



Roj: **STS 2297/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2297**

Id Cendoj: **28079110012016100331**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2016**

Nº de Recurso: **2135/2014**

Nº de Resolución: **343/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 14739/2013,**  
**STS 2297/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 24 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 16.º de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 619/2005, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Manresa, cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Luis Enrique , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Andrea de Dorremocha Guiot, y por el procurador don Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de Zurich Insurance P.L.C. Sucursal en España, siendo parte recurrida doña Flor , representada por el Procurador de los Tribunales don Marcos Juan Calleja García .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.º.- El procurador don Miguel Vilalta Flotats, en nombre y representación de doña Flor , interpuso demanda de juicio sobre reclamación por indemnización por daños y perjuicios, contra Dr. Luis Enrique , Colegio Oficial de Médicos de Barcelona, la Clínica Sant Josep y Seguros Cataluña, Cia de Seguros S.A, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«estimando íntegramente esta demanda, se condene a dichos demandados para que abonen, como responsables civiles solidarios, al abono de la suma de 138.172,54 ? (CIENTO TREINTA Y OCHO MIL CIENTO SETENTA Y DOS EUROS CON CINCUENTA Y CUATRO CÉNTIMOS), con más los intereses legales desde la interpelación judicial y los indemnizatorios del interés diario consistente en el legal vigente en la fecha de ocurrencia del siniestro incrementado en un CINCUENTA por ciento desde la fecha de ocurrencia del siniestro, no pudiendo ser inferior al 20% a partir de los dos años Asimismo, se condene a los demandados al pago de las costas que eventualmente ocasione este juicio ».

2.- La procuradora doña Ester García Claver, en nombre y representación de Clínica San Josep MRS Althaia Xarxa Assistencial de MRS, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«acollint l'excepció formulada, es desestimi totalment la pretensió formulada de contrari a la demanda i s'absolgui a la meya mandanf del que en ella es sollicitava, amb imposició de costes a l'actora subsidiàriament, pel negat cas de que es desestimés l'excepció formulada, es 1 serveixi dictar Sentència per la que, acollint els fets i fonaments alegats per aquesta part, es desestimi totalment la pretensió efectuada contra la meya

mandant, amb absolució de la mateixa, amb imposició de les costes causades a l'actora per la seva temeritat mala fe processal».

3.- La procuradora doña María Teresa Coll Rosines, en nombre y representación de Nueva Equitativa Compañía de Seguros S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«no dando lugar a la demanda respecto de mi principal la absuelva íntegramente de los pedimentos en la mismas contenidos con expresa condena en costa a la actora».

4.- La procuradora doña Elisabet Badia Selva, en nombre y representación del doctor don Luis Enrique , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se desestime íntegramente la demanda se absuelva a mi representado el doctor Luis Enrique , con todos los pronunciamiento con favorables, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora por ser preceptivo legalmente».

5.- La procuradora doña Consol Sole Rivera, en nombre y representación del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se dicte sentencia desestimando íntegramente las pretensiones del escrito de demanda con expresa imposición de las costas a la parte demandada».

6.- La procuradora doña Elisabet Badia Selva, presentó escrito en nombre y representación de Zurich, pero no contestó a la demanda.

**SEGUNDO.**- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Manresa, dictó sentencia con fecha 5 de febrero de 2008 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

« Desestimar totalmente la demanda interpuesta por el procurador don Miguel Vilalta Flotats, en nombre y representación de doña Flor , contra don Luis Enrique , Zurich S.A. Seguros Cataluña Nueva Equitativa, Compañía de Seguros S.A. y Althia Clínica Sant Josep y absolver a los demandados de las pretensiones ejercitadas contra ellos . Decreta que cada parte pagará las costas causadas a su instancia y comunes a prorrata».

**TERCERO.**- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Flor . La Sección decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 17 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Flor y desestimando la impugnación de sentencia formulada por ALTHAIA XARXA ASSISTENCIAL DE MANRESA FUNDACIÓN PRIVADA contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Manresa en fecha 5 de febrero de 2008 , debemos revocar y revocamos parcialmente la misma y en consecuencia:

»Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la apelante principal y condenamos a D. Luis Enrique , ZURICH ESPAÑA SA DE SEGUROS Y REASEGUROS y a NUEVA EQUITATIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA a que indemnicen solidariamente a la demandante en la cantidad de 125.264,72 euros más el interés de dicha cantidad desde la interposición de la demanda que, en el caso de la compañía aseguradora Zurich, serán los del art. 20 de la Ley de contrato de seguro desde 3 de agosto de 2002.

»Se confirma la sentencia apelada en lo referente a la absolución de la Compañía ALTHAIA XARXA ASSISTENCIAL DE MANRESA y el pronunciamiento de no hacer expresa imposición las costas del proceso en primera instancia.

»Lo que se acuerda, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso de la Sra. Flor y con imposición a la ALTHAIA XARXA DE ASSISTENCIA DE MANRESA, de las costas de su impugnación de sentencia».

**CUARTO.**- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al apreciar del daño desproporcionado e inadecuada aplicación del artículo 1902 del Código Civil . Se fundamenta: a) en la infracción por inaplicación del artículo 1902 del Código Civil , en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y b) en la necesidad de unificar la interpretación de la norma que se considera infringida y a que existe jurisprudencia contradictoria.



El recurso extraordinario por infracción procesal se basa en los siguientes Motivos: Primero.- Vulneración del artículo número 20 de la Constitución Española por inadecuada aplicación del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro e inaplicación del artículo 73 de la misma Ley . Segundo.- Vulneración del artículo 24 de la Constitución Española , por infracción del artículo 465.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil e indebida aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro .

En cuanto al recurso de casación interpuesto por la representación de don Luis Enrique , se basa en un Motivo: Único.- Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la apreciación del daño desproporcionado e inadecuada aplicación del artículo 1902 del Código Civil , tal y como viene argumentado en el recurso de su aseguradora.

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 4 de noviembre de 2015 se acordó:

«1º) ESTIMAR EL RECURSO DE QUEJA interpuesto por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España contra el Auto de fecha 29 de julio de 2014, que se deja sin efecto, por el que la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16 ) denegó el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto conjuntamente con el casación contra la sentencia de 17 de diciembre de 2013 , debiendo comunicarse este Auto a la referida Audiencia. Con devolución del depósito constituido para el recurso de queja, debiéndose librar testimonio de la presenta resolución para su unión a los autos de queja seguidos con el nº 211/2014 ante esta Sala.

»2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACION Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION interpuestos por la representación procesal de Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 17 de diciembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16), en el rollo de apelación n.º 409/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 619/2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Manresa.

»Se tiene por personado parte en los recursos admitidos a los Procuradores Don Roberto Granizo Palomeque, D Andrea de Dorremochea Guiot y a D Marcos Juan Calleja García en el nombre y representación que ostentan y que figura en el antecedente de hecho cuarto de esta resolución

» ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Luis Enrique contra la citada sentencia. Dése traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días».

**SEXTO.-** Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, el procurador don Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de doña Flor , presentó escrito de impugnación a todos ellos.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo de 2016, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Flor se sometió a una cesárea que se llevó a efecto en Althaia-Clínica S. José en la que intervino como anestesista don Luis Enrique . A resultados de la intervención quedó afectado el nervio ciático lo que determinó necesidad de un tratamiento posterior del que fue dada de alta con secuelas y al reconocimiento de la incapacidad laboral total para su profesión habitual de cajera reponedora en un supermercado; daños que, por importe de 138.172,54, euros reclama al citado anestesista y a su compañía aseguradora, Zurich, así como a la Clínica donde se prestaron los servicios médicos (perteneciente a Fundación Althaia Xarxa Asistencial) y a la compañía "Nueva Equitativa Compañía de Seguros" (antes Seguros Cataluña) por razón del contrato de seguro de servicios médicos. La reclamación fue dirigida inicialmente también contra Colegio Oficial de Médicos de Barcelona.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Recurrida la sentencia en apelación por la demandante, y en lo que aquí interesa, fue estimado en parte el recurso y condenó a don Luis Enrique , a su aseguradora y a Nueva equitativa Compañía de Seguros, SA a que indemnizen solidariamente a la demandante en la cantidad de 125.264,72 euros más el interés de dicha cantidad desde la interposición de la demanda que, en el caso de la compañía aseguradora Zurich, serán los del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde 3 de agosto de 2002.

Dice la sentencia lo siguiente: a) la relación causal de la actuación del anestesista y la lesión que sufre la demandante no se discute. Lo que se cuestiona en realidad de la culpabilidad; b) la sincronía de la aparición de la lesión y la intervención anestésica consideramos permite razonablemente descartar afectaciones extrañas derivadas de eventual enfermedad latente que no se concreta; c) el origen en una lesión traumática no se corresponde tampoco con lo relatado en juicio por quienes intervinieron de forma directa. El origen de la



axonomesís hay que relacionarlo o bien con la toxicidad de la anestesia, que sigue siendo el parecer del anestesista demandado sobre lo sucedido aunque el producto elegido es el adecuado y nadie lo discute, o bien por la punción, por más que se empleara la aguja indiscutiblemente más adecuada y se efectuara la punción en la posición correcta de la paciente; d) la demandante vinculó expresamente el pinchazo con la experimentación de "un dolor horroroso hacia el pie izquierdo". Y el demandado reconoció la reacción de dolor de la demandante en el momento del pinchazo pero añadió que ello es frecuente, que paró y que tras ver que no había problema, continuó.

La conclusión que el tribunal de apelación obtiene es doble: "1.- Se ha producido un resultado anormal y desproporcionado claramente relacionado con la administración de la anestesia. 2.- No hay una explicación médica que claramente excluya responsabilidad del anestesista debiendo resaltar finalmente que la electromiografía concreta la lesión en L-5 y S-1, circunstancia que ha aparecido intermitentemente en el acto del juicio sin que se haya obtenido una explicación comprensible a cerca del por qué la lesión se sitúa en tal lugar, si se dice que el pinchazo se hizo en L3- L4. La referencia a que el anestésico fluye hacia abajo que hizo el Dr. Pascual en juicio no se corresponde con una lesión aparecida en situación de horizontalidad".

"Creemos sin embargo, añade, que la reacción de dolor de la paciente ante el pinchazo y la concreta localización inexplicada de la lesión, deben llevar a la aplicación al caso la jurisprudencia que se ha venido a conocer como del "daño desproporcionado" que si bien presenta perfiles poco claros (de que son ejemplo la STS de 31 de enero de 2003 y voto particular, o la STS de 12 de febrero de 2008) imponen en general una cierta inversión de la carga probatoria respecto de la inevitabilidad de un daño que es anormal y resultado directo del acto médico".

Don Luis Enrique y Zurich España, Cia de Seguros y Reaseguros S.A. formulan recursos de casación idénticos, interesando además la aseguradora recurso extraordinario por infracción procesal.

**SEGUNDO.-** Ambos recursos se desestiman por razones obvias. El de casación, en el que se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1902 Código Civil, en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido este último a la vulneración de las reglas de la distribución de la carga de la prueba, porque se está cuestionando la valoración de la prueba y porque tampoco hay realmente un daño desproporcionado que contradiga la doctrina jurisprudencial al respecto, pese a lo que dice la sentencia, sino imputación directa del daño al anestesista que produjo una lesión en las raíces nerviosas que no aparecieron espontáneamente, sino tras la punción anestésica en lugar inadecuado.

El de infracción procesal, porque se alega la infracción de una norma, como es el artículo 20, en relación con el artículo 73, ambos de la Ley de Contrato de Seguro, que no es de carácter procesal, sino sustantiva, lo que excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal. Pero es que, además, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2012, 12 de julio y 26 de octubre de 2010, 31 de enero 2011, entre otras) rechaza que constituya causa enervadora de la imposición de los intereses penitenciales el seguimiento de un procedimiento judicial para determinar la responsabilidad por el siniestro y la cuantía de la indemnización, y de que el retraso en el pago no se justifica por el retraso del tribunal en resolver la apelación, ignorando al tiempo la morosidad de la aseguradora en ofrecer una pronta satisfacción al perjudicado por el siniestro, sin discutir al tiempo la procedencia y el conocimiento del mismo en su momento.

**TERCERO.-** A tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC, en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley, las costas de los recursos se imponen a quienes los han formulado.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Zurich España, Cia de Seguros y Reaseguros SA, así como el recurso de casación de Don Luis Enrique, contra la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2013 por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona; con expresa imposición de las costas a los recurrentes. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz