

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Decimonovena
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 7 - 28035
Tfno.: 914933886,914933815-16-87

37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0253739
Recurso de Apelación 29/2022

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 03 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 72/2020

APELANTE: AGRUPACIÓN MUTUAL ASEGURADORA MUTUA DE SEGUROS A
PRIMA FIJA
PROCURADOR D^a. ANA MARÍA CAPILLA MONTES
APELADO:
PROCURADOR D^a. ISABEL AFONSO RODRÍGUEZ

SENTENCIA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
D. RAMÓN BADIOLA DÍEZ
D^a. PILAR PALÁ CASTÁN
D. LORENZO VALERO BAQUEDANO



En Madrid, a dos de febrero de dos mil veintitrés.

La Sección Decimonovena de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario nº 72/2020 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 03 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandada apelante **AGRUPACIÓN MUTUAL ASEGURADORA, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA (A.M.A.)**, representada por la Procuradora D^a ANA MARÍA CAPILLA MONTES, y defendida por Letrado, y de otra, como demandante apelado
., representado por la Procuradora D^a ISABEL AFONSO RODRÍGUEZ y defendido por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 6 de septiembre de 2021.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **D. LORENZO VALERO BAQUEDANO**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 6 de septiembre de 2021, cuyo fallo es del tenor siguiente:

“ Estimo sustancialmente la demanda formulada por la procuradora Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de _____, contra Agrupación Mutual Aseguradora, Mutua de Seguros a Prima Fija (A.M.A.), y en su virtud, condeno a la demandada a indemnizar al actor con la cantidad de quinientos sesenta y cuatro mil quinientos sesenta euros y cincuenta y seis céntimos de euro (564.560,56 €), con más sus intereses de demora del artículo 20 LCS devengados desde 05/06/2016, y con imposición a la demandada de las costas del procedimiento. ”

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, dándose traslado a la adversa que se opuso al mismo y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 31 de enero de 2023.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del litigio. La Sentencia de instancia.

Según se reseña en el fundamento jurídico primero de la Resolución impugnada, se ejercita por el actor, menor de edad representado legalmente por sus padres,



acción dirigida a obtener de la demandada, como aseguradora de la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir la ginecóloga la indemnización de los daños y perjuicios que se dicen para él derivados de la negligencia en la que habría incurrido en la conducción del trabajo o gestión clínica de su alumbramiento, el 05/06/2016, en el Hospital Los Arcos del Mar Menor de San Javier (Murcia), en el que la asegurada de la demandada desempeñaba la labor de ginecóloga de guardia, y que le habría producido una parálisis del plexo braquial por distocia de hombros, con axonotmesis de tres raíces vertebrales, C5, C6 y C7, habiendo requerido reconstrucción quirúrgica, con detección de un neuroma extendido a las terminaciones nerviosas, realizándose injertos neuríticos e infiltración de botox como tratamientos paliativos al existir muy escasas posibilidades de reinervación, pese a lo cual la secuela persiste, dando lugar a un grado de discapacidad del 33% de movilidad en brazo derecho reconocido en Dictamen Médico del Equipo de Valoración y Orientación del Instituto Murciano de Acción Social.

La Sentencia de instancia rechaza con carácter previo la excepción de falta de legitimación pasiva propuesta por la demandada en relación con la supuesta existencia de otra póliza que aseguraría la responsabilidad civil de como empleada del Servicio Murciano de Salud, por fundarse dicha excepción en una cláusula excluyente de la responsabilidad contenida en la póliza a la que aquélla figuraba adherida, no oponible al perjudicado.

Desestima igualmente el Juzgador la invocada prescripción de acción basada en responsabilidad extracontractual, atendido el artículo 1969 Ccivil, y la fecha del reconocimiento por parte del Instituto Murciano de Acción Social a través de Resolución de fecha 17/07/2019, de discapacidad del 33%.

En lo atinente al fondo del asunto, indica la Sentencia que no se aprecia gran discrepancia entre las partes respecto a las consecuencias patológicas generadas al demandante a raíz de su nacimiento, según documentación médica consistente en “hoja de parto y puerperio inmediato” y “hoja de neonato” confeccionadas en el Hospital Los Arcos del Mar Menor, intervención quirúrgica de fecha 23/03/07 en el Hospital General de Alicante y nueva intervención de fecha 01/06/2020 por parte del doctor

, así como el citado reconocimiento de grado de discapacidad, 28% por limitaciones en la actividad y 5% por factores sociales complementarios, con base en la deficiencia de



monoparexia en miembro superior derecho y con diagnóstico de lesión del plexo braquial de etiología sufrimiento fetal.

Al analizar las pruebas periciales, refiere la Resolución apelada que por lo que respecta a la causa de la lesión sufrida por el demandante, la PBO, parálisis braquial obstétrica (Erb-Duchenne) derecha, con axonotmesis parcial de grado severo en nivel C5/tronco superior, grado muy severo en C6/tronco superior y de grado moderado-severo en nivel C7/tronco medio, siendo evidente que la misma se produce durante el parto, se analizan las pruebas practicadas a fin de determinar si, como pretende la parte demandante, y conforme al dictamen de su perito, doctor José María Muñoz Conde, la causa de la lesión sería la tracción excesiva y desproporcionada del cuello fetal en la maniobra ejecutada para resolver la distocia de hombros presentada, o, si como sostiene la demandada, según el dictamen de su perito doctor Maciej Julian Brandt, no existiría una causa única, sino un conjunto de factores (macrosomía, parto muy precipitado, fuerzas maternas violentas, condición de múltipara de la madre, la propia disocia de hombros, etc.), que habrían provocado la PBO, y no una mala praxis. El Magistrado valora la existencia de omisiones o silencios en la Historia Clínica, por falta del registro cardiotocográfico y de reseña del tiempo de aviso a la ginecóloga de guardia, y los términos de la denominada “ Guía práctica de asistencia de la Distocia de Hombros ” DH, publicada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia SEGO en abril de 2015, y concluye su inobservancia, al no haberse diagnosticado propiamente la DH, ni conformado el equipo recomendado (obstetra experimentado, anestesista, neonatólogo, matrona y auxiliar de enfermería). La Sentencia señala la causa de extracción precipitada que informa el perito propuesto por el actor, por tracción excesiva por parte de la matrona o matronas, sin constancia de intervención alguna de la ginecóloga de guardia.

De acuerdo a lo anterior, atribuye la Sentencia una serie de actuaciones u omisiones imputables a la ginecóloga con reseña del criterio de imputabilidad del artículo 1902 Civil y de la denominada doctrina del daño desproporcionado.

En lo concerniente a la cuantificación de la indemnización a conceder conforme a los artículos 1902 Ccivil y 76 LCS, el Juzgador de instancia hace aplicación del Baremo de la Ley 35/15, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Otorga la Resolución un total de 35 puntos por secuela física, secuela 01032 “ Monoparesia de miembro superior grado grave ”, según el razonamiento que expone sobre



cómputo en su conjunto de la afectación del demandante. Por el concepto de secuelas estéticas consistentes en tres cicatrices poco marcadas y la asimetría derivada de la “escápula alada”, y de la paresia como defecto visible, se admite la valoración de la demanda, por 21 puntos. Se reconocen igualmente daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial, por 50.000 euros. Junto a ello se conceden 2.400 euros por intervenciones quirúrgicas, e indemnizaciones por lesiones temporales, según el detalle reflejado en Sentencia, que considera la necesidad de intervención quirúrgica e infiltraciones en un total de 42.450 euros por 1.415 días de perjuicio personal temporal básico; 4.056 euros por 78 días de perjuicio personal temporal moderado ; y 450 euros por perjuicio grave. Finalmente, se otorga el concepto de indemnización por los gastos de rehabilitación futura, por ser previsible el que el perjudicado tenga que acudir a terapia de por vida, para intentar recuperar el máximo de movilidad y funcionalidad, por la cantidad pretendida en demanda, 269.960 euros, a razón de 4.000 euros durante 67 años y medio aproximadamente. Se estima la reclamación por lucro cesante derivado de incapacidad permanente total por 96.217 euros.

La Sentencia impone intereses del artículo 20 LCS desde la fecha del hecho causante del daño y estima de forma sustancial la demanda, imponiendo las costas procesales a la demandada.

SEGUNDO.-Objeto del recurso de apelación-

En su escrito de apelación la recurrente invoca, inicialmente, error en la valoración de las excepciones procesales, desarrollando el siguiente motivo:

1.- Excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam*.

Siendo objeto de la reclamación la supuesta mala praxis sufrida por el actor en la asistencia médica que se llevó a cabo en la sanidad pública por profesionales médicos (funcionarios) dependientes del Servicio Murciano de Salud, se pretendería culpabilizar a la Dra. Martínez asegurada en A.M.A. en la modalidad de actividad privada con un capital máximo asegurado de 601.012,00 euros, según resulta del Boletín de Adhesión Seguro Colectivo de Responsabilidad Civil Profesional del Colegio de Médicos de Murcia Póliza nº 53000107- año 2015, documento nº 2 del escrito de contestación, y certificado de adhesión, copia de la póliza de seguro colectivo nº 530001074 de responsabilidad profesional y el



certificado de colegiación y de cobertura de seguro de responsabilidad civil documento nº4 de la demanda.

Estima la recurrente que de acuerdo a la referida póliza documento nº4, se contiene dentro de la delimitación temporal de cobertura, en el apartado 4.2, como exclusión común a cualquier actividad y especialidad, a) aquellas reclamaciones de las que el asegurado hubiese tenido conocimiento, a través de cualquier medio, con anterioridad a la fecha de efecto del contrato y aquellas que el asegurado debería haber, razonablemente previsto o descubierto, y b) aquellas reclamaciones que estén cubiertas bajo el condicionado de cualquier otra póliza anterior (folio 103 y siguientes del documento).

De lo anterior extrae la recurrente la consecuencia que la póliza que cubriría los supuestos daños sería la del Servicio Murciano de Salud y no la de A.M.A., al trabajar la Dra. de forma dependiente para aquel Servicio.

Sostiene la apelante que la inmunidad de la acción directa, al amparo del artículo 76 LCS, según indica, entre otras, la STS de 5 de junio de 2019, no alcanza a las excepciones objetivas, como es la definición del riesgo, el alcance de la cobertura, y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro (STS 200/2015, de 17 de abril, con cita de las de 26 de noviembre de 2006, 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009). El perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato.

2.- Subsidiariamente, error en la valoración de la prueba a la hora de cuantificar los daños reclamados por la actora y otorgados en Sentencia.

Se indica la falta de explicación y razonamiento de la cuantificación realizada en demanda que recoge la propia Sentencia, sin que se considere la valoración del daño personal efectuada por el perito Dr. pese a que dicha Sentencia reseña haber tenido en cuenta la valoración de dicho informante.

Se impugna, en primer lugar, la indemnización por secuelas físicas, al resultar de la aplicación orientativa del Baremo una diferencia notable entre la conclusión del Juez a quo de cuantificar en 35 puntos las secuelas frente a los 20 puntos que establece el perito Sr. Perea. Tanto el Juzgador como el citado perito consideran la importancia del último informe de la Dra. de fecha 5 de abril de 2021 del Hospital Los Arcos, sobre posibilidad de movilidad del brazo derecho, aunque con limitación por pérdida de fuerza, sin



que la actora proporcionara los informes emitidos por el Hospital General de Alicante tras la intervención quirúrgica de 1 de junio de 2020. El único documento médico que se aporta es dicho informe de la Dra Doña [redacted] que lleva a cabo la rehabilitación del demandante, que describe los movimientos de flexión de 100°, abducción de 90° y rotación externa de 80°. Se reseñan a tal efecto las aclaraciones periciales realizadas en juicio en relación a los movimientos estrictos objetivos. No se justificaría la concesión de la secuela con código 01032 que recoge la Sentencia, sino la secuela código 01075 de “Pleja por lesión plexo braquial, rebajada a paresia por no existir parálisis, al no acreditarse monoparesia de miembro superior en grado grave.

En segundo lugar, se impugnan las secuelas estéticas, reiterando los anteriores motivos relativos a falta de explicación de la cuantificación que explicita la Sentencia, siendo la única valoración del daño la proporcionada por el perito Dr. [redacted], que considera el perjuicio personal moderado de la cojera ligera y el perjuicio estético medio de la cojera relevante, estableciendo una equivalencia de la cojera relevante con la asimetría al mover los miembros superiores, y considera un perjuicio estético medio en su parte más baja, por 15 puntos, frente a los 21 puntos que otorga la Sentencia por perjuicio medio o importante.

Como tercer concepto, se recurren los daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial en 50.000 euros, al no concurrir secuelas que alcancen al menos 80 puntos, según lo dispuesto en el artículo 105 del Baremo, y por no sufrir el demandante una incapacidad permanente total, ya que, siendo el brazo dominante el izquierdo por ser el niño zurdo, la falta de movilidad completa en el brazo derecho para algunas tareas significa una incapacidad laboral para determinadas actividades, pero no aquella incapacidad permanente total, considerando la valoración del perito de la demandada sobre perjuicio por pérdida de calidad de vida en grado moderado y en los valores más bajos de la horquilla de la tabla 2.B del Baremo.

El cuarto punto controvertido lo es por la indemnización por intervenciones quirúrgicas, que únicamente sería concedible por razón de la única intervención quirúrgica de fecha 1 de junio de 2020, en la suma de 1.600 euros.

Se señala como quinto concepto impugnado, la indemnización por gastos de rehabilitación futura, ante la falta de pruebas médicas que acrediten que el perjudicado tenga que seguir con terapia de por vida. Se reseñan las manifestaciones en juicio del perito Dr. [redacted] y la intervención quirúrgica de fecha 1 de junio de 2020, en la que se realizaron



trasferencias de fibras del músculo redondo mayor al manguito de los rotadores, a fin de proporcionar esa movilidad al menor. En todo caso, se debería conceder la rehabilitación únicamente hasta la mayor edad o edad de crecimiento.

En sexto lugar, y en relación al lucro cesante, se recurre la concesión del importe recogido en Sentencia, ante la señalada inexistencia de incapacidad permanente total, reproduciendo la argumentación ofrecida al impugnar los daños morales complementarios.

3.- Error en la condena de los intereses del artículo 20 LCS.

El Juzgador refleja la dificultad de fijar el quantum indemnizatorio, de modo que estima la apelante que media justa causa o causa no imputable por falta de satisfacción de la indemnización, debiendo además establecerse el *dies a quo* en la fecha, no de siniestro, sino del informe emitido por el Instituto Murciano de Acción Social de la Resolución por la que se reconoce al menor una discapacidad del 33%, 17 de julio de 2019. En su defecto, se solicita que el devengo de intereses lo sea desde la fecha de Sentencia, intereses que serían procesales y no moratorios, y de manera subsidiaria, que se apliquen intereses especiales desde la fecha de informe pericial de la demandada. De forma también subsidiaria, se solicita que el devengo lo sea desde la fecha de reclamación extrajudicial o el ejercicio de la acción directa por falta de conocimiento con anterioridad del siniestro.

4.- Error en cuanto a la condena en costas, por no concurrir una estimación sustancial de la demanda, al haberse acogido parte de las pretensiones y reducirse la cuantía en más de 135.000 euros, suponiendo una estimación parcial de la demanda.

TERCERO.- Resolución de la Sala.

Falta de legitimación pasiva de la aseguradora de responsabilidad civil.

La revisión de las actuaciones en esta alzada conforme dispone el artículo 465 LEC, que permite realizar un nuevo examen de lo acontecido en la instancia, tanto de las alegaciones de las partes como de las pruebas practicadas, queda circunscrita en el caso a la valoración del daño corporal y conceptos indemnizables, y con carácter previo, a la invocada falta de legitimación pasiva *ad causam*, por considerar la recurrente que la póliza que



cubriría los daños causados sería la correspondiente al Servicio Murciano de Salud, y no la póliza de la entidad de seguros A.M.A..

Frente a lo sostenido por la apelante, estima la Sala que la conclusión valorativa del Juzgador de instancia al resolver la excepción previa alegada en el sentido de cobertura del siniestro en virtud de la póliza de responsabilidad civil profesional con número 530001074 suscrita con A.M.A. con un capital de 601.012 euros, integrada en el conjunto documental nº 4 de la demanda, ha de ser confirmada, por ir referida tal cobertura a la actividad profesional mixta, pública y privada, y por definir el propio documento nº 2 del escrito de contestación a la demanda como “Objeto del Seguro”, según detalla acertadamente la Sentencia impugnada, que “ A.M.A. garantiza, dentro de los límites fijados en las presentes Condiciones Especiales y en las Condiciones Generales, el pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios económicos (en los términos en que dichas expresiones vienen definidas en las Condiciones Generales), causados a terceros por errores profesionales cometidos por el Asegurado en el ejercicio de su profesión y especialidad sanitaria indicada en las Condiciones Particulares”, y entre los “Riesgos Cubiertos”, la responsabilidad civil profesional. Tal y como afirma la parte actora al oponerse al recurso en este punto, la precedente solicitud de Diligencias Preliminares 308/2018 del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Murcia, cuyos antecedentes se aportan dentro del referido documento nº 4 de la demanda, produjo como resultado el certificado de adhesión, copia de la póliza de seguro colectivo, así como el certificado de colegiación y de cobertura de seguro de responsabilidad civil, como documentación que habilitaba el ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 76 LCS.

Establecido lo anterior, no puede la apelante invocar con éxito, ni la referencia dentro de la póliza que sirve a la actual reclamación, dentro de las Bases del Seguro, y de la Delimitación Temporal de Cobertura, a las exclusiones comunes a cualquier actividad y especialidad, por existencia de cobertura bajo el condicionado de cualquier otra Póliza anterior (folio 103 y siguientes del documento indicado), como tampoco la atendida adhesión de la Dra. exclusivamente para la medicina privada, que se desprendería de boletín unido como documento nº 2 del escrito de contestación a la demanda.

Por lo que se refiere a los límites dispuestos en el contrato como delimitación temporal de cobertura, es conocido que tales previsiones no son oponibles a los perjudicados, en interpretación del artículo 76 LCS (véase, a título de ejemplo, la SAP Madrid Sección 11ª de 10 de octubre de 2013, en relación a las denominadas “ cláusulas made claim ”, que



comportan una extensión o limitación de la cobertura en atención a circunstancias temporales). En lo que concierne propiamente al boletín de adhesión que aduce la recurrente, supone introducir un contenido incompatible con el objeto del contrato, y por tanto, con los riesgos objeto de cobertura definidos, contenido que no puede ser opuesto al tercero perjudicado al amparo del artículo 76 LCS, tal y como recoge la Sentencia apelada. Es por ello que el demandante alega la falta de firma por el tomador del seguro y de constancia de la cláusula.

Obsérvese, además, que considerando la expresada cobertura de sanidad pública y privada, o definición del tipo de seguro concertado, de actividad mixta, no se plantea controversia respecto a la existencia de reclamación administrativa no resuelta a los efectos del artículo 1144 Ccivil, respecto a los responsables solidarios, lo que obliga a rechazar el motivo del recurso.

Error en la valoración de la prueba relativa a la cuantificación de los daños reclamados-

El motivo segundo del recurso basado en la errónea valoración de la prueba practicada sobre determinación y cuantificación de secuelas funcionales y estéticas sufridas por la demandante, daños morales, indemnización por intervenciones quirúrgicas, gastos de rehabilitación futura, así como lucro cesante, hacen preciso analizar el conjunto de elementos probatorios que son objeto de valoración en esta alzada en la que la Sala tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos como a las cuestiones jurídicas deducidas, en orden a verificar el acierto o desacierto de lo decidido en primera instancia como comprobación del resultado alcanzado (según destaca la STS de 4 de diciembre de 2015). Dentro de este análisis, es especialmente relevante la valoración de prueba pericial conforme al artículo 348 LEC por su relevancia en los procesos, como el enjuiciado, de responsabilidad por mala praxis profesional, en conjunción con los documentos médicos aportados a las actuaciones, esencialmente, tal y como refiere la Sentencia, la historia clínica, cuya defectuosa confección detalla la Resolución apelada, atendida la naturaleza eminentemente técnica de la cuestión debatida.

Revisadas las pruebas practicadas, con visionado de la grabación de juicio, esta Sala llega a la conclusión que, en relación a la valoración probatoria, y en especial de la declaración pericial del Dr. D. _____, que confecciona el único informe de



valoración del daño personal obrante en actuaciones y cuyas apreciaciones escritas y verbales se reseñan a lo largo del recurso, no se ha producido en este caso la infracción de los artículos 216 y siguientes LEC, por valoración errónea, arbitraria e ilógica de la prueba, determinante de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y las normas que rigen los actos y garantías del proceso, de acuerdo a las consideraciones que se reproducen seguidamente.

Indemnización por secuelas físicas.

Opone la recurrente la inferior puntuación de 20 puntos reseñada por el perito Dr. _____, frente a la superior por 35 puntos que otorga la Sentencia por el concepto, con base al contenido del informe médico emitido por la Dra. _____

encargada del proceso de rehabilitación del actor, informe que detalla los grados de movilidad del menor y que especifica en su fundamentación jurídica la Sentencia, alcance de movilidad que se concreta en la flexión (movimiento hacia delante), de 100°, de abducción (movimiento lateral de hombro), de 90°, y de rotación externa, de 80°. Esta valoración, que incluye la indicación de ser el menor capaz de peinarse, de dificultad para la rotación externa mano-nuca y de limitación de 15° en la supinación del antebrazo, es utilizada por el perito para establecer una secuela con código 01075 del Baremo “Plejía por lesión plexo braquial ” (tipo Erb-Duchenne) (raíces C5-C6), rebajada a paresia, al no existir parálisis.

Lo cierto es que el propio perito médico de valoración del daño viene a reconocer en el curso de su declaración en juicio la insuficiencia de la puntuación baremada que propone en base a criterios de movilidad sin considerar, al mismo tiempo, el daño a tres raíces nerviosas, al haber constatado igualmente la paresia del miembro superior con afectación, junto a las raíces C5 Y C6, de la raíz C7/tronco medio, y que no existe un código al que asociar tal afectación en su conjunto (minuto 56 y 1hora 02 minutos a 1hora 3 minutos de la segunda vista de juicio). Es por ello que el perito del demandante Dr. _____ al explicar las consecuencias de la lesión sufrida de parálisis braquial obstétrica derecha, con axonotmesis parcial en grado severo en nivel C5/tronco superior, grado muy severo en C6/tronco superior y de grado moderado-severo en nivel C7/tronco, destaca en su declaración judicial la severa afectación cervical, constituyendo la axonotmesis una disrupción completa de la vaina del nervio, tratándose de una lesión devastadora por maniobra en el caso de tracción excesiva, que no supone una mera elongación, y que precisa de cirugía reconstructiva mediante injerto (minutos 20 a 22 de la primera vista de juicio).



No puede, en su consecuencia, calificarse como ilógico el razonamiento que expone la Sentencia al acudir a la secuela solicitada por la parte actora, con código 01032 “Monoparesia de miembro superior grado grave “, que valora en mayor medida y en su conjunto, según lo dicho, la afectación del menor, concediendo un valor intermedio dentro de la horquilla de 30 a 40 puntos, siendo íntegramente reproducible la argumenación que efectúa el Juzgador de instancia, sobre conexión entre ambos tipos de secuela 01075 y 01032, según apartado 2.2 de la descripción de las secuelas motoras y sensomotoras de origen periférico, donde se dice que “La suma resultante por lesión de los nervios de la extremidad superior no puede superar a la monoplejía. ”

Indemnización por secuelas estéticas.

No resulta estimable este motivo del recurso por considerar el perito Dr. que la secuela ha de resarcirse, de acuerdo a la exploración del menor y de las fotografías realizadas al mismo, como perjuicio estético medio, en su grado bajo, en un total de 15 puntos frente a los 21 puntos que reconoce la Sentencia, tomando como referencia la existencia de tres cicatrices en la región cervicobraquial derecha, poco marcadas, según el perito, y una asimetría escapular moderada asociada a la parálisis parcial del plexo.

Estima al respecto la Sala que la puntuación otorgada en Sentencia no supone vulneración de los artículos 102 y 103.2 de la Ley 35/2015, ya que la percepción de la paresia, como defecto visible, y la mayor visibilidad de las cicatrices en el pecho y junto al hombro derecho, por su aspecto queiloide, en cualquier actividad que requiera desnudar el torso, tal y como reseña la Sentencia, así como la relevancia de la asimetría, autoriza la valoración ponderada conjunta que refiere el segundo de los preceptos citados, según afirma la parte apelada, por la imagen del tronco descompensada y antiestética, siendo este el motivo por el que el Juzgador discrepa del criterio del perito, que se sustenta en una valoración individualizada de cada uno de los componentes del perjuicio estético.

Daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial.

El concepto impugnado en el recurso es expresamente admitido por el perito médico de valoración del daño, sin referencia alguna a la valoración de secuelas concurrentes, por pérdida de calidad de vida en grado moderado y en los valores más bajos de la horquilla reflejados en la tabla 2.B del Baremo para el año 2020, por lo que correspondería, según se indica en el recurso, la cantidad de 10.441,50 euros.



El cálculo que opone la aseguradora se asienta en el proceso de mejoría del menor, teniendo en cuenta la intervención quirúrgica que se le realiza en el Hospital de Alicante en fecha 1 de junio de 2020, en la que se efectuaron unas transferencias de fibras del músculo redondo mayor al manguito de los rotadores, como intervención habitual que ha proporcionando esa movilidad.

El médico informante, tras reconocer la procedencia del concepto, y de confirmar la limitación para el ejercicio de tareas habituales que supone el daño, manifiesta expresamente no ser posible una mejoría completa, en respuesta a la pregunta sobre existencia de una lesión gravísima (minutos 58 y 59 de la declaración). Esta gravedad se concreta, según precisa la parte actora en su escrito de oposición al recurso, en el hecho de haberse producido un arrancamiento -avulsión- a la criatura, no de dos raíces nerviosas del plexo, sino de tres, conllevando la atipicidad de la lesión, y la producción de secuela que va a condicionar toda la vida del demandante, en expresión del Juzgador de instancia, dado que se descarta cualquier recuperación completa. Por otra parte, es justificable la concesión del superior importe que fija la Sentencia, por la indudable incidencia que la reseñada limitación de movilidad tiene en el ámbito laboral, y en el ejercicio de tareas o labores que precisen el uso con fuerza de ambos brazos, respondiendo el perito en este sentido la pregunta de la parte demandante relativa a incapacidad total (1 hora 5 minutos de la segunda grabación de juicio).

En definitiva, y en relación al daño moral considerado por el Juzgador, la cantidad concedida sobre la base de lo dispuesto en los artículos 107 y 108 de la Ley 35/2015 valora la importante limitación de cualquier actividad de la vida diaria, por pérdida de la autonomía personal para realizar actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o en el desarrollo personal mediante actividades específicas, que van a persistir en mayor o menor medida a lo largo de la vida del menor, sin que quepa reducir la indemnización en función del criterio de mejoría que se expone en el recurso.

Indemnización por intervenciones quirúrgicas.

Comparte la Sala plenamente el razonamiento de la Resolución impugnada, al incluir, junto a la intervención quirúrgica de fecha 1 de junio de 2020 por 1.600 euros, otras dos intervenciones de tipo ambulatorio, que tenían por objeto infiltraciones a fechas 23 de julio de 2017 y 12 de noviembre de 2018, y cuya cuantificación corresponde al límite mínimo de



la horquilla de la tabla 3.B del Baremo, que contempla una horquilla desde 400 hasta 1600 euros.

Gastos de rehabilitación futura.

Constituye el concepto indemnizatorio más elevado, que se impugna en el escrito de apelación por no aportarse pruebas médicas acreditativas de la necesidad de seguir terapia de por vida y a salvo de la mejoría resultante a partir de la antes referida intervención quirúrgica del Hospital General de Alicante a fecha 1 de junio de 2020. Rechaza la recurrente la proyección que hace la Sentencia, a razón de 4.000 euros anuales, durante 67 años y medio. Cita igualmente la apelante el contenido del informe de rehabilitación de la Dra.

del que no se desprende la necesidad de tratamiento a lo largo de la vida del menor.

Este apartado del recurso viene a ser resuelto en el sentido ya señalado al trato el concepto de daños morales, al justificarse pericialmente la imposibilidad de compensar completamente el déficit de movilidad, sin perjuicio de que se mantenga periódicamente el proceso rehabilitador a los efectos de eventual recuperación de mayor movilidad y funcionalidad, o cuando menos, tal y como recoge la Sentencia, de no perder la lograda. En este contexto, cabe reiterar la atipicidad de la lesión producida, caracterizada por una severa afectación cervical, que precisa de intervención mediante injerto, a modo de proceso de neurotización que no generará una funcionalidad completa, por no admitir el sistema nervioso regeneración (minutos 22 a 24 de la declaración del perito Dr.). La confirmación en igual sentido por parte del perito Dr. de una recuperación incompleta pese al tratamiento de fisioterapia (minuto 59 de su declaración), permite estimar acertada la conclusión de la Sentencia, sobre necesidad de continuación del tratamiento a lo largo de los años, al objeto de alcanzar los mayores niveles de funcionalidad y de combatir el déficit de movilidad permanente.

Lucro cesante.

Reproduce nuevamente la apelante en relación a este concepto la falta de prueba relativa a incapacidad permanente total, según aclaraciones efectuadas por el Dr. al explicar que el brazo dominante del menor es el izquierdo, sin que ello supusiera aquella incapacidad, sino limitación para algunas tareas o limitación laboral específica para actividades determinadas.



Sin embargo, y de acuerdo a lo antes señalado, la incapacidad total es indicada en juicio por el propio perito de valoración del daño personal al corroborar la imposibilidad de realización de cualquier trabajo que requiera hacer fuerza con los dos brazos. Es plausible que, según refiere la parte actora y confirma el perito, son escasas las labores que no precisen cualquier tipo de fuerza simultánea y coordinada en sus tareas principales o accesorias. La Sentencia aplica pues acertadamente el artículo 130.d) de la Ley 35/2015 en relación a la Tabla 2.C.8, respecto a menores de treinta años pendientes de acceder al mercado laboral, al conceptuarse la incapacidad total por imposibilidad de llevar a cabo una gran cantidad y variedad de actividades laborales.

Descartado, en su consecuencia, el error en la valoración y carga de la prueba, artículos 217 y 218 LEC, referido a la apreciación por parte del Juzgador de las pruebas consideradas en la instancia, en orden a la concesión y cuantificación de los conceptos que integran el objeto de la demanda, se desestima el motivo del recurso, por no superar la cantidad global concedida el capital máximo asegurado, 601.012,00 euros, tal como expone la Resolución impugnada.

Error en la condena de los intereses del artículo 20 LCS.

La solicitud de no imposición de intereses del artículo 20 LCS se relaciona por la apelante con la necesidad de acudir al litigio al existir una situación de incertidumbre o duda racional, dado que en el actual procedimiento por negligencias médica el cálculo de los intereses especiales habría de tomar como referencia o *dies a quo* la fecha de Resolución administrativa que reconoce el grado de discapacidad del 33%, 17 de julio de 2019, o, en su defecto, la fecha de informe pericial que permita valorar los perjuicios, al menos provisionalmente, y en último término, la fecha de reclamación o del ejercicio de la acción directa, cuando la aseguradora prueba el desconocimiento anterior del siniestro.

La cuestión relativa a la imposición de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980, en su redacción dada por la Disposición Adicional Sexta, viene determinada por la existencia o no de causa justificada o de circunstancias concurrentes en el siniestro o derivadas del texto de la póliza de seguro que puedan hacer surgir dudas en cuanto a la cobertura de seguro, sin que el hecho de que la aseguradora haya indemnizado



una parte de la indemnización asignada al perjudicado suponga necesariamente el cumplimiento que impone el artículo 20.8 LCS, de satisfacer la indemnización o hacer frente al importe mínimo. Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 1 de julio de 2008, 1 y 26 de octubre de 2010, o de 23 de noviembre de 2011, entre otras), la exención del recargo depende únicamente, artículo 20.3 de la Ley, de que la compañía de seguros pague o consigne judicialmente la indemnización en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro, o que hubiera procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la declaración del siniestro pues de no ser así no cabrá aplicar a esa conducta los efectos impeditivos de la producción de la mora, razón por la que no merece para la doctrina de la Sala la consideración de causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización cuando la aseguradora se ha visto favorecida por desatender su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el perjudicado obtenga una pronta reparación.

En el caso enjuiciado, y considerando la presunción de conocimiento por la aseguradora del siniestro a la fecha de ocurrencia del mismo, no cabe sino compartir la fundamentación de la Sentencia recurrida, que dispone que un estudio mínimamente riguroso por parte de la aseguradora demandada le habría llevado a considerar como cierta la negligencia por omisión de su asegurada, y la necesidad de indemnizar al perjudicado, considerando injustificada la falta de satisfacción de la indemnización, más cuando A.M.A. ni siquiera contestó los requerimientos extrajudiciales y renunció a examinar al perjudicado hasta la formalización de la demanda. Con este argumento, el Juzgado valora tanto las reclamaciones extrajudiciales señaladas como documentos nº 10 y 11 de la demanda, como el contenido de las Diligencias Preliminares instadas, que, según recuerda la parte apelada, permitía el acceso a la Historia Clínica y la exploración del menor, diligencias que se prolongaron desde el 2 de marzo de 2018 hasta el 4 de noviembre de 2019, en el curso de las cuales la ahora demandada fue requerida reiteradamente a fin de facilitar la póliza a su asegurada.

No siendo por lo tanto estimable el motivo del recurso fundada en la falta de conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado, y no constando la imposibilidad de realizar oferta motivada, habrá de confirmarse la concesión de los intereses sancionadores desde la fecha de siniestro, ya que, según lo razonado, la mera incertidumbre sobre la existencia de mala praxis no



constituye un supuesto de causa justificada con arreglo al artículo 20.8 LCS, incumpléndose con ello la obligación de pago o consignación en los plazos legales del importe mínimo sobre la estabilización lesional y las secuelas objeto de este procedimiento.

Error en cuanto a la condena en costas de la instancia.

No puede acogerse este último motivo del recurso, sobre la base de la reducción porcentual del importe solicitado en demanda, fijada de forma estimativa en 700.000 euros, respecto de la suma finalmente otorgada por 564.560,56 euros, ya que la estimación sustancial de la demanda no considera dicho criterio meramente porcentual, sino la jurisprudencia que cita la Sentencia - SSTS 9 de febrero de 2006, 18 de junio de 2008 y 16 de febrero de 2015, - que contemplan la estimación sustancial de la demanda por la dificultad de fijar de antemano el *quantum* indemnizatorio, siendo determinante la existencia de negligencia médica, incluso en casos de diferencia notable, por no existir normas concretas de determinación de la indemnización, tal y como indica la SAP Madrid Sección 12ª de 21 de noviembre de 2012, argumento que se relaciona en estos autos con la fundamentación detallada en el apartado anterior, al reseñarse la pasividad de la aseguradora en la realización de las comprobaciones precisas para la pronta reparación del daño.

La desestimación de la totalidad de los motivos del recurso comporta la confirmación de los pronunciamientos de la Sentencia recurrida.

CUARTO.- Desestimado el recurso de apelación, las costas de esta alzada se imponen a la parte demandada-apelante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.



III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de AGRUPACIÓN MUTUAL ASEGURADORA, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA (A.M.A.) contra la Sentencia dictada en fecha 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid, en los autos de Juicio Ordinario nº 72/2020 instados en nombre y representación de _____, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso 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.

MODO DE IMPUGNACIÓN: 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 Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2837-0000-00-0029-22, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la sentencia que previenen tales preceptos.



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

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

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



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove
mediante el siguiente código seguro de verificación: **1037071531358786305844**



Madrid