



Roj: **SAP M 18036/2016 - ECLI:ES:APM:2016:18036**

Id Cendoj: **28079370122016100433**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **27/06/2016**

Nº de Recurso: **23/2016**

Nº de Resolución: **271/2016**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANA MARIA OLALLA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 67, 29-07-2015,**
STS 1840/2019,
AATS 7370/2019,
SAP M 18036/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN 12ª

MADRID

RECURSO DE APELACIÓN 23/2016

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 67 DE MADRID

AUTOS DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO 64/2014

DEMANDADO-APELANTE-APELADO: ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA

PROCURADORA: Dª. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

DEMANDANTES-APELADOS-IMPUGNANTES: D. Carlos Alberto y D. Artemio

PROCURADORA: Dª. MARIA DEL CARMEN GIMENEZ CARDONA

SENTENCIA Nº 271

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

Dª. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

En Madrid, a veintisiete de junio de dos mil dieciséis.

La Sección 12ª de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 64/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 67 de Madrid a instancia de ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA, como parte apelanteapelada-demandada, representada por la Procuradora Dª. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO, contra D. Carlos Alberto y D. Artemio, como apelados-impugnantes-demandantes, ambos representados por la Procuradora Dª. MARIA DEL CARMEN GIMENEZ CARDONA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 29/07/2015, siendo Magistrada Ponente Dª. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO.

ANTECEDENTES DE HECHO





PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 67 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 29/07/2015 , cuyo fallo es el tenor siguiente:

"Que estimando sustancialmente la demanda formulada por D. Carlos Alberto y D. Artemio , actuando en su propio nombre y en el de su hija menos de edad, Matilde , contra Zurich España, compañía de Seguros y reaseguros, debo condenar a la citada demandada a abonar la cantidad de setecientos treinta y cinco mil novecientos setenta y dos euros, con setenta y cinco céntimos (735.972, 75 euros), cantidad que devengará los intereses de demora previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro , desde la fecha del siniestro, hasta su completo pago.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA, que fue admitido, confiriendo traslado a la parte demandante, D. Carlos Alberto y D. Artemio , que se opuso a la apelación de contrario e impugnó la sentencia. Y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal, dónde legalmente comparecidas las partes se sustancia el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el DÍA 22 DE JUNIO DE 2016, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan, y se dan por reproducidos, los fundamentos de derecho de la resolución apelada, en todo cuanto no aparezca contradicho o desvirtuado, por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- El presente recurso de apelación dimana de la acción ejercitada por D. Carlos Alberto Y D. Artemio , este último en nombre propio y de su hija menor Dª. Matilde , contra ZURICH España, CIA de Seguros y Reaseguros S.A., en reclamación de 1.289.567,62 euros, más los intereses del artículo 20 de la LCS , como indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de la negligente atención medica prestada a D. Carlos Alberto , en la intervención de mentoplastia y lipofilling realizada en el mes de mayo de 2012. Tal mala praxis se centra en la falta de consentimiento informado de la cirugía maxilofacial a la que fue sometido en el mes de mayo de 2012, en el deficiente examen postoperatorio de la herida quirúrgica, y en la indebida actuación una vez detectada la insuficiencia respiratoria del paciente, actuación que le causó unos daños cerebrales irreversibles, siéndole reconocida una discapacidad de un 100%.

Oponiéndose ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., a dicha reclamación, alegando que no había nexo causal entre el daño reclamado y la actuación del servicio médico, los cuales, en todo caso, prestaron la atención necesaria y optaron por soluciones validas aunque fallaran. Igualmente mantienen que hubo información verbal previa, tanto en el intento de intubación, como cuanto se le suministró la anestesia del 8 de mayo, invocando la excepción de prescripción de la acción ejercitada, y sosteniendo la no imposición de los intereses del art. 20 de la LCS .

Habiéndose dictado sentencia en Primera Instancia que tras rechazar la excepción de prescripción, estima sustancialmente las pretensiones de la demandante, condenando a la aseguradora al abono de 735.972,75 euros, más los intereses del art. 20 de la LCS desde la fecha del siniestro, entendiendo que se ha producido una actuación negligente desde el momento en el "que no se adoptan los cuidados postanestésicos precisos, de manera que desde la salida del quirófano del paciente hasta que un familiar detecta el sangrado no se realiza ninguna exploración de la herida quirúrgica, lo que impide reacciona con rapidez ante la complicación surgida. Dificultando aún más la intubación ante la presenta de un hematoma y sangre en las vías respiratorias. De manera que, aún considerando razonable que en un primer momento se intentara utilizarla vía menos invasiva para preservar la vía aérea, todo indica que se esperó demasiado tiempo para proceder a la intubación, y que en todo caso, la mal praxis se inició con anterioridad a dicha actuación y vino a generar un resultado dañoso desproporcionado, en el sentido antes indicado.

Interpone recurso de apelación la aseguradora ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. Impugnando la sentencia D. Carlos Alberto Y D. Artemio , este último en nombre propio y de su hija menor, Dª. Matilde .

TERCERO.- Por la representación de ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., se alega como primer motivo de su recurso de apelación que la Juzgadora a quo infringe la regulación prevista en el art 11.2 de la LOPJ , y vulnera la jurisprudencia al respecto, suponiendo el recurso planteado de contrario un fraude de ley que implica su desestimación por imperativo legal. Y ello porque la demandante a la vez que planteaba la presente demanda en vía civil, había acudido a la vía administrativa reclamando por responsabilidad patrimonial ante el Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid, dictándose en dicha vía resolución





en fecha 03/09/2014. Resolución que limita la obligación del SERMAS en la indemnización a la que se la condena en la suma de 334.684,66 euros, pronunciamiento que al ser firme, y ser abonada dicha cantidad por la ahora recurrente, produce la extinción de la deuda y que no exista obligación alguna por su parte.

Reconoce la apelante que nada alegó en este sentido en su contestación, pero entiende que una vez firme la resolución administrativa, se producen efectos de cosa juzgada, que no pueden ser burlados mediante el planteamiento de la presente demanda en vía civil, que es por ello un fraude de ley.

Como segundo motivo el recurrente argumenta que el juzgador a quo infringe la doctrina jurisprudencial sobre la "pérdida de oportunidad", considerando que la cuantificación de la deuda de la Administración Pública debe ser realizada conforme a los principios del derecho contencioso, que lleva a la reducción de la cuantía indemnizatoria.

Sostiene frente a ello la apelada que nos encontramos ante una cuestión nueva, que no se ha formulado en la primera instancia en su escrito de contestación por la aseguradora, ni en la audiencia previa, pese a que esta fase procesal se desarrolló en fecha posterior al dictado de la resolución en vía administrativa.

Entendemos que efectivamente estos alegatos impugnatorios del recurrente, constituyen unas nuevas argumentaciones que no constan planteadas en la impugnación inicial, esto es en la contestación, a pesar de que en el Hecho Primero, folio 198, se alude expresamente a esta reclamación vía administrativa, ni tampoco se denuncia dicha supuesta infracción por vía de complemento en la Audiencia Previa, omisiones que el propio apelante reconoce, por lo que tratándose de cuestiones introducidas en esta alzada, han de reputarse de "cuestión nueva". Y, por tanto, rechazadas sin más, pues entrar en esta segunda instancia en su examen no sólo supondría una trasgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa por no haber sido objeto de debate en la instancia (STS 7-5- 1993), sino que además se vulneraría el derecho de la parte a las dos instancias. Y no puede olvidarse que una de las finalidades esenciales de cualquier proceso es la de garantizar, a las partes intervinientes la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos como proclama el Art. 24.2 CE sin que en ningún caso y para ninguna de las partes pueda consentirse una situación de indefensión, ya que como señala la STS de 06/03/1984 "el recurso de apelación no autoriza al Tribunal de segundo grado a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en primera instancia".

Por lo que al tratarse de cuestiones nuevas, no puede entrarse a resolver sobre estas causas de su apelación.

En cuanto a los efectos de cosa juzgada de la resolución dictada en vía administrativa, que justificarían su apreciación de oficio ante este orden civil, debemos traer a colación el pronunciamiento que realiza la juzgadora de instancia en cuanto a que reconoce efectos a dicha resolución en la coincidencia de los conceptos peticionados en ambas vías, pero no las restantes pretensiones ejercitadas en el presente procedimiento en cuanto a que la resolución administrativa se basa en principios propios de dicho orden, como la pérdida de oportunidad, que son distintos de los aplicables en la jurisdicción civil.

Entendemos que la Juzgadora de Instancia de modo impecable aplica los criterios del TS en sentencias como la de fecha 26/01/2012 , que refiere sobre la vinculación en este orden civil de lo resuelto en la vía contencioso-administrativa que "Es cierto que lo juzgado en un proceso produce efectos prejudiciales en otro -asimilados a la cosa juzgada-, cuando el nuevo objeto procesal coincide en parte con el del proceso anterior. Es la llamada función positiva de la cosa juzgada que consiste en que el tribunal que deba pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra ya resuelta, ha de atenerse al contenido de la sentencia allí pronunciada; o lo que es lo mismo, queda vinculado por aquel juicio anterior, sin poder contradecir lo ya decidido. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en el último apartado del artículo 222 , define la función positiva de la cosa juzgada como aquel efecto vinculante que tiene lo juzgado, en un proceso anterior, respecto del posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. Es claro que el precepto se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada -siquiera como prejudicial- a lo decidido por la jurisdicción contencioso-administrativa. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos pudiera producirse tal efecto, pues como dice la sentencia de esta Sala de 17 marzo 2004 (Recurso nº 417/1998) "la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso Contencioso-Administrativo, no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica a que se remite la sentencia aquí impugnada".

Esta vinculación, según la doctrina expuesta, y pese a que los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de la administración, y la extracontractual del art. 1902 del ce, aquí postulada, guardan semejanzas, también presentan diferencias en los principios en los que se basan, y por ello no se produce el efecto pretendido de cosa juzgada. Porque lo juzgado en vía contencioso-administrativa ni produce efecto prejudicial





ni de cosa juzgada, en la vía civil que nos encontramos, en la que cabe examinar los mismos hechos con su valoración jurídica bajo el prisma civil, aunque atendiéndonos a los que en la primera se fijan como acontecidos, y sin perjuicio de valorar lo en ella actuado como prueba documental. Máxime cuando en el caso que nos ocupa, no existe sentencia dictada por un Tribunal administrativo del primer orden al que no se recurrió por la actora, sin que se le pueda imputar que ello constituye un acto propio consistente en acatar el resultado del expediente ante el órgano administrativo, pues optó por la presente jurisdicción como le permite el art. 24 de la CE en ejercicio de la citada acción del artículo 76 de la LCS y contra la aseguradora.

Y en cuanto al supuesto fraude procesal que denuncia la recurrente, deberá tenerse en cuenta la sentencia del TS, de 30 de mayo de 2007, que sienta que "La argumentación en que se funda la sentencia impugnada, en el sentido de que se produciría un fraude de ley atribuyendo al orden jurisdiccional civil cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración, tropieza con el texto literal de la ley, que no incluía a las aseguradoras; se opone a la doctrina que da prevalencia al ejercicio de la acción directa como derecho autónomo, emparentada con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la voluntad legis [voluntad de la ley] de protección de los perjudicados; y desconoce la facultad que tienen los tribunales civiles para resolver prejudicialmente cuestiones pertenecientes al orden administrativo, salvo, a partir de la LEC 2000, cuando las partes de consuno solicitan la suspensión para que resuelva la Administración por el tribunal contencioso-administrativo competente, (artículo 42 LEC)".

Todo lo cual determina que la desestimación de los dos primeros motivos del recurso de apelación.

CUARTO.- Por la representación de la aseguradora se alega como otro motivo de su recurso, la aplicación incorrecta del art. 20 de la LCS, pues se aplican desde la fecha del siniestro, cuando se consignó la cantidad reconocida en vía administrativa, que supera el concepto de importe mínimo, y sobre ella la sentencia de instancia no aplica este tipo de interés. Precisamente esta falta de devengo de interés respecto de la suma abonada por la aseguradora como consecuencia de la resolución de la administración, y posteriormente descontada de la cuantía indemnizatoria por la Juzgadora de Instancia, constituye el motivo de la impugnación formulada de contrario por D. Carlos Alberto Y D. Artemio, este último en nombre propio y de su hija menor, D^a. Matilde.

No compartimos este argumento de la aseguradora apelante respecto a la falta de devengo del interés del Art. 20 de la LCS, por consignación previa de la cantidad mínima, pues dicha consignación no responde al criterio exoneratorio estipulado legalmente, esto es no se procede al depósito de la cuantía indemnizatoria que estimara pertinente, en el plazo legal tras el siniestro, una vez que tuvo conocimiento del mismo por comunicación del SERMAS en fecha 14/08/2012, folio 58 del expediente administrativo, y antes de que se planteara reclamación contenciosa, de modo que procede a su consignación tras el pronunciamiento del órgano administrativo y en la cuantía que este contempla.

Consideramos que debe tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2002, que siguiendo la doctrina de las sentencias de 13 de junio de 2001 y 21 de junio de 2001 reseñaba "(...). En orden a la procedencia de los intereses especiales del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro en su redacción original, la jurisprudencia de esta Sala evolucionó desde una línea inicialmente menos favorable al asegurado, descartando tales intereses si para determinar la suma indemnizatoria hubiera sido necesario el proceso, hacia una línea más rigurosa para con las compañías de seguros, según la cual para eliminar la condena de intereses no bastaba con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora sino que era preciso valorar, fundamentalmente, si la resistencia de la aseguradora a abonar lo que, al menos con toda certeza, le incumbía, estaba o no justificada o el retraso en el pago le era o no imputable, como establecía dicho precepto, siendo lo decisivo por tanto la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida de la sentencia ni necesitada de una especial intimación del acreedor (TS SS 8 de febrero de 1994 en recurso número 1118/1991, 5 de julio de 1996 en recurso número 3505/1992, 11 de noviembre de 1997 en recurso número 2873/1993, 13 de octubre de 1999 en recurso número 204/1995 y 26 de enero de 2000 en recurso número 1303/1995)".

Se trata, pues, de un régimen especial para el caso de demora en la liquidación del siniestro, aplicable, en particular, a la mora del asegurador respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, y la imposición de los intereses moratorios especiales es una sanción a los aseguradores que se demoran en el cumplimiento de sus obligaciones (en el pago de la indemnización dentro de los tres meses desde la producción del siniestro o en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber en el plazo de cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro), con la excepción de que la falta de consignación o pago, no les sea imputable o concurra causa justificativa de esa demora; la indemnización por mora se impone de oficio y es término inicial del cómputo de los intereses la fecha del siniestro y no cualquier otra.





La doctrina jurisprudencial que ha sido aplicada de modo mayoritario a las compañías aseguradoras de responsabilidad civil en casos de responsabilidad médica aparece expuesta en las Sentencias del TS de 16 de enero de 2012 , de 9 de mayo de 2012 , y de 9 de junio de 2015 , entre las más recientes, que consideraron: "En todo caso y a pesar de la casuística al respecto, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar 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 (STS 12 de julio de 2010, RC nº 694/2006 y STS 17 de diciembre de 2010, RC nº 2307/2006), del mismo modo que no merece tampoco para la doctrina la consideración de causa justificada la discrepancia en tomo a la cuantía de la indemnización, cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido (SSTS de 1 de julio de 2008, RC nº 372/2002 ; 1 de octubre de 2010, RC nº 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC nº 667/2007), sin perjuicio, como ya se ha dicho, de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado. En relación con esta última argumentación, es preciso traer a colación la jurisprudencia que ha precisado que la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla in illiquidis non fit mora [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora], y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del dies a quo [día inicial] del devengo, habida cuenta de que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado".

En la misma línea cabe citar, entre las más recientes, las Sentencias 194/2015, de 30 de marzo (Recurso 1443/2010), 581/2015, de 20 de octubre (Recurso 2102/2013), y 641/2015, de 12 de noviembre (Recurso 1585/2013).

Siguiendo esta doctrina la sentencia del TS 5 de abril de 2016 , señala que por lo que respecta al seguro de responsabilidad civil en los supuestos de potencial debate sobre la culpa del asegurado, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización por el asegurador que, conocedor del siniestro, haya constatado, o habría podido constatar empleando la debida diligencia, que, en caso de litigio sobre la cuestión, la probabilidad de que los tribunales terminen apreciando culpa del asegurado es claramente más alta que la probabilidad de que acaezca lo contrario. Y precisa esta resolución "Con carácter general, en fin, e invocando un modelo de conducta acrisolado, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho".

Zúrich tuvo inmediatamente conocimiento del siniestro que afectó al demandante, sin que se alegare por esa aseguradora haber tenido duda alguna acerca de la inclusión de un siniestro de ese tipo en el ámbito de cobertura del seguro. Zúrich tuvo -o debió ciertamente preocuparse de tener- acceso inmediato a los documentos e historial del paciente, y pudo conocer mediante una somera investigación el devenir del proceso. Encontrándose como tal aseguradora familiarizado con la jurisprudencia de esta Sala, por lo que conocía su cobertura y su posible responsabilidad derivada del historial médico al que tenía indudablemente acceso.

En el presente caso, no apreciamos que exista una causa justificativa del impago, pues no obedece la controversia a la cobertura del siniestro por la aseguradora, y en la medición por este tribunal del juicio valorativo a la vista de lo acaecido de la prosperabilidad indemnizatoria, entendemos que en el expediente obraban ya datos sobre precedentes de riesgo del precedente, y sobre la falta de rigor en el seguimiento posoperatorio, que abonaban la conveniencia de la consignación por Zúrich como el ordenado asegurador a que se refiere la doctrina expuesta. En consecuencia debió proceder Zúrich a la consignación de la cantidad que estimare precedente en el plazo legal desde que tuvo lugar el siniestro, que le fue notificado por comunicación del SERMAS en fecha 14/08/2012, folio 58 del expediente administrativo, y no una vez dictada la resolución de la administración, que evitara el devengo de intereses, al no hacerlo así, es cuando ha incurrido en mora y por ello estimamos precedente su condena al pago de dichos intereses del Art. 20 de la LCS , de la suma a que se le ha condenado desde la fecha del siniestro.

Así las cosas, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, antes reseñada, sobre la interpretación y aplicación de la regla número 8º del artículo 20 LCS , hay que concluir que en el caso de autos no existió





"causa justificada" para exonerar a Zúrich, ni siquiera temporalmente, del recargo sancionador que constituyen los intereses moratorios que el repetido artículo disciplina.

En cuanto a la impugnación realizada por D. Carlos Alberto Y D. Artemio , este último en nombre propio y de su hija menor D^a. Matilde , entendemos que el devengo de intereses de la suma consignada por la aseguradora, a efectos del dictado de la resolución administrativa, merece su estimación, a tenor de la anterior doctrina expuesta, que se condene a la aseguradora demandada al pago del devengo del interés del art. 20 de la LCS de la suma de 334.684,66 euros, desde la fecha del siniestro al momento de la consignación lo que determina la estimación de este motivo de la impugnación, instada por D. Carlos Alberto y D. Artemio , este último en nombre propio y de su hija menor Matilde .

QUINTO.- Por la representación de D. Carlos Alberto Y D. Artemio , este último en nombre propio y de su hija menor, D^a. Matilde , se impugna el pronunciamiento de la sentencia dictada respecto a la cuantificación de las indemnizaciones por perjuicio estético y ayuda de tercera persona.

A lo que se opone la aseguradora Zúrich por entender que infringe el art. 461 de la LEC , y la doctrina del TS que lo interpreta, en tanto que no se trata de extremos que se hayan discutido en el recurso de apelación.

Efectivamente se constata que el TS, en la sentencia de fecha 06 de marzo de 2014 tras señalar que la impugnación de la sentencia a que hace referencia el art. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "es una oportunidad que se brinda a quien inicialmente presta conformidad con el gravamen que la sentencia le supone, para que el mismo no se vea agravado por el resultado eventual del recurso que interponga la contraparte... Se fomenta el aquietamiento de los litigantes ante sentencias que le sean parcialmente desfavorables, de modo que solo si la parte contraria la recurre y su situación puede agravarse respecto de la que resulta de la sentencia, el litigante que inicialmente no apeló pueda también formular su impugnación".

Exige la meritada sentencia del TS dos requisitos para que sea admisible la impugnación de la sentencia, que resultan de la consideración conjunta de los apartados 1 y 4 del art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

1º. Que el impugnante no haya apelado inicialmente la sentencia. La impugnación no puede utilizarse para ampliar los pronunciamientos sobre los que el apelante ha formulado su recurso aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado (sentencia de esta sala nº 869/2009, de 18 enero de 2010).

Este requisito ha sido matizado en los casos de pluralidad de partes. Si en el litigio hay varios litigantes porque se ha producido una acumulación subjetiva de acciones..., este tribunal ha considerado que la regla del art. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de aplicarse independientemente en cada relación actor-codemandado, de tal modo que el recurso de apelación que el demandante interponga respecto de uno de los codemandados no le impide impugnar la sentencia con motivo del recurso de apelación interpuesto por otro de los codemandados respecto del que inicialmente el demandante no hubiera recurrido, por aplicación del brocardo "tot capita, tot sententiae" [tantas sentencias cuantas personas]. Así se ha declarado en la sentencia nº. 865/2009, de 13 de enero de 2010 .

2º. Que la impugnación vaya dirigida contra el apelante. Las pretensiones formuladas en el escrito de impugnación no pueden ir dirigidas contra las partes que no hayan apelado. La sentencia nº 865/2009, de 13 de enero de 2010 , declara sobre este particular que "el artículo 461.4 LEC , al ordenar que del escrito de impugnación se dé traslado únicamente al apelante principal, revela que el escrito de impugnación no puede ir dirigido contra las partes que no han apelado".

La posterior sentencia nº 632/2013, de 21 de octubre , ha declarado:

"No sucede lo mismo con quien ahora recurre, puesto que inicialmente no apeló y dejó transcurrir el plazo concedido para oponerse al recurso interpuesto por el otro codemandado, utilizando el trámite de impugnación de la parte actora, inicialmente apelado, para introducir una nueva impugnación en ningún caso autorizada por el artículo 461.4 de la LEC , al ordenar que del escrito de impugnación se dé traslado únicamente al apelante principal, lo que revela que este escrito no puede ir dirigido contra las partes que no han apelado (STS 13 de enero 2010)".

Concluyendo la sentencia del TS, objeto de estudio que "La impugnación que se pretendió... no respondía al sentido de dicha institución, que como se ha dicho busca el aquietamiento de los litigantes ante sentencias que le sean parcialmente desfavorables, de modo que solo si la parte contraria la recurre y su situación puede agravarse respecto de la que resulta de la sentencia, el litigante que inicialmente no apeló pueda también formular su impugnación".

Entiende así el TS que la impugnación así planteada buscaba simplemente eludir los efectos de la preclusión de su posibilidad de impugnar, mediante el recurso de apelación, los pronunciamientos de la sentencia, careciendo





de legitimación para hacerlo pues solo podían haber sido formuladas, en tiempo y forma, si hubieran apelado la sentencia.

En el presente caso entendemos que ambas impugnaciones de los demandantes relativas a la cuantificación de dos conceptos indemnizatorios, no se corresponden con los motivos del recurso interpuesto por la Aseguradora Zúrich, que se exponen en los párrafos precedentes.

Es decir, en su caso, si la aseguradora hubiera recurrido la sentencia dictada cuestionando dichos conceptos indemnizatorios, si hubiera podido plantear la demandante tales impugnaciones dado su vínculo, pero lo que no puede es introducirlas en esta alzada utilizando la vía impugnatoria, sin haberse cuestionado tales valores resarcitorios directamente vía apelación.

Por lo cual se trata de un motivo de revisión introducido de modo extemporáneo vía impugnación y sin ser canalizado vía recurso de apelación, en su disenso de la sentencia dictada a cuyo pronunciamiento se había aquietado respecto a dicha estimación, sin que se haya recurrido por ningún litigante.

En atención a lo razonado, se rechazan las impugnaciones reseñadas, por no darse los presupuestos exigidos para conferir efecto expansivo a la estimación del recurso, pero se acoge el motivo reseñado en el fundamento anterior, lo que determina la estimación parcial de tal impugnación instada por D. Carlos Alberto Y D. Artemio , este último en nombre propio y de su hija menor, D^a. Matilde .

SEXTO.- Se cuestiona por la aseguradora Zúrich la imposición de costas en Primera Instancia pese a que la estimación es sustancial, pues entiende que se ha desestimado la deficiencia denunciada por el actor respecto a la falta de información al paciente, además existe una diferencia cuantitativa importante en la indemnización finalmente reconocida y concurren dudas de hecho y de derecho.

Respecto de este extremo observamos de la lectura de la resolución y del juicio revisor de esta alzada que en modo alguno concurren dudas fácticas o jurídicas.

Y en cuanto a la desestimación de la pretensión reclamatoria del actor basada en una deficiente información, debemos señalar que no era el único motivo que sustentaba la pretensión actora, siendo la responsabilidad civil del asegurado por Zúrich la causa eficiente de la condena final contemplada en la sentencia dictada, y que por ello determina el vencimiento claro de los demandantes en su demanda frente a la aseguradora.

Como declarábamos en la Sentencia de esta sección de 16 de abril de 2015 , "la doctrina de la estimación sustancial trata, en suma, de perfilar y acotar el concepto de estimación o acogimiento íntegro de la pretensión o de la oposición, dotándolo de unas reglas tan seguras cuando menos a las que presiden la regla del vencimiento objetivo, pues en modo alguno sería ajustado a Derecho quebrar el principio de seguridad jurídica que late y anima a la regulación contenida en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta doctrina, a su vez, parte de las siguientes ideas:

a) La aplicación del principio del vencimiento (enunciado con la frase latina "victus victoris"), proclamado en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toma por referencia no la aceptación de la pretensión, sino el rechazo de la misma; esto es, penaliza, o más exactamente responsabiliza del pago de las costas a aquella parte cuya postura en el proceso se ha revelado totalmente infundada.

b) Dentro del principio del vencimiento, con la consecuencia de imposición de costas, se hallan los supuestos de estimación o acogimiento sustancial de la demanda, lo que ha sido admitido por el Tribunal Supremo que "ha considerado estimación total de la demanda cuando se han acogido "en lo principal" los pedimentos de la demanda" (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1999) procediendo la imposición de costas a "aquel contra el que se ha estimado en sus aspectos más importantes, cualitativa o cuantitativamente, la pretensión ejercitada" (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2013).

c) La razón fundamental y última de esta doctrina está en la idea de que "el proceso no debe ocasionar un perjuicio patrimonial a la parte a quien en el mismo se le ha reconocido su derecho" (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo del 2.000).

d) Cuando, reconociéndose el derecho del demandante que es frontalmente negado en su propio concepto por el demandado, existe una diferencia mínima o ínfima entre la cantidad pretendida y la reconocida, no significa la repulsa, ni siquiera parcial de la demanda, pues sólo desde una perspectiva absolutamente formalista puede entenderse en tal caso no estimada la demanda, más si se atiende al núcleo de la pretensión deducida por el demandante, se comprobará que ésta es acogida.

Por ello, la referida doctrina se puede recapitular señalando "que existirá acogimiento sustancial de la demanda: 1º cuando la oposición sea rechazada, mostrándose infundada; 2º siendo la diferencia entre lo pretendido y lo reconocido afectante a un elemento accesorio (caso de los intereses), o debido a una





discrepancia de criterio valorativo afectante a bienes jurídicos no mensurables por su valor de cambio o mercado y no venga predeterminado por una norma jurídica o, en fin, cuando la diferencia sea de escasísima significación en el debate procesal; 3º, de modo que se revele que la judicialización del conflicto es imputable a la demandada, en cuanto centró el debate en la negación de la propia obligación, siendo así que ésta existía, abarcaba lo principalmente pretendido y únicamente en un extremo no significativo, que, en puridad, no aparezca ni siquiera discutido por la demandante, se reduce lo peticionado".

Tal conclusión se asienta en la doctrina jurisprudencial. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre del 2003, declara que "para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho".

La dificultad estaría en determinar qué se entiende por accesorio y qué se entiende por esencial o sustancial. A tal respecto, en Sentencia de esta Sección de 19 de diciembre de 2013 declaramos que "este Tribunal ha sostenido que no puede considerarse que haya estimación sustancial cuando algún capítulo que tiene sustantividad propia en la reclamación del demandante, no se ha reconocido por el Juez". Es, por tanto la sustantividad o autonomía del concepto inatendido la que marcará la diferencia entre estimación sustancial (equiparable a la total) y la estimación parcial. Y por ello, en nuestra Sentencia de 20 de marzo de 2014 consideramos que había estimación sustancial "en cuanto la razón decisiva de oposición se ha desestimado en su integridad".

Pues bien, si desde un punto de vista dinámico se contemplan las posiciones de las partes, tras la sentencia dictada, es evidente que la demandada ha perdido y que la demandante ha ganado.

El Juez estima la responsabilidad civil del asegurado de la demandada, y esa pretensión era frontalmente negada por la demandada, la única discrepancia entre la condena final y lo pretendido por la actora, estriba en primer lugar en la minoración realizada respecto de pretensiones indemnizatorias que fueron reconocidas por resolución administrativa dictada tras la interposición de la demanda, para evitar la duplicidad de pagos por mismos conceptos, pero reconociendo su procedencia. En segundo lugar existe una diferente estimación en la valoración de los conceptos indemnizatorios, pero solo en su cuantificación, pues como conceptos si han sido reconocidos. Es decir se trata de una mera diferencia cuantitativa, pues no se rechaza ninguno de los conceptos indemnizatorios. Y en cuanto a la relevancia de la cantidad reconocida, dada la grave trascendencia de las secuelas y demás perjuicios, consideramos que lo importante no es la diferencia cuantitativa en euros, sino, repetimos, la constatación de la existencia de las graves secuelas y perjuicios, sin que la Compañía Aseguradora hubiera consignado en su día el importe mínimo que pudiera adeudar, viéndose obligada la actora al planteamiento de la litis. Se da así prevalencia a lo cualitativo sobre lo cuantitativo, en este caso concreto. El criterio de equiparar una estimación sustancial a la total, a efectos de imposición de costas, ha sido además admitido por algunas resoluciones del Tribunal Supremo que ya hemos reseñado.

Por ello mantenemos que las costas de la primera instancia se impongan a la aseguradora demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 394.1 de la LEC y en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo que equipara, a efectos de la condena en costas, la estimación íntegra de la demanda con la estimación sustancial de la misma.

En conclusión, procede la confirmación de la sentencia a que el recurso se contrae, a la que hubiéramos podido remitirnos por la adecuada respuesta a lo que es objeto de controversia, salvo en el devengo de intereses del art. 20 de la LCS, de la suma de 334.684,66 euros que será desde la fecha del siniestro hasta la de consignación.

SÉPTIMO.- DADA LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., se imponen las costas a esta aseguradora de su respectivo recurso. Y ante el acogimiento parcial de la impugnación instada por D. Carlos Alberto Y D. Artemio, este último en nombre propio y de su hija menor, D^a. Matilde, no se hace imposición de costas respecto de esta impugnación, en aplicación de los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

OCTAVO.- En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de Octubre, se informará que cabe el recurso de casación, siempre que aquél se apoye inexcusablemente en el motivo definido en el artículo 477.2.3º. Sólo si se interpone el recurso de casación podría a su vez interponerse el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

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

FALLO





Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. M^a. ESTHER CENTOIRA PARRONDO en nombre y representación de la parte Apelante, ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., y ESTIMAMOS EN PARTE la impugnación formulada por D. Carlos Alberto Y D. Artemio , este último en nombre propio y de su hija menor, D^a. Matilde , representada por la Procuradora D^a. M^a. DEL CARMEN GIMENEZ CARDONA, contra la sentencia de fecha dictada en fecha 29/07/2015 por el Juzgado de Primera Instancia nº 67 de Madrid , en autos de Procedimiento Ordinario 64/2014, y procede:

1º. REVOCAR la sentencia en cuanto que también la suma de 334.684,66 euros devengará los intereses del artículo 20 de la LCS , de la suma de desde la fecha del siniestro hasta la fecha de consignación.

2º. MANTENER los restantes pronunciamientos de la sentencia de Primera Instancia.

3º. IMPONER a la recurrente vencida, ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., las costas ocasionadas en la sustanciación de esta alzada. Sin imposición de costas respecto de la impugnación instada por la representación de D. Carlos Alberto Y D. Artemio , este último en nombre propio y de su hija menor, D^a. Matilde .

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer, en las condiciones expuestas en el último fundamento de derecho de la presente resolución, recurso de casación y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto Legal .

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

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

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

