

Audiencia Provincial

AP de Barcelona (Sección 11ª) Auto num. 217/2011 de 28 octubre

Sanidad.

Jurisdicción:Civil

Recurso de Apelación 796/2010

Ponente:Ilmo. Sr. D. Antonio Gómez Canal

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN 11 (CIVIL)

Don Josep Maria Bachs Estany (Presidente)

Doña María del Mar Alonso Martínez

Don Antonio Gómez Canal (Ponente).

ROLLO DE APELACIÓN 796/10

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE BARCELONA

INCIDENTE OPOSICIÓN LIQUIDACIÓN DAÑOS Y PERJUICIOS 332/09

JUICIO ORDINARIO 639/05

AUTO 217

En Barcelona, a 28 de octubre de 2011.

La Sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados, ha visto en grado de apelación el **INCIDENTE DE OPOSICIÓN A LA PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS 332/09** abierto en el juicio ordinario 639/05 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Barcelona por demanda de, representada por el Procurador y asistida por el Letrado, contra FIATC MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A

PRIMA FIJA, representada por el Procurador y asistida por el Letrado, por virtud del recurso interpuesto por la demandante contra el Auto dictado en dicho incidente en fecha 23 de septiembre de 2.009 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- RESOLUCIÓN RECURRIDA.

En el INCIDENTE DE OPOSICIÓN 332/09 promovido por FIATC MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA frente a la propuesta de liquidación de daños y perjuicios presentada por en el juicio ordinario 639/05 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Barcelona, recayó Auto el día 23 de septiembre de 2.009 cuya parte dispositiva, por lo que aquí interesa, es del siguiente tenor literal:

"Fixar en 17.300,89 euros l'import dels danys i perjudicis soferts per l'executant amb motiu de la intervenció quirúrgica prevista en la part dispositiva de la sentència que s'executa, amb els interessos de l'article 20 de la Llei del Contracte d'Assegurança, comptadors des dels quaranta dies de la notificació d'aquesta resolució a la part executada. No faig pronunciament sobre costes de l'incident de liquidació."

Segundo.- LAS PARTES EN EL RECURSO.

Contra dicha resolución la reclamante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación. Tramitado conforme a derecho, las partes fueron emplazadas ante la Superioridad compareciendo ambas.

Tercero.- TRAMITACIÓN EN LA SALA.

Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad de celebración de vista, la sesión de deliberación, votación y fallo tuvo lugar en fecha 19 de octubre de 2.011.

Cuarto.- CUMPLIMIENTO DE LOS TRÁMITES.

En la tramitación de la segunda instancia se han observado todas las prevenciones legales a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal el magistrado don Antonio Gómez Canal que actúa como ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

PRIMERO

RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR DOÑA Patricia .

I.- Planteamiento general.

1º En el juicio ordinario 639/05 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Barcelona por demanda de contra FIATC MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA recayó sentencia el día 1 de septiembre de 2.006, hoy firme, cuya parte dispositiva establece:

"Estimar parcialment la demanda interposada per la senyora Patricia contra Fiatc, Mútua de Seguros y Reaseguros, S.A. i condemnar la demandada a pagar a l'actora la quantitat de 102.453,54 euros, més els dies d'incapacitat que es derivin de la intervenció quirúrgica que, en el seu cas, se li practiqui per suprimir l'eventració que pateix i les seqüeles que resultin d'aquesta eventració, valorats tots aquests perjudicis segons el barem annex al text refós de la Llei sobre responsabilitat Civil i Assegurança en la Circulació de Vehicles a Motor, aprovat per Decret 632/1968, vigent en 6 de gener de 2004. Condemno també la demandada a pagar a l'actora els interessos de l' art. 20 de la llei del Contracte d'Assegurança, des del 6 de gener de 2004 . No faig pronunciament quant a costes." (la negrilla es nuestra).

2º mediante escrito presentado el día 2 de marzo de 2.009, fija en 56.551,12€ la indemnización derivada de la referida intervención quirúrgica: a.- días de incapacidad, 32 con estancia hospitalaria y 354 domiciliarios, b.- secuelas, impotencia sexual (10 puntos), material de osteosíntesis (10 puntos), perjuicio estético moderado (10 puntos) y c.- factor de corrección (10%).

3º Conferido legal traslado mediante providencia de 9 de marzo de 2.009 (art. 713.2º LECivil), FIATC MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA se opone a la suma resultante.

4º Seguido el incidente con arreglo a lo dispuesto en el art. 715 LECivil, en fecha 23 de septiembre de 2.009 se dicta el Auto arriba transcrito frente al que formula recurso de apelación en base a los siguientes motivos:

4.1.- Error en la valoración de la prueba, que desdobra en tres submotivos: 1.- fijación incorrecta de los días de incapacidad no hospitalaria, 2.- denegación indebida de la secuela de impotencia sexual y 3.- rechazo también incorrecto de la secuela de material de osteosíntesis.

4.2.- Error en la aplicación del art. 20 LCSeg .

La Sala, para cumplir la función revisora que le atribuyen los arts. 456.1º y 465.5º LECivil dispone del mismo material probatorio que en la instancia tras el rechazo, mediante Auto de 27 de octubre de 2.010, de la documental propuesta por la recurrente y partimos de dos premisas fundamentales:

1º Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, plasmada entre otras en S. 85/91 , Sala 2ª, de 22 de abril de 1.991 la que establece que *"la ejecución de las sentencias -configurada legalmente como realización de la resolución judicial en sus propios términos (art. 18 LOPJ)- no sólo forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 CE reconoce, sino que es también un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico (SSTC 4/1988 , 176/1985 , entre otras), el cual implica, desde luego, el derecho a un adecuado cumplimiento de lo declarado en la sentencia. Este derecho presupone que la actividad judicial en la ejecución sólo puede actuar válidamente sobre el patrimonio del condenado, ya que "si un Tribunal se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia que debe ejecutarse está vulnerando el art. 24.1 CE "* (STC 118/1986). En otras palabras, el principio proclamado en el primer inciso del art. 18.2º LOPJ parte de la base de que la resolución judicial, para bien o para mal es inamovible y tiene una doble dimensión: para el ejecutante, es garantía de que en la fase de ejecución no se va a restar ningún derecho que ya fue previamente declarado a su favor y por el contrario, para el ejecutado, la actividad ejecutiva nunca podrá rebasar el marco previamente establecido en el título.

2º Por el principio de distribución de la carga probatoria contenido en el art. 217.2º LECivil conjugado con el de facilidad del art. 217.7º LECivil , incumbía a acreditar de manera cumplida la realidad de los conceptos que reclama -días de sanidad y secuelas funcionales- advirtiendo que en caso contrario será de aplicación la regla contenida en el art. 217.1º LECivil según el cual: *"Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones"*.

II.- Error en la valoración de la prueba.

1.- *Fijación incorrecta del número de días de incapacidad temporal sin estancia hospitalaria.*

Indiscutidos los días que permaneció en situación de incapacidad transitoria con

estancia hospitalaria, 32, el submotivo persigue la ampliación del período de incapacidad domiciliaria desde un doble planteamiento:

1.1.- Ante todo, denuncia que el magistrado de instancia habría errado en el cómputo de los días de incapacidad.

El submotivo se acoge.

Partiendo aquí del criterio adoptado en la instancia sobre el período de incapacidad -inicio el día de la intervención (31/10/07), fin el día del informe del cirujano (29/5/08) y descontando los 32 días de hospitalización- resultan efectivamente un total de 180 días improductivos extrahospitalarios y no los 176 que computa el magistrado de primer grado. Esta diferencia numérica, admitida por la recurrida, no fue corregida en la instancia por la vía del art. 214 LECivil por lo que procede hacerlo en apelación.

1.2.- En segundo lugar, la discrepa del punto cronológico en el que la resolución de instancia establece la sanidad - 29/5/08 según se dijo, en base al dictamen pericial suscrito por el - considerando que debería alcanzar hasta el día 19 de noviembre de 2.008 según el perito propuesto por d, siguiendo la opinión del, médico de familia y comunitaria del CAP de Agramunt (Lleida).

El submotivo se rechaza pues la Sala comparte la argumentación contenida en la resolución recurrida. Si comparamos el estado de salud de la descrito en los informes médicos de mayo y noviembre de 2.008 observamos que es de una igualdad prácticamente absoluta: a.- persistencia de un punto de supuración en la zona intervenida, sometido a simples curas profilácticas sin tratamiento específico para su desaparición y b.- limitación de esfuerzos para evitar recidivas. Si desde la lógica de la perjudicada se considera sanada a pesar de seguir presentando esa supuración en noviembre de 2.008, no hay razón médico forense para no fijar el día final del período curativo en el mes de mayo de ese mismo año cuando presentaba idéntica sintomatología residual; se quiere decir con ello que, desde el punto de vista médico forense -otra cosa es que clínicamente fuera mejorando- el período que media entre ambos informes no comportó una mejoría en el estado de salud de la paciente que permita alargar hasta el mes de noviembre el período de incapacidad. Nótese que incluso a la fecha de redacción del dictamen (12/1/09) la *"sigue curas diarias con gasa insinuada en la zona de la herida productiva"* (folio 17) y no por ello se ha ampliado hasta esa fecha el período de curación.

2.- *Denegación indebida de la secuela de "impotencia sexual" (10 puntos).*

Revisadas las actuaciones, el motivo no puede ser acogido por dos razones:

2.1.- Ante todo, a juicio de la Sala, la existencia de esta secuela no ha quedado

suficientemente acreditada, con la consecuencia prevista en el arriba transcrito art. 217.1º LECivil . Se apoya la reclamación de la en una mención de un informe del doctor que no obra junto al dictamen pericial y del que se ignora fecha y seguimiento realizado. Tampoco consta aportado a las actuaciones a pesar del requerimiento cursado a la actora por iniciativa de la contraparte. El perito, minuto 29 y ss. de su declaración, ya expone que se trata de una secuela no objetivable y que puede tener múltiples orígenes sin que le conste que este tipo de intervención pueda provocar esa disminución del apetito sexual (33m:14s.).

2.2.- Aunque admitiéramos la pérdida de deseo sexual de la actora tras la intervención, ahora pretende equipararse a la secuela de *"lesiones vulvares y vaginales que dificulten o imposibiliten el coito"* . Ahora bien, esta analogía no reúne las notas requeridas por el art. 4.1º CCivil : sería comprensible esa secuela a raíz del acto médico originario, pero no tras una operación centrada en la zona abdominal. No queda acreditada pues la relación causal entre la pérdida de la libido con la intervención tendente a subsanar la eventración y que exige de manera ineludible la ejecutoria.

3.- *Rechazo de la apreciación de la secuela consistente en material de osteosíntesis (10 puntos).*

El motivo se acoge por las siguientes razones.

3.1.- Tal como recoge el informe que hemos considerado a efectos de alta forense, el emitido el 29 de mayo de 2.008 por -cirujano que intervino a la perjudicada- ésta, tras la intervención a que se refiere la ejecutoria: - es portadora de una malla gigante de polipropileno, material extraño a su cuerpo que puede comportar algún problema futuro (declaración, 16m.:29s. e informe "malla intolerada") y - se le ha prescrito evitar esfuerzos y llevar una faja de manera continua. En definitiva, tras la operación quirúrgica, la sra. no ha recobrado su estado de salud anterior y así lo viene a reconocer Don en la vista (23m.:41s y 24m.:16s).

3.2.- Ante esta tesitura, no parece razonable negar a la sra. el reconocimiento de esa secuela más teniendo en cuenta: - que la propia ejecutoria, en el último párrafo del fundamento jurídico sexto, ya prevé la posible implantación de la malla abdominal y su consideración como secuela (folio 10 del incidente) y - que el sistema al que se remite la Sentencia parte, al exponer los criterios generales, que dan lugar a indemnización "las lesiones permanentes, invalidantes o no" (punto 5) sin excluir la aplicación analógica a resultados lesivos no contemplados por él pero cuya existencia resulta innegable. Solo así se hará efectivo el principio general del derecho de daños de íntegra restitución al perjudicado de su situación anterior a sufrir el siniestro.

3.3.- Llegados a este punto la Sala considera que la situación resultante para la sra. - colocación de malla en el abdomen, evitar esfuerzos y llevar faja de manera permanente- es equiparable a la implantación de un material extraño en el cuerpo de la paciente ("material de osteosíntesis") y/o a la propia derivada de sufrir eventración inoperada, en la que debe evitarse su estrangulamiento. Teniendo en cuenta el margen de puntuación que ambas secuelas tienen asignado en el baremo y atendida la limitación que genera en la víctima, los 10 puntos reclamados se consideran adecuados para lograr el resarcimiento. A razón de 665,84€ el punto -atendida la edad de la sra. en el año 2.004 a que se refiere la ejecutoria- arroja un total de 6.658,4€.

III.- Error en la aplicación del art. 20 LCSeg .

La Sala, atendido el principio capital arriba proclamado de ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, sin posibilidad de alterarlas más allá de los cauces previstos en los arts. 214 y 215 LECivil -que no consta fueron empleados por la aseguradora-, ha de estimar este segundo motivo.

La resolución a ejecutar, la Sentencia de 1/9/06 , aborda el tema relativo al devengo de los intereses previstos en el art. 20 LCSeg. en su fundamento jurídico 9º y en su parte dispositiva, después de condenar a la aseguradora interpelada al pago de cantidad líquida (102.453,54€) e ilíquida (" *més els dies d'incapacitat que es derivin de la intervenció quirúrgica que, en el seu cas, se li practiqui per suprimir l'eventració que pateix i les seqüeles que resultin d'aquesta eventració...*") impone a aquélla el abono de

los intereses previstos en dicho precepto sin hacer ningún tipo de diferenciación y por tanto, comprendiendo las dos categorías de condenas.

Si ello es así, en ejecución de dicha resolución, no es posible modular el alcance de la condena impuesta por aplicación del art. 20 LCSeg . de forma incondicionada, más teniendo en cuenta que: a.- este precepto, que tipifica una auténtica sanción civil, opera con absoluta independencia de la liquidez de la suma a satisfacer con carácter principal (SsTS de 4/6/06 , 9/2 , 14/6 , 2/7 y 16/11 de 2.007 , 29/9 y 1/10 de 2010 citadas por la de 19 de mayo de 2.011) y - que la aseguradora/recurrida, a pesar de haber hecho frente a los gastos derivados de la intervención quirúrgica (folios 437 a 440), ninguna suma consta que abonara a la sra. en cumplimiento de la ejecutoria antes del seguimiento del presente incidente. Esta actitud remisa la hace merecedora de la sanción prevista en el tantas veces referido art. 20 LCSeg .

Es por ello que se estimará este segundo motivo del recurso de tal forma que la suma ahora liquidada, tal como impuso la ejecutoria -aclarando que debe seguirse el

sistema del doble tramo (STS del Pleno de 1 de marzo de 2007 seguida por otras muchas , 11/12/07 , 1/7/08 , 6/2/09 y 29/9/10)-, quedará sujeta al devengo del interés legal al tipo vigente cada día incrementado en un 50% desde el 6 de enero de 2.004 hasta el 6 de enero de 2.006, momento a partir del cual y hasta la consignación liberatoria o el pago completo el interés no podrá ser inferior al 20% anual.

IV.- Recapitulación.

Si retomamos lo visto hasta este momento procederá, con estimación parcial del recurso interpuesto por la parte beneficiada, revocar en parte el Auto de 23 de septiembre de 2.009 y en su lugar:

1º Fijar en 24.826,72€ la suma a satisfacer por FIATC MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA a favor de DOÑA en cumplimiento del fallo de la Sentencia de 1 de septiembre de 2.006 resultante de adicionar, a las sumas y conceptos sobre los que existió conformidad en la primera instancia, los siguientes: - 4 días de incapacidad temporal impeditivos sin estancia hospitalaria (183,25€), - 10 puntos por secuela funcional (6.658,4€), - el 10% de factor de corrección sobre las anteriores cantidades, tal como aplica el magistrado de instancia.

2º Dictaminar que la suma anterior merita el interés legal incrementado en un 50% desde el día 6 de enero de 2.004 hasta el día 6 de enero de 2.006, momento a partir del cual y hasta la consignación liberatoria o el pago completo el interés no podrá ser inferior al 20% anual.

Segundo

SEGUNDO

COSTAS DE APELACIÓN.

La estimación aunque sea parcial del recurso interpuesto por DOÑA y la aplicación del artículo 398.2º LECivil justifica que las costas causadas por su tramitación no se impongan a ninguna de las partes.

Tercero

TERCERO

DEPÓSITO PARA RECURRIR.

Estimado el recurso de apelación, conforme al punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por 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, se

dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

PARTE DISPOSITIVA

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DOÑA contra el Auto dictado en fecha 23 de septiembre de 2.009 en el INCIDENTE DE OPOSICIÓN A LA LIQUIDACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS 332/09 abierto en el juicio ordinario 639/05 seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de los de Barcelona y en consecuencia:

1º **REVOCAMOS** en parte dicha resolución y en su lugar:

1.1.- fijamos en VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTISÉIS EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (24.826,72€) la suma a satisfacer por FIATC MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA a favor de DOÑA en cumplimiento del fallo de la Sentencia de 1 de septiembre de 2.006 (*" més els dies d'incapacitat que es derivin de la intervenció quirúrgica que, en el seu cas, se li practiqui per suprimir l'eventració que pateix i les seqüeles que resultin d'aquesta eventració, valorats tots aquests perjudicis segons el barem annex al text refós de la Llei sobre responsabilitat Civil i Assegurança en la Circulació de Vehicles a Motor, aprovat per Decret 632/1968, vigent en 6 de gener de 2004"*).

1.2.- dictaminamos que la suma anterior merita el interés legal incrementado en un 50% desde el día 6 de enero de 2.004 hasta el día 6 de enero de 2.006, momento a partir del cual y hasta la consignación liberatoria o el pago completo el interés no podrá ser inferior al 20% anual.

2º Las costas causadas por la tramitación del recurso de apelación no se imponen a ninguna de las partes.

3º El depósito constituido para formular el recurso de apelación será íntegramente restituido a DOÑA.

Notifíquese a las partes en legal forma comunicándoles que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Inclúyase en el libro de resoluciones definitivas dejando testimonio en los autos de su razón procediendo a la devolución de las actuaciones al juzgado para que cumpla lo ordenado.

Así lo pronunciamos y firmamos.