

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Decimocuarta**

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

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0039140

**Recurso de Apelación 689/2019**

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

Autos de Procedimiento Ordinario 238/2016

**APELANTE:** PROCURADOR D./Dña. MARIA ISABEL CAMPILLO GARCIA

**APELADO:** D./Dña. PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

**SENTENCIA**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

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

D. JUAN UCEDA OJEDA

DA. PALOMA GARCÍA DE CECA BENITO

D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA

En Madrid, a ocho de junio del dos mil veinte.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA.

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 de Procedimiento Ordinario nº 238/2016 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid, en los que aparece como parte apelante....., representada por la Procuradora DOÑA MARÍA ISABEL CAMPILLO GARCÍA, y defendida por la Letrada DOÑA MARÍA TERESA BUENO LATORRE; y como apelada....., representada por la Procuradora DOÑA PALOMA SOLERA LAMA, asistida de letrado DON ÁLVARO SARDINERO GARCÍA,, todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el

mencionado Juzgado, de fecha 19 de julio de 2019.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 19 de julio de 2019, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: “Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda de juicio ordinario interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup> Paloma Solera Lama, en nombre y representación de D<sup>a</sup>, debo CONDENAR Y CONDENO a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 82.646 euros, en concepto de daños y perjuicios sufridos por la demandante, con más intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha de la audiencia previa del artículo 414 LEC del Procedimiento Ordinario 1669/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Madrid. No procede hacer especial imposición de las costas procesales causadas”.

**SEGUNDO.-** Notificada la mencionada resolución, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada , al que se opuso la representación de la demandante, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 2 de junio del 2020.

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

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**Se aceptan en parte los razonamientos jurídicos de la resolución que ha sido apelada en los términos que, a continuación, se expondrán.**

**PRIMERO.-** Para la resolución del presente recurso hemos de comenzar por establecer sus antecedentes.

### **1.- Síntesis de la sentencia de primera instancia**

La sentencia apelada estima en parte la demanda, en la misma se reseñan las pretensiones de las partes, en síntesis, en la demanda se alega que la actora, de 54 años, casada y con dos hijas, tiene concertada póliza de servicios sanitarios con la demandada; en su momento, interpuso demanda contra la misma por mala praxis, que concluyó con sentencia, firme, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Madrid, en el procedimiento ordinario 1669/2012, de fecha 27-11-2014, en la que se estimaba parcialmente la demanda, condenando a los daños y perjuicios valorados conforme al baremo del RDLeg. 8/2004, por los conceptos de 47 días de ingreso hospitalario (3.195,06 €) secuelas físicas (9.633,6 €) y daños morales por la mala evolución de la enfermedad y los ingresos en UCI (3.000 €); en el momento de interposición de la anterior demanda la paciente no había sido reconocida como incapacitada permanente, por lo que no podían reclamarse ni acreditarse los factores de corrección del precitado RDLeg. 8/2004, tampoco se solicitó ningún factor de corrección por ingresos al estar la demandante en edad laboral. Nada se reclamó por secuelas anímicas derivadas de los daños ocasionados, pues la paciente no presentaba antecedentes psíquicos o anímicos antes de las operaciones lesivas realizadas con mala praxis según la sentencia. Se le reconoció a la demandante la incapacidad permanente en grado de total y un grado de minusvalía del 50%, la incapacidad permanente mediante resolución de 26-4-2013, es decir, después de la demanda, y el grado de minusvalía se le reconoció el 20-8-2013, documentos que se aportaron en el anterior procedimiento en el acto de la audiencia previa, no como ampliación, ni como hechos complementarios o nuevos, sino como prueba admitida a los solos efectos de determinar que los daños no eran previos a los actos médicos realizados por Sanitas, no se efectuó reclamación alguna por factor de corrección por IP Total y minusvalía del 50%, ni por secuelas anímicas o psicológicas. Se

reclaman en la demanda por daños psicológicos 23 puntos (en total 24.909 €), por IP total y minusvalía al 50% la cantidad aproximada de 54.000 €; por factor de corrección por ingresos netos 3.737 €, por perjuicios morales a familiares la cantidad de 30.000 €, más intereses del artículo 20 LCS; a tales efectos se aporta informe pericial.

En cuanto a la alegación de la demandada de cosa juzgada se reitera la argumentación del auto de 17-1-2018, desestimatorio de la citada excepción, en el sentido de que no media en el caso enjuiciado una completa preclusión de los actos de alegación en relación a la demanda actual, a los efectos del artículo 222.1 y 2 LEC, al ser el reconocimiento de la IP posterior a la anterior demanda, aunque el decreto de admisión sea posterior, al haberse presentado la anterior demanda el 23-11-2012, siendo este momento el que determina la preclusión de hechos y fundamentos jurídicos, conforme al artículo 400 LEC, que se remite a los conocidos en el momento de interposición de la demanda.

En cuanto a la procedencia de los distintos conceptos indemnizatorios que se reclaman en la demanda, por la demandada no se aporta informe pericial tendente a rebatir el alcance y valoración fijada en el informe emitido por el Dr. (documento 13 de la demanda), pues respecto de las secuelas psicológicas la oposición se ciñe a la referencia que se contiene en el informe de Dra. de fecha 7-8-2013 (documento 3 de la contestación) por estar atravesando la demandante una grave crisis matrimonial lo que sería la causa del estado ansioso depresivo leve que se recoge en el informe. Extremo éste que es negado por el perito propuesto por la parte actora.

En cuanto a los daños morales complementarios por lesiones permanentes que impiden totalmente la actividad habitual de la incapacitada (IP total y minusvalía del 50%) la parte demandada no niega la procedencia del concepto, sino que opone la excesividad en el cálculo de los daños morales complementarios, que no habría de tener en cuenta la esperanza de vida, sino considerar la edad de jubilación a los 65 años y el hecho de que la demandante pueda desempeñar otros tipos de trabajos distintos de su profesión habitual; sin embargo, estos argumentos no pueden ser estimados, así, a título de ejemplo, la STS 568/2013 de 30 de septiembre.

En cuanto a la petición del factor de corrección por ingresos netos, por las

cuantías reconocidas en la anterior sentencia, así como sobre las secuelas anímicas que se resarcen en la presente resolución, procede acordarlos.

En lo referido a la solicitud de perjuicios morales a familiares no procede acordarlos.

En consecuencia, se estima la demanda en la cantidad de 82.646 €, más intereses del artículo 20 LCSeguro desde la fecha de la audiencia previa en el procedimiento ordinario nº 1669/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Madrid.

**2.-** El recurso de apelación se fundamenta, en síntesis, en los siguientes motivos:

**2.1.-** Vulneración de los artículos 222 y 400 LEC

De conformidad al artículo 400.1 párrafo segundo LEC se permite formular alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia con posterioridad a la demanda. En el presente supuesto el primer procedimiento se insta mediante demanda en noviembre de 2012 contra mi representada y el facultativo, en reclamación de 114.308,81 €, la demanda se admite el 23-5-2013 y se dicta sentencia el 29-11-2014 por la que se condena a mi representada a la cantidad de 15.828,66 €. En febrero de 2016 se insta nueva demanda en reclamación de 116.646 €, siendo las secuelas consecuencia del tratamiento realizado por el Dr. y que, según la tesis de la demandante, no pudieron ser reclamadas en el procedimiento anterior, por ser para dicha parte desconocidas.

Al concederse la IP total para su ocupación habitual en abril de 2013 pudo haberse alegado como hecho nuevo a los efectos del artículo 286 LEC, sin haber causado indefensión a esta parte, pues ni tan siquiera había sido admitida a trámite la demanda. En la Audiencia Previa pudieron haberse efectuado alegaciones complementarias o alegado hechos nuevos lo que no hizo, pues se limitó a presentar la resolución de INSS sin manifestar en ningún momento su intención de reclamar por dicho concepto.

El artículo 222.2 párrafo segundo LEC se refiere a la “completa preclusión de los actos de alegación en el proceso”, y en presente supuesto la demandante debió ampliarla

antes de contestarse por esta parte (pues se contestó el 11 de julio de 2013). Por lo que hemos de entender que la actora renunció, de una manera tácita, a reclamar una parte de la indemnización que le pudiera corresponder, máxime cuando también pudo haber ampliado la demanda por acumulación, como le permite el artículo 401 LEC. A tales efectos STS 629/2013 de 28 de octubre.

## 2.2.- Vulneración del artículo 217 LEC y de la doctrina jurisprudencial

La demandante no ha acreditado la existencia de secuelas psicológicas, ni tampoco que traigan causa de la cirugía practicada por el Dr.

La demandante tenía antecedentes de enfermedad ansioso-depresiva con anterioridad a la primera cirugía (4-5-2011), pues consta que ya estaba siendo tratada con citalopram (medicación para tratar la depresión y la ansiedad) en el informe del servicio de anestesiología de 27-4-2011 (pág. 32 del documento 10 de la demanda) tratamiento que continuó en el tiempo y así se refleja en los informes clínicos de 15-09-2011 (pág. 1 del documento 10 de la demanda); 24-11-2011 (pág. 2 del documento 10 de la demanda) 19-1-2012 (pág. 3 del documento 10 de la demanda), 9-2-2012 (pág. 12 del documento 10 de la demanda), 8-3-2012 (pág. 5 del documento 10) y 14-5-2012 (pág. 54 del documento 10).

Durante 2013 continuó tomando escitalopram y tranquimacín (como consta en los informes que obran a los folios 64, 104, 103, 67 y 101 del expediente administrativo) y que es el mismo que ya tomaba con anterioridad al 27-4-2011 (fecha del informe del anestesista previo a la cirugía). De igual modo, el informe pericial elaborado por don José Herranz Ruiz (pág. 40 del expediente administrativo) en el que en el apartado “Antecedentes personales” consta “ansiedad”, este informe se elabora el 15-11-2012, en el que se hace una valoración del daño corporal, donde no aparece como secuela la ansiedad, porque ya la padecía con anterioridad.

También se reclama por padecer, según el criterio del perito Dr., “un trastorno orgánico de personalidad leve”, sin que conste informe alguno ni de psiquiatría ni psicológico que diagnostique esta secuela, sin que pueda deducirse del informe de la Dra. de fecha 7-8-2013. El perito en el acto del juicio no pudo concretar en qué informe constaba, y

manifiesta que no tiene por qué haber un informe. Ni tan siquiera consta en el dictamen médico de la Comunidad de Madrid, basado en el informe de la en el que tan solo se diagnostica un trastorno depresivo. No consta que después del informe de la Dra. se le haya pautado un tratamiento farmacológico ni que haya realizado sesiones de terapia psicológica, para paliar esta secuela. Por lo que no procede indemnización respecto de la misma.

### 2.3.- Error en la apreciación de la prueba

Se concede 54.000 € por IP total para su trabajo habitual, sin tener en cuenta que no todas las dolencias, por las que se concede dicha incapacidad, son consecuencia de la cirugía, sino que ya las padecía con anterioridad. Así la actora, en fecha 12-4-2011, presentada una espondilolistesis L-5-S1 grado II/III (más del 33% del grado vertebral). Discopatía L5-S1 severa con lisis pedicular sin estenosis de canal ni hernia discal. Y tras el proceso quirúrgico llevado a cabo en mayo de 2011 presentaba espondilolistesis grado II con espondilolistesis L-5-S1 persistencia de compromiso neurológico, lumbociática directa derecha persistente con lesión denervatoria L5 grado moderado importante.

La invalidez según EVI se le concede por las siguientes dolencias: -Espondilolistesis grado II con L5-S1, -Radiculopatía L5-S1, - Signos de necrosis vascular bilateral y bursitis principalmente D.

En el dictamen emitido por la Comunidad de Madrid figura: -Limitación funcional de columna por espondilolistesis de etiología no filiada, -Trastorno de la afectividad, - Limitación funcional en miembro inferior por necrosis aséptica ósea de etiología vascular.

Por lo tanto, las afecciones que se recogen tanto en el informe de síntesis como en el dictamen técnico de la Comunidad de Madrid son preexistentes a la cirugía de mayo de 2011, a excepción de los signos de necrosis que es consecuencia de problemas vasculares sin relación con la cirugía. La única dolencia con relación a la cirugía es la radiculopatía (lumbociática) y por sí sola no hubiera sido determinante para la concesión de la IP permanente total para su profesión habitual.

A todo ello hemos de añadir que los cálculos (en la demanda) no se hacen sobre los

años de vida laboral, sino sobre la expectativa de vida de las mujeres, que el demandante calcula en 88 años.

Por todas estas consideraciones procedería el mínimo establecido en el baremo, es decir, 18.141,09 €.

#### 2.4.- Aplicación indebida del artículo 20 Ley Contrato de Seguro

Es aplicable el apartado 8 del artículo 20 LCS. En todo caso, no procede establecer los mismos desde la fecha de la audiencia previa del anterior procedimiento, pues en el citado acto solo se tuvo conocimiento de la resolución del INSS, pero no con relación a las secuelas anímicas, pues la primera noticia que se tiene de su existencia es el 11-11-2015, fecha de recepción del burofax, y de las que nada se dijo en el primer procedimiento. Por lo que los intereses, en su caso, se devengarían desde la fecha de recepción del burofax.

3.- Por la representación de la apelada se opone a los motivos del recurso formulado de contrario.

**SEGUNDO:** Vistos los motivos del recurso, en primer lugar, procede resolver sobre si es de apreciar la excepción de cosa juzgada, a los efectos de los artículos 400 y 222.2 LEC.

Para resolver sobre la citada excepción debemos de tener en cuenta los antecedentes que constan en las actuaciones.

Por doña ... se interpuso demanda de juicio ordinario contra .... y don....., en fecha 23 de noviembre de 2012 (tal y como consta en el sello que obra al folio 52), en la que se reclamaba la cantidad de 114.308,81 €, desglosados en 50 días de ingreso hospitalario, 257 días impeditivos, secuela Radiculopatía L5-S1 y daño moral (folios 62 y 63 de las actuaciones). La citada demanda fue turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Madrid procedimiento ordinario 1669/2012 y admitida a trámite mediante Decreto de 13 de mayo de 2013 (folios 327 a 329). Se dictó sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014 por la que se estima en parte la demanda condenando a ..., a la cantidad de 15.828,66 euros más



intereses del artículo 576 LEC (folios 39 a 50 de las actuaciones).

La demanda de la que deriva el recurso que resolvemos se interpone por doña ....contra...; por los siguientes conceptos: -Daños psicológicos, - daños morales complementarios por lesiones permanentes que impiden totalmente la actividad habitual (incapacidad permanente total y minusvalía del 50%), - factor de corrección por ingresos netos y – perjuicios morales a familiares.

Con tales presupuestos no puede apreciarse la cosa juzgada que se pretende, pues a los efectos del artículo 400.2 LEC, con relación al 410 de la misma Ley, así como con base al artículo 222.2 de la Ley procesal civil, aunque puede apreciarse identidad subjetiva y referirse ambos a la intervención quirúrgica del 4 de mayo de 2011 (causa de pedir) y posteriores, nos encontramos ante pretensiones distintas, que incluso no podían deducirse a la fecha de la anterior demanda, así la resolución en la que se reconoce la Incapacidad Permanente total para la profesión habitual es de fecha 23 de abril del 2013 (folio 246) y, por lo tanto, posterior a la anterior demanda; a su vez, el reconocimiento del grado total de discapacidad del 50% es de fecha 20 de agosto de 2013 (folio 249 y vuelto), y de igual modo, el informe de la doctora por “cuadro ansioso depresivo” de fecha 7 de agosto de 2013 (folio 258 de las actuaciones).

Al tratarse de pretensiones distintas a las ejercitadas en el anterior procedimiento no pueden verse afectadas por la cosa juzgada, sin que del artículo 222.2.II LEC se deduzca que en el anterior procedimiento debieron de haberse ejercitado las pretensiones de la nueva demanda, por la vía de alegaciones complementarias, ex artículo 426 LEC, o como hechos nuevos, a los efectos del artículo 286 de la misma Ley, pues ello se ha de referir a las pretensiones ejercitadas en la anterior demanda, pero no respecto de pretensiones distintas y no ejercitadas, de ahí la dicción del artículo 222.2.II “...en relación con el fundamento de las referidas pretensiones...”. Todo ello sin perjuicio de que, al examinar los distintos motivos del recurso, debamos de examinar si se refieren a pretensiones ya ejercitadas en el anterior procedimiento.

A tales efectos, traemos a colación la Sentencia de esta Sección 14ª de 18 de febrero de 2019 recurso 510/2018 “*CUARTO. No podemos compartir la valoración que hace la*

*parte apelante sobre la cosa juzgada, pues es necesario tener presente que para que entre en juego el artículo 400 de la LEC es necesario que concurren ciertos elementos que no apreciamos en este caso.*

*Para decidir si existe cosa juzgada material con efecto negativo excluyente debe examinarse si existe identidad subjetiva en las personas que han sido parte en los dos procedimientos y objetiva al ser idéntico el objeto o la pretensión deducida en los mismos, sin que sea determinante la causa de pedir, pues la nueva ley, separándose de la anterior legislación en la que se exigía para apreciar la cosa juzgada una identidad absoluta entre las personas litigantes, el petitum y la causa de pedir (ver el artículo 1.252 del Código Civil derogado), para apreciar la existencia de la cosa juzgada se fija exclusivamente en las partes y en el petitum u objeto del proceso, sin que excluya la misma que se invoquen otros hechos y fundamentos jurídicos que pudieran apoyar la pretensión del actor pues si los mismos pudieron haber sido alegados en el anterior proceso por el actor concurre la excepción que estamos analizando, así el artículo 400 de la LEC indica que : "1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.*

*La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.*

*2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste".*

*En definitiva la cosa juzgada se extiende a los hechos y fundamentos jurídicos que se invoquen en el nuevo proceso cuando pudieron haberse alegado con anterioridad en función de la pretensión deducida en el anterior procedimiento, pero no entra en juego cuando se trata de pedimentos o pretensiones distintas, pues la preclusión alcanza solamente a los hechos y las causas de pedir deducibles pero no deducidas en el anterior procedimiento en función de la pretensión en aquel ejercitada pero nunca a las pretensiones o peticiones deducibles pero no deducidas, es decir que se pudieron haber acumulado al primer procedimiento pero que no incluyeron, pues si lo pedido varía, si lo solicitado en el segundo*

*procedimiento no es de la misma naturaleza o no puede entenderse comprendido en lo pedido en el primero, la preclusión del artículo 400 de la LEC no tiene lugar”.*

Por lo tanto, en principio, al encontrarnos ante pretensiones distintas no puede aplicarse el artículo 222.2 LEC.

A su vez, debemos de tener en cuenta que las pretensiones ejercitadas en la demanda objeto del presente recurso, con las precisiones que realizaremos al resolver los demás motivos de apelación, se producen con posterioridad a la anterior demanda, por lo que no puede afectarle la cosa juzgada, a tales efectos STS 20 de octubre del 2015 Recurso: 3140/2014 *“Estamos ante la llamada cosa juzgada temporal, o lo que la doctrina conoce con el nombre de límites temporales de la cosa juzgada, que es admitida por nuestra jurisprudencia, especialmente en aquellos supuestos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de daños nuevos, o una agravación del anteriormente apreciado, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior. Supone que una sentencia puede servir de complemento a otra cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, no a hipótesis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad (SSTS 19 febrero 1973 , 27 enero 1981 , 13 mayo 1985 , 9 febrero 1988 y 15 marzo 1991 ), y, en cualquier caso, no podría conllevar que el plazo inicial de prescripción volviera a computarse para todos ellos. En la actualidad, la posibilidad de indemnizar por daños sobrevenidos está reconocida en el Anexo. Primero. 8 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 30/1995”.*

Sin que, en contra de lo que se pretende en el recurso, pueda derivarse un deber para la parte de esperar a que se produzcan todas las consecuencias del hecho origen del daño, o un deber de acumulación, a los efectos del artículo 401.2 LEC, o que la parte debiera haber desistido de las anteriores pretensiones para ejercitarlas todas en un mismo procedimiento.

En consecuencia, procede desestimar el primer motivo del recurso de apelación, en los términos analizados.

**TERCERO:** De conformidad a lo desarrollado en el anterior fundamento hemos de partir de la responsabilidad de la demandada apelante, como consecuencia de lo establecido en la sentencia de 27 de noviembre de 2014 (folios 39 y ss.) en la que se establece la responsabilidad de la compañía aseguradora, por lo que las cuestiones que debemos de resolver es si las pretensiones que se ejercitan tienen su causa en la intervención de fecha 4 de mayo de 2011 y posteriores, y establecido este extremo, las cuantías por las que procede la indemnización.

Respecto a los daños psicológicos, en la demanda se reseñan como tales “trastorno depresivo reactivo” y “trastorno orgánico de la personalidad leve”, que se valoran en el informe pericial emitido por don en 23 puntos (folio 275).

En la sentencia apelada se tienen por acreditados los mismos de conformidad al informe pericial, no desvirtuado de contrario, sin que puedan atribuirse a la “crisis matrimonial” a la que se hace referencia en el informe de la Dra.

En cuanto a la prueba pericial no se trata de una prueba tasada, y 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"*.

Con estos presupuestos no podemos sino ratificar la valoración que se efectúa en la sentencia apelada, al atribuir la causa de los daños psicológicos a la intervención de 4

de mayo de 2011 y posteriores, pues no puede derivarse la existencia de un cuadro ansioso-depresivo previo a la precitada intervención por haberse pautado, con anterioridad a la misma, el fármaco citalopram, siempre y cuando como indica el perito Dr., en las aclaraciones en el acto del juicio, la toma de un ansiolítico no implica un cuadro ansioso-depresivo, pues se trataría de un síntoma, y el citado cuadro no aparece hasta el año 2013 (hora 10:55 y 10:56). El cuadro ansioso-depresivo consta como tal en el informe clínico de la Dra., de fecha 7 de agosto de 2013, al señalarse que la paciente ha sido derivada “por su Médico de Atención Primaria a nuestro Centro de Salud Mental en mayo de 2013, por “cuadro ansioso-depresivo...” (folio 258 de las actuaciones).

De igual modo, se acredita la relación de causalidad con la intervención de 4 de mayo 2011 y posteriores, con base a la conclusión cuarta del informe pericial: “Que debemos entender que presenta como secuelas posteriores y reactivas a las numerosas interacciones quirúrgicas practicadas...” (folio 279). Sin que pueda ser óbice para establecer la necesaria relación de causalidad la mera referencia, en el informe de la Dra., a la crisis matrimonial por la que atravesaba la paciente, pues como indica el perito don. , en las aclaraciones en el acto del juicio, la crisis matrimonial es algo casi anecdótico, pues continúa casada, son la consecuencia y no la causa (hora 10:34 del soporte audiovisual).

Establecida la relación de causalidad entre las intervenciones a partir del 4 de mayo de 2011 y los daños psicológicos reclamados, procede examinar cuáles con estos.

Se constata la existencia de un cuadro ansioso-depresivo, tal y como se recoge en el informe clínico de la Dra. de fecha 7 de agosto de 2013 en el que se señala: “La paciente presenta ánimo bajo, labilidad emocional, irritabilidad, sentimientos de impotencia, trastornos del sueño, pérdida de apetito...Es atendida en nuestro centro con entrevistas psicoterapéuticas, así como con técnicas de relajación que le ayudan a controlar la ansiedad. Durante el tiempo que sea necesario” (folio 258), este informe lo asume en su integridad el perito Dr. (hora 10:33). A su vez, se constata en el dictamen técnico facultativo de la Dirección General de Servicios Sociales de 20 de agosto de 2013: “2º.- Trastorno de la afectividad por trastorno distímico se etiología psicógena” (folio 250). El perito Dr. en el informe señala: “Nuestra exploración clínica confirma alteraciones en su estado de ánimo con claros signos de ansiedad y depresión para los que está siendo incluso tratada de forma

farmacológica desde hace ya bastantes meses...” (folio 271), en el apartado secuelas psíquicas se hace referencia al trastorno depresivo reactivo que valora en 10 puntos, con referencia tanto al informe de la doctora como al dictamen de la Comunidad de Madrid (folios 275 y 276), y en la conclusión cuarta (folio 279).

En consecuencia, hemos de tener por acreditado el daño psicológico consistente en “cuadro depresivo reactivo” y la valoración de 10 puntos, conforme al baremo del RDLeg. 8/2004.

A su vez, en el informe pericial se establece como secuela psicológica “trastorno orgánico de la personalidad leve” que valora en 14 puntos, y se reseña: “Estas secuelas anímicas son posteriores a las intervenciones y que Doña no tenía antecedentes psicológicos antes de dichos actos médicos. Es decir, dichas secuelas son posteriores y reactivas a las intervenciones quirúrgicas lesivas. Ambas secuelas han sido reconocidas y valoradas por todos los informes médicos revisados por nosotros para la elaboración del presente informe pericial” (folio 275), se hace referencia al dictamen con resolución posterior de minusvalía (2º. Trastorno de la afectividad) y al informe de la Dra., y concluye: “La paciente está sometida en el momento actual a tratamiento analgésico y tratamiento ansiolítico con diversos psicofármacos” (folio 276). En las aclaraciones en el acto del juicio (hora 10:43 a 10:50), el perito manifiesta que esta secuela es neurológica, y deriva de la ingesta de hasta 7 fármacos, sin que el perito determine en qué informes se fundamenta para poder constatarla, solo hace referencia, en general, a informes de unidad del dolor y psiquiatría, entendiendo que en su condición de licenciado en medicina puede establecerla.

De la valoración de estas pruebas no podemos entender acreditada la existencia de la secuela, pues a diferencia del trastorno depresivo reactivo, respecto del cual el perito señala los informes en que se fundamenta, los ya reseñados del dictamen de minusvalía y el de la Dra., respecto del “trastorno orgánico de la personalidad” en el informe pericial no se cita ninguna fuente que pueda llevarnos a su existencia, y en las aclaraciones en el acto del juicio, solo se refiere a informes genéricos sin concreción alguna, sin que conste (salvo las apreciaciones genéricas del perito) que la ingesta de varios fármacos pueda conllevar esta secuela, máxime cuando, como hemos reseñado con anterioridad, en el informe solo se refiere a “diversos fármacos”, a su vez, en la conclusión tercera solo se hace

referencia a “claros signos de ansiedad y depresión” y a la necesidad de ser tratada “en la unidad del dolor con numerosos fármacos” (folio 279). En definitiva, no podemos tener por acreditado este daño psicológico, pues ni tan siquiera se explica en el informe pericial aportado con la demanda.

En consecuencia, procede estimar en parte el motivo que resolvemos, y por lo tanto fijar como secuela psicológica el trastorno “depresivo reactivo”, con una valoración de 10 puntos, por lo que aplicando el baremo del año 2011 (que es el utilizado en la demanda), así como la edad de doña (de 41 a 55), el valor por punto ascenderá a 802,80 €, en total 8028,00 €, más el 10% del factor de corrección por lesiones permanentes, por lo que la indemnización que por este concepto le corresponderá ascenderá a 8.830,8 €.

Sin embargo, no procede aplicar el factor de corrección respecto de las secuelas e incapacidad temporal establecidas en la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia nº 1 de Madrid, en el procedimiento ordinario nº 1669/2012, por cuanto, de conformidad a lo establecido en el anterior fundamento, se refiere a pretensiones que sí se ejercitaron en el mismo, y respecto de las mismas sí pudo solicitarse la aplicación del factor de corrección, aunque se sustente en el documento 7 de la demanda (resolución de fecha 23 de abril de 2013), y por lo tanto, en todo caso, pudo haberse solicitado en la audiencia previa, mediante alegaciones complementarias, a los efectos del artículo 426 LEC con relación al artículo 222.2 LEC, sin que pueda ser de recibo el principio de indemnidad del perjudicado, al que se refiere la sentencia apelada.

**CUARTO:** Como consta en las actuaciones por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (Dirección Provincial de Madrid) de fecha 23 de abril de 2013 se le reconoció a doña la “incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual” (folio 246), y por la Dirección General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid el 50% de discapacidad, mediante resolución de fecha 20 de agosto de 2013 (folio 249 vuelto).

La sentencia apelada concede la cantidad solicitada de 54.000 €, a los efectos del baremo aplicable en el año 2011, en virtud del cual y respecto a las “*Lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima*”, en el apartado del “permanente total” señala “con secuelas permanentes que

impidan totalmente las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado de 18.141,09 a 90.705,42”.

La incapacidad permanente total para la ocupación habitual de doña es consecuencia de la intervención de 4 de mayo de 2011 y las posteriores derivadas de la misma; en el recurso se alega que solo es una de las concausas pero no la única; sin embargo, la existencia de estas concausas no se pueden derivar de la mera descripción en el dictamen de 20 de agosto de 2013 (folio 250), y por otra parte hemos de estar al informe del perito Sr. el que se deriva la relación de causalidad (folios 276 y 277), ni consta que las patologías existentes antes de las intervenciones le hubieran provocado cualquier tipo de incapacidad, es más, como se recoge en el informe pericial del Dr. “...antes de la cirugía presentaba una lesión neurogénica motora crónica de intensidad muy leve...” (folio 271).

En cuanto a la valoración, no podemos estar a lo pretendido en el recurso, al solicitarse una cuantía mínima, precisamente por la existencia de concausas que no pueden entenderse acreditadas. La valoración del perito se efectúa teniendo en cuenta la edad de doña y la esperanza de vida, al haber realizado el perito un cálculo similar al que establece por la reforma de la Ley 35/2015, tal y como aclara en el acto del juicio (hora 13:39), lo que entendemos correcto, por cuanto la incapacidad le va a afectar a su vida diaria incluso con posterioridad a la edad de jubilación (65 años), que es lo pretendido en el recurso. La indemnización media en 54.000 € ha de entenderse la correcta, tanto si tenemos en cuenta la edad de doña, como las limitaciones para la vida diaria, que se describen en la página 11 del informe pericial (folio 277), así dificultades para escribir, para manejar cremalleras, etc.

Por consiguiente, procede desestimar el presente motivo, y mantener la indemnización de 54.000 €.

**QUINTO:** El último motivo se refiere a la aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

En el recurso se alega que no proceden los intereses del precepto al existir controversia sobre la procedencia o no de la indemnización, así como la necesidad del litigio bien para la determinación de los daños o la causa que los originó, por lo que entiende



que se debe apreciar causa justificada a los efectos del artículo 20.8 LCS.

En cuanto a qué debe considerarse causa justificada a los efectos del artículo 20.8 LCSeguro, debemos de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial reiterada, por todas STS 22 de octubre de 2019 Recurso: 1896/2016 *“En cuanto a la primera cuestión, es jurisprudencia reiterada (sintetizada, entre las más recientes, en sentencias 252/2018, de 10 de octubre, y 56/2019, de 25 de enero) que el recargo por mora del asegurador, dado su marcado carácter sancionador y su 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, no desaparece automáticamente por el hecho de que exista un proceso o deba acudir al mismo, sino únicamente cuando se hace necesario acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar, esto es, cuando la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura. En esta misma línea, la jurisprudencia niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda oponerse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora cuando la discusión es consecuencia de una oscuridad de las cláusulas imputable a la propia aseguradora con su confusa redacción (en este sentido, sentencia 73/2017, de 8 de febrero, citada por la sentencia 252/2018)”*.

En el presente supuesto ni han existido dudas sobre la obligación de indemnizar ni sobre la cobertura del seguro, por lo que no puede apreciarse la causa justificada que se invoca (artículo 20.8 LCS), pues no pueden incardinarse en la misma ni la necesaria relación de causalidad ni la cuantía de las indemnizaciones.

En cuanto al día inicial del cómputo de los intereses del artículo 20.6 LCSeguro, la sentencia apelada entiende que debe estarse a la fecha de la celebración de la Audiencia Previa en el anterior procedimiento en fecha 6 de diciembre de 2013. No podemos estar a la fecha establecida en la resolución apelada, pues en el anterior procedimiento (PO 1669/2012) (folios 252 y ss.), en el acto de la Audiencia Previa, la resolución de Incapacidad Permanente Total, de fecha 23 de abril de 2013, se aporta a los efectos del artículo 265.3 LEC, y el certificado de minusvalía de 20 de agosto de 2013, así como el informe de Salud

Mental de 7 de agosto de 2013, para desvirtuar la alegación de prescripción, lo que no puede implicar un acto de reclamación a la entidad aseguradora, quien podría haber entendido que no se le reclamaría por estos conceptos, pues la reclamación solo se constata en la comunicación de 10 de noviembre de 2015, recibida el 11/11/2015 (documento 14 de la demanda, folios 280 y ss.). Por lo tanto, a los efectos del artículo 20.6 LCS, dadas las circunstancias concurrentes entendemos que los intereses solo procederán desde la fecha de la reclamación, es decir, el 10 de noviembre de 2015.

En conclusión, de conformidad a lo establecido en la presente resolución, procede estimar en parte el recurso interpuesto, revocando la sentencia apelada en el sentido de estimar la demanda en la cantidad de 62.830,80 €, más intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, desde el 10 de noviembre de 2015.

**SEXTO:** Al encontrarnos ante un supuesto de estimación parcial de la demanda, de conformidad al artículo 394.2 LEC, no procede hacer declaración respecto de las costas de primera instancia, al no apreciar temeridad. Al estimarse en parte el recurso, y de conformidad al artículo 398.2 LEC, no procede hacer declaración sobre las costas de esta alzada.

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

## **FALLAMOS**

**LA SALA ACUERDA:** Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por ....., representada por la Procuradora DOÑA ., contra la sentencia dictada el día 19 de julio de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 238/2016, debemos **REVOCAR** la referida resolución en el sentido de **ESTIMAR** en parte la demanda interpuesta por DOÑA . contra, condenando a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 62.830,80 €, más intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde el 10 de noviembre del 2015 y sin hacer declaración respecto de costas de primera instancia y de esta alzada.

La estimación en parte 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 Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid**, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o “buzón” del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: «**2649-0000-00-0689-19**» excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.