



Roj: **SAP PO 726/2013 - ECLI: ES:APPO:2013:726**

Id Cendoj: **36057370052013100133**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **5**

Fecha: **07/03/2013**

Nº de Recurso: **823/2012**

Nº de Resolución: **96/2013**

Procedimiento: **APELACION JUICIO DE FALTAS**

Ponente: **MARIA MERCEDES PEREZ MARTIN-ESPERANZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00096/2013

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 de PONTEVEDRA

Domicilio: C/ LALIN Nº 4-1º **VIGO**

Telf: 986 817162-63

Fax: 986 817165

Modelo: N54550

N.I.G.: 36038 37 2 2012 0502857

ROLLO: APELACION JUICIO DE FALTAS 0000823 /2012 R

Juzgado procedencia: JDO. INSTRUCCION N. 2 de **VIGO**

Procedimiento de origen: JUICIO DE FALTAS 0000378 /2012

RECURRENTE: María Angeles , AMA

Procurador/a: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, CARINA ZUBELDIA BLEIN

Letrado/a:

RECURRIDO/A: Constantino

Procurador/a:

Letrado/a:

Procedimiento: APELACION JUICIO DE FALTAS 823 /2012

SENTENCIA Nº96/2013

Ilmo./a. Sr./a MAGISTRADO D/Dña. MERCEDES PÉREZ MARTIN ESPERANZA

En **VIGO**-PONTEVEDRA, a siete de marzo de dos mil trece.

La Sala 5 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA ha visto en grado de apelación, el presente procedimiento penal del Juicio de Faltas de referencia, siendo las partes en esta instancia como apelante María Angeles , representada por el Procurador D. JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, AMA representada por la Procuradora Dª CARINA ZUBELDIA BLEIN, y como apelado Constantino representado por la Procuradora Dª Carina Zubeldia Blein.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juez de JDO. INSTRUCCION nº 2 de **VIGO**, con fecha 7.6.2012 dictó sentencia en el Juicio de Faltas del que dimana este recurso, en la que se declararon como hechos probados los siguientes: "UNICO.- Son hechos probados que:

En enero de 2008 la Sra. María Angeles acude a la consulta Don. Constantino quien le diagnostica la existencia de un mioma submucoso de tipo II, que se confirma con la realización de una histeroscopia diagnosticada el día 14 de febrero de 2009, y que muestra la necesidad de practicar una **miomectomía histeroscópica**.

El día 6 de marzo de 2008 Don. Constantino le realizó a la Sra. María Angeles , intervención **ambulatoria** en la Clínica IVI de **Vigo**, para tratar el citado mioma submucoso de tipo II, mediante **miomectomía histeroscópica**. Con carácter previo a la intervención la Sra. María Angeles firmó, con fecha de 6 de marzo de 2008, consentimiento informado en el que se recogía como riesgo de la operación la perforación uterina y en casos excepcionales, la lesión por el resector de las vísceras intrabdominales, intestino, vejiga, vasos.

Tras la intervención, la Sra. María Angeles , a las 14.30 horas presentaba dolor y distensión abdominal, a las 17.15 horas y a las 20.45 horas, consta que presentaba "abdomen no doloroso, depresible", siendo remitida a su domicilio por indicaciones del Dr. Justino a las 22.30 horas con indicación de tomar antibióticos, analgésicos, antiinflamatorios cada 8 horas y metergin 10 gotas/8 horas, debiendo contactar con Don. Justino en el caso de "dolor, hinchazón, dificultad respiratoria, fiebre o cualquier otro síntoma".

El día 7 de marzo de 2008 la Sra. María Angeles , a través de su marido, realizó varias llamadas Don. Justino desde su domicilio, quejándose de dolor abdominal y no tolerancia a sólidos, indicándoles Don. Justino que era normal, que podía deberse a gases, y que de persistir las molestias acudieran al hospital.

El día 8 de marzo la Sra. María Angeles , a las 13.36 horas ingresa en el servicio de urgencias del Hospital Domínguez de Pontevedra por dolor abdominal en aumento, distensión y malestar en general. Donde es atendida por el Dr. Roque que acuerda la realización de TAC abdomino pélvico.

A las 14.57 horas le fue realizado a la Sra. María Angeles TAC abdomino pélvico que informa de Defecto transmural en cara anterior de fundus derecho, líquido libre intraperitoneal y neumoperitoneo, dilatación de asas de intestino delgado y abundante líquido en cavidad gástrica. En dicho informe se concluye, la existencia de perforación uterina.

En la tarde de ese mismo día la Sra. María Angeles es valorada clínicamente por Don. Justino , mediante exploración y valoración de las pruebas complementarias, e ingresada en el Hospital Dominguez de Pontevedra bajo sus órdenes, colocándole sonda nasogástrica y pautando tratamiento conservador, descartando perforación uterina e intestinal y fijando tratamiento de ileo paralítico postquirúrgico.

El 9 de marzo de 2008, la denunciante no evoluciona favorablemente en la analítica hay leucopenia y cambios en el equilibrio ácido-base, con signos de alteraciones hemodinámicas por disminución del hematocrito y la hemoglobina.

Ese mismo día, Don. Justino tras realizar valoración clínica de la paciente, opta por mantener actitud expectante. A las 20.00 horas del día 9 de marzo Don. Justino visita y explora a la Sra. María Angeles en compañía del Dr. Jacobo , a quien pide asesoramiento, confirmando su diagnóstico inicial, y sin variar el tratamiento pautado para el ileo paralítico.

A las 02.00 horas del día 10 de marzo, acude al médico de guardia el Sr. Silvio , avisado por las enfermeras ante el empeoramiento de la paciente, y solicita TAC abdomino pélvico, practicado a las 4.16 horas, que informa de perforación uterina de fundus asociada a perforación intestinal y/o sobreinfección de líquido libre. Dicho facultativo junto con el médico cirujano de guardia el Dr. Abilio , deciden el ingreso de la Sra. María Angeles en la UCI y la necesidad de practicar una laparatomía media con histerectomía subtotal de útero, limpieza y sutura de la perforación del intestino delgado localizada a 40 cm de la válvula ileocecal. Se establece el diagnóstico de peritonitis con perforación uterina y de intestino delgado.

A las 12.38 horas del día 10 de marzo se realiza gasometría donde se demuestra la existencia de una acidosis metabólica y a las 20.25 horas, nuevo TAC abdomino pélvico, que informa de atelectasias por hipoventilación y derrame pleural bilateral.

Tras la intervención la Sra. María Angeles permaneció ingresada en la UCI con inestabilidad hemodinámica, intubada y con ventilación mecánica.

El día 13 de marzo de 2008 le fue realizado a la Sra. María Angeles TAC de control con contraste, que muestra como persiste distensión de asas de intestino delgado, abundante líquido en ciego y colon ascendente, así como líquido intraperitoneal, edema de pulmón e hígado de estasis.



El día 17 de marzo de 2008 se realiza a la SRa. María Angeles TAC de control de peritonitis, que muestra las asas intestinales normalizándose, colecciones de líquido entre asas en pelvis menor y región parabólica derecha, tejido grados de aspecto grumoso en región subfrénica del lado izquierdo.

Para el tratamiento del shock séptico se practica cateterismo cardíaco, farmacoterapia y mantenimiento de la ventilación mecánica, procediéndose el día 18 de marzo a la extubación de la paciente.

El día 24 de marzo de 2008 se realiza a la Sra. María Angeles nuevo TAC que muestra múltiples abscesos intraabdominales y pélvicos en áreas definidas, con diagnóstico de shock séptico y peritonitis secundaria, se decide por ello nueva intervención quirúrgica con lavado y drenaje quirúrgico de abscesos intrabdominales y pélvicos y traqueotomía. Como complicaciones en la UCI se presentaron: sobreinfección de la herida que precisó drenaje, neumotórax izquierdo tras punción para canalización de la subclavia que precisa de drenaje-aspiración. La SRa. María Angeles abandonó la UCI el día 15 de abril de 2008 y le fue dada el alta hospitalaria el día 17 de abril de 2008.

La perforación uterina e intestinal que presentaba la Sra. María Angeles fueron causadas por Don. Justino durante la **miomectomía** practicada a la paciente el día 6 de marzo de 2008, y tratadas tardíamente por Don. Justino provocando la intervención de urgencia de laparotomía practicada el día 10 de marzo de 2008 y las complicaciones posteriores arriba reseñadas.

A causa de los hechos anteriores la Sra. María Angeles estuvo hospitalizada 41 días y 201 días impedida para sus ocupaciones habituales, hasta que alcanzó la sanidad, restándole secuelas consistentes en histerectomía, trastorno adaptativo de carácter leve y las siguientes cicatrices:

- de 17,5 cm de laparatomía media
- 3 cicatrices redondeadas de 0,5 cm de diámetro en zona abdominal alrededor de la laparatomía.
- 1 cicatriz redondeada de 0,5 cm de diámetro en línea medio axilar izquierda
- 1 cicatriz de 2 cm redondeada en zona cervical central secundaria a traqueotomía
- 4 cicatrices redondeadas de 0,5 cm en zona del escote.

En la fecha de los hechos Don. Justino tenía concertada póliza de responsabilidad civil profesional frente a terceros por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su profesión, con la entidad Agrupación Mutual Aseguradora (A.M.A.) con un límite por siniestro de 150.000 euros".

SEGUNDO.- La expresada sentencia en su fallo dice así:"CONDE NO A Constantino como autor de una falta de lesiones por imprudencia leve prevista y penada en el artículo 621.3 del Código Penal a la pena de 20 DIAS DE MULTA A RAZON DE 100 EUROS DIARIOS, con responsabilidad de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, lo que supone un total de 2.000 EUROS.

Asimismo CONDENO SOLIDARIAMENTE a Constantino y a la entidad Aseguradora AMA como responsable civil directa a abonar a María Angeles la suma de 93.371,60 euros, en concepto de responsabilidad civil. Esta suma se incrementará respecto de la aseguradora condenada con los intereses prevenidos en el artículo 20 de la LCS computados desde el día 6 de marzo de 2008.

Todo ello con imposición al condenado del pago de las costas procesales causadas en el presente procedimiento".

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia, contra la misma se formalizó recurso de apelación por María Angeles Y AXA, que fue admitido en ambos efectos y, practicadas las diligencias oportunas, las diligencias fueron elevadas a este órgano judicial, donde se registraron, se formó rollo de apelación.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1) Recurso de María Angeles .

El recurso de María Angeles se limita a impugnar el pronunciamiento de la sentencia que excluye como secuela la existencia de adherencias peritoneales, estrés postraumático y daños morales complementarios.



Pues bien, trata en definitiva la recurrente en el recurso de imponer el criterio del Dr. Roberto sobre el de la médico forense, criterio que ha tenido en cuenta la Juez a quo para no incluir la existencia de adherencias peritoneales.

Pero visto que dicha secuela se rechaza habida cuenta de que no hay constancia documental de su existencia (lo que viene a admitir la recurrente, desde el momento en que afirma que "la única forma de comprobar si las hay es abriendo la barriga") ni de que las mismas causen molestias, ha de entenderse correcto el razonamiento de la Juez a quo, el cual no puede sustituirse por el subjetivo criterio de la parte; sin que además pueda obviarse también que la Juez a quo estima poco fundada la existencia de dicha secuela desde el momento en que la misma se consigna en el informe Don. Roberto, antes de la curación definitiva de la paciente, argumento ya que bastaría para descalificar el informe de parte y que silencia la recurrente.

Rechaza igualmente la Juez a quo el estrés postraumático en base al informe de la forense quien refiere que "el estado anímico de la paciente no cumple con los criterios médicos y legales que definen el estrés postraumático, pues se trataba de una paciente con una enfermedad miomatosa de base, que ya se había sometido con el Dr. Victor Manuel a una intervención semejante previa, que conocía sus riesgos y se sometió voluntariamente a la intervención, por lo que partía ya, en cuanto a su estado anímico de unas circunstancias vitales previas que excluyen la existencia de estrés postraumático",

Pues bien, la credibilidad otorgada por el Juez a quo al informe médico forense, no se estima errónea ni basada en datos inexactos, procediendo en consecuencia desestimar el motivo del recurso el cual en definitiva pretende nuevamente, imponer el criterio del informe pericial de parte, frente al imparcial criterio de la Juez a quo, basada en el informe forense; y es que la Juez a quo ya ha valorado e indemnizado el trastorno adaptativo de la personalidad como secuela recogida en el informe forense.

Igualmente en cuanto a los daños morales pretende la recurrente imponer su particular valoración, pero visto que la Juez a quo rechaza la existencia del daño moral complementario en base a que "no se prueba o acredita daño moral suplementario y no puede estimarse concurrente por la simple existencia de la intervención y padecimientos posteriores, quedando suficientemente resarcida la denunciante, pues debemos recordar que en uno y otro caso se trata de resarcir lesiones ocasionadas por imprudencia y no dolosas....y si acudimos al baremo de tráfico veremos que los daños morales complementarios se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos, condiciones que no se cumplen en el supuesto de la denunciante", se estima igualmente correcta dicha decisión, la cual no se desvirtúa por las alegaciones del recurso, quien además sorprende que solicitando las indemnizaciones en base al Baremo fijado para los accidentes de tráfico, mantenga ahora para fundar su reclamación de daño moral el carácter no vinculante del mismo.

Por todo ello no apreciándose error alguna en la valoración de la prueba o en la determinación de las bases sobre las que se asienta la indemnización concedida por la Juez a quo, han de desestimarse las pretensiones de la recurrente en cuanto al incremento de las indemnizaciones, debiendo además recordarse al respecto la reiterada doctrina del T.Supremo recogida entre otras en el Auto de 20 de marzo de 2003, que establece que la jurisprudencia "ha señalado reiteradamente que la cuantificación concreta de la indemnización es competencia ponderadamente discrecional del tribunal de instancia dentro de los parámetros máximos determinados por las peticiones acusatorias y del principio de razonabilidad (STS. 15 de marzo de 2002)". O con cita de la STS. de 6 de octubre de 1997, "es doctrina habitual de esta Sala que las cantidades fijadas como indemnizaciones derivadas de la responsabilidad criminal no son revisables en casación ya que se trata de una cuestión que queda al prudente arbitrio de los órganos juzgadores de instancia, por lo que los efectos de un recurso de esta naturaleza sólo pueden circunscribirse a la determinación de las bases sobre las que se asienta el señalamiento de la cantidad fijada. Razonamiento que es válido para los supuestos normales en que las discrepancias entre los afectados y el Tribunal no alcanzan una dimensión inusitada, ofreciendo las distintas valoraciones una razonable proporcionalidad y correspondencia con la índole de los daños inferidos".

Finalmente y en cuanto a la pretensión del recurrente de que se incluyan los honorarios profesionales en la condena en costas, ha de decirse que ello es una cuestión nueva y absolutamente extemporánea, por lo que no cabe en ésta alzada pronunciarse sobre la misma ("al objeto de despejar cualquier atisbo de duda" como refiere la apelante; si alguna duda tenía sobre la condena en costas impuesta en sentencia, debió haberlo solicitado al Juez a quo por vía de aclaración), pues es contraria a los principios rectores de la segunda instancia que no permiten en el recurso de apelación introducir cuestiones nuevas y distintas de aquellas que motivaron la resolución dictada en la primera instancia. La apelación, como señala la doctrina científica, es un recurso ordinario y devolutivo en virtud del cual se trae la cuestión objeto de la resolución impugnada, al pleno conocimiento de un Juez superior a aquel que la dictó. Así, el objeto de la apelación no puede ser otro que el combatir una resolución judicial que se estima no ajustada a derecho, y si tal es su finalidad resulta obvio que en el recurso no se podrán introducir cuestiones distintas de las planteadas inicialmente



por el litigante que lo articula; es decir que si el Juez a quo resuelve sobre una pretensión concreta formulada por la parte, esta no puede excederse ante el Juez ad quem variando el contenido de esa pretensión inicial e introduciendo cuestiones nuevas pues con ello se va más allá de las planteadas y resueltas en primera instancia. La invocación de una cuestión jurídica no articulada en la instancia opera a modo de lo que la doctrina del Tribunal Supremo conoce como "planteamiento sorpresivo", en la STS de 8 de junio de 2001 se establece que: "es doctrina reiterada de esta Sala que no son admisibles planteamientos sorpresivos, en una especie de casación "per saltum", que producen indefensión a las acusaciones al privarles de la posibilidad de objetarlas y rebatirlas y al órgano jurisdiccional de analizarlos y resolverlos en la instancia. (SS 23 de febrero EDJ1996/961 y 21 de septiembre de 1996 , 11 de junio de 1997 , 2 de febrero de 1999 EDJ1999/344 y 24 EDJ2000/477 y 26 de enero y 30 de junio de 2000 EDJ2000/18344)".

Por todo cuanto queda expuesto ha de ser desestimado el recurso interpuesto por María Angeles .

2) Recurso de Agrupación Mutua Aseguradora.

Pretende la aseguradora se deje sin efecto la imposición de los intereses previstos en el art. 20 de la L.C.S . en base a que no ha habido mora.

Sin embargo en el presente caso, no cabe entender que no se haya producido la mora de la Aseguradora. La sentencia de 22 de diciembre de 2008 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo resuelve en el fundamento de derecho séptimo la cuestión relativa a la mora de la aseguradora en los siguientes términos:

Según la jurisprudencia de esta Sala, superado el viejo aforismo in illiquidis non fit mora (no se produce mora cuando se trata de cantidades ilíquidas), debe excluirse la mora de la aseguradora únicamente cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial (entre otras, SSTS de 12 de marzo de 2001 , 9 de marzo de 2006 , 11 de diciembre de 2006 , 7 de febrero de 2007 , 11 de junio de 2007 y 13 de junio de 2007).

Por el contrario, carece de justificación la mera oposición al pago frente a la reclamación por el asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica no sólo en evitar el perjuicio para el asegurado o perjudicado que deriva del retraso en el abono de la indemnización, sino también en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación.

En el presente caso en la sentencia apelada se dice: "desde la fecha de la intervención hasta el día de hoy, pese a la duración del proceso, tener conocimiento de la denuncia y del informe de sanidad forense, la aseguradora del denunciado no ha consignado ni ofrecido para pago ni un solo euro, por lo que deben ser aplicados los intereses prevenidos en el art. 20", nos encontramos por tanto ante una falta de consignación absoluta de la compañía aseguradora, lo que no se discute en el recurso.

Siendo ello así, no habiendo consignado la aseguradora la indemnización entra en juego el art. 20 de la L.C.S , que opera con la finalidad de evitar la pasividad de las aseguradoras en el cumplimiento de sus obligaciones indemnizatorias (S. TS del Pleno de la Sala de lo Civil de uno de marzo de 2007), no excluye la condena al pago de intereses la alegación de que ha sido necesario un proceso para determinar no sólo el alcance de la indemnización, sino también la existencia misma de responsabilidad civil. La aseguradora, que no ha efectuado pago ni consignación de cantidad alguna, sería dueña de la aplicación del precepto que la ley quiere que se aplique de oficio si otorgáramos a la negación de su responsabilidad o de la de su asegurado la virtualidad de dejar sin efecto las previsiones del art. 20 LCS , consecuencia ésta que se opone frontalmente a la regulación legal y al espíritu de la ley, que ha previsto un interés sancionatorio para disuadir del impago. Por la misma razón la iliquidez de la deuda no excluye la obligación de pagar intereses en este caso.

Procede pues desestimar el recurso de la aseguradora.

3) Se declaran de oficio las costas de la alzada al no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición de los recursos.

FALLO

Se desestiman los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada en los autos de J. Faltas nº 378/12 seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de **Vigo** , la cual se confirma declarando de oficio las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes.



Contra la presente resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Remítase testimonio de la presente al Juzgado de procedencia, junto con los autos para su cumplimiento y, una vez se reciba su acuse, archívese el presente, tomando previa nota en el libro de los de su clase.

Así por esta sentencia, lo acuerdo, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ