



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 26 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 4 - 28020

Tfno: 914932787

Fax: 914932789

42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0063495

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 446/2019

Materia: Responsabilidad profesional

Demandante: D./Dña. M G, -M H

PROCURADOR D./Dña. LUIS PIDAL ALLENDESALAZAR

Demandado: VIDACAIXA ADESLAS SA DE SEGUROS Y REASEGUROS

PROCURADOR D./Dña. ELENA BEATRIZ LOPEZ MACIAS

ZURICH INSURANCE PLC

PROCURADOR D./Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

SENTENCIA Nº 361/2022

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. JORGE JOSE MORENO GONZALEZ

Lugar: Madrid

Fecha: cinco de septiembre de dos mil veintidós

DON JORGE MORENO GONZÁLEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, habiendo visto y examinado los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO 446/2019** siendo partes DOÑA M G, -M H representada por el Procurador Sr. PIDAL ALLENDESALAZAR y bajo la dirección del Letrado Sr. RUBIO NAVARRO, VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por la Procuradora Sra. LÓPEZ MACÍAS y bajo la dirección técnica de la Letrada Sra. DURÁN POBLET y ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL representada por la Procuradora Sra. CENTORIA PARRONDO y bajo la dirección técnica del Letrado Sr. MONTALVO REBUELTA.

- ANTECEDENTES DE HECHO -

PRIMERO: Se formuló demanda de Juicio Ordinario interesando sentencia por la que se condene a la parte demandada a indemnizar a DOÑA M G, -M H en la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS DOCE CON SETENTA CÉNTIMOS (269.512,70€) a tanto alzado o de una sola vez, más los intereses legales del artículo 20 de la Ley del Contrato del Seguro desde la presentación de esta demanda, y las costas.

SEGUNDO: Se admitió a trámite la demanda y emplazados VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y ZURICH INSURANCE PLC SUCURSA, contestaron en tiempo y forma oponiéndose.

TERCERO: En el presente procedimiento se convocó a las partes a Audiencia Previa y posterior juicio que tuvo lugar el día señalado con el resultado que se recoge por medio del sistema de grabación y reproducción de la imagen y sonido de



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código de verificación: 0888990361960494606049

conformidad con lo previsto en el artículo 147 y Disposición Adicional 3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO: En la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO -

PRIMERO: Se reclama la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS DOCE CON SETENTA CÉNTIMOS (269.512,70€) frente a la compañía Aseguradora de la actora VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, y contra ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL por ser la aseguradora del HOSPITAL QUIRONSAUD SUR en donde tuvo lugar la intervención de DOÑA M. G. -M H. que trae causa y origen de la reclamación en base al informe adjunto a la demanda como documento nº 2 emitido por el DR. TRINCHET HERNÁNDEZ, sobre la mala praxis detectada y sobre la relación de causalidad advertida, aludiendo la demanda a una deficiente técnica quirúrgica pues se trató de una lesión iatrogénica de vías biliares en una mala planteada colecistectomía al tratarse de una colecistitis aguda, pues antes de realizar la sección del cístico debe realizarse una colangiografía intraoperatoria o CPRE para conocer las posibles variantes anatómicas, y de esa manera evitar la lesión de otros órganos cercanos, que en este caso se realizó incorrectamente la anastomosis término-terminal del colédoco confundiendo con el cístico, a la vulneración de la *lex artis* pues no se utilizaron los medios técnicos al alcance del facultativo para asegurar la situación anatómica del colédoco, ni se actuó con la debida prudencia antes de seccionar el órgano, lo que provocó una lesión completa, situación que pudiera haber sido evitada de haber actuado de acuerdo con protocolo, causando a DOÑA M. G. -M H. por unas gravísimas secuelas que afectan de una manera muy importante su calidad de vida.

VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS se opuso interesando la notificación de la pendencia del procedimiento al Doctor C. M. S., cirujano que practicó a la demandante la intervención, y falta de litisconsorcio pasivo necesario, rechazadas en la audiencia previa, así como falta de legitimación pasiva de SEGURCAIXA ADESLAS SEGURCAIXA ADESLAS pues dicha entidad no asegura la responsabilidad civil de los facultativos que atendieron a la demandante, sino que se trata de una aseguradora de asistencia sanitaria, sin que pueda imputarse responsabilidad alguna a SEGURCAIXA ADESLAS SEGURCAIXA ADESLAS en virtud de la acción directa del artículo 76 LCS, puesto que dicha acción exclusivamente puede ser ejercitada por el tercer perjudicado frente a las aseguradoras de Responsabilidad Civil y ADESLAS es únicamente aseguradora de asistencia sanitaria, no pudiendo asumir la Responsabilidad Civil de ninguno de los intervinientes, que SEGURCAIXA ADESLAS ha cumplido con sus obligaciones derivadas del contrato suscrito con la demandante y no es imputable a la misma responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, y ello en tanto el hospital en que fue intervenida la demandante como el cirujano que planificó y practicó la intervención son ajenos e independientes a la misma, invocando la prescripción de la acción cuyo plazo para el ejercicio de la acción es de un año conforme el artículo 1.968 CC, y así la demandante fue intervenida el 03.10.2012, por el Doctor Moreno Sanguino, que desde ese momento la demandante tuvo conocimiento de los hechos objeto de demanda según documento nº



7 de la demanda y que SEGURCAIXA ADESLAS no ha recibido reclamación alguna hasta el 28 de febrero de 2019 (Documento 40 de la demanda) habiendo pasado 7 años desde que el doctor Moreno Salguero cometió la supuesta negligencia, que SEGURCAIXA ADESLAS desconoce los hechos narrados en la demanda en cuanto a la intervención y asistencia recibida, careciendo de elementos de juicio suficientes para valorar la actuación del doctor M. S. y del personal del HOSPITAL QUIRÓN en la intervención practicada a la SRA. G. v-M H. e improcedencia de la cuantía reclamada, pues se indica en la demanda que se han aplicado los baremos establecidos en el Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en su última redacción mediante Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aplicando indebidamente el Baremo establecido en la Ley 35/2015, pues entró en vigor el 1 de enero de 2016, con posterioridad a los hechos objeto de litigio por lo que el mismo no sería aplicable.

ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL se opuso alegando falta de legitimación pasiva pues la acción se dirige directamente contra ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL por su supuesta condición de aseguradora de la responsabilidad civil en la que pudiera haber incurrido el SERMAS en relación con la asistencia dispensada a DOÑA M. G. M. H. por los profesionales del HOSPITAL QUIRONSALUD, pero este siniestro no está cubierto por la póliza suscrita entre Zurich y el Servicio Madrileño de Salud- póliza 77137990 (documento 1), que ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL no tuvo ninguna relación con los hechos y el único motivo por el que la actora puede interponer demanda contra la compañía de seguros es en base al artículo 76 LCS, al resultar Zurich ser la aseguradora del Servicio de Salud implicado, por lo que se debe analizar la posible responsabilidad de ZURICH conforme a los parámetros de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que no son de aplicación ni los criterios de responsabilidad objetiva ni la aplicación de la ley de defensa de consumidores y usuarios, que, e impugnando el informe pericial presentado con la demanda, los hechos a los que la demandante pretende anudar los daños reclamados no constituyen vulneración alguna del criterio de diligencia debido o *lex artis ad hoc* sino, en todo caso, una consecuencia imprevisible e inevitable del tratamiento correctamente indicado y efectuado por los profesionales del hospital del Sur.

SEGUNDO: En primer lugar procede descartar la prescripción invocada por SEGURCAIXA ADESLAS SEGURCAIXA ADESLAS, la cual está fundada en razones de intrínseca justicia y, en cuanto constituye una manera anormal de extinción del derecho o acción, debe merecer un tratamiento restrictivo en la aplicación e interpretación de sus normas (SSTS 17 de diciembre de 1979 , 16 de marzo de 1981 , 2 de febrero de 1984 , 19 de septiembre de 1986 , 6 de noviembre de 1987 y 20 de mayo de 2009), en tanto no cabe aplicar el artículo 1968.2 CC en relación con el artículo 1902 CC desde el momento en que para ello sería preciso calificar de extracontractual la relación existente entre la actora y SEGURCAIXA ADESLAS SEGURCAIXA ADESLAS, cuando es evidente la relación de aseguradora de asistencia sanitaria de la misma, y así por todas **Sentencia num. 1210/2008 de 19 diciembre, Sala de lo Civil, Sección 1ª, del Tribunal Supremo** “*La relación contractual de la recurrente se produjo con la aseguradora de asistencia sanitaria en cuya virtud fue atendida del parto en la clínica demandada. Aunque no se produzca concordancia directa con el caso planteado en el recurso que nos ocupa, es conveniente recordar aquí el resumen*



de las decisiones de esta Sala en relación a la imputación de responsabilidad a las entidades aseguradoras sanitarias, que se contiene en la sentencia de 4 diciembre 2007 . Esta sentencia entiende que siempre hay un contrato con la aseguradora, en cuya virtud ésta debe responder, ya sea por concurrir culpa in eligendo o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero; en un sentido parecido se pronuncia la sentencia de 8 noviembre 2007 , con cita de las de 2 noviembre 1999 y 19 junio 2001 . Por tanto, lo que debe concluirse inicialmente es que la recurrente había celebrado un contrato de asistencia sanitaria con una aseguradora a quien no demandó. ...”, por lo que es de aplicación el artículo 1964 CC, citando la **Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), Sentencia núm. 483/2012 de 23 noviembre** “De este modo, existiendo un contrato, del que dimana la acción que se ejercita en esta litis, es claro que el plazo de prescripción a que se encuentra sometida la misma no es el de un año, previsto en el artículo 1968 del Código Civil , sino el genérico para las obligaciones personales de 15 años que contempla el artículo 1964 del citado Código” y **Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 651/2006 de 20 junio**, “La acción de responsabilidad fundada en la culpa contractual tiene un *régimen jurídico distinto de la basada en la extracontractual, como derivadas de títulos y causas diferentes, aunque su finalidad última sea análoga, pues de una y de otra nace la responsabilidad que de estos dos supuestos resulta de los artículos 1101 y 1902 del [CC \(LEG 1889, 27\)](#) . La responsabilidad contractual trae causa del incumplimiento de una relación obligatoria entre acreedor y deudor, que ordinariamente es un contrato, pero que puede ser una relación enmarcada en el área de cualquier servicio privado o público ([SSTS de 26-1-1984 \[RJ 1984, 386\]](#) ; [1-3-1984 \[RJ 1984, 1192\]](#) ; [19-6-1984 \[RJ 1984, 3250\]](#) , entre otras) o, en general (STS 3 de octubre de 1968), en cualquier otra relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento. La extracontractual deriva del principio general de no dañar a otro y se produce, por tanto, con total independencia de las posibles obligaciones contractuales o de otro tipo que existan entre las partes; diversidad reguladora que tiene especial importancia puesto que ambas originan acciones diferentes encontrando su principal diferencia en materia de prescripción, con plazos tan dispares de quince y un año, respectivamente, que tanto han distorsionado el sistema resarcitorio basado en una o en otra, y que supone que existiendo obligación derivada de contrato o de relación precedente análoga no haya que acudir a los artículos 1902 y 1903 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) , de la responsabilidad extracontractual”-*

Por tanto es de aplicación el plazo de 5 años del actual artículo 1964 CC que se interrumpió por burofax de 28 de febrero de 2019 (e incluso antes desde la notificación de las Diligencias Preliminares 1101/2017) , sin que pueda contarse el *dies a quo* desde la operación, máxime ante la diversidad de ingresos y de consultas médicas a que tuvo que acudir la actora y que no pueden ser obviadas a los fines de reputar que ya desde la intervención pudiera interponer la demanda (como se sostiene de contrario) y que de dicha fecha pudiera disponer de todos los elementos fácticos precisos para accionar, así y ente otros, informe de fecha 21 de enero de 2014 de la Unidad de Endoscopias del Ruber, el 23 de enero de 2014 informe de alta de la Clínica Ruber, el 9 de abril de 2014, Historial Médico del Ruber, el 12 de mayo de 2012 informe de CPRE la Unidad de Endoscopia del Ruber, el 14 de julio de 2014 informe de CPRE de la Unidad de Endoscopias de la Clínica Ruber, el 15 de julio de 2014 informe de alta de la Clínica Ruber, el 24 de diciembre de 2014 informe de alta, el 21 de diciembre de 2015 informe de la Unidad de Endoscopias, el 22 de diciembre de 2015 informe médico digestivo, el 12 de julio de 2016 informe de CPRE del Hospital Quironsalud, el 13 de julio de 2016 informe de alta hospitalaria del Hospital

Quironsalud, el 23 de agosto de 2016, informe de CPRE, el 26 de agosto de 2016 informe de alta hospitalaria de Quironsalud, el 4 de enero de 2017 informe de CPRE del Quironsalud, el 5 de enero de 2017, se emite el informe de alta hospitalaria del Quironsalud, el 12 de enero de 2017 informe médico, el 4 de febrero de 2017 informe de alta hospitalaria, el 28 de junio de 2017 informe de CPRE de Quironsalud, el 29 de junio de 2017 informe de alta hospitalaria entre otros, e incluso el Doctor ÁLVARO BRUN con ocasión del informe pericial aportado por ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA se señala “Desde el año 2014, a consecuencia de una estenosis benigna postquirúrgica recidivante del colédoco, ha presentado varios episodios de colangitis e ictericia obstructiva, ha precisado varias dilataciones neumáticas, y la colocación y retirada de una prótesis biliar metálica y de varias prótesis biliares plásticas mediante colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE). También ha presentado litiasis biliar intrahepática múltiple recurrente retirando varios cálculos mediante CPRE y litotricia. En total, se ha sometido a CPRE al menos en once ocasiones hasta el año 2018”, rechazando en consecuencia la prescripción, pues la doctrina jurisprudencial (SSTS de 27 de mayo de 2009, 31 de marzo de 2010, y 16 de junio de 2010), indica que el *dies a quo* [día inicial] para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur*, por lo que, y para que la prescripción comience a correr en su contra, se requiere que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar, señalando la STS de 19.Ene.2015 “ *La prescripción extintiva se fundamenta no en principios de estricta justicia, sino más bien en la inactividad o abandono en el ejercicio del propio derecho o en el principio de seguridad jurídica, así como en la conveniencia de su interpretación flexible, especialmente respecto de las causas interruptivas de la misma, resultando innegable la función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación del mencionado instituto* ”

TERCERO: Respecto de la falta de legitimación pasiva de VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS invocada por entender que dicha entidad no asegura la responsabilidad civil de los facultativos que atendieron a la demandante, sino que se trata de una aseguradora de asistencia sanitaria, sin que pueda imputarse responsabilidad alguna a VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS en virtud de la acción directa del artículo 76 LCS puesto que dicha acción exclusivamente puede ser ejercitada por el tercer perjudicado frente a las aseguradoras de Responsabilidad Civil y VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS es únicamente aseguradora de asistencia sanitaria, no pudiendo asumir la Responsabilidad Civil de ninguno de los intervinientes, no cabe sino rechazar dicha alegación citando entre otras la **Sentencia num. 544/2021 de 19 julio del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª)**, “*La sentencia 64/2018, de 6 de febrero (RJ 2018, 219) , declaró: "El segundo tiene que ver con el criterio de imputación de responsabilidad a la aseguradora, que no ha sido cuestionado. La jurisprudencia de esta sala no imputa automáticamente responsabilidad a las entidades aseguradoras de la asistencia médica, como se ha sostenido por alguna doctrina. La sentencia 1242/2007, de 4 de diciembre (RJ 2008, 251) , establece las bases o criterios doctrinales que se han ido reiterando en posteriores sentencias y que no son más que la concreción de los criterios con que ha sido reconocida o rechazada, alternativa o combinadamente, en la jurisprudencia de esta sala, "en atención a las circunstancias de cada caso". "Lo que se dice tiene relación con un aspecto indudablemente controvertido*

en la doctrina y en la solución de algunas Audiencias Provinciales sobre la delimitación del contenido de la prestación de la aseguradora: si el objeto del seguro de asistencia sanitaria se extiende a asegurar el daño cuya causa es la mala práctica profesional médica o si esa asunción directa del servicio, a que se refiere el artículo 105 de la LCS, se limita a la actividad de organización, financiación y provisión, pero no al acto médico, cumpliendo la aseguradora con contratar a profesionales con la titulación y conocimientos necesarios para el ejercicio de la profesión médico sanitaria, y poner a cargo de estos profesionales la salud del paciente, y todo ello en atención a la forma en que se prestan estos servicios sanitarios, y el control que sobre los mismos tiene la aseguradora, teniendo en cuenta que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos". "Se podrá discutir, como se razona en las sentencias 438/2009, de 4 de junio (RJ 2009, 3380) y 948/2011, de 16 de enero (RJ 2012, 1784) , si sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 de la LCS, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, pero lo cierto es que en su redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad". De esta doctrina jurisprudencial se infiere que en la sentencia recurrida se ha incurrido en infracción de la doctrina jurisprudencial en la interpretación del art. 105 de la LCS, cuando en la sentencia de apelación se niega la legitimación pasiva de la aseguradora, al entender que ninguna influencia tiene la aseguradora en la prestación de los servicios médicos y hospitalarios. Es más, del propio contrato que firma la aseguradora con el centro hospitalario consta que la ahora demandada se reserva la inspección de los niveles de calidad, implantación de protocolos o guías de práctica clínica, y el centro hospitalario se compromete a implementar los procesos de mejora implantados por Sanitas. Es decir, la aseguradora no es una mera oferente de cuadros médicos y hospitalarios, por lo que concurre legitimación pasiva, en principio, lo que provoca la estimación del recurso de casación (sentencia 480/2013, de 19 de julio (RJ 2013, 5003)), procediendo la devolución de los autos a la sala de apelación, para que una vez establecida por esta sala, en abstracto, la legitimación pasiva, resuelva el resto de las cuestiones planteadas, tal y como se solicitó en el suplico del recurso de casación" y **Sentencia num. 316/2016 de 17 junio de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª)**, "No puede estimarse la falta de legitimación pasiva de la entidad aseguradora, por cuanto la póliza del contrato de seguro suscrito por la demandante con la aseguradora Sanitas, tal y como ambas partes mantienen en sus escritos, tiene por objeto proporcionar al Asegurado la asistencia sanitaria y, con carácter general, intervenciones quirúrgicas, realizadas exclusivamente por los servicios que la entidad Aseguradora designe, siendo necesaria la prescripción escrita de un médico concertado de la Entidad Aseguradora - Cláusula II Contrato de seguro que por Diligencias Preliminares, como anexo III es aportado con la demanda -. Por lo tanto, en principio, no puede excluirse su responsabilidad por la mala praxis de los facultativos o de los Centros Médicos concertados, como se establece por la



jurisprudencia; así, la STS 19 de julio de 2013 , citada erróneamente por la apelada en su escrito de oposición como de fecha 13 de julio, "La responsabilidad de las entidades de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señalan las sentencias de 4 de diciembre de 2007 y 4 de junio de 2009 , ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso, uno de ellos el que resulta de la relación de contrato que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 ; 17 de noviembre de 2004), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos". Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios entre los codemandados estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC , caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo, como sucede en este caso en el que, en el ámbito de esta relación, ha quedado probado la producción del resultado lesivo por una defectuosa prestación del servicio por personal perteneciente al cuadro médico de la aseguradora" y la STS 4 de noviembre de 2010 "Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC , caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo". Efectivamente, tal y como ya señalaba la resolución de instancia, la parte actora funda su reclamación frente a la hoy recurrente en el ejercicio de una responsabilidad contractual en base al contrato de seguro, suscrito entre las partes en fecha de 12 de julio de 2001, y aportado como doc. num. 3 de la demanda, y es este contrato el que confiere la legitimación pasiva a SANITAS, que ahora esta niega. De otro lado, el hecho de que la demandada firmara un contrato de arrendamiento de servicios profesionales con el Dr. ... y, a su vez, otro contrato de arrendamiento de servicios con la clínica ... supuso el planteamiento de una excepción de litisconsorcio pasivo necesario, correctamente desestimada por el Juzgador de Instancia en el acto de la Audiencia Previa, pero olvida el recurrente el ámbito de solidaridad de la responsabilidad que nos ocupa, solidaridad que excluye el litisconsorcio pasivo (1.144 CC), ello sin perjuicio de las acciones que puedan asistir a la aseguradora, frente al facultativo que prestó la asistencia médica en el ámbito de las relaciones internas entre ellos, o frente a la Clínica lo cual no excluye que Sanitas, S.A. esté legitimada

pasivamente para soportar la acción entablada en su contra, legitimación pasiva que con acierto fue apreciada en la Sentencia”.

CUARTO: A su vez procede rechazar la falta de legitimación pasiva de ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL por indicar que el siniestro no está cubierto por la póliza suscrita entre Zurich y el Servicio Madrileño de Salud, y ello en tanto, y siendo (acudiendo a la propia póliza) la regla general el aseguramiento de ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL (“*Tendrá la condición de contratante del seguro el SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (en adelante SERMAS) de la Comunidad de Madrid*”, “*Se garantiza la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios y la actividad sanitaria en su más amplio sentido y todas aquellas complementarias que tengan una relación directa con aquella, conforme a la regulación que establece la legislación vigente*” y “*Tendrán la condición de Asegurado en este contrato... EL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD*” y “*Todo el personal del SERMAS, ya sea sanitario, facultativo y no facultativo, y no sanitario, el personal directivo, funcionario, laboral, en formación o en prácticas, los acogidos a algún decreto de fomento al empleo, los relacionados con empresas de trabajo temporal, los becarios, voluntarios y, en general, otros dependientes, cualquiera que fuera su situación administrativa, que presten sus servicios para el Organismo en centros propios y/o ajenos*”), recae sobre ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL la carga procesal ex artículo 217. 3 LEC de acreditar su falta de aseguramiento y en concreto que el Hospital Quiron Salud no ostentaba la condición de asegurado por la póliza suscrita entre el SERMAS y ZURICH, para lo cual hubiera bastado solicitar oficio a tal fin al referido Hospital, por lo que y ante la falta de tal prueba, procede descartar dicha alegación y entrar al fondo del asunto, si bien y con carácter previo, y respecto de los parámetros que deben ser empleados y analizados para decidir la presente litis, (alegando ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL que el único motivo por el que la actora puede interponer demanda contra la compañía de seguros es en base al artículo 76 LCS, al resultar Zurich ser la aseguradora del Servicio de Salud implicado, por lo que se debe analizar la posible responsabilidad de ZURICH conforme a los parámetros de la responsabilidad patrimonial de la Administración), citar la **Sentencia num. 591/2016 de 18 noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª)** *Defiende la aseguradora que la cuestión debió ser resuelta utilizando los parámetros propios del derecho administrativo, citando varios Autos dictados por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, y entiende que no deben aplicarse los artículos 1.902 , 1.903 o 1.101 Código Civil , así como tampoco la Ley General de Consumidores y Usuarios. Señalemos que los preceptos en virtud se declara la responsabilidad de la aseguradora parten de la acción ejercitada a tenor del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro , aplicando el artículo 1.902 CC que refiere la responsabilidad extracontractual. Se cita, entre otros el ATS Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2.013 , que recoge que " Y es que el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate ". Que ello pueda ser así, en el caso de que la responsabilidad se hubiere declarado en virtud del artículo 139.1 de la Ley 30/1992 , no excluye en modo alguno, porque ninguna norma lo prohíbe, que no resulten de aplicación los preceptos generales del Código Civil, artículos 1.902 y ss , y 1.101 CC en su caso. Incluso la normativa de protección de consumidores y usuarios, atendiendo a la STS de 24 de*

mayo de 2.012 , 20 de julio de 2009 , entre otras, cuando el servicio proporcionado ha resultado deficiente, y han resultado " daños y perjuicios de indudable gravedad, del que debe responder bien por la específica responsabilidad legal que dimana de la legislación de protección de consumidores y usuarios, bien a partir de la concurrencia de los requisitos que informan el artículo 1902 CC de omisión, daño, nexo causal y culpa pues la exigencia de responsabilidad tanto de los médicos o del personal sanitario como de la institución o entidad sanitaria se funda en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse también en un sujeto determinado, y no tiene carácter objetivo, mientras que la causalidad se establece entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido, y que, sin que pueda fundarse en simples conjeturas o posibilidades, admite lo que lo que esta Sala ha calificado reiteradamente de "probabilidad cualificada " (SSTS 31 de noviembre de 2001 , 5 de enero de 2007 , 20 de julio 2009). El mismo Auto de la Sala Especial TS de 12 de marzo de 2.013 declaraba que " Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados como ha manifestado la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 ."Por otra parte, el artículo 139 de la Ley 30/1.992 (actualmente derogada por la Ley 39/2015, de 1 Oct), recogía: "Principios de la responsabilidad. 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos." El artículo 144 disponía "Responsabilidad de derecho privado. Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley." Por tanto, en estos casos, en que a quien se demanda es a la aseguradora y no directamente a la Administración pública, que tampoco ha tenido intervención alguna en el procedimiento, no se advierte la necesidad de acudir al artículo primeramente citado. No obstante, tanto en aplicación de una como de otra normativa, el resultado sería el mismo, la responsabilidad de la entidad apelante como aseguradora del Servicio Madrileño de Salud".

QUINTO: Analizando el fondo de la cuestión, se parte, hecho no discutido ni cuestionado y reconocido por el propio Doctor Sr. M S , (cirujano que practicó a la demandante la intervención el 03.10.2012) al referir en el plenario que "en un error que volvería a cometer"), que precisamente, y a consecuencia de la intervención practicada el día referido, se produjo "la sección por error de un conducto etiquetado como cístico cuando en realidad se trataba de un colédoco fino", remitiéndose la demanda a las conclusiones del Dr. TRINCHET HERNÁNDEZ, (informe adjunto como documento nº 2 de los de la demanda) "1.- Siempre que al plantear una coleeistectomía y comenzar la intervención por vía laparoscópica (como es ortodoxo), el hallazgo de signos de colecistitis aguda, adherencias etc. Y ante las dificultades técnicas surgidas, debe considerarse la posibilidad de reconversión a

cirugía abierta para posibilitar mejor identificación de las estructuras anatómicas. 2", La práctica de una colangiografía, CPRE, ecografía endoscópica etc. Intraoperatorias siempre debe ser contemplada cuando surgen dudas de identificación de la vía biliar extrahepática antes de seccionar o cauterizar estructuras tanto vascular como biliares no bien definidas. 3".- En el caso analizado, la practica posterior de una colangiografía demostró la sección por error de un conducto etiquetado como cístico cuando en realidad se trataba de un colédoco fino (4mm). 4", La escasa información facilitada sobre la anastomosis colédoco-coledociana realizada en un calibre de 4 mm. (sumamente pequeño), de entrada, estaba condenada a la estenosis a pesar de estar tutorizado y no conocer si los extremos a anastomosar estaban a tensión por grapado o cauterizado. 5".- La sintomatología de colangitis se hizo patente al mes de la cirugía a pesar de la endoprotesis como consecuencia del cuadro inflamatorio al que siguió una estenosis que poco a poco se hizo crónica. 6", Desde las lechas anteriores han sido numerosas las comparecencias primero en Urgencias y después visitando al Servicio de endoscopia del Hospital Ruber Juan Bravo por CPRE. Tratar el cuadro estenótico de la vía biliar. 7".- El daño repetido al parenquima hepático por las numerosas crisis de colangitis, posiblemente conducirá a la indicación de una nueva intervención quirúrgica para la realización de una anastomosis bilio-digestiva (hepático-yeyunostomía) cirugía compleja que deberá ser realizada en un centro de referencia para este tipo de procedimiento. Conclusión final: El no haber planificado bien la intervención inicial (colecistectomía por colecistitis aguda con hidrop vesicular) ante las dificultades técnicas encontradas durante el acto quirúrgico (reconversión a cirugía abierta, colangiografía intraoperatoria antes de la extracción de la vesícula), obligó después de seccionar por error la vía biliar a una anastomosis de gran dificultad dadas la dimensiones de colédoco (4 mm de diámetro) con la segura aparición posterior de estenosis siguiendo por crisis de colangitis y de la formación de litiasis intrahepática aún no resuelta y con la posible decisión de practicar una hepático-yeyunostomía de gran complejidad técnica y con no despreciable morbi-mortalidad."

Incluso en el informe aportado por ZURICH emitido por el Dr. I G. y antes de señalar que *"De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que trataron a la paciente en el HS, lo hicieron de manera correcta"*, previamente se recoge *"5.La cirugía se inicia mediante abordaje laparoscópico. Durante la disección del conducto cístico, se confunde éste con la VBP, motivo por el cual se secciona entre clips creyendo que lo que se estaba seccionando era el conducto cístico. Tras darse cuenta del error..."*, por lo que y si bien la **Sentencia núm. 583/2010 de 27 septiembre del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª)** señala *"La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico ([SSTS 30 de junio \(RJ 2009, 6460\)](#) y [20 de noviembre 2009 \(RJ 2010, 138\)](#)). Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad , vigente en el momento de los hechos, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que*



se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aún garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*”, no puede obviarse que efectivamente se produjo un error, es decir, la paciente no sufrió secuelas o efectos adversos derivados del curso normal de una intervención o complicaciones derivadas de la misma ni una evolución negativa propiciada por diversos motivos tras practicarse una intervención, sino que, y por mor de un error, se seccionó “un conducto etiquetado como cístico cuando en realidad se trataba de un colédoco fino”, señalando el Dr. TRINCHET HERNÁNDEZ “Previamente al acto quirúrgico (3/10/12) en los días anteriores a la intervención, la paciente presentaba clínica de dolor en el hipocondrio derecho que hacía intuir posible inflamación de la vesícula dato que fue comprobado en el acto quirúrgico. En la época actual, no es discutible el planificar y comenzar la intervención de la colecistectomía por vía laparoscópica aun ante el hallazgo de una colecistitis aguda. En el presente caso, se trataba (según describe el protocolo quirúrgico) de una colecistitis aguda con hidrops vesicular y adherencias epiploicas. Siempre a juicio del cirujano hubiera sido el momento (ante los dificultades surgidas poro efectuar la disección del triángulo de Calot) de valorar la reconversión a cirugía abierta y antes de continuar, hacer todo lo posible por identificar las estructuras o seccionar (arteria y conducto cístico) bien por visión directa o con la práctica de una colangiografía intraoperatoria (cuestionada en algunos publicaciones por sobre todo el tiempo que se emplea en su práctica) de gran utilidad en estos casos y tan empleada en otras épocas cuando se empleaba de manera sistemática la vía abierto de abordaje y no estaba desarrollada la CPRE. (colongio pancreatografía retrógrada endoscópica)”, para a continuación resaltar que “En el presente caso, se trataba (según describe el protocolo quirúrgico) de una colecistitis aguda con hidrops vesicular y adherencias epiploicas. Siempre a juicio del cirujano hubiera sido el momento (ante los dificultades surgidas poro efectuar la disección del triángulo de Calot) de valorar la reconversión a cirugía abierta y antes de continuar, hacer todo lo posible por identificar las estructuras o seccionar (arteria y conducto cístico) bien por visión directa o con la práctica de una colangiografía intraoperatoria (cuestionada en algunos publicaciones por sobre todo el tiempo que se emplea en su práctica) de gran utilidad en estos casos y tan empleada en otras épocas cuando se empleaba de manera sistemática la vía abierto de abordaje y no estaba desarrollada la CPRE. (colongio pancreatografía retrógrada endoscópica). El haber realizado una colangiografía previa habría podido describirla anatomía de la vía biliar extrahepática e impedir la confusión del conducto cístico con el colédoco antes de ser seccionado”, así como “En referencia al caso analizado se describe en el protocolo quirúrgico que hubo confusión entre el conducto cístico y el coledoco (este sumamente estrecho 4 mm.) constatado por una colangiografía intraoperatoria después de haberse producido la sección. Sin cuestionar la experiencia del cirujano y las condiciones del Centro clínico, la opción de anastomosis inmediata de la vía biliar (sección completa según la clasificación de Bismuth y Strasberg) siempre estará en relación con el diámetro de la vía a unir, la tensión de los cabos a anastomosar (ya acortados por la sección y grapado

previos) y sobre todo de suma importancia el nivel de la sección del conducto por corte del mismo y más importante si el corte es producido por electrocoagulación. En este caso, se trataba de una sección del conducto coledoco muy fino (4 mm,) que condicionaba una sutura término-terminal difícil tutorizada hacia el duodeno previa dilatación de la papila que de manera habitual condiciona una reacción pancreática no exenta de posible pancreatitis como ocurrió en este caso. La vascularización de ambos cabos a anastomosar cuestiona los buenos resultados al acompañar a la sección los vasos principales que acompañan al colédoco y discurren laterales en número de dos por ambos lados del conducto”, y con posterioridad “Es de todos conocido y apoyado por las numerosas publicaciones sobre el tema que ante este complejo cuadro clínico la mejor solución a esta patología es la realización de una anastomosis hepato-yeyunal en Y de Roux procedimiento con no desestimada morbilidad y que se debe realizar en centros con amplia experiencia en la cirugía hepato-bilio-pancreática”, añadiendo “Existe consenso entre los diversos equipos quirúrgicos de que la mejor reparación debe ser una hepático o colédoco-yeyuno anastomosis en Y de Roux.”.

SEXTO: Así pues, ya son se trata de determinar si el Consentimiento informado amparaba o no el riesgo que luego se produjo (Consentimiento calificado en el plenario por la Perito judicial como “un poco justo”), sino que efectivamente acaeció un error por negligencia que debe ser indemnizado conforme criterios civiles (Sentencia num. 591/2016 de 18 noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), en tanto, y si bien la Sentencia núm. 333/2012 de 18 mayo del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) ya estableció con total claridad que “en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, dice la [sentencia de 1 de junio de 2011 \(RJ 2011, 4260\)](#) , debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962\)](#) , salvo para supuestos debidamente tasados ([artículo 217.5 LEC](#)). El criterio de imputación del [artículo 1902 CC \(LEG 1889, 27 \)](#) se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo ([STS 24 de noviembre de 2005 \(RJ 2006, 111\)](#) ; [10 de junio 2008 \(RJ 2008, 4246\)](#) ; [20 noviembre 2009 \(RJ 2010, 138\)](#)). La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva ([SSTS 11 de febrero de 1998 \(RJ 1998, 707\)](#) ; [30 de junio de 2000 \(RJ 2000, 5918\)](#) ; [20 de febrero de 2003 \(RJ 2003, 1174\)](#)) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades ([SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999](#) , [8 de febrero de 2000](#)), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido ([SSTS 30 de noviembre de 2001](#) , [7 de junio y 23 de diciembre de 2002](#) , [29 de septiembre y 21 de diciembre de 2005 \(RJ 2005, 10147\)](#) ; [19 de junio , 12 de septiembre \(RJ 2007, 4984\)](#) , [19 \(RJ 2007, 8627\)](#) y [24 de octubre 2007 , 13 de julio 2010 \(RJ 2010, 6038\)](#)), y si bien la Perito Judicial refirió en el informe pericial que “no es posible determinar si el momento de la cirugía fue el adecuado, si la técnica empleada fue ajustada y si el equipo quirúrgico estaba suficientemente formado para



ello puesto que no se detalla el protocolo quirúrgico ni se conoce la experiencia de... en cirugía hepatobiliopancreática” ni si la solución adoptada fue correcta, el Dr. TRINCHET HERNÁNDEZ (Ex jefe de Departamento de Cirugía y Especialidades Quirúrgicas y de cirugía general y digestiva del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de Madrid según reza) señala " Con lecha 3 de octubre de 2012 se realiza la "Cirugía: colecistectomía laparoscópica, colecistitis aguda, con hidrops vesicular y adherencias epiploicas. En el momento de realizar disección del conductor cístico, que es sumamente estrecho y corto se produce lesión iatrogénica de vía biliar que se constata mediante colangiografía intraoperatoria. La lesión se produce al confundir el colédoco muy verticalizado y de un calibre muy pequeño (4 mm más o menos) con cístico por lo que se secciona entre garras. Se produce una lesión yatrogénica por la deficiente técnica quirúrgica empleada, puesto que confunde el colédoco con el cístico lesionándolo completamente” y consigna como conclusión final, y en consonancia con lo antes expuesto, que “El no haber planificado bien la intervención inicial (colecistectomía por colecistitis aguda con hidrops vesicular) ante las dificultades técnicas encontradas durante el acto quirúrgico (reconversión a cirugía abierta, colangiografía intraoperatoria antes de la extirpación de la vesícula), obligó después de seccionar por error la vía biliar a una anastomosis de gran dificultad dadas la dimensiones de colédoco (4 mm de diámetro) con la segura aparición posterior de estenosis siguiendo por crisis de colangitis y de la formación de litiasis intrahepática aún no resuelta y con la posible decisión de practicar una hepático-yeyunostomía de gran complejidad técnica y con no despreciable morbi-mortalidad”, cumpliendo las exigencias del artículo 217 LEC en consecuencia, de modo que, y una vez sentada esa premisa, la vulneración de la *lex artis* y la relación de causalidad que tal intervención provocó para la salud de la paciente ahora demandante, extremo éste que deriva ya no sólo de la pericial aportada con la demanda sino del informe emitido por el Doctor ÁLVARO BRUN aportado por ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA, (“resulta posible establecer el nexo causal entre la lesión iatrogénica de la vía biliar, la estenosis benigna postquirúrgica recidivante del colédoco, y las complicaciones de colangitis y litiasis biliar, ya que el estrechamiento del conducto biliar es uno de los factores que favorece la aparición de esas complicaciones”), deben valorarse las consecuencias económicas dimanantes de tal error.

VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS se opuso alegando improcedencia de la cuantía reclamada pues se indica en la demanda que se han aplicado los baremos establecidos en el Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre en su última redacción mediante Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y que por ello se aplicó indebidamente el Baremo establecido en la Ley 35/2015, pues entró en vigor el 1 de enero de 2016, con posterioridad a los hechos objeto de litigio por lo que el mismo no sería aplicable, argumento que debe ser acogido atendiendo la disposición final quinta de la Ley 35/2015 según la cual la misma entrará en vigor el 1 de enero de 2016 y la **Sentencia núm. 597/2021 de 13 septiembre del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)**, “La citada sentencia 786/2011, de 26 de octubre (RJ 2012, 1124) , señala: "Ha declarado constantemente esta Sala a partir de las SSTS de 17 de abril de 2007, del Pleno de la misma (SSTS 429/2007 y 430/2007, RC n.º 2908/2001 (RJ 2007, 3360) y RC n.º 2598/2002 (RJ 2007, 3359)) "que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y

deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado". Esta doctrina ha sido recogida por las SSTS de 9 de julio de 2008 (RJ 2008, 5504), RC n.º 1927/02; 10 de julio de 2008 (RJ 2008, 5555), RC n.º 1634/02; 10 de julio de 2008 (RJ 2008, 3355), RC n.º 2541/03; 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 4619), RC n.º 1793/04; 18 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 7073), RC n.º 838/04; 30 de octubre de 2008 (RJ 2009, 391), RC n.º 296/04; 18 de junio de 2009 (RJ 2009, 4318), RC n.º 2775/2004; 9 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3783), RC n.º 456/2006; 5 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5023), RC n.º 556/2006; 17 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 1307), RC n.º 1299/2007; 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 1310), RC n.º 400/2006; 17 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1555), RC n.º 2307/2006; 9 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1822), RC n.º 2209/2006 y 19 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4517), RC n.º 1783/2007". En la sentencia 297/2012, de 30 de abril (RJ 2012, 5274), en la que la parte recurrente funda igualmente el interés casacional alegado, establece que "[...] constituye jurisprudencia reiterada a partir de las SSTS 429 y 430, de 17 de abril de 2007, del Pleno de la misma (RC n.º 2908/2001 y RC n.º 2598/2002, respectivamente) que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño".... La sentencia (PROV 2018, 211143) de la Audiencia es inicialmente coherente con la jurisprudencia de esta Sala, evidenciada, entre otras, en la sentencia 33/2015, de 18 de febrero (RJ 2015, 340), cuya doctrina reproduce la ulterior sentencia 460/2019, de 3 de septiembre (RJ 2019, 3342), según la cual: "[...] procede cuantificar el daño mediante la aplicación del Baremo o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre (RCL 1995, 3046), de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de aplicación orientativo a otros sectores distintos de la circulación, conforme doctrina reiterada de esta Sala (afirmada en SSTS de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6976); 11 de septiembre 2009 (RJ 2009, 4586), entre otras), teniendo además en cuenta que, a partir de las SSTS de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (rec 429/2007 (RJ 2007, 3360) y rec 430/2007), constituye igualmente jurisprudencia reiterada, recogida en las más recientes de 9 de julio de 2008, 10 de julio de 2008, 18 de junio de 2009 y 9 de marzo y 5 de mayo de 2010, que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona ese daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado".... Tal proceder conduce a que el recurso deba ser estimado, en tanto en cuanto no cabe la fijación de la indemnización mediante la aplicación postulada del baremo de tráfico, a través de la utilización conjunta de dos normas jurídicas distintas, una la vigente a la fecha del accidente, con las valoraciones correspondientes al alta médica definitiva, y otra que entró posteriormente en vigor, tras la producción del daño, la primera para determinar la valoración económica de los puntos y la segunda para fijar la puntuación de la secuela padecida, cuando lo procedente y, además lo acordado por la sentencia (PROV 2018, 211143) de la Audiencia, en pronunciamiento no cuestionado, es que el baremo aplicable era el vigente en 2014, data del acto ilícito y del alta médica con secuelas, que no puede ser fraccionado mediante la aplicación de dos disposiciones normativas vigentes en periodos temporales sucesivos. En el sentido expuesto, en la sentencia 460/2019, de 3 de septiembre (RJ 2019, 3342), declaramos al respecto: "Ahora bien, que el citado baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el



sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior, como puede ser el de la sentencia".

SÉPTIMO: En el informe emitido por el Doctor ÁLVARO BRUN aportado por ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA, cuyo objeto es "Determinación y baremación del daño corporal en base al Real Decreto Legislativo 8/2004 relacionado con la colecistectomía laparoscópica que se le practicó a D^a M G. M H.", se indica "En el escrito de demanda de procedimiento ordinario de fecha 11/03/19 (documento n^o 11) se reclaman 269.512,70 al entender que las lesiones temporales se prolongaron cerca de 6 años, y al asignarle además 70 puntos a la secuela hepática, considerando que la reclamante presenta el mayor grado posible de afectación del hígado. Discrepamos de esa valoración, pues, o se entiende que son secuelas las complicaciones de la lesión iatrogénica de la vía biliar ocasionadas por la estenosis, y por tanto los tratamientos de dilatación de la vía son tratamientos paliativos de una secuela que no se contemplan dentro de las lesiones temporales, o bien se considera que esos tratamientos tenían finalidad curativa y, aunque el periodo de incapacidad temporal en este caso resulta muy largo, las complicaciones que aparecieron durante ese tiempo no cabría valorarlas además como secuelas. Para la valoración de los daños que seguidamente se expondrá se ha utilizado el segundo de esos supuestos, el tratamiento de la estenosis de la vía biliar y de sus complicaciones se considera tratamiento curativo y por tanto se valora entre las lesiones temporales...Aun así, a fin de actuar prudentemente, se realizará la valoración del daño utilizando el mismo criterio que se establece en el escrito de demanda, donde ese plazo temporal se prolonga casi 6 años.

En cuanto a los días de hospitalización señala "Además de los 26 días de hospitalización para la realización de las CPRE, la paciente estuvo ingresada entre los días 1/10/12 y 16/10/12 por la intervención de colecistectomía laparoscópica, esto es, 16 días más. Por tanto, estuvo ingresada 26 + 16 días, en total 42 días. Por otro lado, considerando que se ha cuestionado la ejecución de la colecistectomía laparoscópica, pero no su correcta indicación, a las lesiones temporales habría que restar los días de incapacidad temporal que corresponden a esa intervención⁴. En consecuencia, a los 42 días de hospitalización se le resta un día que corresponde a la hospitalización de una colecistectomía laparoscópica no complicada, quedando finalmente 41 días de hospitalización."

En cuanto a los días improductivos comprende "15 días a partir del alta hospitalaria del día 16/01/12, esto es entre el 17/10/12 y el 31/10/12", así como "45 días más por los episodios repetidos de colangitis y litiasis biliar. - Días no improductivos" y "El resto de días, esto es 2.079 días menos 41 de hospitalización y 60 improductivos, esto es $2.079 - 41 - 60 = 1.978$ días.", añadiendo "No se valoran indemnizaciones por las CPRE por los siguientes motivos: Las CPRE son procedimientos invasivos, prueba diagnóstica o acto terapéutico, pero no intervenciones quirúrgicas. El sistema de valoración del Real Decreto Legislativo 8/2004 tampoco valora indemnizaciones por intervenciones quirúrgicas."

En cuanto a las secuelas reconoce “*Alteración hepática leve (1-15 puntos) Se valora la secuela alteración hepática leve considerando que en la fecha de estabilidad lesional no presentaba alteraciones de la coagulación y que las alteraciones analíticas indicativas de citólisis y colestasis eran consecuencia de la litiasis biliar que fue tratada mediante litotricia y extracción del cálculo, sin que conste que el cuadro clínico de hipertransaminemia e hiperbilirrubinemia no fuera resuelto con posterioridad a ese tratamiento. Aun así, considerando que la estenosis puede reaparecer, y que si no se resuelve con el tratamiento se ha señalado que puede aparecer atrofia de parénquima hepático, se le asigna a la secuela una puntuación en la parte alta de la horquilla de puntuaciones posibles, 10 puntos*”, así como, si bien no se recoge como tal en la demanda tal concepto, “*Perjuicio estético ligero (1-6 puntos) Considerando que siempre resulta complicado valorar el perjuicio estético por su componente subjetivo, que no se ha tenido oportunidad de reconocer a la paciente, y que no se dispone de fotografías para valorarlo, se asigna de forma orientativa a la cicatriz quirúrgica de laparotomía subcostal derecha 4 puntos*”.

En cuanto a los “**FACTORES CORRECTORES PARA LAS INDEMNIZACIONES BÁSICAS**” reconoce un “10% o” el que corresponda según los ingresos por trabajo personal (acreditar), pero no daños morales pues “las indemnizaciones básicas que recoge la tabla V del Real Decreto Legislativo 8/2004 ya incluye los daños morales” y porque “los daños morales complementarios requieren que una secuela exceda los 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos” ni la incapacidad para la ocupación o actividad laboral, “pues la documentación aportada no indica que la paciente presente lesiones permanentes que le incapaciten para su ocupación o actividad habitual, y sobre tales premisas ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL fija la suma subsidiariamente en 74. 281, 25 Euros.

Al fundamentarse tales partidas y conceptos en un informe pericial emitido con arreglo al historial médico de la paciente enumerado y detallado en el informe, y al ajustarse al Baremo en vigor en la fecha en que se produjo la intervención, (y ello descartada la aplicación del Baremo del 23 de septiembre de 2015 como se postula y emplea en la demanda según se indica expresamente por las consideraciones antes expuestas), no cabe sino acoger el Informe en cuestión (máxime si se tiene en cuenta que la Ley 35/2015 revisó los criterios jurídico-legales-médicos aplicables con anterioridad a la hora de establecer la pertinente indemnización modificando conceptos, categorías, definiciones y cuantías, aceptando y en aplicación del Real Decreto Legislativo 8/2004 vigente en el año 2012 y aplicando sus criterios legales-jurídicos en materia de cómputo y valoración y cuantificación económica de lesiones y secuelas, y en concepto de indemnización por incapacidad temporal, 41 días de hospitalización a razón de 69,61 Euros, (2. 854, 01 Euros), 60 días improductivos a razón de 56, 60 Euros (3. 396 Euros) y 1.978 días no improductivos a razón de 30, 46 Euros (60. 249, 88 Euros) y en concepto de secuelas “Alteración hepática leve”, valorada en 10 puntos, y “Perjuicio estético ligero” valorada en 4 puntos, (valor del punto (908,67 Euros), 12.721, 38 Euros, 79. 221, 27 Euros en total, más el 10% del factor de corrección, en total 87. 149, 33 Euros, si bien deben añadirse las cantidades derivadas de las 15 intervenciones que sufrió la actora (lo prevea o no expresamente el Real Decreto Legislativo 8/2004 vigente en el año 2012), pues tal concepto y cuantía (24.000 Euros) es directa consecuencia del error médico advertido y como tal perjuicio indemnizable tanto en aplicación del artículo

1902 CC como del artículo 1101 CC, estimando en parte la demanda por la suma de 111.149,33 Euros.

OCTAVO: Sobre esta suma procede aplicar los intereses del artículo 20 LCS a lo que no obsta la moderación de responsabilidad apreciada pues como señala la **Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª), Sentencia núm. 41/2014 de 14 febrero**, *“El siguiente motivo combate la no imposición de los intereses de demora previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros, de los que le libera la resolución recurrida al entender que su actuación fue conforme con la pauta prevista en el artículo 9 y concordantes de la Ley de Responsabilidad Civil en la Circulación tras su reforma por la [Ley 21/2007 de 11 de julio \(RCL 2007, 1355\)](#), aplicable al caso de autos. ... Esto es, lo que reitera de manera constante esta Doctrina legal es que el proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses, a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar (SSTS de 7 de junio de 2010, 29 de septiembre de 2010, 1 de octubre de 2010, 26 de octubre de 2010, 31 de enero de 2011 y 1 de febrero de 2011). A este respecto la jurisprudencia no aprecia justificación cuando, sin cuestionarse la realidad del siniestro ni su cobertura, la incertidumbre surge únicamente, como aquí ocurre, en torno a la concreta cuantía de la indemnización por lo que no estima causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas (SSTS de 12 de julio de 2010 y 25 de marzo de 2012) pues, como destaca esta última sentencia, la aseguradora debe emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido (STS de 1 de julio de 2008, 1 de octubre de 2010 y 26 de octubre de 2010), sin perjuicio de su defensa y que en caso de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado. Esto es, como ha precisado la jurisprudencia, la deuda nace con el siniestro y la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado. Por tanto, dado que no es causa justificativa que impida la mora de la aseguradora la incertidumbre en torno a la concreta cuantía de la indemnización, cuya cantidad razonable abonó dentro del plazo de la segunda reclamación pero transcurridos más de dos años del siniestro, procede, con estimación parcial del motivo, aplicar ahora el recargo examinado acogiendo en parte este motivo del recurso y exclusivamente sobre el resto de las cantidades debidas y no abonadas con anterioridad al proceso”.*

Y en concreto se devengará el interés legal del dinero incrementado en el 50% desde la fecha de la intervención hasta los dos primeros años, a partir del cual el interés será del 20% hasta la fecha del efectivo pago, criterio adoptado por el **Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 251/2007 de 1 marzo** *“Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. Esta interpretación favorable a la existencia de tramos y tipos diferenciados, es conforme con la intención del*

legislador, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995 (RCL 1995, 3046) , en cuyo apartado 6º justifica la reforma relativa al artículo 20 de la LCS en la necesidad de evitar las muy diversas interpretaciones a que había dado lugar, señalando que «se cuantifica el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero». Este posicionamiento legal no supone la concesión de un plazo de gracia mayor a las compañías de seguros, puesto que nada se dice al respecto. Supone establecer dos periodos con dos tipos de interés aplicables perfectamente diferenciados, que se fijarán sin alterar el cálculo diario, con el mínimo del 20% si a partir del segundo año del siniestro no supera dicho porcentaje. Es además coherente con su tenor gramatical y con su devengo diario, pues ello resulta incompatible con la posibilidad de que haya que esperar dos años para conocer, caso de que la aseguradora incumpla, el tipo de interés que resulta aplicable para modificar retroactivamente los ya devengados día a día, conforme al interés vigente en cada momento, en los dos años anteriores. El carácter disuasorio de los intereses que se impone en la conclusión contraria puede ser aceptado con reservas desde la idea de evitar la pasividad de las aseguradoras en el cumplimiento de sus obligaciones indemnizatorias, no desde la clara y evidente intención del legislador de dar nuevo tratamiento a la norma y de contemplar la conducta del obligado al pago de una forma distinta tanto más cuanto que, al tiempo, se decreta de oficio el devengo del interés y éste se produce por días. Si el legislador pretendía reforzar la situación de los perjudicados, difícilmente habría modificado la norma anterior pues le bastaba mantener vigente el tipo único de interés anual del 20%. Pretender, además, que esta fórmula es más gravosa, y como tal disuasoria, es algo defendible en la actualidad en razón a unos tipos bajos del interés legal, no desde una situación distinta de futuro en la que la suma del 50% al interés legal del dinero puede proporcionar un interés muy superior al del 20%, que actúa como subsidiario de no alcanzarse este valor. Finalmente, la norma 6ª del artículo 20, no queda alterada con esta interpretación, por cuanto viene referida al momento concreto en que empiezan a devengarse los intereses moratorios, siendo en el apartado 4º en el que se determina el tipo de interés para uno y otro período a partir del siniestro”.

NOVENO: En materia de costas, el artículo 394.2 LEC dispone que “2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad”, razón por la que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por DOÑA M G -M H representada por el Procurador Sr. PIDAL ALLENDESALAZAR y bajo la dirección del Letrado Sr. RUBIO NAVARRO, contra VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por la Procuradora Sra. LÓPEZ MACÍAS y bajo la dirección técnica de la Letrada Sra. DURÁN POBLET y contra ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL representada

por la Procuradora Sra. CENTORIA PARRONDO y bajo la dirección técnica del Letrado Sr. MONTALVO REBUELTA, **DEBO CONDENAR y CONDENO** a VIDACAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y a ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL a abonar a DOÑA M G - M H la cantidad de 111.149, 33 Euros (CIENTO ONCE MIL CIENTO CUATENTA Y NUEVE EUROS CON TREINTA Y TRES CÉNTIMOS) imponiendo el pago de los intereses en los términos expuestos en la presente resolución.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2454-0000-04-0446-19 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2454-0000-04-0446-19

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.