todos los daños causados al menor y a su padre, demandante en dicho procedimiento, por sufrir aquel **síndrome del intestino corto extremo**.

La sentencia (y auto aclaratorio) estima parcialmente la demanda y condena a la aseguradora al pago de 200.000 € al menor, y 30.000 € a cada uno de los progenitores demandantes, más los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) desde el 10 de abril de 2009.

Contra dicha resolución interpone recurso de apelación la aseguradora demandada y es impugnada por los demandantes.

Apelación de W.R Berkley, que gira en torno a dos cuestiones:

1.- Sobre la cuantía de la indemnización. Recoge que el daño moral está incluido en las valoraciones establecidas en el baremo según establece la perito judicial, señora González Ojeda, que tiene en cuenta el baremo de tráfico aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004 y, aplicando las indemnizaciones establecidas en el baremo de 2009 (fecha de estabilización de las secuelas según dicha perito), la indemnización correspondiente asciende a la cantidad de 98.225,00 €.

--Critica la sentencia en lo que refiere del daño moral y la evolución del menor, que tenía una patología de base que afectaba a su intestino (enterocolitis necrotizante) así como un retraso madurativo. Patología que traía causa del crecimiento uterino retardado debido a que su hermano gemelo durante la fase uterina absorbía los nutrientes demediante el mecanismo de “transfusión feto-fetal”.

-- La evolución del menor ha sido muy positiva en el tiempo en cuanto que el grado de discapacidad relativo a la enfermedad intestinal ha ido disminuyendo, quedando reducido a 10% según informe del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS) de 27 de abril de 2017. Sin embargo se incrementa la discapacidad psíquica que quedaba excluida de valoración por la anterior sentencia al no existir relación de causalidad entre dicha patología y la actuación del IMAS. Motivo por el que la perito judicial Sra. González Ojeda manifiesta que no hará ninguna valoración con respecto al estado psicomotor ni neurológico del paciente, estando de acuerdo en que dicho retraso intelectual puede ser debido a diversas causas, entre otras el retraso fetal madurativo intrauterino así como la transfusión feto-fetal previa al nacimiento del menor, o incluso alteraciones genéticas no diagnosticadas.

-- El menor tiene independencia en las actividades de la vida diaria conforme a un niño de su edad: es capaz de comer solo, vestirse y asearse, aunque los padres le supervisan.

-- Critica la declaración del perito Sr. Amorós dado que carece de la especialidad en pediatría, porque altera los hechos (las resoluciones del IMAS) para presentar una realidad inexistente en relación con el estado del menor, y porque la última ocasión que examinó al niño fue en 2016, mientras que la perito judicial Sra. González Ojeda examinó al menor el 15 de abril de 2019 y ha tenido en consideración la última documentación clínica (que el Sr.

Amorós obvia). En cualquier caso, el Sr. Amorós no hace una valoración del daño conforme al baremo de tráfico por considerarlo imposible (cosa que no es cierta porque el baremo sí que es una referencia válida y, de hecho, la perito judicial Sra. González Ojeda ha podido establecer dicha valoración conforme al mismo).

En este sentido es de destacar que la valoración realizada por el perito Don Daniel Arnanz Fernández (documento nº 10 de la contestación), es muy similar a la establecida por la perito judicial Doña Virginia González Ojeda, lo que no es fruto de la causalidad, sino que obedece a que ambos peritos reflejan la misma realidad.

--Entiende que el Juez de Instancia viene a dejar la puerta abierta a una posible reclamación en caso de que en el futuro *la evolución del estado* del menor empeore (reclamación de daño futuro o daño sobrevenido): "..., y ello sin perjuicio de la futura evolución funcional no contemplada en esta Resolución...". Lo que implica entrar en contradicción porque, al tiempo: (a) indemniza un daño moral suplementario por la incertidumbre de la evolución futura del menor; (b) deja abierta la posibilidad de ejercitar una futura reclamación en el futuro por cuestiones no contempladas en esa resolución.

--Y añade: "... no tiene justificación incrementar la indemnización que corresponde conforme a las secuelas determinadas en el informe pericial suscrito por la perito Doña Virginia González Ojeda, al haber quedado acreditado que:

- tiene una patología base que se manifiesta en un retraso mental madurativo y una enterocolitis necrotizante como trastorno del aparato digestivo; todo ello con origen en "crecimiento retardado intrauterino" (explicadas sus posibles causas por la perito judicial, Sra. González Ojeda).

- El retraso mental madurativo tiene un peso específico mucho mayor que la enfermedad del aparato digestivo. · En el anterior proceso se excluyó expresamente cualquier indemnización relacionada con el retraso mental madurativo, al no tener ninguna relación de causalidad con la intervención del Servicio Murciano de Salud. · En este proceso únicamente se ha de valorar el síndrome del intestino corto extremo, pero sin olvidar que el paciente ya tenía una patología base en su aparato digestivo, que fue la que causó la enterocolitis necrotizante.

- A diferencia del retraso mental madurativo (que ha empeorado), es un hecho absolutamente acreditado e indiscutible (aunque ocultado por la actora), que la enfermedad del aparato digestivo ha evolucionado de manera muy positiva pasando de constituir un 29% de grado de discapacidad en 2010 a un 10% en 2017 (resoluciones del Instituto de Acción

Murciano de Acción Social – IMAS).

· La perito judicial, Dra. Doña Virginia González Ojeda, especialista en neonatología y pediatría, ha explicado que el hecho de que la resección del intestino delgado se llevase a cabo en la infancia del menor le ha supuesto una gran ventaja al permitir adaptarse a dicha circunstancia, a lo que añade que el hecho de que no se le extirpase la parte del intestino donde se realiza la absorción de nutrientes fue muy positivo.

· Es precisamente por ello, por lo que la evolución del menor ha sido muy positiva, que su crecimiento ponderal sea conforme a su edad (aunque bajo), que en las analíticas no conste desnutrición y ofrezca valores normales y que se alimente con normalidad. De hecho en la documentación aportada por la demandante en el acto de la audiencia previa consta informe médico de 19/02/2018 que establece “peso: “22,650 (percentil 15) Talla 128,5 cm (percentil 25). Buen estado general. Bien nutrido e hidratado”, y en el dictamen médico del IMAS de 27 de abril de 2015 se señala de manera expresa que “el paciente presenta buena nutrición y desarrollo ponderal/estatural.” · Dado lo anterior no existe base para establecer que existe una alteración sustancial de la vida y de la convivencia y, desde luego, en ningún caso sería atribuible a la enfermedad del aparato digestivo. Insistimos que es el retraso mental madurativo el que tiene mayor peso específico en su grado de discapacidad: el menor tiene un grado de discapacidad del 10% en relación con la enfermedad del aparato digestivo y un grado de discapacidad del 29% por la discapacidad psíquica derivada del retraso mental madurativo.

· Dado lo anterior, no está justificada la concesión de un daño moral complementaria asimilado a una “alteración sustancial de la vida y de la convivencia”, dado que esta situación es inexistente y, en cualquier caso, no atribuible a la enfermedad del aparato digestivo.

· Tampoco existe base ni datos objetivos que nos permitan afirmar, con un mínimo de certeza, que el paciente va a empeorar en relación con la enfermedad del aparato digestivo. Por el contrario, los datos que existen en la historia clínica y en las resoluciones y dictámenes del IMAS, así como por lo establecido por la perito judicial Sra. González Ojeda nos indican que la evolución del menor está siendo muy positiva y que no existe razón para pensar que va a existir una regresión. Nos encontramos ante una hipótesis no fundada y que contradice la positiva evolución del paciente.

· Dadas las anteriores circunstancias, no procede incrementar la indemnización resultante de la valoración de las secuelas establecida por la perito judicial Doña Virginia

González Ojeda, al no existir base para considerar la existencia de un daño moral complementario por una “alteración sustancial de la vida y de la convivencia” ni para sostener, con un mínimo de certeza, que la enfermedad del aparato digestivo del menor va a empeorar en el futuro.

2.- Sobre el día a quo para el cómputo de los intereses del artículo 20 de la LCS.

Desde un punto de vista cronológico es importante tener en consideración el siguiente calendario:

a) 10 de abril de 2009, fecha desde la que se imponen los intereses del artículo 20.4 LCS, que es la fecha de nacimiento de Don, respecto de la cual no se imputó ningún tipo de negligencia.

b) 8 de mayo de 2009: fecha del siniestro, que es cuando se llevó a cabo la intervención quirúrgica controvertida, imputándose dos cuestiones: (a) demora en la intervención; (b) mala praxis en dicha cirugía de resección de intestino delgado.

c) 1 de junio de 2010: entrada en vigor del contrato de Seguro.

d) 24 de enero de 2012:, en su nombre y en el de su hijo menor formularon reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Murciano de Salud con fecha 24 de enero de 2012 (documento nº 7 de la demanda).

e) 29 de febrero de 2012: es un hecho no controvertido que el siniestro fue notificado a W.R. BERKLEY con fecha 29 de febrero de 2012 (fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida y documento nº 19 de la demanda).

Por lo tanto, la fecha del siniestro en ningún caso es la del nacimiento del menor (10 de abril de 2009) sobre la que no se imputó ninguna mala praxis, sino la de la intervención quirúrgica de resección de intestino realizada el 8 de mayo de 2009.

Termina con el SUPLICO de que se dicte nueva resolución en la que se acuerde:

a) Reducir la indemnización a la cantidad de NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO EUROS (98.225 Euros) que es la establecida por la perito judicial Doña Virginia González Ojeda.

b) Establecer el 29 de febrero de 2012 como “dies a quo” desde el cuál se tiene que computar los intereses del artículo 20 LCS.

Recurso al que se oponen los demandantes, que a su vez impugnan la

sentencia, en torno a dos cuestiones: insuficiencia de la indemnización reconocida y que no se haga imposición de costas en el caso de desestimar la *apelación* por dudas de hecho o de derecho.

Explican que efectivamente la sentencia reconoce que el daño al niño y a los padres es muy grave, pero no lo indemniza en consecuencia con proporcionalidad, lo que ha de ser corregido en esta alzada. Y ponen de manifiesto los siguientes extremos:

i) En el síndrome de intestino corto extremo la gravedad del cuadro secuelar la determina la longitud del intestino remanente; y el caso de es absolutamente excepcional, lo que parece ser un récord mundial, ya que no hay registros en la literatura médica de supervivencia de un niño con tan escaso intestino -15 cm-.

ii) La lesión que causó la mala praxis médica no se produjo en un paciente adulto, sino en un neonato. La trascendencia es que toda la fase de desarrollo de su cuerpo, desde el inicio, se ha visto menoscabada por la dificultad nutricional consiguiente.

iii) La sentencia que se ejecuta, *doc. 3 de la demanda*, además de acreditar los daños en el niño por síndrome de intestino corto extremo – no como ha pretendido Berkley ni la perito Dra. González, la pérdida de oportunidad de no haberlo sufrido-, respecto del padre ahora extendido también a la madre- apreciaba la existencia de un daño moral como consecuencia de la quiebra familiar derivada del estado de salud del menor y su dependencia y atención requerida (fundamento de derecho sexto in fine, fundamento de derecho séptimo y fallo de la sentencia).

v) y vi) La Sala deberá tener en cuenta que en el procedimiento anterior en el que se determinó la mala praxis médica fue clave -doc. 10 de la demanda- la pericial judicial del Dr. López Vázquez, especialista insaculado en cirugía pediátrica, a cuyo informe se remite y que resulta fundamental ex art. 348 LEC: es el único médico en el que concurren dos condiciones, haber actuado como perito judicial insaculado y ser especialista en cirugía de digestivo infantil con sobrada experiencia en la medicina pública.

vii) En la misma línea que el anterior está el informe pericial (doc. 9 de la demanda) de detalle del daño del especialista Don Antonio Amorós Alcázar, que concluye... *cuidados constantes sobre el niño, un estado de salud precario, dedicación continua de sus padres, perjuicio económico pasado, actual y futuro, afectación de su calidad de vida futura, falta de autonomía personal, limitación para la vida laboral, social, etc.*

viii) Refiere la resolución de 3 de octubre de 2017 de grado de dependencia de del IMAS, INSTITUTO MURCIANO DE ACCIÓN SOCIAL, que elevaba su

situación a DEPENDIENTE SEVERO con grado II, con una puntuación de 70 puntos, y que determinaba la necesidad de terceros para los siguientes actos básicos de la vida diaria: *higiene personal relacionada con la micción y defecación, lavarse, realizar otros cuidados corporales, vestirse, mantenimiento de la salud, desplazarse dentro del hogar, desplazarse fuera de lugar tomar decisiones.*

--Respecto al quantum indemnizatorio consideran que la sentencia no reconoce una indemnización plena, o al menos, bastante. Estamos hablando de un quebranto de padres e hijo que se produce 24 horas al día y durante toda una vida. Para su valoración refiere antecedentes judiciales entre ellos la sentencia del Tribunal Supremo Nº: 479/2015, de fecha 15/09/2015, que resuelve definitivamente un caso de mal praxis médica de un niño con malformaciones que suponían la atención constante de los padres. Esta sentencia confirmó la SAP Madrid de diez de octubre de dos mil trece, que elevó la cuantía de 500.000 euros estimada en primera instancia a 1.200.000 euros. Para ello el Alto Tribunal recurrió a un cálculo similar a la capitalización de una pensión proyectada a los veinte años de vida que le calculaba al niño. Pues bien, consideran los impugnantes que partiendo de esta manera de calcular la indemnización mediante una especie de capitalización de pensión, “suponiendo que a se le estimase, por ejemplo, una expectativa de 50 años de vida -ya ha alcanzado los 11 años de edad y a día de hoy no tiene un compromiso vital-, esto supondría que los 260.000 euros entre padres e hijo estimados en instancia supusieran 433 euros al mes. Esto no es bastante.

Pero si hiciéramos el mismo cálculo sobre la cantidad reclamada, 1.300.000 euros, serían 2.166 euros mes, algo que, aun siendo muy inferior a lo previsto en esta STS citada, cuando menos es bastante más acorde con la quiebra de la vida familiar de la que se parte.

Por todo ello se pide a la Sala que dentro del amplio margen entre lo pedido y estimado en instancia, eleve la cuantía indemnizatoria que en función de la gravedad del daño probada estime que lo indemniza plenamente”.

--En cuanto a las costas para el caso de que se desestime su recurso no deben imponerse las costas a esta parte por apreciarse, cuando menos, dudas de hecho o de derecho.

Terminan solicitando que se desestime el recurso de apelación de la aseguradora Berkley con condena en costas, y se estime la impugnación de la sentencia en el **sentido de**

elevant la indemnización que ha de satisfacer la demandada hasta lo reclamado en la demanda -o en la cantidad que estime justa la Sala-, más las costas y los intereses sancionadores del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde 10/4/2009.

Impugnación a la que se opone la aseguradora conforme consta en el presente rollo. Insiste en que no se ha de indemnizar la integridad de la enfermedad intestinal padecida por el menor sino únicamente el agravamiento de esta patología preexistente derivada del retraso diagnóstico de la *enterocolitis necrotizante* que ya tenía, y que el retraso mental del menor es una cuestión ajena a la negligencia imputada al Servicio Murciano de Salud.

SEGUNDO.- Vamos a estudiar de forma conjunta la cuestión relativa a las indemnizaciones por cuanto se trata, en definitiva, de valorar si es ajustada a derecho la indemnización concedida en la sentencia, que para la aseguradora debe reducirse y para los demandantes aumentarse.

En primer lugar conviene señalar que no estamos ante un hecho de la circulación por lo que no son vinculantes las cuantías fijadas en el baremo de tráfico aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004 y actualizaciones posteriores, lo que no impediría poder considerarlos, en su caso, como referencia a efectos de aquilatar cual es la reparación adecuada a los perjuicios sufridos y cuya responsabilidad ya fue objeto de controversia en otro juicio (JO nº 723/2014 del JPI nº 11 de Madrid), donde resultó condenada la aseguradora aquí demandada.

El Tribunal Supremo viene reconociendo el carácter orientativo del baremo de cuantificación del daño corporal, el cual puede ser aplicado a otros sectores distintos de la circulación, siendo aplicable el régimen legal vigente a la fecha del daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta médica o la estabilización de las lesiones, así en su reciente Sentencia del 13 de septiembre de 2021 (Sentencia: 597/2021 Recurso: 4511/2018), si bien también ha determinado la imposibilidad de aplicación retroactiva del baremo no vigente a la fecha de los hechos. No cabe por ello la aplicación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para la valoración del daño; pues resulta contrario a Derecho, a tales efectos, pretender aplicar una norma, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, a hechos ocurridos aquí en el 2009, ni

siquiera con carácter orientativo. Y añade que en la sentencia 460/2019, de 3 de septiembre, se declara: *"Ahora bien, que el citado baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior, como puede ser el de la sentencia"*.

Como recoge la Sentencia de esta AP de Madrid, Civil sección 9 del 25 de abril de 2016 (Sentencia: 230/2016, Recurso: 889/2015), que citan los demandantes, dictada en un asunto también de negligencia médica: *"...en el estudio del motivo del recurso de apelación referido a la cuantía indemnizatoria fijada por el juez a quo, invocando que para asegurar la indemnidad del perjudicado como evitar una indemnización desproporcionada "se pone a disposición del juzgador un mecanismo objetivo de cuantificación como es el Baremo para accidentes de circulación", indicando que si bien "no son vinculantes... en los mismos se recogen unos criterios para indemnizar que deben tomarse como base por los juzgadores", como que, en definitiva, existió una clara desproporción entre el daño causado, la indemnización prevista en el Baremo y la reconocida en la sentencia, la Sala discrepa de tales alegatos. Así, por una parte... no ofrece lugar a la duda el carácter no vinculante del citado "baremo", es de recordar que el Tribunal Supremo en sentencias como la de 22 de julio de 2008 destaca que la determinación de la cuantía que ha de servir de compensación de los daños ocasionados "es el resultado de una actividad de apreciación que corresponde al juzgador, para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse de sistemas objetivos como el del baremo a efectos orientativos con la consecuencia de que la cuantía de la indemnización así concedida no puede revisarse en casación"*.

Es decir, no sólo el "baremo" no es vinculante sino que tampoco impone el servirse del mismo "a efectos orientativos".

Por ello es de tomar en consideración que el baremo que invoca la parte apelante - a efectos orientativos- ha sido configurado para un específico sector de la responsabilidad civil dotado de peculiaridades tan propias como ajenas al caso enjuiciado, como dice la sentencia de 22.7.2004.

Es decir, al no tener valor vinculante, el órgano judicial puede fijar el quantum

indemnizatorio apartándose totalmente del mismo”.

Cabe adelantar que este tribunal considera insuficientes las cantidades establecidas en el fallo de la sentencia apelada, pues si bien el menor desde su nacimiento presentó una evolución tórpida, siendo dado de alta a los 19 días de vida y reingresando cuatro días después por empeoramiento de su estado general con alteraciones metabólicas graves, y realizándose una primera intervención en la que se confirma una enterocolitis necrotizante, las consecuencias y realidad del daño ocasionado por el diagnóstico tardío y la consiguiente demora en la intervención quirúrgica así como la técnica empleada, contrarias a la *lex artis*, precisan de una mayor cobertura económica, señalando no obstante la dificultad que presenta la fijación del quantum indemnizatorio en casos como el presente, donde se ha de valorar el daño moral como consecuencia de la quiebra familiar derivada del estado de salud del menor y su dependencia y atención requerida, debiendo Berkley abonar todos los daños causados al menor y a sus padres, dado que la falta de legitimación activa de la madre ya fue resuelta en la primera instancia y no es un pronunciamiento recurrido por la aseguradora.

Este mismo tribunal, secc. 11 de la AP de Madrid, en nuestra sentencia de fecha 10 de octubre de 2013 (Sentencia: 549/2013, Recurso: 737/2012), en un supuesto también de negligencia médica de un menor que no tiene manos, que padece el síndrome de Moebius, que se alimenta no por boca sino por sonda, decíamos que:

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

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

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

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

Por ello este tribunal considera que la sentencia de primera instancia, aunque acertada en lo ponderado y concedido, puede ser complementada con la valoración de otros factores concurrentes o con otros argumentos económicos. Así estimamos que debe compensarse, en primer lugar, el dolor del propio hijo que va a ser consciente de sus malformaciones y disfunciones a lo largo de su vida, aunque la indemnización haya de hacerse efectiva a través de los propios padres. Debe compensarse también la dedicación diaria de los padres, así como su sufrimiento permanente.”

Existen en autos varios informes periciales, que recoge la sentencia de primera instancia en sus consideraciones más relevantes, si bien se aparta en la fijación del quantum de las cifras fijadas por el perito de la aseguradora, Dr. Arnanz Fernández similares a las de la perito judicial admitida a instancia de aquella, Dra. González Ojeda, para elevar a 200.000 € la indemnización a favor del menor y a 30.000 € a cada uno de sus progenitores.

Argumenta la sentencia de primera instancia apelada: *“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”.

Valoraciones que compartimos en esta alzada, si bien se trata de indemnizar ahora, sí, pero todos los daños estimados, sin que quepa posponer para un pleito posterior la compensación de otras posibles y futuras complicaciones. Y en esa estimación puede cuestionarse el alegado retraso en el crecimiento pues el niño está dentro de los percentiles fijados para el peso y estatura, aunque algo más bajo de la media, así como otras limitaciones más vinculadas con el leve retraso mental leve puesto de manifiesto, que sin duda van a influir en su desarrollo madurativo, sin olvidar tampoco que el riesgo de malnutrición por la malabsorción (dado el escaso tránsito intestinal, que es de por vida) implica la necesidad de estar pendientes de que tenga el aporte constante y necesario de nutrientes y, en su caso, de complementos alimenticios esenciales para el desarrollo del niño.

Recoge la Sentencia de esta AP de Madrid, Civil sección 14 del 07 de marzo de 2018 (Recurso: 628/2017), respecto de la prueba pericial que “...*ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 348 Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada, así, entre otras muchas, STS 29 de junio de 2015 recurso 1553/2013 "En el caso del informe pericial, el artículo 348 de la Ley Procesal dispone que el tribunal los valorará "según las reglas de la sana crítica", lo que significa precisamente que no está obligado a sujetarse estrictamente a su contenido y sí únicamente a razonar o motivar adecuadamente sus apreciaciones acerca del informe", STS 27 de mayo de 2015 recurso 1122/2013 "En concreta referencia a la prueba pericial, a cuya valoración se refiere el motivo, la sentencia núm. 309/2005, de 29 abril recoge una reiterada doctrina de la Sala en el sentido de que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial (por todas, SS. 1 febrero y 19 octubre 1982), ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas (por todas, Sentencia 15 abril 2003), la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional".*

De igual modo, ante la existencia de varios informes el tribunal puede fundar su resolución en cualquiera de ellos, con la correspondiente motivación, al respecto STS 17 de junio 2015 recurso 1275/2013 "La emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las demás pruebas, posibilita que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el

criterio más próximo a su convicción, motivándolo convenientemente (SSTS 20 de abril 2012 ; 29 de mayo 2014).... El apreciar en mayor medida el valor probatorio de un informe pericial frente a otros constituye una manifestación más del ejercicio de la jurisdicción y de la formulación del juicio necesario para dictar sentencia, pues frente a la disparidad de criterios periciales, es precisamente el juzgador quien, bajo el presupuesto del empleo de la sana crítica, está llamado a decidir cuál de ellos merece mayor credibilidad; y esta función, salvo supuestos muy excepcionales, que no concurren en el caso enjuiciado, es también propia de las instancias (STS 18 de junio 2010)", STS 28 mayo 2012 recurso 1116/2009 "La emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las demás pruebas, posibilita que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el criterio más próximo a su convicción, motivándolo de forma suficiente y adecuada", en el mismo sentido STS 27 de abril del 2012 recurso 1663/2009.

Lo que conlleva, prima facie, no se pueda dar preferencia a ninguno de los informes periciales, ni siquiera a aquél informe del perito designado a los efectos del artículo 339 LEC (perito judicial)."

Pues bien este tribunal facultado para realizar una revisión total del juicio de hecho y de derecho efectuado en primera instancia, con la única excepción que comporta el necesario respeto a los principios que rigen el recurso en relación con lo solicitado por el recurrente, concede mayor credibilidad al informe del perito Dr. Amorós Alcázar, especialista en valoración del daño corporal, cuyos razonamientos junto con los vertidos en su ratificación en el acto del juicio, entendemos ofrecen mayor aproximación o identificación a la realidad de los hechos.

Se trata del documento nº 9 de la demanda, informe pericial de fecha 8 de noviembre de 2016, que recoge en el apartado 6.-CONCLUSIONES: “Que el niño , 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 desplazamientos 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”.

Como recoge la resolución recurrida *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. Y añade: “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 vería 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.*”

TERCERO.- Visionada la grabación del juicio declara el Dr. Amorós que examinó al menor en octubre de 2016 y el 16 de abril de 2019 (en su domicilio), que no duda en considerarlo un superviviente, ya que recién nacido se le extirpa prácticamente todo el intestino delgado que le va a provocar una serie de discapacidades, disfunciones y patologías que va a tener que soportar básicamente toda su vida, y está sometido a un potencial de complicaciones permanentes por tratarse de un niño con un intestino de menos de 20 cm, y eso si consigue sobrevivir. En cuanto a la afectación orgánica explica que se priva al niño de un proceso metabólico del intestino delgado pues se acorta el tránsito intestinal en un 90 y pico por ciento, lo que provoca déficit de absorción masiva de vitaminas, agua etcétera, precisando un proceso de adaptación intestinal pasando de una alimentación parenteral a poder alimentarse por boca a los 6-7 meses de vida; que existe una mala absorción, por ejemplo, de la vitamina B 12 y D que son fundamentales para el desarrollo neurológico y para el crecimiento óseo; se produce un trastorno hormonal del calcio y hay una evacuación intestinal permanente, deshidratación diaria y diarrea constante; que hay un rebote en la adolescencia por fallo hepático o renal; que estos niños requieren un equipo médico multidisciplinar pero que sin un apoyo y trabajo familiar ímprobo que atiendan al niño en todas sus necesidades este no sobreviviría. En cuanto el día a día del menor indica que tiene que comer y beber permanentemente con deposiciones abundantes que conllevan malestar,

irritación permanente de esfínteres y ano, lo que le afectará en todas las esferas de su desarrollo personal, problemas de relaciones sociales, para hacer deporte o actividades lúdicas, es un niño débil; de adulto estará muy limitado para muchas actividades laborales, con una incapacidad permanente total para las que requieran actividad física y estando impedido para aquellas que precisen dedicación y atención continuas. En cuanto a los padres manifiesta que el último biberón se lo dan a la una de la madrugada y el siguiente a las 5,30 o 6 horas de la mañana, con una deposición en mitad de la noche, existiendo un trastorno de sueño objetivo de los padres y el menor; que el niño tiene en la actualidad 10 años, que requiere una dedicación familiar abnegada, los padres tienen que estar pendientes de él para que no se deshidrate y llevan un régimen estricto de medicación por una sintomatología activa. En cuanto a las secuelas que recoge, en concreto sobre las caries de, las atribuye a una mala absorción y no a la toma de biberones por la noche, se trata de dientes mal nutridos, con déficit de minerales. Respecto a las cicatrices la intervención llevada a cabo esta dentro de la mala praxis, se hizo tarde con una técnica inadecuada que provocó una segunda intervención más invasiva y con más cicatrices. Efectivamente las fotografías adjuntas en su informe (a los folios 99 y siguientes) son suficientemente expresivas de dichas cicatrices: dos horizontales y una transversal sin que conste impedimento para poder acceder en la segunda intervención por la cicatriz primera ya existente.

Hay que tener en cuenta asimismo las sucesivas declaraciones de dependencia del menor y en concreto la aportada en el acto de la audiencia previa (al folio 430) de fecha 3 de octubre de 2017 en el que por la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la región de Murcia se le concede un Grado II de dependencia al haber obtenido una puntuación de 70 puntos y donde se determina la necesidad de cuidados en actividades básicas de la vida diaria como higiene personal relacionada con la micción y defecación, lavarse, realizar otros cuidados corporales, vestirse, mantenimiento de la salud, desplazarse dentro del hogar, desplazarse fuera de hogar y tomar decisiones.

En cuanto al perito de la aseguradora, Dr. Arnanz Fernández, y especialmente la perito judicial, Dra. González Ojeda, describen una situación que podemos resumir en que el niño ha estado grave en los primeros meses de vida, pero ha mejorado mucho y ahora no corre ningún riesgo previsible, que nada tiene por qué cambiar a peor, y puede hacer una vida normal tanto él como sus padres, más allá de la atención normal de un niño de su edad.

Se observa un esfuerzo de ambos especialistas en minimizar el daño y su indemnización atendiendo a factores varios que reducen los días de hospitalización y los puntos por secuelas. La perito judicial por un lado afirma que las secuelas que refiere el Dr. Amorós están dentro del síndrome de intestino corto extremo (como la malabsorción) y reclamarlas supondría duplicarlas, pero por otro declara que ese síndrome no siempre, no en todos los casos, produce los mismos efectos como diarreas crónicas etc. Entendemos que se trata de secuelas que deben ser consideradas aparte, pues aunque la mala absorción sí parece que es propia del síndrome padecido, sus efectos pueden variar de un caso a otro. Niega la alteración del sueño cuando se trata de un niño cuyo riesgo de deshidratación es elevado dado el escaso tránsito intestinal y que defeca cada vez que ingiere alimentos, por lo que tiene que comer y beber con frecuencia. Y en cuanto a la justificación que da a las caries del menor (por el biberón nocturno), tampoco se comparte cuando es manifiesto y nadie discute la mala absorción de la vitamina D y del calcio, que afecta a los huesos del niño.

La perito judicial, en definitiva y según recoge la sentencia de primera instancia: *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 resecado. 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 laparatomía 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”.

Ciertamente ambos informes, sin menosprecio de su rigor técnico, carecen de esa *empatía* siempre necesaria para comprender la realidad por la que han pasado y pasan el menor y sus padres, y a fuerza de encajar el hecho en el supuesto más económico -de los posibles- dentro del Baremo de 2004 (con sus actualizaciones de 2009) ofrecen una indemnización totalmente insuficiente al caso enjuiciado. No se ajustan a la realidad pues la supervivencia del pequeño, cuyo caso está prácticamente fuera de la literatura médica (como dice el Dr. Amorós), se debe, entre otros motivos, a la constante y total entrega de los padres, en especial de la madre en sus primeros años de vida.

Tampoco compartimos los rebajes que hacen en aras de una *pérdida de la oportunidad*. Como ya recoge este tribunal, sección 11 de la AP de Madrid, en la sentencia del 23 de octubre de 2019 (Recurso: 616/2018): *"En el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación" (STS 3ª 1832/2016, 18.7).*

(...)."Basada la pérdida de oportunidad en la probabilidad de que otra decisión y otra asistencia sanitaria podría haber evitado el resultado lesivo o haber minorado, es la determinación de la probabilidad la que debe servir de guía para determinar la indemnización. [...] en los supuestos de pérdida de oportunidad no procede la indemnización 'por la totalidad del daño sufrido', sino que la misma ha de establecerse 'en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad'" (STS 3ª 169/2018, 6.2 y juris. cit.). "En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente" (STS 3ª rec. 2630/2014, 27.1.2016 y juris. cit.).

Pero también añadíamos que *en los supuestos de mala praxis (o infracción de la lex*

artis ad hoc) en los que pueda afirmarse el nexo causal directo con el daño, huelga referirse a la pérdida de oportunidad (v. STS 3ª rec. 1593/2008, 24.11.2009). [...] En la responsabilidad sanitaria y en casos similares al presente, resulta primordial evaluar lo que, en el caso concreto, pierde un paciente que sufre de una enfermedad progresiva cuando el tratamiento requerido se retrasa por un diagnóstico negligente. Puede ser que el paciente no pierda nada con el retraso porque, dado su estado anterior, no tenía posibilidades reales de recuperación. En otras ocasiones, el retraso puede significar que el paciente lo pierda todo. El problema de la pérdida de oportunidad acaece con los supuestos intermedios o "franja intermedia de incertidumbre causal" (STS 1ª 227/2016, 8.4). "Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, la teoría de la pérdida de oportunidad debe vincularse, dentro de la estructura general de la institución de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en el nexo causal, de tal forma que cuando se haya acreditado que el resultado lesivo tiene como causa directa e inmediata la asistencia sanitaria, que es contraria a la *lex artis*, se debe proceder a la indemnización de la lesión; en el extremo opuesto, cuando la asistencia sea correcta, el daño producido no es antijurídico y debe soportarlo el ciudadano" (STS 3ª 169/2018, 6.2; también 2071/2017, 21.12, en error de diagnóstico, rec. 5286/2003, 7.3.2007).

Y en nuestro caso no cabe aplicar el porcentaje del 60%, que establece la perito judicial, a los días de hospitalización para reducirlos a 113 días, fijando que ese porcentaje correspondería al retroceso diagnóstico y terapéutico y el resto a su patología de base; como tampoco cabe considerar un 91%, en cuanto a los puntos de secuelas, achacables al retraso y el 9% restante al diagnóstico de base. Y para ello podemos remitirnos al informe pericial de la doctora Soler Vigil, especialista en pediatría obrante a los autos como documento número 20 de la demanda, según la cual clínicamente podría haber estado indicada la intervención en una fase más precoz. Igualmente el informe del doctor López Vázquez (documento 10 de la demanda) según el cual *la enterocolitis necrotizante es un proceso clínico que se debe diagnosticar con prontitud para evitar su progresión a una porción más amplia del intestino, pues suele comenzar como un proceso localizado y que cuando la decisión de intervenir quirúrgicamente se hace tardíamente suele ser precisa una amplia resección del intestino... resección masiva del intestino delgado, que deja como secuela entre otras un síndrome de intestino corto extremo que origina de por vida en mayor o menor grado alteración en la capacidad de absorción de nutrientes por parte del intestino, con gran*

morbilidad neonatal y habitualmente baja calidad de vida, debido a procesos de intolerancia digestiva y frecuentes episodios diarreicos, precisando en ocasiones para poder vivir trasplante intestinal. Recoge igualmente que tras su nacimiento, a se le detectó anemia que requirió transfusión sanguínea y durante las primeras horas de vida presentó tres vómitos por lo que se decidió no darle de comer y colocarle una sonda nasogástrica (desde la nariz al estómago)... Que tras la exploración física refiere el pediatra abdomen blando y de depresible, palpándose masa en hemiabdomen superior que lo ocupa entero, que podría corresponder al hígado... por lo que se solicita ecografía abdominal urgente que no obstante no llegó a realizarse. Se pide también Rx abdominal, que no mostró hallazgos significativos en ese momento.

Entendemos que existe nexo causal entre la intervención tardía y la técnica inadecuada empleadas con el síndrome padecido de intestino corto extremo, por lo que no cabe aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad, debiendo atender a la situación en conjunto, a la afectación global del menor en estos diez años y del futuro incierto y no exento de riesgos, si bien sin tener en cuenta el retraso mental leve, que según la sentencia del JPI número 11 de Madrid no procede declarar acreditado que traiga causa de la intervención practicada, valoración que ha devenido firme.

CUARTO.- Compartimos las consideraciones realizadas por el juzgador a quo en cuanto a que el supuesto concreto, con todas sus circunstancias, no está contemplado en el baremo de tráfico del 2004. Pero es que la propia sentencia del JPI nº 11 de Madrid, de fecha 17 de junio de 2016, ya firme, establece que debe indemnizarse **el daño moral** del padre, ahora ya de ambos progenitores, como consecuencia de la quiebra familiar derivada del estado de salud del menor y su dependencia y atención requeridas, condenando en definitiva a la aseguradora a indemnizar **todos los daños causados** al menor y a su padre **por sufrir síndrome de intestino corto extremo**. Y en los fundamentos de derecho refiere los informes de la doctora Soler Vigil y del doctor López Vázquez, según los cuales la intervención quirúrgica podría haber estado indicada en una fase más precoz, y en concreto este último perito afirma que el retraso de la intervención quirúrgica determina el riesgo de afectación masiva del intestino y que en ningún caso se puede hacer una resección masiva por existir un riesgo entre 70% y 90% de mortalidad y en cuanto a la técnica empleada que la mayoría de los hospitales como en el Hospital Universitario La Paz consiste en abrir la cavidad

abdominal, extirpar lo inviable y oxigenar el aparato digestivo y de este modo se reseca la quinta parte de lo que se ha resecado, pero en ningún caso se puede dejar un intestino de una longitud de 12 cm o 15 cm.

Entendemos suficientemente acreditado que la situación del menor desde el punto de vista de su salud física es ciertamente complicada, si bien la evolución hasta ahora, afortunadamente, ha sido positiva, siendo la atención de sus padres, en especial de la madre, prácticamente total en los primeros años, con una importantísima incidencia en la vida familiar, que gira alrededor de la salud y estado del menor, quien tiene un hermano gemelo cuya evolución es normal. Existe por tanto una *considerable quiebra familiar* y si bien hay un componente de retraso mental leve que afectará también a la evolución madurativa del menor y que no cabe considerar como perjuicio derivado de la intervención quirúrgica, tal y como expone la sentencia del JPI número 11 de Madrid, es preciso contemplar la situación de afectación global del niño y su repercusión como daño moral en los padres de manera que se fije una indemnización suficiente para cubrir todos los daños causados.

Pues bien como recoge la STS Sala 1ª, de 22-2-2001, (nº 139/2001, rec. 358/1996): *"...para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquélla mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia..."*.

Y puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su "quantum económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico".

Según viene admitiendo la jurisprudencia del TS la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996, 27 septiembre 1999), o espiritual (S. 23 julio 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S. 6 julio 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S. 27 enero 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999).

Por su parte la SAP de Asturias, Civil sección 6 del 27 de septiembre de 2021 (Recurso: 291/2021) indica que: “... *el TS admite que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas, como la del artículo 1591 del Código Civil, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal....Entrando en la valoración del daño, el TS tiene dicho en su sentencia de 5 de junio de 2014 que la imposibilidad de aportar una prueba objetiva sobre este particular no impide ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)*”.

Y la SAP de Madrid, Civil sección 10 del 30 de mayo de 2019 (sentencia: 290/2019, Recurso: 366/2019), en un asunto de negligencia médica contra la aseguradora del servicio médico que trató a la demandante y que es la Conserjería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Murcia, razona lo siguiente: “Sobre la valoración del daño moral, esta Sala ya se pronunció en la sentencia de 23 de junio de 2016 , en la que se hacía referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en sentencias de 29 de enero de 1.993 , 9 de diciembre de 1.994 , 19 de octubre de 1.996 y 31 de mayo de 2.000 , precisa que no son necesarias pruebas de tipo objetivo, en relación a su traducción económica y que ha de estarse a las circunstancias concurrentes, habiéndose reconocido que el daño moral constituye una noción relativa e imprecisa, adoptándose una postura aperturista, con fundamento en el principio de indemnidad. Si bien, la condición necesaria

para que pueda apreciarse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, como queda patente en sentencias de 22 de mayo de 1.995, 19 de octubre de 1.996 y 27 de septiembre de 1.999, señalando la existencia de pesadumbre, temor, incertidumbre, impacto, quebranto o sufrimiento, como recogen las sentencias de 22 de mayo de 1.995, 27 de enero de 1.998 y 12 de julio de 1.999.”

En este caso se acreditan circunstancias objetivas derivadas de las secuelas del menor que provocan un evidente daño moral a los padres: sufrimiento a causa de la importancia de las lesiones de su hijo ..., con grave riesgo de mortalidad en los primeros meses y años de vida, incertidumbre ante el estado y evolución del niño, la zozobra por las posibles complicaciones, el impacto emocional que conlleva la atención diaria, la preocupación y angustia en cada una de sus recaídas y por el futuro de su hijo con las limitaciones que presenta, etcétera.

En atención a todo lo anterior entendemos, frente a lo reconocido en la sentencia de primera instancia, como cantidades más adecuadas para cubrir todo los daños causados al menor y a sus padres las de 500.000 € para ... y 75.000 € para cada uno de sus padres, estimándose en este sentido la impugnación promovida por la parte actora.

QUINTO.- La aseguradora discute también **el *dies a quo* de los intereses del art. 20 LCS.**

Entendemos que procede acoger este motivo del recurso de Berkley y fijar el dies a quo en el 8 de mayo de 2009, que es cuando se llevó a cabo la intervención quirúrgica controvertida, por demora en la intervención y mala praxis en dicha cirugía de resección de intestino delgado, y no desde el nacimiento del menor, pues aún no se había producido el acto dañoso.

Efectivamente los demandantes solicitan en el suplico de su demanda el pago de los intereses del artículo 20.4 de la LCS desde el 10 de abril de 2009, que consideran como fecha del siniestro. La parte demandada en su escrito de contestación discute la procedencia de tales intereses, sin referencia alguna al momento inicial, a partir del cual deban computarse si bien es su recurso de apelación lo único que cuestiona ya es la fecha del

siniestro, que en ningún caso es la del nacimiento del menor, 10 de abril de 2009, sino la de la intervención quirúrgica de resección del intestino realizada el 8 de mayo de 2009, para terminar solicitando que se fije como fecha inicial el 29 de febrero de 2012, que es cuando se comunica a la aseguradora el siniestro. Luego no se trataría en esencia de un hecho nuevo sino que la imposición de tales intereses especiales como cuestión nuclear ya fue discutida en el escrito de contestación, si bien en esta alzada lo que se pretende es modificar la fecha establecida en el fallo de la sentencia como dies a quo. No obstante es cierto que no propone fecha alguna y tampoco en su escrito solicitando aclaración de la sentencia, en el suplico del mismo, pretende una fecha concreta. En el cuerpo del escrito sí habla de que la sentencia parece referirse a la fecha del informe pericial emitido por el Dr. Arranz, 2 de junio de 2016.

Entendemos que procede fijar como fecha inicial para el devengo de los intereses especiales la de la intervención, 8 de mayo de 2009, en aplicación del art. 20.6º de la LCS, habida cuenta de que las consignaciones de la aseguradora son de fechas mayo de 2018 y junio de 2019, si bien por cantidades muy inferiores a lo acordado tanto en primera instancia como en ésta alzada.

Se acoge, según lo dicho, en parte el recurso de la demandada.

SEXTO.- Se mantiene la no imposición de **las costas** causadas en la primera instancia, al acogerse en parte la demanda pues hay que tener en cuenta en este caso que se parte ya de una responsabilidad por negligencia médica establecida en una resolución judicial anterior, siendo el objeto de este pleito exclusivamente la determinación del quantum indemnizatorio, representando las cantidades acogidas el 50% de lo solicitado (art. 394.2 de la LEC).

En el presente asunto entendemos que no se aprecian dudas de derecho y de hecho de entidad suficiente que, en todo caso, conllevarían la no imposición de costas de la primera instancia, lo que se va a ser objeto de confirmación, pero no su imposición a la demandada, cuyas pretensiones no han sido del todo rechazadas.

En cuanto a las costas causadas en esta alzada no procede expresa condena a ninguna de las partes, ni las relativas al recurso de apelación de la aseguradora, que se acoge

en parte, ni de la impugnación de la parte actora que asimismo se estima en los términos ya expuestos (art. 398.2 de la LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de W.R. BERKLEY INSURANCE (EUROPE), LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA, así como la impugnación promo.....vida por D. .que actúan en su propio nombre y en el de su hijo menor, contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 2019 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Madrid, revocamos en parte dicha resolución en el sentido de condenar a la demandada W.R. BERKLEY INSURANCE (EUROPE), LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA a que pague a los demandantes, la cantidad de SEISCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS (650.000 €), de los que 500.000 € corresponden al menor y 75.000 € a cada uno de los progenitores demandantes, más los intereses fijados en la sentencia desde el 8 de mayo de 2009.

No se hace expresa condena de las costas de ambas instancias.

La estimación parcial del recurso determina **la devolución 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.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el

mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2578-0000-00-0464-20, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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