

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 71 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 7 - 28020

Tfno: 914932900,01, 02

Fax: 914932904

42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0015422

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 167/2018

Materia: Indemnización de daños y perjuicios

Demandante: D./Dña. PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

Demandado:

PROCURADOR D./Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

Vistos por el Sr. D. Antonio Castro Martínez, Magistrado Juez del Juzgado de 1ª. Instancia nº 71 de Madrid los autos de juicio ordinario señalados con el número **167/2018** de los de este Juzgado, seguidos a instancias de la Procuradora **Dª. Paloma Solera Lama** en nombre y representación de **Dª.**, asistida por el Letrado Álvaro Sardinero García, contra ...representado por la **Procuradora Dª. María Esther Centoira Parrondo**, y asistido por el Letrada Azañedo Herrero.

SENTENCIA Nº 190/2019

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. ANTONIO CASTRO MARTINEZ

Lugar: Madrid

Fecha: doce de septiembre de dos mil diecinueve

ANTECEDENTES DE HECHO

1º) Con fecha 29.01.2018, por la **Procuradora Sra. Solera Lama** en la representación indicada se presentó ante el Decanato de estos Juzgados para su reparto la demanda origen de estos autos, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó aplicables al caso, y que aquí se dan por íntegramente reproducidos, terminaba suplicando se dictara Sentencia por la que se condenara a los demandados al pago de la cantidad reclamada.

2º) Por Decreto de uno de marzo de dos mil dieciocho, se admitió a trámite la demanda, acordándose igualmente se diera traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara, lo que verificó en el término legalmente establecido al efecto.

3º) En la misma resolución se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa legalmente prevenida para esta clase de juicios, a cuyo efecto se señaló día y hora, y en la que las partes, no siendo posible el acuerdo, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

Recibido el artículo a prueba se propusieron por las partes los medios que estimaron oportunos, admitiéndose la totalidad de la propuesta, señalándose finalmente fecha para la celebración del juicio.

4º) En la fecha previamente señalada al efecto tuvo lugar el acto de la vista, en la que fue practicada la prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, recogido en el soporte audiovisual al efecto instalado en la Sala de audiencias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la actora la denominada *acción directa* frente a la ya expresada parte demandada, en su calidad de aseguradora del Servicio de la Salud en el que se integran los Centros Sanitarios () donde fue atendido el paciente, hijo de la demandante, en el proceso de diagnóstico y seguimiento de un *nevus melanocítico congénito*. La acción aquí ejercitada se prevé en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, del siguiente tenor literal: «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido». De esta forma, se facilita al perjudicado la reclamación del daño imputable al asegurado, y cubierto por el asegurador, configurando así una acción autónoma reconocida al perjudicado, independiente de la que pudiere ejercitar frente al causante del daño. El **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 5 de junio de 2019** señala como (...) hitos relevantes de la doctrina jurisprudencial en relación a la acción directa, los siguientes: (i) Se trata de una **acción autónoma e independiente** de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado y se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado (STS 484/2018, de 11 de septiembre). (ii) Implica "un derecho propio -sustantivo y procesal- del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido [...] y, de otra parte, de eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador, lo que provocaba una innecesaria litigiosidad" (STS 87/2015, de 4 de marzo). (iii) El derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. Es decir, **el perjudicado tiene dos derechos** a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: "la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76)" (STS 200/2015, de 17 de abril , que cita la de S12 de noviembre de 2013). (iv) La conexidad de ambos obligados resulta de su **condición de deudores solidarios**. Por ello, el cumplimiento de la obligación por cualquiera de los dos responsables solidarios extingue la obligación por efecto del art. 1145.1 CC (STS 87/2015, de 4 de marzo). (v) El art. 76 LCS , al establecer que **la acción directa**

es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, configura una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley (STS 200/2015). (vi) La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impositivos 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). (vii) En particular, "la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato" (STS 730/2018, de 20 de diciembre, que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre; 268/2007, de 8 de marzo; 40/2009, de 23 de abril ; 200/2015, de 17 de abril ; y 484/2018, de 11 de septiembre).

(viii) **La acción directa se entiende sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado**; precisamente, este derecho de repetición solo tiene sentido porque el asegurador no puede oponer al perjudicado el comportamiento doloso del asegurado. (ix) Su regulación no impide que la pretensión objeto de la acción se someta al régimen del art. 219 LEC , dejando la cuantificación de la indemnización para un momento posterior (STS 213/2015, de 17 de abril): la aseguradora no queda privada de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo por siniestro "pues nada impedía a la aseguradora plantear o excepcionar esas supuestas cláusulas delimitativas del riesgo tanto en el primer pleito como en el segundo". En esencia, el tratamiento jurisprudencial se basa en tres principios destacados por doctrina autorizada: autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado (...).

La parte demandada, , se opone a la demanda alegando que -a la vista de la documentación médica aportada en la demanda- no se desprende la existencia de una mala 'praxis' médica, entendiéndose, por otra parte, que el menor fue revisado de su patología. Alega, además, su falta de legitimación pasiva, por entender que la reclamación estaría fuera del periodo de vigencia de la póliza suscrita con la aseguradora aquí demandada. Fundamenta dicha alegación la parte demandada, por entender que la póliza estaría en vigor únicamente hasta noviembre de dos mil dieciséis, y que el burofax remitido por la actora a la aseguradora aquí aparte demandada, es de fecha 1/2/2017 (entregado el día 3/02/2017). Sin embargo, se ha de considerar que la patología que padecía el hijo de la demandante precisó de una atención continuada en los distintos hospitales prácticamente desde que nació (por el carácter congénito y antecedentes familiares de la misma enfermedad), y que su fallecimiento acaece el día 13/02/2016, cuando la póliza se hallaba vigente; se discute no obstante por la aseguradora que la comunicación se hubiera hecho dentro del periodo de reclamación a la aseguradora, según lo que en el contrato de seguro consta en su cláusula 19ª, en cuyo párrafo segundo, en relación al ámbito

temporal de la cobertura, -que se extendería (página 9), desde el 1/01/200, hasta el 2/11/2016- prevé que el plazo máximo de notificación al asegurador será de seis meses desde el vencimiento de la póliza (...); por otra parte, el tratamiento diferenciado de la reclamación frente al causante del resultado dañoso, o frente a su aseguradora, se deduce de la cláusula 24.20, en la que se prevé la exclusión de la cobertura (...) una vez finalizado el periodo de vigencia del contrato, [o] el periodo de notificación al asegurador (...). De esta forma, considerando que el hecho determinante de la reclamación (fallecimiento del paciente) tuvo lugar durante el periodo de vigencia de la póliza, y la reclamación a la aseguradora se produce dentro de los seis meses siguientes a su vencimiento, se estima que la acción se dirige dentro del término de vigencia de la póliza.

SEGUNDO.- De los hechos referidos en el escrito demanda, esquemáticamente expuestos, resulta:

... (n. 8/08/2007), único hijo de la aquí demandante, D^a., presentaba una lesión cutánea denominada «*nevus melanocítico congénito gigante*», patología de etiología hereditaria. Entre dos mil ocho y 2011, fue intervenido de la referida lesión cutánea hasta en ocho ocasiones en EL HOSPITAL El **9/06/2010**, se practicó al paciente un Rx de tórax, que fue informada como *normal*; ante la posibilidad de que pudieran presentarse, o existir, otras anomalías, la Pediatra que le atendía solicitó una segunda revisión de la misma prueba, cuyo resultado concluía que *no se observan lesiones nodulares en el parénquima*. En los años 2011 y 2012 se practicaron varias pruebas de diagnóstico por imagen (radiografías de tórax y cráneo, y RMN de cráneo). El **30/01/2013**, en el HOSPITAL, al presentar un cuadro de *infección respiratoria*, se le practicó una nueva radiografía de tórax, presentando el paciente en ese mismo periodo varias infecciones respiratorias y *tos persistente*.

El día **5/02/2012** fue practicada otra radiografía de tórax, al presentar el menor un cuadro de infección respiratoria, en cuyo resultado se objetivó una «*condensación con derrame pleural en el lóbulo inferior izquierdo*»; el diagnóstico fue *neumonía*, que se trató con antibióticos. En una nueva Rx. de tórax practicada con fecha **11/02/2012**, el resultado muestra una evolución favorable de la *neumonía*; no obstante, el día **14/02/2012**, presentó de nuevo fiebre, acudiendo al mismo Centro Hospitalario, en donde se practican nuevas radiografía y ecografía de tórax, observándose, como resultado de la Rx. un «*empeoramiento radiológico de la consolidación alveolar descrita en el lóbulo inferior izquierdo, con aumento de derrame pleural (...)*», y en la Ecografía una *persistencia de derrame pleural izquierdo, de dimensiones prácticamente idénticas a las que se objetivaron en una ecografía anterior, añadiendo el informe del Radiólogo que «(...) no se puede descartar una complicación supurativa en el seno de la consolidación».*

El día **16/02/2015**, el paciente fue trasladado al HOSPITAL practicándose las mismas pruebas diagnósticas (radiografía y ECO de tórax), objetivándose en la primera (...) *opacidad en el aspecto lateral de hemitórax izquierdo en relación con el derrame pleural (...)*, y, en el resultado de la ecografía *derrame pleural izquierdo de predominio subpulmonar (...). Colapso de LII sin cambios significativos (...)* En la Rx. practicada en **20/02/2015**, *persiste opacidad retrocardiaca y en hemitórax izquierdo*. En la ecografía torácica practicada el **23/02/2015** se observó *derrame pleural izquierdo que se extiende hasta tercio medio/superior de hemitórax (...)*, lo que se confirma en la misma prueba practicada el día **26/02/2015**. Con fecha

27/02/2015 fue dado de alta, pautándose tratamiento antibiótico. El **2/03/2012** el paciente acude al Servicio de Urgencias del HOSPITAL por *dolor torácico*; en la Rx. de tórax practicada *se observa clara mejoría respecto a radiografía de tórax previa, sin aumento de la zona de derrame (aunque con persistencia del mismo), con disminución del área de opacidad retrocardiaca*, constando en el comentario de evolución del informe que *la radiografía descarta que el dolor torácico se deba a una complicación de la neumonía por la que fue ingresado*, siendo dado de alta a continuación, el mismo día del ingreso. El **26/03/2015** en una ecografía de tórax practicada en un control en Consultas Externas se aprecia *resolución del derrame pleural (...)*; el **22/04/2015** fue tratado en el HOSPITAL por presentar *disnea*, siendo dado de alta el mismo día.

Con fecha **2/07/2015**, el paciente es llevado al HOSPITAL por «*dolor abdominal, tos seca y febrícula*», constatándose pérdida de peso (*3 Kg. en el último mes*); revisada la radiografía de uno de julio, se evidencia (...) *lesión ocupante de espacio de LII y un dudoso nódulo en pulmón contralateral*. En el informe de esta última se recomienda (...) *valorar la posibilidad de una lesión congénita, un pseudotumor inflamatorio, o una alteración del parénquima subyacente causada por una previa neumonía*, recomendando igualmente que el paciente fuera estudiado *con otros métodos de [diagnóstico] por imagen (...)*. En el TAC torácico-abdominal realizado durante el ingreso hospitalario del paciente, se encuentra *gran masa [que] ocupa prácticamente la totalidad del LII que presenta un componente endobraquial con obstrucción (...)- Enfermedad tumoral diseminada de probable origen pulmonar con metástasis óseas y metástasis hepáticas*. El **3/07/2015** fue trasladado al HOSPITAL donde se practicaron pruebas complementarias, entre ellas una Rx. de tórax que reveló (...) *al menos dos opacidades nodulares en campo inferior de hemitórax derecho. Engrosamiento de la línea paravertebral derecha probablemente por adenopatías*.

Tras la realización de otras pruebas, se diagnosticó al paciente «*melanoma cutáneo, BRAF negativo, con diseminación secundaria, con metástasis pulmonares, óseas y hepáticas*». Se inició posteriormente tratamiento quimioterápico.

En los meses posteriores, la enfermedad siguió progresando con la aparición de síntomas de compresión ósea, por las metástasis óseas vertebrales. En el PET-TAC practicado el día **30/12/2015** se observa «*aparición de metástasis en páncreas, riñones, piel, cerebro, silla turca, brazo y mesenterio*».

... (n. 8/08/2007), falleció el día **13/02/2016**.

TERCERO.- La Sentencia de 31 marzo de 2000 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), tras la mención de los requisitos exigidos para el éxito de la acción por culpa civil extracontractual, añade que (...) *sobre la responsabilidad médica es doctrina reiterada y consolidada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, contenida entre otras en Sentencias de 16 de diciembre de 1997 (y 19 de febrero de 1998, la que indica que conviene verificar las siguientes precisiones ajustadas a una respetuosa hermenéutica de nuestro Derecho Positivo, en relación con la cuestionada carga de la prueba: A) que ante todo conflicto tendente a exigir responsabilidad al autor de una conducta o ilícito la carga de la prueba (...) es inevitable: el actor o perjudicado debe probar la obligación cuyo cumplimiento reclama, y el demandado la extinción de esa obligación por su no incumplimiento; en consecuencia, aquel actor habrá de acreditar no sólo la existencia de la obligación, sino que el obligado no la ha*

*cumplido por no actuar adecuadamente en la observancia de su prestación; B) trasladada esa teoría a las clases de responsabilidad contractual como extracontractual –pues en ambas opera– resulta: 1. En la contractual, el acreedor o perjudicado que acciona, deberá acreditar la obligación y características de la prestación –si es de hacer o de dar, si es de medios o de resultado– así como el no cumplimiento porque el deudor, no ha actuado bajo la observancia de los deberes de esa prestación (artículo 1101 del mismo texto legal), al no concurrir la exoneración del «casus» del artículo 1105, mientras que el deudor puede oponer, previa prueba, el pago o cumplimiento. 2. En la extracontractual, el perjudicado o dañado que acciona, habrá de acreditar no sólo ese daño sino también la autoría por el demandado de la conducta dañosa, el nexo causal y la voluntariedad de esa autoría por infringirse deberes de prevención o el general «naeminem laedere»; siendo obvio que en esta responsabilidad huelga la distinción entre la obligación de medios y de resultado (antes del «factum» dañoso ni existe un destinatario de la acción ni, menos aún, una concreta prestación, salvo el genérico «alterum non laedere»), más propia del contexto o diseño de la responsabilidad contractual; al autor demandado, le basta con oponerse a la reclamación. 3. En la responsabilidad médica, por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia tanto porque se integre merced al mismo acto médico, el mecanismo de prueba de responsabilidad será el acorde con lo antes dicho a propósito de la contractual: el actor o paciente habrá de acreditar, no sólo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o «lex artis ad hoc»; de ahí que se afirme, desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de observar esos deberes asistenciales –entre los que está, sin duda, el de información adecuada–, o sea los «medios para curar» y no el resultado o la curación del paciente, no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico. 4. Por ello, cuando se ubica la responsabilidad del médico en sede extracontractual la jurisprudencia ha sostenido la excepción a referida inversión del «onus probandi» o el seguimiento de que «al actor le incumbe la prueba», con lo que, por este camino, se alcanza igual solución a la de la contractual. 5. En definitiva, el médico se obliga a «procurar la salud o curación-medios» pero no a la curación efectiva-resultado; luego sólo cuando en esa procura se demuestre su culpa o falta de diligencia responderá, y claro es, que ese presupuesto entra de lleno en el «onus probandi» del actor o paciente, siendo pacífica la doctrina Jurisprudencial emanada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo la que reitera que en sede de responsabilidad médica –tanto contractual como en la extracontractual– opera la excepción a la inversión de la carga de la prueba por lo que la culpa así como relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica ha de probarla el paciente (Sentencias de 13 julio 1987, 12 julio 1988, 6 noviembre, 7 febrero y 6 junio 1990, 8 octubre 1992, 4 abril, 2 y 15 febrero y 23 marzo 1993, 29 marzo, 25 abril, 12 julio y 14 noviembre 1994, 16 y 20 febrero 1995, 10 febrero, 8 abril, 1 junio, 25 y 31 de julio, 23 septiembre y 10 diciembre 1996, 20 junio y 10 noviembre 1997, entre otras), **excepcionándose esta doctrina** en dos supuestos: a) cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva o estética el paciente es cliente, y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico preciso en una especie de «locatio operis» –Sentencias 25 abril 1994 y 11 febrero 1997–; y b) **en aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente o es desproporcionado, o enorme (...)** (Sentencias de 29 julio 1994, 2 diciembre 1996, 21 julio 1997 y 22 de mayo de 1998).*

Recuerda, por otra parte, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 23 febrero de 1998**, citando a la importante *Sentencia de 11 marzo 1988* del Tribunal Supremo, (...) que la doctrina jurídica vertida en torno a la problemática planteada por la relación de causalidad nos muestra la existencia de dos teorías sucesivamente dominantes. La de la equivalencia de condiciones, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado («condictio sine qua non»), y la de la causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada y, solamente en el supuesto de que la contestación sea afirmativa, cabría apreciar la existencia de un nexo causal que abra paso a la exigencia de responsabilidad, bien sea ésta civil o penal (...). [y que] dentro ya del campo de la responsabilidad civil extracontractual, la moderna doctrina jurisprudencial de esta Sala ha venido evolucionando en el sentido de abandonar posturas cercanas a la teoría de la equivalencia de las condiciones, a la que en otros tiempos se mostró propicia y, aún sin adscribirse expresamente a la de la causalidad adecuada ni a cualquier otra de análoga significación, optar decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y buena muestra de ello es la *Sentencia de 13 octubre 1979*, en la que se proclama que si ciertamente la actual orientación jurisprudencial, en orden a la aplicación del art. 1902 del CC se viene produciendo en el sentido de que, en determinadas circunstancias, la responsabilidad se presume culposa, lo que impone que el autor del daño deba acreditar, en tales supuestos, haber actuado con la diligencia y cuidado que requieran las circunstancias del tiempo y lugar concurrentes, es igualmente exacto que, en todo caso, esa manifestación objetivista que emana del principio de derecho «ubi commodum, ibi est incommodum», con influencia en la interpretación judicial de la culpa, requiere, por esencia de las bases informadoras de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, la apreciación de causa a efecto de la acción y omisión culposa que se alega y el daño que se pretende producido, (*Sentencias de 13 junio 1942, 30 enero 1951, 30 junio 1954 y 29 octubre 1967*), cuya apreciación sólo es adecuada cuando exista una verdadera relación entre el hecho generador y su resultado, es decir, en la culpa extracontractual la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal y concretamente de las de dimensiones filosóficas que agrupan, de un lado, a los partidarios de la causa eficiente y, de otro, a los que más bien se apoyan en el principio de razón suficiente, ni adoptar una postura intermedia a favor de la «condictio sine qua non» o del factor predominante, de la circunstancia principal o de cualquier otro elemento (...)

Finalmente, la **Sentencia de 5 diciembre 1994 de la Audiencia Provincial de Valladolid** precisa que, (...) la doctrina jurisprudencial en aquellos supuestos de intervenciones y operaciones médicas necesarias para una **finalidad curativa o terapéutica**, viene, de forma unánime y reiterada, configurando la responsabilidad del facultativo como una obligación de medios y no de resultados, aplicando la denominada «lex artis ad hoc», imponiendo a quien pretende la indemnización de los daños causados la carga de probar, además de estos daños, la culpa o actuación

negligente del profesional interviniente así como la relación causal entre su conducta y el resultado lesivo producido (Sentencias entre otras muchas de nuestro Tribunal Supremo de 6 noviembre 1990, 20 febrero 1992, 2 febrero 1993, 4 y 23 marzo 1993).

CUARTO.- Recuerda la **Sentencia de 2 marzo de 2012 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª)** que *la materia relativa a la carga de la prueba y las consecuencias derivadas de la falta de probanza está regulada en el artículo 217 LEC, precepto que, en sus apartados 2 y 3, establece que corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior (...), [para lo cual] el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio (...). Por ello la regla de la carga de la prueba ha de interpretarse teniendo en cuenta la doctrina de la flexibilidad, en el sentido que no puede realizarse una interpretación rigurosa y rígida de dicha regla, como dice la STS de 20 de marzo de 1.987, y la doctrina de la facilidad, desplazando la carga de una a otra parte según la facilidad y disponibilidad que expresamente contempla el apartado sexto del artículo 217 LEC. Concretamente, la STS de 18 de mayo de 1988 declara en relación con la doctrina legal de la carga de la prueba que ha de interpretarse: "según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte". Por ello, continúa diciendo la Sentencia que citamos, la regla de la carga de la prueba ha de interpretarse teniendo en cuenta la doctrina de la flexibilidad, en el sentido que no puede realizarse una interpretación rigurosa y rígida de dicha regla, como dice la STS de 20 de marzo de 1987, y la doctrina de la facilidad, desplazando la carga de una a otra parte según la facilidad y disponibilidad que expresamente contempla el apartado sexto del artículo 217 LEC. Concretamente, la STS de 18 de mayo de 1988 declara en relación con la doctrina legal de la carga de la prueba que ha de interpretarse: "según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte". Finalmente, la misma Sentencia de la A.P de Islas Baleares, recuerda que, por principio general, la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorada por el Juez según su prudencia arbitrio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, pues ni los anteriores preceptos que regulaban la materia, ni el actual artículo 348 LEC, tienen carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos de casación para acreditar el error de derecho, pues la prueba en general es repetitiva, de libre apreciación por el Juez (SSTS 17 de julio de 1987, 12 de noviembre de 1988 y 9 de diciembre de 1989, entre otras). Y es que las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser atendidas como las más elementales directrices de la lógica (...).*

Por otra parte, y en particular, en lo referido a la prueba de peritos la **SAP de Islas Baleares (sección 5) de 23 de marzo de 2015** explica las «reglas de valoración de la prueba pericial»: *Con el sistema instaurado por la nueva LEC se establece que con los escritos rectores del procedimiento (demanda y contestación) se aporten los*

dictámenes elaborados por los peritos de que los litigantes dispongan y consideren necesarios para la defensa de sus derechos (art. 336) y, siguiendo la tendencia apuntada en algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, para acabar con la discusión acerca de la naturaleza y valor probatorio de los dictámenes aportados unilateralmente por las partes (SSTS 18-5-93, 3-3-95) regula de forma minuciosa tal aportación (art. 335) dándoles valor de verdadera prueba (art. 299.4) con traslado a la parte contraria y manifestación del deseo de que el perito comparezca a la vista del juicio (art. 337.2 y 338), sin que por esa obtención la ley rebaje el valor de su naturaleza probatoria, frente al designado por el Tribunal (art. 339. 2); y nada impide que en la dualidad comparativa de ambos pueda el Juzgado desde ese análisis crítico del mismo fundar su resolución en una u otra pericia o integrar todas ellas en un proceso lógico y racional de deducción. Y que en la valoración de la prueba pericial el Juez o Tribunal deberá ponderar, entre otras, las siguientes cuestiones: a) Los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro (STS 10 de febrero de 1994); b) Deberá, también, tener en cuenta el Tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes (STS 4 de diciembre de 1989); c) Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes (STS 28 de enero de 1995); d) También deberá ponderar el Tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar, en el sistema de la nueva LEC, a que se dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes (STS 31 de marzo de 1997).

QUINTO.- En el presente caso, además de los informes periciales de parte, como consta en autos, por el Dr. D. Médico Especialista en Radiología, Perito designado por este Juzgado, se aportó el Informe de fecha de cuatro de diciembre de dos mil dieciocho. En el apartado 3 («*Valoración de las pruebas de imagen aportadas y consideraciones médico periciales*»), el Perito (tras considerar correcta la actuación médica en las pruebas practicadas al paciente hasta ese momento, y conformidad con los informes radiológicos emitidos), valorando *la radiografía de tórax y ecografía de tórax de 14/02/2015 (...)*, cuando habían transcurrido nueve días desde la aparición de la consolidación en la Rx, y desde el inicio del tratamiento antibiótico, y considerando que *(...) existe mayor tamaño de la consolidación alveolar y del derrame pleural que en las radiografías de 5/02 y 11/02 (...)*, y aunque no se objetivan otras alteraciones valorables, y el informe radiológico se considera correcto, *(...) al tratarse de una neumonía que no responde adecuadamente a tratamiento antibiótico o neumonía progresiva, estaba indicada la realización de tomografía computarizada (TC) de tórax (nivel II de evidencia científica), más aún en un paciente con una lesión cutánea con posibilidad de malignización (...)*, prueba radiodiagnóstica que no llegó a realizarse, concluyendo el Perito que, no realizar la referida prueba, supone que *(...) que la actitud no fue correcta (...)* y que no se

pusieron al alcance del paciente todos los medios diagnósticos disponibles. Tal circunstancia (...) dadas las características de la tumoración, según resultó de la TC que se le practicó (...) casi cinco meses después [el 3/07/2015] (...), se podía deducir que se trataba de una «tumoración con componente endobronquial», de forma que (...) la neumonía que presentaba el paciente era de origen obstructivo secundaria a la lesión tumoral endobronquial (...), siendo, en consecuencia, (...) altamente probable que dicha lesión hubiera podido ser diagnosticada mediante TC en ese momento (...); considera el Perito informante que, al no apreciarse en las pruebas practicadas el catorce de febrero de dos mil quince, lesiones en el campo derecho y resto del tórax, (...) es altamente probable (...) que la extensión de la enfermedad fuera menor en ese momento, y el diagnóstico hubiera supuesto un pronóstico más favorable para el enfermo. En relación a la valoración de Rx de tórax y ecografía de tórax de fecha 16/02/2015, y en atención a que (...) la opacidad retrocardiaca que se aprecia en la radiografía de tórax, obliga a descartar otras causas (...), aparte de la atelectasia/consolidación secundarias a la neumonía previa, por lo que (...) en ese momento existía indicación de realizar TC torácica, y esta prueba tampoco se realizó (...), lo cual supuso la pérdida de la «alta probabilidad» de haber diagnosticado la tumoración, al corresponderse (...) con la masa tumoral retrocardiaca en LII que se detectó en la TC de 3/07/2015. Finalmente, en el mismo informe, el Perito destaca que cuando -debido a que el paciente presentaba dolor torácico- se practicó la radiografía de tórax de 2/03/2015, se podía apreciar (...) persistencia del área de opacidad retrocardiaca, con persistencia de derrame pleural (...), no obstante, el paciente (...) fue «dado de alta sin más pruebas de imagen»; por otra parte, en el informe pericial se hace constar que (...) los médicos de urgencia (...) descartaron (...) que el proceso neumónico en evolución fuera en ese momento la causa del dolor torácico (...), por lo cual, según el Perito judicialmente nombrado, (...) debió indicarse nuevamente la realización de TC de tórax, «y no se hizo». Lo mismo sucedió cuando, una vez (...) resuelto el derrame pleural y la clínica neumónica, estaba indicada la práctica de una TC, indicación que persiste ante el resultado de la Rx de tórax practicada el 1/06/2015, sin que se hubiera prescrito. En sus conclusiones el Perito informante pone de manifiesto, que considera (...) altamente probable que, de haberse realizado una TC torácica al enfermo cinco meses antes (febrero de 2015), se hubiera diagnosticado la masa tumoral en LII, y la extensión de la enfermedad hubiera sido menor, condicionando todo ello un mejor pronóstico para el enfermo.

SEXTO.- Coincidente, en sus aspectos básicos, el Informe Pericial aportado por la actora, y el presentado por el Perito judicialmente nombrado, y a la vista de la documental médica obrante en los autos, y como resultado de la obligada apreciación conjunta de la prueba practicada, se ha de concluir que en la (continuada) atención médica prestada al fallecido hijo de la demandante se aprecia una insuficiencia de los medios (especialmente de naturaleza radiodiagnóstica por imagen) que los distintos profesionales que intervinieron en el proceso patológico padecido por el hijo de la demandante, con el resultado final de su fallecimiento; se ha de destacar igualmente, como se puso de manifiesto en el acto del juicio, que la condición de *congénita* de la dolencia que presentaba, y los antecedentes familiares inmediatos que asimismo constaban en su historia clínica, unido al propio tamaño del *nevus* [«*nevus melanocítico congénito gigante*», patología de etiología hereditaria, como ya se ha dicho], debieron alertar a los

facultativos sobre la posible evolución fatal de la dolencia, y, sin embargo, no es sino hasta el ingreso del paciente el dos de julio de dos mil quince, cuando se practica el TAC torácico-abdominal, en cuyos resultados se aprecia una *enfermedad tumoral diseminada de probable origen pulmonar con metástasis óseas y metástasis hepáticas*. Como señala el Perito judicialmente nombrado, la realización de una *TC torácica al enfermo cinco meses antes* (considerando el *BRAF negativo*) hubiere mejorado sensiblemente el pronóstico del enfermo y, sobre todo, supondría la utilización de cuantos medios diagnósticos y curativos se tenían al alcance de los facultativos, sin que exista acreditada una causa que pueda justificar el retraso en una prueba de diagnóstico por imagen que hubiera determinado el verdadero alcance de la enfermedad y su correcto diagnóstico. Todo ello conlleva la apreciación de una negligencia, causalmente vinculada al resultado producido, daño del paciente que se ha de considerar, en este caso, indudablemente, *desproporcionado, o enorme*, todo lo cual conlleva la estimación de la demanda.

SÉPTIMO.- Resulta incuestionable la exigencia de que el demandante acredite y fundamente el **quantum indemnizatorio** que reclama, a lo que constante y pacífica Jurisprudencia, que nos exime de su cita pormenorizada, se ha venido refiriendo. Conviene, no obstante, recordar, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) de ocho de abril de dos mil dieciséis (Caso "Costa Concordia") que está admitida la utilización de las reglas del Baremo de la LSV como *criterios orientadores*, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor).

En cuanto a los intereses a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, producido el siniestro objeto de cobertura, nace la obligación de la compañía aseguradora de indemnizar el daño producido, dentro de los límites de la cobertura obligación indemnizatoria que nace del propio contrato de seguro y de la ley 50/1980, de 8 de Octubre reguladora del Contrato de Seguro, tanto para los que son parte de la relación contractual como para el tercer perjudicado o el beneficiario. Cuando la compañía aseguradora incumple su obligación de indemnizar y el plazo para el pago nace una responsabilidad por mora, prevista legalmente en el apartado tercero del ya citado artículo 20 de la LCS, teniendo el asegurado, el tomador, el tercer perjudicado o beneficiario no sólo la facultad de exigirle el pago de la indemnización derivada del siniestro, sino también el derecho a solicitarle una indemnización por morosidad en concepto de intereses. El Tribunal Supremo viene conceptuando la indemnización por intereses de demora del artículo 20 de la LCS exigible a las compañías aseguradoras de carácter netamente sancionador, determinando que se trata de unos intereses punitivos, correctivos, de castigo, en base a distintos argumentos jurisprudenciales: « (...) *la indemnización establecida en el artículo 20 de la LCS tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado*» (STS, Sala 1ª, de 14-03-2018); el propósito del artículo 20, LCS es «*sancionar la falta de pago de la indemnización o de ofrecimiento de una indemnización adecuada*» (STS, Sala 1ª, de 702-2018); o «*impedir que se utilice el proceso como instrumento para dificultar o retrasar el cumplimiento de la obligación*

*de pago al perjudicado» (STS, Sala 1ª, 19-12-2017). Estamos, finalmente, en presencia de unos intereses de demora aplicables “ope legis”. Por otra parte, el apartado 8 del art. 20 LCS establece que “No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”. Entre otros, los criterios jurisprudenciales para excluirlos de la aplicación de la regla de exclusión: (i) *la mera existencia de un proceso*, es decir, el hecho de acudir al proceso no justifica por sí sólo el retraso. Para que así sea, debe de apreciarse una auténtica necesidad de acudir al órgano judicial para resolver si debe o no nacer la obligación de indemnizar: bien porque existen serias dudas a la vista de las circunstancias del siniestro sobre su realidad, o porque de la mera lectura del condicionado contractual hay dudas sobre la cobertura, siempre que la discusión judicial en torno a la cobertura no sea consecuencia de la oscuridad de las cláusulas de la póliza, en cuyo caso, el hecho de acudir al proceso para aclararlo no excusará a la aseguradora del pago de los intereses de demora, al serle *ope legis* perjudicial la confusa redacción dada a la póliza (STS, Sala 1ª, de 05-04-2016); (ii) *cuando el hecho controvertido del proceso judicial sea la culpa*, bien por negarla completamente o discrepar sobre el grado de responsabilidad que es atribuible en casos de concurrencia de culpas; (iii) *cuando la discrepancia del proceso se centre en la cuantía de la indemnización reclamada*, por cuanto en estos casos en la aseguradora la que desatiende su deber de tasación del daño causado, teniendo la obligación legal de pagar o de consignar lo que a podría corresponder al reclamante, sin perjuicio de que luego y en el caso de prosperar su oposición al pago de la indemnización reclamada tenga derecho a reclamar la restitución de lo abonado; y (iv) *La iliquidez inicial de la indemnización aunque sea cuantificada en la resolución judicial, considerando la doctrina que «(...) la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla «in illiquidis non fit mora», y atender al carácter razonable de la para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del «dies a quo» (día inicial) del devengo, habida cuenta de que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado» (STS, Sala 1ª, 08-02-2017). El dies a quo y el dies ad quem para el cómputo del pago de los intereses de demora, la propia Ley de Contrato de Seguro determina en los apartados 6º y 7º del art. 20 ambos extremos señalando como término final del cómputo el día en que la aseguradora efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición al asegurado, beneficiario o perjudicado; y señalando como inicio del cómputo, con carácter general, la *fecha del siniestro*, salvo que el asegurado o beneficiario incumpla con su obligación de comunicar el riesgo dentro del plazo de 7 días, en este caso, el día de inicio será *el de la comunicación*, y respecto del tercero perjudicado o herederos, salvo cuando la aseguradora pueda probar que no tuvo conocimiento del siniestro hasta que no le fue formulada la reclamación, en cuyo caso el día del cómputo será la *fecha de la reclamación*. La Jurisprudencia ha resuelto la controversia bajo criterios de unificación de doctrina establecidos por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 21-12-2016 señalando como *dies a quo la fecha del accidente por cuanto la existencia de la incapacidad no concurre únicamente desde***

que se declara sino que se origina en el accidente y es consecuencia inherente al mismo, sin que el acaecimiento real del evento pueda confundirse con la declaración formal de sus consecuencias. En este caso, al tratarse el evento dañoso de la muerte del paciente, el cómputo inicial se considerará desde la fecha del fallecimiento (13/02/2016).

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas procesales, se imponen a la parte demandada, por cuanto se estima la demandada deducida.

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

F A L L O

Que debo **estimar** y **ESTIMO** la demanda deducida por la **Procuradora D^a. Paloma Solera Lama** en nombre y representación de **D^a**, contra representada por la **Procuradora D^a. María Esther Centoira Parrondo**, y en su virtud **condeno** a la demandada a abonar solidariamente a la demandante **D^a**. la cantidad de **ciento veintitrés mil euros (123.000'00 €)**, con más los intereses legales que correspondan sobre el referido importe, incluidos los sancionatorios a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros, computados todos ellos desde el 13/02/2016 . Con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales de esta instancia.

Así por esta mi Sentencia juzgando en primera instancia lo pronuncio y firmo

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes haciéndoles saber que **no es firme** y contra la que cabe **RECURSO DE APELACIÓN**, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, en los plazos y forma legalmente establecidos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública de lo que yo, Secretario judicial, doy fe.