

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0083394

Recurso de Apelación 47/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 09 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 647/2013

Apelante:: INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA

PROCURADOR D./Dña.

Apelado:: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. IGNACIO MELCHOR ORUÑA

SENTENCIA N° 269/2016

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO. SR. PRESIDENTE

D.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D.

D .

Siendo Magistrado Ponente **D.**

En Madrid, a veintiuno de junio de dos mil dieciséis. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre Acción de Resarcimiento, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelado D. J Z, representado por el Procurador D. Ignacio Melchor de Oruña y asistido del Letrado D. José Antonio Ramos Mesonero, y de otra, como demandada-apelante

ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por la
Procuradora D^a. y asistida del Letrado D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 9, de Madrid, en fecha veintinueve de julio de dos mil quince, se dictó Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. J contra

ESPAÑA, CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, debo declarar y DECLARO que la demandada adeuda al actor la suma final de DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO DOS EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (249.102,30 euros) condenando a la demandada al pago de la referida cantidad más los intereses especiales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en su actual redacción, satisfaciendo cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

Con fecha veintiocho de septiembre de dos mil quince, por el mismo Tribunal y petición a de la demandada, se dictó Auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Completar la omisión contenida en el fallo de la Sentencia recaída en fecha 29 de julio de 2015 en el sentido de que el cómputo de los intereses especiales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en su actual redacción, será desde la fecha del siniestro, manteniéndose el resto del fallo de la misma".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en

fecha **veinte de enero de dos mil dieciséis**, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **quince de junio de dos mil dieciséis**.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se acepta y se da por reproducida la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. Aunque en la fundamentación de la sentencia de primera instancia (fundamentos tercero y cuarto) se realiza una exposición de los antecedentes y el desarrollo de la intervención quirúrgica llevada a cabo por el cirujano plástico. D. con la finalidad de mejorar el aspecto desfigurado y antiestético que tenía el rostro de D. tras la realización de las cirugías necesarias para curar el cáncer que padecía, para una mejor comprensión y adecuada resolución de las alegaciones que dan sustento al recurso de apelación interpuesto por España Compañía de Seguros y Reaseguros contra la sentencia parcialmente la demanda, puse fin al procedimiento en la anterior instancia, efectuaremos una sucinta relación, por orden cronológico, de los hechos más relevantes que han quedado acreditados en el procedimiento, que son los siguientes:

- a) Tras un tratamiento previo con quimioterapia, el 21 de enero de 1998 D. _____ fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Gregorio Marañón de carcinoma epidermoide seno maxilar derecho, siéndole practicada maxilectomía radical ampliada con exanteración orbitaria, resección de celdas etmoidales y seno esfenoidal, con reconstrucción inmediata con colgajo miofascial de músculo temporal y prótesis en la fosa temporal.

El 18 de febrero de 1998 se realizó reconstrucción del defecto orbitario y base del cráneo, siendo **dado de alta el 3 de marzo de 1998** –folios 444 vuelto y 445–. Su aspecto es el que se aprecia en la fotografía unida al folio 45.

- b) Después de consultar varios especialistas en cirugía plástica, el único que satisfacía su pretensión de que le fuera reconstruido el esqueleto facial mediante una estructura artificial era el Doctor _____ según expuso el Sr. _____ en la carta fechada el 28 de octubre de 2011, que dirigió al Hospital Universitario Puerta de Hierro –folios 658 a 661–

El Doctor _____ propuso como tratamiento “*reconstrucción del esqueleto facial mediante una estructura artificial del tipo hidroxosapatita u otro material sintético*”. Solución que reiteró el **8 de septiembre de 2011** (prótesis preformada para reconstruir el defecto óseo) –folio 467 vuelto– y luego reiteró en el informe de **26 de octubre de 2011** –folio 517 vuelto–, donde expuso que “*el tratamiento reconstructivo recomendado es la reposición del volumen pedido mediante inserción de una prótesis interna preformada en mejilla y plastias de traslación con tejidos locales*”.

- c) El **16 de abril de 2012** D. _____ ingresó en el Hospital Universitario Puerta de Hierro. El **17 de abril de 2012** se llevó a cabo por el Doctor _____ la primera intervención quirúrgica, describiéndose el procedimiento seguido con estos términos:

*“Desbridamiento y puesta a plano del esqueleto óseo hemifacial derecho. Cranealización del seno frontal y relleno con colgajo frontal desepidermizado. Disección de tronco tirolingofacial y carótida externa. **Disección de colgajo libre osteocutáneo de peroné derecho.** Anastomosis T–T a vasos receptores. Colocación de prótesis órbito–malar. **Colocación de colgajo óseo de peroné en maxilar derecho** (fijación con osteosíntesis), **colgajo cutáneo sobre cavidad orbitaria** formando la cara posterior del fondo de saco conjuntival. Cierre de zona donante. Vendaje compresivo. Drenajes aspirativos uno en pierna, dos en cara y Penrose en cuello...”* – folios 54, 133, 443 y 557–. Fue dado de alta el 25 de abril de 2012, estando unidas a los folios 56 a 77 las fotografías que reflejan la naturaleza de la intervención y el resultado obtenido.

Ante el resultado insatisfactorio de la intervención quirúrgica efectuada y una necrosis en el postoperatorio, el **21 de mayo de 2012** ingresó de nuevo en el Hospital Puerta de Hierro, practicándose el día 22 otro procedimiento quirúrgico consistente en:

“Traqueostomía

Limpieza y retirada del colgajo anterior y de la prótesis

Disección cervical

Disección de ALT

Anastomosis TL a a. carótida y vena yugular interna

***Remodelación de colgajo** dejando dos paletas cutáneas con una base de tejido subcutáneo*

- ***cerrando el paladar con una paleta cutánea de colgajo ALT***
- *cerrando defecto lateral de la nariz con una extensión facial del colgajo*
- ***se rellena el volumen del tercio medio con la segunda paleta cutánea que se disecciona lateralmente para cubrir la prótesis.***

Colocación de prótesis nueva

Cierre por planos”. –folios 444 y 518–.

- d) El resumen de la historia clínica y el informe de objetos clínicos del demandante figura unido a los folios 448 a 479, hasta el día **15 de junio de 2012**, fecha en la que el paciente manifestó su intención de no volver.

El **11 de julio de 2012** emitió informe el doctor sobre la segunda intervención en que colocó una prótesis nueva, concluyendo en el sentido de que existía “*exposición de la prótesis por necrosis de los bordes en la segunda paleta cutánea*”, con el diagnóstico siguiente: “*Secuela maxilectomia. Infección*” –folio 515 vuelto–.

Existen informes coincidentes sobre necrosis con retirada de prótesis y desbridamiento del colgajo de:

- Hospital Fundación Jiménez Díaz de **28 de junio de 2012** –folio 519– y **30 de julio de 2012** –folios 519 a 521–.
- Hospital Infanta Elena de **22 de julio de 2012** –folios 391 a 430–.
- Hospital 12 de octubre de **29 de julio de 2013** –folios 530 a 540–.

Finalmente el **20 de noviembre de 2013** se procedió a retirar al demandante el material aloplástico orbitomalar–derecho bajo anestesia general en el Hospital Universitario Ramón y Cajal –folios 436 a 445–.

- e) formuló recurso de apelación que fundó en los siguientes motivos:

Primero. Error en la valoración de la pruebas. Existió **consentimiento informado** por parte de D. dada

la relación *intuitu personae* con el Doctor , a quien visitó al menos en catorce ocasiones, teniendo acceso permanente al cirujano por correo electrónico y por teléfono, habiéndosele entregado el documento de consentimiento informado con anterioridad a la cirugía practicada en abril de 2012, sin que este lo devolviese cumplimentado como consta anotado en la historia clínica.

La intervención que se llevó a cabo fue la misma que fue informada. El demandante fue informado de la utilización de parte del peroné. La enfermera, cuando aquel ingresó en el Hospital, anotó: “*Paciente procedente de domicilio para IQ (intervención quirúrgica), mañana a las 8,00 horas para reconstrucción facial de lado derecho con injerto MI*”. Se aclara que MI es miembro inferior.

Segundo. Cuantía. Solo cabe resarcimiento por daño moral, al no producirse una infracción de la “*lex artis*” durante el tratamiento quirúrgico y las complicaciones habidas tras las intervenciones no han sido debidas a una técnica incorrecta o a un tratamiento descuidado del facultativo, sino a una tórpida evolución de la misma, suscitándose la discrepancia, en todo caso, solo en la utilización de un colgajo de peroné en lugar de rellenar el defecto con tejidos blandos, y la segunda intervención únicamente se centró en la zona en que se escogió para realizar el nuevo colgajo que sustituyó al mencionado. En consecuencia no procede indemnizar ninguna de las secuelas.

Tercero. La imposición de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro solo deben serlo desde que la aseguradora demandada tuvo conocimiento del siniestro, esto es, desde que fue emplazada.

El actor y apelado se opuso al recurso y solicitó su expreso rechazo, con la consiguiente confirmación de la sentencia dictada en la precedente instancia, conforme al complemento que se produjo por el auto de 28 de septiembre de 2015.

TERCERO. Como se infiere del recurso y ya quedó de manifiesto con la interposición de la demanda, la cuestión esencial que se suscita en el litigio es si D. _____ recibió una información, clara y precisa de la naturaleza de la intervención quirúrgica a que iba a someterse, sus riesgos y posibles consecuencias, de modo que pudiera emitir un consentimiento para su práctica correctamente formado a consecuencia de la información recibida del doctor D. _____, sobre todo cuando aquella no venía impuesta por una enfermedad grave que la hiciera necesaria para la curación de una dolencia patológica, sino que se concretaba en una actuación médica sobre un cuerpo sano para el mejoramiento de su aspecto físico y que, por tanto, no era vital.

El esclarecimiento, a través de la información del médico, de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención médica programada, de las posibilidades de fracaso de esta y de que se produzcan riesgos complicaciones o resultados adversos de cualquier clase, e incluso la decisión de no someterse a ningún tratamiento o intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la Constitución – artículo 10.1– y en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950, o el Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito el 4 de abril de 1997.

El paciente tiene **derecho** a conocer, con relación a cualquier actuación

en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, lo que, correlativamente, pone a cargo del médico el **deber** de procurársela, sin que disponga de posibilidad alguna de negársela o de decidir sobre qué y hasta dónde va a informar, salvo que alguna disposición legal limite dicha información en consideración a las circunstancias del propio paciente, naturaleza del padecimiento y de la intervención a que deba ser sometido o la urgencia del caso, que desde luego se extiende a las complicaciones previsibles y frecuentes.

Si el médico tiene la obligación de informar al paciente, como consecuencia de una exigencia ética y legal, y el consentimiento informado de este es presupuesto de toda actuación asistencial, parece una consecuencia lógica que pase a constituir el elemento esencial de la “*lex artis*” –Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005, 21 de diciembre de 2006, 23 de febrero de 2007, 19 de junio de 2008 y 9 de marzo de 2010–. Así pues, la falta de información o la información estereotipada, incompleta o inespecífica implica mala praxis médica, que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino también para que el paciente pueda tomar sus decisiones, siempre, claro está, que el daño exista y sea consecuencia del acto médico, no informado.

En la actualidad, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, contempla y reglamenta alguno de los aspectos examinados en los siguientes artículos:

Artículo 2.2: “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

Artículo 4: “1. **Los pacientes tienen derecho a conocer**, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, **toda la información disponible sobre la misma**, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, **comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.**

Artículo 8.2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.”

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) **Las consecuencias relevantes o de importancia** que la intervención origina con seguridad.
- b) **Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.**
- c) **Los riesgos probables en condiciones normales**, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo tiene declarado que cualquier actuación que afecte a la integridad personal se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada. Y sigue diciendo, que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que este supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo. En definitiva, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues **solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos.**

Si, como hemos dicho, el consentimiento del paciente es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituye una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, que le proporcionen una información básica y adecuada del acto quirúrgico como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de la voluntad –Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2011 y 11 de abril de 2013–.

Los **efectos** que origina la falta de información, según dijo el Tribunal Supremo en la Sentencia de **4 de marzo de 2011** y se ha reproducido en la de **8 de abril de 2016**, *“están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTTS de 12 de febrero*

de 2007 , 23 de mayo , 29 de junio y 28 de noviembre de 2007 ; 23 de octubre de 2008). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre de 2005 - cicatriz queloidea-; 10 de mayo de 2006 - osteocondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero de 2004 -corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio”.

La forma en que se ha de facilitar la información por el médico, con carácter previo a la intervención quirúrgica de que se trate, respecto a su contenido, riesgos y posibles resultados adversos, y obtener el preciso consentimiento por el paciente, es básicamente verbal, teniendo su constancia escrita un valor exclusivamente “*ad probationem*” , sin que en modo alguno pueda excluir o sustituir a aquella, tal y como se dispone en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 y sostiene el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 29 de julio de 2008, 22 de septiembre de 2010, 9 de mayo de 2014 y 9 de junio de 2015. Cuestión distinta es a quién corresponde acreditar su existencia. En un primer momento algunas sentencias del Tribunal Supremo atribuyeron al enfermo frente al médico, **la carga de probar** la ausencia de consentimiento y de la previa información al mismo, más tal doctrina ha sido superada, abandonada y sustituida por la que pone a cargo de los profesionales que practican la intervención o de los Centros Hospitalarios donde se lleva a cabo, la carga de probar la realización de la obligación de información al paciente y de la emisión por éste del consentimiento o conformidad, pues, como se dice en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013, “*no resulta lógico exigir al perjudicado que acredite, salvo la realidad del daño, circunstancias y causas que les son ajenas y que está al alcance, en cambio, del médico, en la forma que en la actualidad el artículo 217.6 de la Ley de*

Enjuiciamiento Civil, sobre la facilidad probatoria, pues a su cargo, y no al del paciente, estaba la prueba de una documentación de la que disponía, la de ofrecer una explicación satisfactoria de que esta no apareciera, o la de negar su eficacia en el origen del daño, puesto que le era posible hacerlo. El principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente”.

CUARTO. En este caso hay constancia de la relación de confianza y cordialidad existente entre el paciente, D. _____ y el cirujano, plástico D. _____, como ponen de manifiesto la conversación mantenida y los correos electrónicos cruzados entre ambos y la elocuente carta que el primero dirigió al Hospital Universitario Puerta de Hierro el día 28 de octubre de 2011 –folios 124 a 127 y 658 a 661–, así como de la inexistencia de un consentimiento informado por escrito y firmado por el demandante; pero al mismo tiempo dichos documentos, además de aquellos otros a los que hemos hecho referencia en los apartados b) y c) del fundamento de derecho segundo, ponen de manifiesto que si D. _____ eligió al Doctor _____ era porque le propuso en el año 2009 la reconstrucción de un esqueleto facial con material sintético seguida de microcirugía de tejidos blandos para reconstruir la órbita ocular, intervención con la que se mostró conforme, pero no con la que luego se practicó sin su consentimiento, que comportaba la realización de injertos de huesos, la disección de un colgajo óseo del peroné para su colocación en maxilar derecho, que luego tuvo que ser retirado e hizo necesaria una segunda intervención en la que se obtuvo un colgajo del muslo para ser implantado en la cavidad bucal, que al conservar su vello hace necesaria su depilación prácticamente a diario –fotografías unidas al folio 75–.

En definitiva, el demandante prestó su consentimiento respecto a la intervención quirúrgica propuesta inicialmente, pero no para la que luego se

practicó siguiendo una técnica distinta, utilizando colgajos óseos, previamente obtenidos del cuerpo de D. lo que incrementó el riesgo de que se produjeran infecciones, como así sucedió, sin que el paciente pudiera conocer, ni por ello consentir la intervención médico–quirúrgica finalmente realizada, cuyo resultado adverso es exclusivamente imputable al cirujano que, al proceder al margen de lo acordado, debe asumirlo.

El Tribunal Supremo en la sentencia 323/2011, de 13 de mayo, resolvió un supuesto análogo al presente en el que se produjo un cambio de cirugía en quirófano sin el consentimiento previo de la paciente que lo había dado para una intervención clínica distinta, apreciando responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad.

QUINTO. Cuantía de la indemnización. Imposición de los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

Según ya dijimos en la sentencia de 12 de julio de 2011 (Recurso 759/2010), la función de cuantificar los daños a indemnizar por los órganos jurisdiccionales goza de amplia libertad que comprende la posibilidad, a efectos orientativos, de acudir a sistemas objetivos como es el Baremo establecido en la Ley 80/1995, de 8 de noviembre, incorporado como anexo al Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, objeto de sucesivas actualizaciones y revisiones, ya que nada impide su aplicación analógica a las lesiones sufridas a consecuencia de acciones u omisiones producidas en ámbitos distintos en las que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, sea de naturaleza contractual o extracontractual, lo que deberán decidir dichos órganos judiciales con libertad de criterio, en

atención a las circunstancias que concurran, siempre que con su aplicación se obtenga un resarcimiento adecuado a la naturaleza y gravedad de las lesiones causadas por la actuación negligente. Por ello, en estos casos la interpretación del mencionado Baremo en cuanto norma referencial voluntariamente elegida para la fijación de una indemnización, puede ser objeto de una interpretación amplia, sin sujeción estricta y rigurosa a sus dictados, pero nunca restrictiva y excluyente de alguno de sus índices o conceptos resarcibles. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2006, 2 de julio de 2008 y 9 de marzo de 2010 reiteran el valor únicamente orientativo de dicho Baremo, pues una cosa es que se opte por ese criterio hermenéutico para hacer efectivo el principio de de íntegra reparación del daño sin discriminación y arbitrariedad, y otra muy distinta que con ello se esté admitiendo la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 del Código Civil, dado que la laguna no existe y nada impide al órgano judicial prescindir de aplicar analógicamente dicho sistema y cuantificar el valor del quebranto con arreglo a otras pautas o criterios igualmente equitativos. Ahora bien, como se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2010, la regla tiene también dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, sin salirse del Baremo para procurar indemnizaciones distintas. Otra, que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, puede ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el Tribunal de Instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (Sentencias del Tribunal Supremo 6 de noviembre de 2008 y 22 de junio de 2009).

En el presente caso la Juzgadora de Primera Instancia para fijar la cuantía

de la indemnización por el daño personal causado a D.

que se describe en el hecho octavo del escrito de demanda y se valora en el noveno ha aplicado analógicamente el sistema legal de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aunque con resultado cuantitativo distinto e inferior al obtenido por el actor, basando su decisión en el fundado, bien explicado y adecuadamente ilustrado fotográficamente informe médico-pericial emitido por el Doctor

–folios 42 a 122–, sin aplicar en cada una de las secuelas la puntuación máxima fijada (Fundamento de Derecho Quinto), por lo que no apreciando error o desajuste en la cuantificación de la indemnización que precise corrección mantendremos la valoración efectuada, rechazando en consecuencia las alegaciones contenidas en el motivo segundo del recurso.

Por lo que atañe a la imposición de los **intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro**, la **regla tercera** de dicho precepto dispone que el asegurador incurre en una mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro. A su vez en la **regla sexta** se indica:

“Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.

No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus

herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa”.

Al respecto resulta esclarecedora la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia nº 85872010, de 15 de diciembre (Ponente D.

que el demandante apelado cita en el escrito de oposición al recurso, en la que literalmente se dice:

“Según el artículo 20 el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro, siendo entonces la regla general que será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro (artículo 20. 3ª y 6ª I LCS).

Ahora bien, dice la STS 7 de mayo 2009 , esta regla general en la que se fija el dies a quo del devengo de los intereses sufre dos excepciones: la primera de ellas, referida al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario, implica que si no han cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o en la ley el término inicial del cómputo será el de la comunicación (artículo 20.6ª II LCS) y no la fecha del siniestro; la segunda excepción, que es la que resultaría aplicable al caso de autos, viene referida al tercero perjudicado o sus herederos, respecto a los cuales, siendo también la regla general que los intereses habrán de devengarse desde la fecha del siniestro (artículo 20.6ª I LCS), de forma excepcional, en el caso de que el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del ejercicio de la acción directa (art. 20.6ª III LCS).

Como de ordinario este conocimiento del siniestro con anterioridad a la

reclamación o al ejercicio de la acción directa, que constituye presupuesto de la referida excepción, lo tendrá la aseguradora por medio de la comunicación del siniestro efectuada por su asegurado, y no puede servir de excusa el que tal comunicación no se haya hecho por el perjudicado, al no ser entonces una carga exigible a este último, con la consecuencia de que la aseguradora no puede rehuir el pago de la indemnización al asegurado o al tercero perjudicado prescindiendo del conocimiento del siniestro que ha obtenido por aquella vía sin incurrir en mora, pues el establecimiento del recargo de intereses de demora para la aseguradora, aplicable de oficio, tiene como finalidad estimular la rapidez y eficacia en la cobertura del siniestro, independientemente de que el llamado a percibir la indemnización sea el tomador del seguro o asegurado, el beneficiario o el tercero perjudicado.

La doctrina mencionada supone, en suma, que incumbe a la aseguradora probar que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, al objeto de que se tome en cuenta como término inicial la fecha de dicha reclamación o la del ejercicio de la acción directa, no siendo suficiente que el perjudicado guardara silencio si la aseguradora conoció del siniestro por la comunicación del asegurado. Faltando la acreditación de la ausencia de conocimiento anterior, debe estarse a la regla general que fija el dies a quo del devengo en la fecha del siniestro.

Pues bien, los hechos probados de la sentencia ningún dato ofrecen sobre este previo conocimiento del siniestro por parte de la aseguradora, puesto que nada dice, limitándose a resolver sobre los intereses " con independencia de que a la entidad aseguradora se le transmitiera el siniestro" y en base a lo que califica de " correcta ponderación" , como argumento para situar el pago "desde la fecha de interposición de la demanda ", razón por la que existiendo mora no justificada, no resulta correcta la decisión de la

Audiencia de fijar el dies a quo en fecha distinta de la del siniestro, como momento del que trae causa el derecho del perjudicado, y ello porque, con esos datos, no consta acreditado que no haya conocido el siniestro con anterioridad a la reclamación judicial, como exige el supuesto de hecho de la norma excepcional contemplada en el apartado III, de la regla 6ª del artículo 20 LCS”.

Como se puede apreciar el supuesto de la sentencia citada y parcialmente reproducida es análogo al que aquí se da, pues no solo no ha probado sino que ni siquiera adujo que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación, ya que en el Fundamento de Derecho Octavo del escrito de contestación a la demanda únicamente dijo que la indemnización por mora que establece el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro no tiene carácter automático, sino que habrá de establecerse la concurrencia de las circunstancias que determinan su aplicación, es decir, si hay o no causa justificada a la mora que dicho precepto penaliza, lo que regula en su apartado 8. Y que la fecha de pago de los intereses se refiere al momento en el que la cantidad a pagar sea fijada, lo que en este caso sucede única y exclusivamente, desde la fecha de la sentencia –folios 222 a 224–.

Así, pues, este motivo tampoco puede ser acogido, debiendo mantenerse cuanto se dijo en la sentencia recurrida, completada por el auto dictado el 28 de septiembre de 2015.

SEXTO. Las costas procesales generadas por el recurso deberán ser impuestas a la apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398–1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por España Compañía de Seguros y Reaseguros contra la sentencia dictada el **29 de julio de 2015**, completada por auto de 28 de septiembre de 2015, por la Ilma. Sra. Magistrada–Jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de los de esta Capital en los autos de juicio ordinario nº 647/2013, seguido a instancia de D. ; resolución que confirmamos, condenando a la apelante al pago de las costas procesales causadas por el recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un “Recurso”, seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 del Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

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

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