



Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoquinta
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035
Tfno.: 914933866

Alvaro Sardinero García
Abogado
C/ Francisco Silvela, 19 Entpta. F
28028 - MADRID
Tel. y Fax: 91 308 37 60

37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0245883
Recurso de Apelación 835/2022

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 83 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 8/2020

APELANTES/DEMANDANTES: D.

PROCURADOR Dña. PALOMA SOLERA LAMA
APELADA/DEMANDADA:

PROCURADOR D. ANTONIO RAMON RUEDA LOPEZ

SENTENCIA N°252/2023

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO SR. PRESIDENTE:

D. FRANCISCO MOYA HURTADO

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

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

Dña. MARÍA DEL MAR CRESPO YEPES

En la Villa de Madrid, a dieciséis de mayo de dos mil veintitrés.

La SECCIÓN VIGESIMOQUINTA (CIVIL) de la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, integrada por su PRESIDENTE, Francisco Moya Hurtado, y por los MAGISTRADOS Ángel-Luis Sobrino Blanco y María del Mar Crespo Yepes, HA VISTO, en grado de apelación y en segunda instancia, el PROCESO DECLARATIVO, sustanciado POR RAZÓN DE LA CUANTÍA conforme a los trámites del JUICIO ORDINARIO, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO OCHENTA Y TRES de los de MADRID, en el que fue registrado bajo el NÚMERO 8/2020 (ROLLO DE SALA NÚMERO 835/2022), que versa sobre indemnización



Madrid



de daños y perjuicios por responsabilidad profesional, y en el que son PARTE: como APELANTES y DEMANDANTES, DON

defendidos por el letrado don Álvaro Sardinero García y representados, ante los tribunales de primera y de segunda instancia, por la procuradora doña Paloma Solera Lama; y como APELADA y DEMANDADA, la entidad mercantil defendida por el letrado

don Emilio Lizarraga Bonelli y representada, ante los órganos judiciales de primer grado y de alzada, por el procurador don Antonio Ramón Rueda López. Y actuando como PONENTE el magistrado Ángel-Luis Sobrino Blanco, por quien, previa la preceptiva y oportuna deliberación y votación, se expresa el parecer y la decisión de la SALA, procede formular los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO, FUNDAMENTOS DE DERECHO y FALLO:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO:

SE ACEPTAN los de la SENTENCIA de primera instancia y,

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número Ochenta y tres de Madrid dictó, en fecha catorce de junio de dos mil veintidós, en el PROCESO DECLARATIVO seguido como JUICIO ORDINARIO con el número de registro 8/2020, SENTENCIA DEFINITIVA con los PRONUNCIAMIENTOS contenidos en su FALLO, que es del tenor literal siguiente:

«...Que desestimando la demanda interpuesta por la representación de D.

contra [redacted] debo declarar y declaro haber lugar a:

a) Absolver a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

b) Imponer a los demandantes el pago de las costas procesales ocasionadas a la demandada...».

SEGUNDO.- La representación procesal de los demandantes, don [redacted]



interpuso, en tiempo y forma legal, y previa consignación como DEPÓSITO de la suma legalmente establecida de CINCUENTA EUROS, RECURSO DE APELACIÓN, para ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL, contra la anterior SENTENCIA, mediante escrito en el que solicita que, por la SALA correspondiente del TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA, se dicte sentencia por la que, con estimación del recurso, se acuerde la revocación de la sentencia recurrida y de la imposición de las costas de la primera instancia, pronunciándose sobre todas las cuestiones que no han sido resueltas por el juzgador A QUO y condenando a la demandada a indemnizar a los demandantes en la cantidad de 151 200,00 euros, más intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, todo ello con expresa imposición de costas.

TERCERO.- La representación procesal de la entidad demandada, [REDACTED], dentro del término legal conferido al efecto, formuló OPOSICIÓN al precedente RECURSO DE APELACIÓN, interpuesto de adverso, por medio de escrito en el que solicita que, por la SALA del TRIBUNAL DE SEGUNDO GRADO, se dicte sentencia por la que, desestimando íntegramente el recurso, se confirme, en todos sus pronunciamientos, la sentencia n.º 308/2022 dictada por el Juez "A QUO" en fecha 14 de junio de 2022, imponiendo a la apelante las costas del recurso de apelación.

CUARTO.- Elevadas las actuaciones a esta AUDIENCIA PROVINCIAL para la resolución del recurso de apelación interpuesto, correspondió su conocimiento por turno de reparto a esta SECCIÓN VIGESIMOQUINTA, en la que se formó el correspondiente ROLLO DE SALA (NÚMERO 835/2022), y, una vez transcurrido el término legal de emplazamiento conferido a las partes, y comparecidas éstas ante este TRIBUNAL DE ALZADA, por el PRESIDENTE de la SECCIÓN se dispuso señalar, para el examen, deliberación, votación, decisión y fallo del meritado recurso, la audiencia del día diez de mayo de dos mil veintitrés, en que tuvieron lugar.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El examen íntegro de las actuaciones de primera instancia, efectuado por la SALA en el desempeño de la función revisora que, como tribunal de apelación, tiene legalmente atribuida, pone de manifiesto que el objeto del proceso sometido a su valoración



y decisión, viene constituido —como única pretensión deducida, en debida y legal forma, en el mismo— por la pretensión formulada en la demanda inicial que postula la condena de la entidad aseguradora demandada a indemnizar a los actores en la suma de 151 200,00 euros, en que se valoran los daños y perjuicios que les originó el fallecimiento de su esposa y madre, doña _____ ocasionado por la conducta negligente atribuida al _____ —asegurado por la demandada— en el diagnóstico y tratamiento del tumor que, finalmente, determinó el fallecimiento de la paciente.

SEGUNDO.- Para el éxito de tal pretensión correspondía a la parte actora acreditar y justificar, cumplidamente, en el curso del proceso —como hechos constitutivos— los siguientes presupuestos:

1.º.- La existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente, por infracción de los deberes profesionales médico-sanitarios o de la LEX ARTIS AD HOC (conjunto de prácticas médicas aceptadas como adecuadas para tratar al paciente en el momento de que se trata).

2.º.- La realidad de un daño, lesión, perjuicio o sufrimiento moral al accionante; es decir de un menoscabo o detrimento en su patrimonio material, en su integridad física o psíquica, o en sus bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad.

3.º.- La relación de causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica; esto es, la conexión o relación causal del daño con el evento dañoso y la del evento dañoso con la actuación del agente o con la esfera o ámbito de su actividad, control o vigilancia —imputación fáctica— y la conexión relación causal entre el daño y la culpa, entre el daño y la conducta imprudente o negligente atribuible, por acción u omisión, al agente —imputación jurídica—; de manera que el daño sea consecuencia natural, adecuada y necesaria del acto u omisión culposos.

TERCERO.- El resultado de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso —como se aprecia por la SALA tras el examen directo del contenido de los documentos y demás medios



de prueba de naturaleza real aportados o incorporados al proceso y tras el visionado del soporte audiovisual del acto del juicio en que se llevaron a efecto los medios de prueba de naturaleza personal propuestos por las partes— permite afirmar la certeza de los siguientes hechos, constatados en la historia clínica de la paciente y recogidos en los informes periciales aportados al proceso por las partes:

1.- En fecha 8 de abril de 2016, por prescripción de su médico de atención primaria, le fue realizada a doña I _____ en el Servicio de Ginecología del Hospital _____, una ecografía abdominal de útero en la que le fue apreciada una tumoración de unos 7 cm.

2.- Con el resultado de la ecografía se le programó una consulta ginecológica en el mismo hospital para el día 20 de junio de 2016 a la que la paciente no acudió, sin haberse justificado la razón de ello.

3.- En fecha 11 de octubre de 2016 la Sra. _____ acudió a consulta de ginecología en el Hospital _____ en la que se le practicó una nueva ecografía abdominal que fue completada por otra ecografía transvaginal realizada once días después, apreciándosele un aumento del tamaño de la tumoración hasta los 10,5 cm.

4.- Ante la ausencia de otra sintomatología se le diagnostica como MIOMA (tumor benigno) uterino y se le remite a la realización de un control en seis meses.

5.- En fecha 14 de junio de 2017 la paciente, doña _____, acude a revisión en el Servicio de Ginecología del Hospital _____ refiriendo dolor abdominal, pérdida de apetito y disminución de peso; realizándosele nueva ecografía en la que se aprecia un nuevo aumento del tamaño de la tumoración hasta los 13,5 cm.

6.- A la vista de ello, se solicita, con carácter preferente, la realización de MARCADORES TUMORALES, un TAC (TOMOGRFÍA COMPUTARIZADA) toraco abdominal y RM (RESONANCIA MAGNÉTICA) de pelvis, cuyos resultados hacen



sospechar la existencia de un SARCOMA (tumor maligno) uterino evolucionado. Diagnóstico que es corroborado mediante punción de implantes peritoneales evidenciándose la presencia de un SARCOMA TIPO IV.

7.- En fecha 18 de agosto de 2017 se confirma el diagnóstico de SARCOMA UTERINO ESTADIO IV (AFECTACIÓN PERITONEAL) en revisión efectuada en el Hospital _____, pautándosele tratamiento de primera línea para este tipo de tumor infrecuente clasificado dentro de los SARCOMAS.

8.- En fecha 4 de septiembre de 2017 doña _____ fallece en el Hospital _____

Asimismo, del testimonio ofrecido en el acto del juicio por doña _____

—Jefa del Servicio de Ginecología del Hospital _____ — y de lo manifestado en el acto del juicio por los peritos autores de los dictámenes aportados por las partes, se puede inferir:

1.- Que un MIOMA no degenera en SARCOMA —equivalente maligno del MIOMA—, esto es, que los MIOMAS son tumores benignos que nunca se convierten en malignos (cáncer). Cuando una mujer presenta un SARCOMA (el equivalente maligno del MIOMA), éste era maligno desde el principio y nunca proviene de la malignización de un tumor benigno.

2.- Que una ecografía o una resonancia no permite distinguir un MIOMA de un SARCOMA

3.- Que el SARCOMA sólo se puede diagnosticar con certeza —determinando si una tumoración en el útero es un MIOMA o un SARCOMA— mediante una intervención quirúrgica de extracción de la tumoración y su biopsia o análisis de anatomía patológica.

4.- Que es muy infrecuente —0,3% o una de cada quinientas— que las pacientes diagnosticadas de MIOMA que presentan crecimiento de la tumoración



presentaran, realmente, una tumoración maligna.

5.- Que la edad media de aparición de los SARCOMAS son los 55 años, esto es, en edad menopáusica.

6.- Que el crecimiento de los MIOMAS es más frecuente en edades premenopáusicas.

7.- Que en la edad menopáusica lo normal es que los MIOMAS decrezcan en lugar de crecer.

8.- Que el útero carece de función en la mujer menopáusica.

9.- Que doña _____ se encontraba en edad menopáusica.

10.- Que los SARCOMAS tienen un porcentaje de supervivencia muy bajo, que en un estadio I puede establecerse en un 66% y en un estadio IV, por debajo del 10%.

CUARTO.- Con base en los anteriores presupuestos fácticos —debidamente acreditados en el proceso— cabe afirmar que la actuación del _____ tras la realización de las pruebas diagnósticas efectuadas en octubre de 2016, no se ajustó a la diligencia racional y razonablemente exigible, conforme a una práctica médica adecuada, para descartar, con la necesaria certeza, la naturaleza maligna de la tumoración apreciada a la Sra. _____). Efectivamente, teniendo en cuenta la edad de la paciente y su situación menopáusica, la falta de constancia de la existencia de miomas en su edad fértil (premenopáusica), la constatación de un crecimiento de la tumoración, en un plazo de seis meses, de 3,5 cm y la alta mortalidad del sarcoma —singularmente en estadios avanzados—, la actuación lógica y razonable —dado que la actuación médica debe estar presidida por la finalidad de proteger la salud y preservar la vida y bienestar de los pacientes y no por criterios meramente mercantilistas basados en el número de intervenciones a realizar— sería la encaminada a descartar la naturaleza maligna de la tumoración, realizando, con inmediatez, las pruebas diagnósticas oportunas y necesarias, singularmente el estudio



histopatológico —única forma posible de diagnosticar, con la debida y necesaria certeza, el SARCOMA o equivalente maligno del MIOMA—. Actuación totalmente omitida por el asegurado de la entidad demandada, en octubre de 2016 y demoradas hasta el mes de junio de 2017 (ocho meses después).

Esta actuación negligente obliga indudablemente al —y, por ende, a su aseguradora— a resarcir los daños y perjuicios que sean consecuencia natural, adecuada y necesaria de la conducta omisiva que se le atribuye.

QUINTO.- Ahora bien, desde esta perspectiva cabe señalar que el fallecimiento de la Sra. — no constituye, indudablemente, una consecuencia natural, adecuada y necesaria de la conducta omisiva atribuida al asegurado de la demandada —pues la tardanza en el adecuado diagnóstico no provocó el fallecimiento de la paciente—, pero no es menos cierto que dicha conducta omisiva si tuvo incidencia causal en la inmediatez e irreversibilidad del desenlace final, al privar a la paciente de la posibilidad de haber detectado el SARCOMA en un estadio más inicial y de la posibilidad de haberse podido someter a la intervención quirúrgica de extirpación del tumor o del mismo útero y de obtener una previsión de supervivencia más favorable o, al menos, más prolongada.

Esta indeterminación de la certeza causal entre la conducta omisiva atribuida al asegurado de la demandada y el fallecimiento de la esposa y madre de los demandantes — aducida en la demanda como presupuesto fáctico de los daños y perjuicios objeto de resarcimiento—, hace aplicable, al supuesto enjuiciado, como cabe inferir, entre otras, de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020, la doctrina de la pérdida de oportunidad.

En este sentido, la obligación indemnizatoria que corresponde al responsable de la conducta negligente —y, por ende, a su aseguradora— debe concretarse en la pérdida de oportunidad originada y no tanto en el hecho de la muerte de la paciente.

Para la cuantificación de la obligación indemnizatoria así concretada, la SALA considera, como ajustado y proporcionado a la entidad real de los daños y perjuicios efectivamente sufridos, establecer como importe indemnizatorio procedente, el 50% de lo



que, por aplicación analógica del Baremo establecido para los accidentes de tráfico para el año del fallecimiento (2017), correspondería a los perjudicados por el resultado de muerte de la paciente. Por consiguiente, teniendo en cuenta las peticiones de la demanda, la entidad aseguradora demandada deberá indemnizar a don [redacted] en la suma de 55 000,00 euros y a doña [redacted] y don [redacted] en la suma de 10 000,00 euros a cada uno de ellos. Cantidades que, por imperativo legal, devengarán los intereses legales por mora procesal establecidos OPE LEGIS por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la presente sentencia, en que se efectúa, por primera vez, el oportuno pronunciamiento de condena.

SEXTO.- El pago de los intereses prevenidos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro —solicitados en la demanda— configura la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la mora de la aseguradora en el cumplimiento de su obligación.

Conforme a dicho precepto, el asegurador incurre en mora cuando no cumple su prestación —su obligación de pagar la indemnización correspondiente— en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, o cuando no proceda al pago del importe mínimo de lo que pueda deber, dentro de los cuarenta días siguientes a la recepción de la declaración del siniestro.

Como tiene declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo —por todas, Sentencias de 19 de febrero de 2020 y 22 de octubre de 2019— constituye doctrina jurisprudencial reiterada 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— no desaparece automáticamente por el hecho de que exista un proceso o deba acudir al mismo, sino que sólo desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro, o del texto de la póliza, surge una incertidumbre o duda racional —y razonable— en torno a la realidad del siniestro y el nacimiento de la obligación misma de indemnizar, o sobre la cobertura del seguro, que hace imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional para despejarla.

Y, en el supuesto enjuiciado es evidente que para determinar la existencia de la



obligación indemnizatoria pretendida, dadas las circunstancias concurrentes en la actuación atribuida al —singularmente la ausencia de otra sintomatología distinta al incremento de la tumoración que pudiera hacer sospechar en octubre de 2016 la naturaleza maligna de dicha tumoración— ha resultado necesario e imprescindible el proceso, por lo que, por aplicación del expresado criterio jurisprudencial ha de apreciarse la concurrencia de causa justificada de exclusión de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro por la existencia de incertidumbre y dudas respecto del nacimiento de la obligación indemnizatoria pretendida.

SÉPTIMO.- Por todo lo precedentemente expuesto, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto y revocación de la sentencia apelada, procede estimar parcialmente la demanda interpuesta por don :

contra la entidad , y
condenar a ésta a pagar a cada uno de los expresados demandantes las sumas concretadas en el precedente Fundamento de Derecho Quinto de esta resolución, con sus correspondientes intereses por mora procesal, conforme a lo prevenido por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la presente sentencia.

OCTAVO.- La estimación parcial de la demanda y del presente recurso determina, por aplicación de lo prevenido por los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no proceda efectuar expresa y especial imposición a alguno de los litigantes, de las costas originadas en el presente proceso, en ambas instancias, debiendo, en consecuencia, cada una de las partes abonar, las causadas y devengadas a su instancia y las comunes por mitad.

NOVENO.- La estimación del recurso determina, asimismo, por otra parte, de conformidad con lo prevenido por el apartado número Ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la devolución a la parte recurrente de la totalidad del depósito en su día constituido para su interposición.

III. - FALLO:



Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución, en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español, LA SECCIÓN VIGESIMOQUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, HA DECIDIDO:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por DON [REDACTED]

[REDACTED] contra la SENTENCIA dictada, en fecha catorce de junio de dos mil veintidós, por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO OCHENTA Y TRES de los de MADRID, en el PROCESO DECLARATIVO sustanciado por los trámites del JUICIO ORDINARIO ante dicho ÓRGANO JUDICIAL bajo el NÚMERO DE REGISTRO 8/2020 (ROLLO DE SALA NÚMERO 835/2022), y en su virtud,

PRIMERO.- REVOCAR, y dejar totalmente sin efecto, la meritada SENTENCIA apelada.

SEGUNDO.- ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por DON [REDACTED]

[REDACTED], representados por la procuradora doña Paloma Solera Lama, contra la entidad mercantil [REDACTED] representada por el procurador don Antonio Ramón Rueda López.

TERCERO.- CONDENAR a la expresada entidad demandada [REDACTED]

[REDACTED] a indemnizar a DON [REDACTED] en la suma de CINCUENTA Y CINCO MIL EUROS (55 000,00 €), a [REDACTED] en la suma de DIEZ MIL EUROS (10 000,00 €) y a DON [REDACTED] en la suma de DIEZ MIL EUROS (10 000,00 €), por el fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente, DOÑA [REDACTED]. Cantidades que, por imperativo legal, devengarán los intereses legales por mora procesal establecidos OPE LEGIS por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la presente sentencia.

CUARTO.- NO HACER expresa y especial imposición a alguno de los litigantes de las COSTAS originadas en ambas instancias del proceso, debiendo, en consecuencia, cada una de las partes abonar, las causadas y devengadas a su instancia y las comunes por mitad.



QUINTO.- DEVOLVER a la parte recurrente el DEPÓSITO en su día constituido para la interposición del recurso.

NOTIFÍQUESE ESTA SENTENCIA, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 208.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la misma no es susceptible de recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los extraordinarios de CASACIÓN o por INFRACCIÓN PROCESAL, para ante la SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a su notificación; recurso extraordinario que habrá de interponerse ante este mismo tribunal, previa constitución, en su caso, del DEPÓSITO para recurrir, de CINCUENTA EUROS, 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 la entidad BANCO SANTANDER, OFICINA NÚMERO 6114, sita en la calle Ferraz número 43, 28008 Madrid, con el NÚMERO DE CUENTA 3390-0000-00-0835-22, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

FIRME ESTA RESOLUCIÓN, DEVUÉLVANSE las actuaciones originales de primera instancia al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, tomándose las oportunas notas en los libros de registro de esta SECCIÓN.

Así, por esta SENTENCIA de la que se pondrá certificación literal en el ROLLO de su razón, incluyéndose el original en el LIBRO DE SENTENCIAS, definitivamente juzgando, lo pronuncia y manda la SALA y firman los MAGISTRADOS, Francisco Moya Hurtado (PRESIDENTE), Ángel-Luis Sobrino Blanco y María del Mar Crespo Yepes, que la han constituido.

Aivaró Sardinero García
Abogado
C/ Francisco Silvela, 19 Entpta. F
28028 - MADRID
Tel. y Fax: 91 308 37 60

