

# Audiencia Provincial

## AP de Madrid (Sección 11ª) Sentencia num. 164/2014 de 7 abril

**SEGURO:** CONTRATO DE SEGURO: SEGURO DE ENFERMEDAD Y ASISTENCIA SANITARIA: reclamación de indemnización: estimación: incumplimiento contractual de la aseguradora derivada de un evidente dilación en la asistencia sanitaria al demandante, con grave riesgo para la salud: existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y el hospital donde se realizan las pruebas médicas: la entidad aseguradora no actúa como simple intermediario entre el médico y el asegurado, sino que garantiza el servicio.

**Jurisdicción:**Civil

Recurso de Apelación 335/2013

**Ponente:**Ilmo. Sr. D. María Margarita Vega de la Huerga

La Sección 11ª de la AP de Madrid **declara haber lugar en parte** al recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia.

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2013/0005586

**Recurso de Apelación 335/2013**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 03 de Móstoles

Autos de Procedimiento Ordinario 856/2011

**APELANTE:** ANTARES, SA DE SEGUROS DE VIDA Y

PROCURADOR D./Dña.

**APELADO:** D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

**SENTENCIA**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

**D. ANTONIO GARCÍA PAREDES**

**D. CESÁREO DURO VENTURA**

**Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA**

En Madrid, a siete de abril de dos mil catorce.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 856/2011 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 03 de Móstoles a instancia de **SEGUROS DE VIDAY PENSIONESANTARES S.A.** como parte apelante, representada por la Procuradora Dña. contra **D.** como parte apelada, representado por el Procurador D. todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 10/12/2012 .

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **DÑA. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA.**

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 03 de Móstoles se dictó Sentencia de fecha 10/12/2012 , cuyo fallo es el tenor siguiente:

"Que estimando, íntegramente, la demanda planteada por el Procurador Don en nombre y representación de DON contra SEGUROS DE VIDA Y PENSIONES ANTARES, S.A., debo condenar a la demandada a que abone al actor la cantidad de TREINTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NUEVE EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS (38.509,10 €) con los intereses del artículo 20 desde el 9 de junio de 2.010 y con imposición a la demandada de las costas procesales causadas."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de SEGUROS DE VIDA Y PENSIONES ANTARES S.A., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que

formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

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

## II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, en tanto no se opongan a los que se recogen a continuación.

### PRIMERO

El presente recurso trae causa del juicio ordinario promovido don contra la mercantil Seguros de Vida y Pensiones Antares S.A. (en adelante Seguros Antares), tramitado en el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Móstoles, con el número de autos 856/2011, sobre reclamación de 38.509,10 €, en virtud de la póliza de seguro concertada con la demandada.

La sentencia estima la demanda, al considerar que la aseguradora demandada ha incurrido en un incumplimiento contractual, derivado de la no prestación de la atención sanitaria debida al demandante, que estaba asegurado en dicha entidad al amparo de la póliza de seguro colectivo, por ser empleado el demandante de la Compañía Telefónica de España S.A. Añade que en un primer momento la demandada actuó con diligencia al practicar al actor un TAC el 21 de mayo de 2010 a instancia de la neumóloga, pero *"no se entiende muy bien cómo ante los antecedentes del actor, los resultados no se ponen de manifiesto hasta el 8 de junio y ante la clara recidiva que ponía de manifiesto dicha prueba diagnóstica, no se da cita con el oncólogo hasta el 23 de junio"* . Condena a la demandada al pago de la cantidad reclamada más los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde el momento en que no se prestó adecuadamente el servicio, esto es el 9 de junio de 2010 en que se solicitó la cita con el oncólogo.

Contra dicha sentencia formulan recurso de apelación la demandada en base a las siguientes alegaciones:

1.- error del juzgador de instancia en la omisión de hechos relevantes debidamente acreditados y error en valoración de la prueba practicada.

\*Así o mite la sentencia que ante el retraso del Hospital Montepríncipe, Seguros Antares tiene un gran número de centros concertados en Madrid en la especialidad de Oncología que podrían haber atendido al actor y que no fueron utilizados por este.

La relación de dichos centros consta en el documento 14 de la demanda, y según el testigo doctor oncólogo de la Clínica Universitaria de Navarra existían los centros de la Fundación Jiménez Díaz, la clínica Anderson Internacional o el Hospital Quirón, que son concertados en los que se podría haber administrado el tratamiento de quimioterapia al demandante. Asimismo es un hecho relevante sobre el que no se pronuncia la sentencia recurrida, que cuando se produce el retraso que se imputa a la actora el demandante no se dirigiera a aquella para tener una solución. Del mismo modo no ha sido valorado por la sentencia el informe de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que no aprecia incumplimiento contractual. Asimismo ha quedado acreditado que la demandada no presta ni organiza la prestación de los servicios sanitarios del Hospital Montepíncipe.

\*Existe error en la valoración de las tres testificales médicas practicadas al no haber tenido en consideración el juzgador las graves contradicciones del testigo Don entre sus informes y lo que declaró en el juicio. Se produce contradicción en el relato del demandante respecto a cuándo se produce la urgencia médica y que administrar el tratamiento "lo antes posible" no coincide con el concepto de urgencia médica caracterizada por la inmediatez. No existe discrepancia en las testificales médicas respecto a que el resto de ciclos de quimioterapia no tienen el carácter de urgencia médica y podían haberse prestado en cualquier otro centro médico. Por lo que la demandada-apelante indica que en cualquier caso el importe de la condena impuesta debería verse limitado al importe abonado por la administración del primer ciclo de quimioterapia.

2.- Infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia en que incurre la sentencia apelada. Vulneración del de la (LEC ), así como de los y del (CC ) .

--La sentencia no se pronuncia respecto a la causa por la que continuó el demandante el tratamiento de los ciclos posteriores en la clínica Navarra, y los apartados III, IV y V de la condición general cuarta de la póliza excluye los servicios prestados por facultativos y centros no concertados, si bien se permite la atención de urgencias en centros no concertados para casos de urgencia vital, estableciendo la obligación del asegurado de comunicar esta circunstancia en el plazo de 72 horas con el fin de trasladarle a uno de los centros que tenga concertados, siempre que su situación clínica lo permita, actuación ésta que no se produjo por parte del actor.

-- La sentencia recurrida imputa responsabilidad por hecho de otro del del CC , sin tener en cuenta que la demandada no da instrucciones ni ejerce control sobre la actividad del centro concertado.

3.- Sobre la condena al pago de los intereses del artículo 20 de la LCS . Entiende

que aquí no proceden en virtud del apartado 8º de dicha norma legal, ya que en este caso existe controversia jurídica respecto a la procedencia de la indemnización objeto de la condena siendo necesaria su resolución en vía judicial.

A dicho recurso se opone el demandante, exponiendo sus razones en contra de cada uno de los motivos en los que se basa la apelación, para concluir con la solicitud de que la sentencia sea confirmada.

## SEGUNDO

La sentencia apelada contiene un relato minucioso y detallado de los hitos temporales a tener en cuenta en este caso y que a los meros efectos de encuadrar la cuestión objeto de litigio, resumimos en los siguientes: don nacido el NUM000 -1946, como empleado de la Compañía Telefónica de España tenía contrato de seguro de asistencia médico-quirúrgica y hospitalaria con la demandada, habiendo sido operado de pulmón en mayo del 2004 en el Hospital universitario "Madrid Montepíncipe", concertado con la aseguradora demandada. En diciembre de 2009 acude a revisión al Hospital Montepíncipe siendo esta calificada como de normal. Sin embargo en la primavera del 2010 comienza con síntomas de tos irritativa, cansancio y pérdida de peso por lo que el 20 de mayo de 2010 acude a la consulta de la doctora Mónica (neumóloga) y al día siguiente se le practica un TAC que reveló un aumento de nodularidad con afectación metastásica pulmonar, siendo citado con la referida neumóloga el 8 de junio con objeto de darle los resultados, la que le indica que acuda al oncólogo. Previa petición del paciente para el departamento de Oncología le dieron cita para el día 23 de junio . Ante esta situación el demandante, acude a la Clínica Universitaria de Navarra (que no está incluida en la relación de centros concertados con la aseguradora), siendo atendido en consulta el 9 de junio por el especialista en oncología y medicina de familia, Don. donde tras la realización de una serie de pruebas se le diagnostica un *adenocarcinoma de origen pulmonar estadio III B* , recibiendo el 18 de junio la primera sesión de quimioterapia y continuando en dicho centro el tratamiento con periódicas sesiones de quimioterapia, en concreto ocho, hasta noviembre del 2010.

Partiendo de estos datos lo primero que salta a la vista, es la evidente demora en la atención al demandante por parte del centro concertado con Seguros Antares, desde que se le realiza el TAC el 21 de mayo de 2010 hasta que se le cita en consulta el 8 de junio y se le da cita para el departamento de Oncología el 23 de dicho mes. Es decir, que ante el resultado, sin duda alarmante para la salud del demandante, se dejan transcurrir 18 días hasta la cita en consulta para valorar los resultados, ya conocidos por el hospital, y tras esta, y a pesar de la urgencia en el inicio del tratamiento correspondiente, se pretende la espera por otros 15 días más hasta ser visto por el

departamento de Oncología del referido hospital, donde -se entiende-deberían pautarse las sesiones de quimioterapia que precisaba el demandante, y que empezarían más tarde. Ante esta situación, y sin que conste que el centro médico le facilitara otra solución (como podía ser derivarle a otro centro concertado con Seguros Antares), se entiende justificada la conducta del paciente y asegurado, don en acudir a otro hospital, de reconocido prestigio como la Clínica Universitaria de Navarra, para el tratamiento de su grave enfermedad.

Pero si profundizamos en el contenido de los informes médicos y declaraciones de los doctores que vieron al demandante, tanto en el Hospital "Madrid Montepríncipe" como en Clínica Universitaria de Navarra, se concluye una evidente dilación en la asistencia sanitaria al demandante, con grave riesgo para la salud de este que constituye incumplimiento contractual de Seguros Antares. Conclusión de esta sala, coincidente con la del Juzgador "a quo", que se apoya en lo que se razona a continuación.

### TERCERO

Plantea en primer lugar la apelante que la sentencia incurre en incongruencia omisiva, al no haber tenido en cuenta hechos relevantes debidamente acreditados.

En virtud de la póliza suscrita entre don y la aseguradora demandada, esta última asume en los términos y con los límites que se expresan en las condiciones generales especiales y particulares y/o en el cuestionario de declaración de riesgo la asistencia médico-quirúrgica y hospitalaria en toda clase de enfermedades o lesiones comprendidas... en la descripción de los servicios de la póliza, previo cobro de la prima correspondiente... El asegurado podrá acceder a los centros médicos y facultativos que formen el cuadro médico de la entidad. Entre las garantías cubiertas se encuentra en el apartado 24 la "Oncología médica", que incluye las consultas, el estudio, el tratamiento e intervenciones quirúrgicas de enfermedades tumorales. Se incluye la quimioterapia. En el apartado 25, relativo a "Oncología radio terapeuta", la cobertura incluye el tratamiento de enfermedades tumorales mediante radioterapia.

En cuanto a los hechos acreditados que considera la aseguradora omitidos , tal y como se ha recogido en el fundamento de derecho primero, procede realizar las siguientes consideraciones.

Sobre la congruencia de las sentencias, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que se resume en la y a la que se refiere la que el deber de congruencia que pesa sobre las sentencias se resume en la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existiendo allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensión procesal,

no está sustancialmente alterada, y entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos rectores del proceso y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos, debiéndose distinguir las verdaderas pretensiones de aquellas peticiones que constituyen simples presupuestos o antecedentes de éstas. La incongruencia, como recuerda la mencionada, no debe ser confundida con la falta de motivación, pues aun cuando la segunda puede determinar la primera, la incongruencia omisiva exige la falta de respuesta sobre algún punto esencial o cuestión sustancial del pleito; aparte de que, como también precisa aquella Sentencia, no es dable confundir una falta de motivación o una motivación insuficiente con una motivación parca o sucinta, pero bastante para entender que se ha dado justificación o explicación jurídica a la respuesta judicial.

Debe añadirse a lo anterior que no se incurre en incongruencia por no contestar a todas y cada una de las afirmaciones o razonamientos jurídicos expuestos en los escritos procesales, pues el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando se resuelven genéricamente las pretensiones de las partes, aunque no haya pronunciamiento concreto sobre las alegaciones expuestas y: como recuerda la, que cita las y de desde el punto de vista de tutela judicial el deber de congruencia consiste en el derecho a obtener una respuesta motivada y fundada en Derecho no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda resultar discutible o quepa disentir de ella(...)".

Por su parte la (rec. 8110/2009 ) razona que "Para apreciar la existencia de una incongruencia omisiva ha de comprobarse si la cuestión fue suscitada en el momento procesal oportuno debiendo valorarse, a estos efectos, si razonablemente puede interpretarse el silencio judicial como una desestimación tácita En el mismo sentido la sentencia de 13 noviembre 2000 , declara que no toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas, o todo defecto procesal por el que se hubiese dejado incontestado algún extremo del debate procesal suscitado entre las partes, produce una automática vulneración del derecho reconocido en el artículo. 24.1 de la Constitución , pues sólo han de estimarse constitucionalmente relevantes, a estos efectos, aquellas incongruencias omisivas que hayan colocado a la parte en una verdadera situación material de indefensión y por otra parte, la consecuencia de nulidad que se deriva de una sentencia incongruente o falta de motivación podría verse paliada si estimamos posible la subsanación del defecto, en base al criterio restrictivo con el que la Ley entiende que debe declararse la nulidad de los actos procesales, supliendo en esta segunda instancia las incongruencias apreciadas en la sentencia recurrida, dada la naturaleza jurídica del recurso de apelación y su efecto devolutivo que confiere a este Tribunal plena competencia para revisar todo lo

*actuado por el Juzgado de instancia, en lo que afecta tanto a las cuestiones de hecho como de derecho (...)."*

Los hechos o circunstancias que relata el recurso como omitidos por el juzgador a quo o no son tales o carecen de la relevancia que les da la apelante o han de interpretarse desestimados tácitamente. En todo caso ninguno de ellos, en la consideración dada por el apelante, afectarían al fallo de la sentencia estimatorio de la demanda. Veamos: no se discute que existen otros centros concertados con la aseguradora demandada que podían haber prestado asistencia a don centros cuya competencia profesional no se cuestiona ni es objeto del pleito. Pero lo cierto es que, en este caso, el demandante fue operado en el año 2004 en el Hospital "Madrid Montepíncipe", adonde acudió en la primavera del 2010 al encontrarse cansado, con tos y dificultad respiratoria. Conducta lógica y de sentido común puesto que el paciente es consciente de que su historial y antecedentes médicos estaban en aquel hospital. La diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de la aseguradora demandada ha de valorarse en la atención concreta y puntual ofrecida por el centro al que acude el paciente, debiendo ser dicha aseguradora en todo caso la que facilitase al paciente otro centro concertado, si existiera alguna dificultad o circunstancia que impidiera una atención adecuada, que en este caso implicaba una atención inmediata dada la gravedad de la patología que presentaba don pues no cabe olvidar que seis años después de haber sido intervenido de cáncer de pulmón se le diagnosticó metástasis en un estadio III B, de mal pronóstico. No puede escudarse la demandada en que había más centros concertados en el listado de la aseguradora a los que pudo haber acudido el paciente.

En cuanto al documento obrante al folio 226 de los autos, se trata de la respuesta dada por el servicio de reclamaciones de la dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones , dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, que no lleva fecha, y que se limita a manifestar que la cuestión excede del ámbito de las competencias atribuidas a dicho servicio, que se circunscriben a determinar posibles incumplimientos de contratos de seguro, y, en ningún caso, entra a valorar la actuación de profesionales, en base a lo cual desestima la reclamación de don Luciano . Hasta aquí el contenido que alega la aseguradora por entender que le es favorable. Sin embargo también añade dicho informe que se da traslado de la queja a la entidad aseguradora " *como responsable del personal médico que contrata y que incluye en sus cuadros médicos, sin que pueda desentenderse de la actuación de los mismos, debiendo velar para que dichos profesionales realicen de forma correcta las asistencias previstas en las pólizas en base a la buena práctica aseguradora. No es con el profesional médico con quien el asegurado ha firmado la citada póliza sino con la aseguradora, lo que implica la prestación de una asistencia correcta, debiendo*



*responder ante las irregularidades que se observen en este sentido ". Por último consta en dicho informe que se pone de manifiesto a las partes "el derecho que les asiste de acudir a los tribunales de justicia para resolver las diferencias que puedan plantearse entre ellos sobre la interpretación y cumplimiento del contrato de seguro". Y esto es precisamente lo que ha hecho el asegurado, demandar a la aseguradora como responsable de la prestación de una asistencia sanitaria correcta. Se trata pues de un argumento que está más a favor de la postura del demandante, lejos de la interpretación interesada de la apelante. Todo ello sin olvidar que es a los tribunales de justicia a los que compete resolver conforme a derecho el alegado incumplimiento contractual.*

*El alegato de que la demandada no presta ni organiza la prestación de los servicios sanitarios del Hospital Montepíncipe tampoco ha de prosperar , pues como razona la rec. 2701/2004 , ) "Las prestaciones del contrato de seguro de asistencia sanitaria no se limitan a facilitar los servicios sanitarios a través facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas. El art.105 le da un carácter más amplio diferenciándolo del seguro de enfermedad al señalar que: "Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan". Ahora bien...este carácter netamente contractual no supone confusión alguna de los ámbitos de la responsabilidad. "Se hacen con un solo designio; dejar claro que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual en la que nos movemos".*

*De esa forma, se llega a la condena por vía del art.1903(...). La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá,en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela . El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica con arreglo a los criterios subjetivos u objetivos mediante los cuales debe apreciarse en este tipo de responsabilidad médica o sanitaria. Estamos ante unas prestaciones que resultan del contrato de seguro, contrato que no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la Póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del de la con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo, que impone la propia*

*aseguradora para ponerlos a disposición del paciente al que se le impide acudir a un profesional o centro hospitalario distinto y que puede resultar defraudado por una asistencia carente de la diligencia y pericia debida por parte de quienes le atienden".*

Por este tribunal ( secc. 11ª de la AP de Madrid) ya se dijo en la (rec.17/2009 , ), referida por el demandante en su demanda y escrito de oposición al recurso, que: "*Por el seguro de enfermedad el asegurador se obliga, dentro de los límites de la póliza, en caso de producirse una enfermedad del asegurado, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Mientras que en el seguro de asistencia sanitaria el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan.*

*De acuerdo con la sistemática de la LCS , que se rige por el criterio de la naturaleza del riesgo asegurado, el seguro de asistencia sanitaria se incluye dentro de los seguros de personas (pues busca en último término preservar la salud de la persona asegurada), pero de acuerdo con el tipo de prestación asumido por el asegurador puede decirse que constituye una modalidad de seguro asistencial, distinta por tanto de los seguros de indemnización efectiva (seguros de daños) y de los seguros de sumas (seguros de vida); esto es, forma parte de aquellos seguros en los que el asegurador se compromete, a cambio del pago de una prima, a prestar al asegurado determinados servicios para el caso de que se produzca el siniestro objeto de la cobertura; en este caso, alguna enfermedad o lesión corporal del asegurado. Así, por el seguro de asistencia sanitaria el asegurador se obliga, caso de presentarse alguna enfermedad o lesión corporal en el asegurado, a prestar "directamente" alguno de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios de entre los comprendidos en la póliza, cobrando a cambio una prima por parte del asegurado (...). El contrato de arrendamiento de servicios que tiene lugar entre el médico y la entidad aseguradora tiene por objeto la prestación de servicios profesionales a los asegurados de la segunda cuando estos lo soliciten en virtud del contrato de seguro de asistencia sanitaria que les une con la aseguradora; de modo que, comprometiéndose la aseguradora a prestar "directamente" servicios médicos y quirúrgicos, si cumple la prestación por medio de terceros profesionales de la medicina se establece una relación de dependencia funcional y económica entre ambos que hace responsable necesariamente al asegurador de las actuaciones negligentes de los facultativos integrados en su cuadro médico...Esa relación de dependencia se manifiesta, entre otras cosas, en la organización misma de sus plantillas médicas y hospitalarias por las aseguradoras de asistencia sanitaria, en la necesaria sujeción de determinadas pruebas clínicas y prácticas quirúrgicas a la autorización de la compañía aseguradora, en la existencia manifiesta de*

*determinadas exigencias a los facultativos que forman parte de su cuadro médico, relacionadas por ejemplo con la tenencia y renovación de determinados materiales (según la especialidad) así como con la obligatoria suscripción de un seguro de responsabilidad civil hasta una cierta cantidad; y -aunque no se desprenda palmariamente de los contratos de servicios- en la más que presumible existencia de recomendaciones o sugerencias sobre concretas prácticas clínicas u hospitalarias...De modo, en definitiva, que la compañía de asistencia sanitaria respondería tanto por hecho ajeno (responsabilidad extracontractual, ex artículo 1903,4º como por hecho propio (responsabilidad contractual, ex LCS y 1101 CC ), pues el daño provocado por la actuación culposa o negligente del facultativo integrado en su cuadro médico supone un incumplimiento contractual al verse defraudadas las expectativas legítimas (de garantía de calidad del servicio, etc.) del asegurado cuando contrató ese seguro".*

Teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial expuesta se rechaza la alegación de la aseguradora, cuya responsabilidad viene aquí determinada por la demora injustificada en la prestación de los servicios hospitalarios ante una enfermedad grave del paciente, lo que nos permite también acudir a la legislación protectora de consumidores, pues como dice la STS antes mencionada *"la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha ( SSTS de 5 de febrero de 2001*

#### CUARTO

*.- Sobre el error en la valoración de las tres testificales médicas practicadas *al no haber tenido en consideración el juzgador las graves contradicciones del testigo Don Agustín , entre sus informes y lo que declaró en el juicio.**

Este motivo tampoco se estima.

Pretende la demandada-apelante justificar, en base fundamentalmente a las declaraciones de los dos doctores que atendieron al demandante en el Hospital Madrid Montepríncipe que no existe, en definitiva, prueba concluyente sobre la urgencia en el tratamiento del actor, pues una cosa es la necesidad de que se preste "lo antes posible" y otra que deba ser "inmediato". Sin embargo, examinados los informes obrantes en autos y visionada la grabación tanto del juicio como de la diligencia final, este tribunal no comparte las valoraciones de la aseguradora por cuanto frente a los criterios, más bien de carácter general, manifestados por Doña y el doctor neumóloga y oncólogo respectivamente, del Hospital Madrid Montepríncipe, que coinciden en que la demora de una o dos semanas, o incluso un mes o más en el

inicio del tratamiento no afectaba al pronóstico del tumor que padecía el demandante, se alza la rotundidad del doctor oncólogo del Hospital Universitario de Navarra, cuando declara que en este caso concreto se trataba de un tumor de una agresividad pocas veces vista, donde si no se empezaba el tratamiento de quimioterapia muy pronto (es decir en 1,2,3 o 4 días desde que se tiene la confirmación del tipo de tumor y los resultados de las pruebas necesarias -como biopsia y determinación genética-) se podía temer por la vida del paciente. Explica Don. que el carácter tan agresivo del tumor se deriva del hecho de que la revisión de diciembre del 2009 del Hospital Montepríncipe, que él considera muy bien realizada, fue normal y sin embargo en mayo de 2010 aparece ya una recidiva clarísima, de carácter grave; y además se confirma a la vista del preocupante empeoramiento de don que se produce en los pocos días transcurridos desde la primera consulta donde le ve en el H. Universitario de Navarra, el 9-6-10, y la consulta el día 18 de ese mismo mes para explicarle el tratamiento de quimioterapia, cuyo primer ciclo recibe ese mismo día. No se observa ninguna contradicción entre las declaraciones del doctor y sus informes obrantes en autos. Según declara, tras la realización de las pruebas necesarias como la toma de biopsia y la determinación genética, necesarias para la prescripción adecuada del tratamiento, la inmediatez de éste viene exigida precisamente por la evolución del paciente, que presentaba síntomas de insuficiencia respiratoria, pérdida de peso y de apetito y dificultades para dormir, de manera que de retrasar el inicio del tratamiento dichos síntomas impedirían precisamente el inicio de la quimioterapia, que no puede aplicarse a un paciente con un estado general malo como por ejemplo si hace una trombosis pulmonar, o se agudiza la insuficiencia respiratoria o se produce una neumonía. Ninguna duda ha tenido este tribunal ante tales explicaciones, que abonan la tesis de la demanda, por ser así mismo realizadas en función del paciente concreto, (don Luciano ), con las peculiaridades propias de su enfermedad, y no en general sobre este tipo de tumores. Se trata pues de una valoración correcta de la prueba practicada.

Así sobre la valoración de la prueba testifical , recuerda la "que ha de tenerse en cuenta que es reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial (SS.T.S. de 26 de mayo y 7 de julio y 8 de noviembre de 1989 , 30 de noviembre de 1990, 10 de octubre de 1995 entre otras), que el art. 1.248 del así como el art. 659LEC de 1881 , sustituidos hoy por el 1/2000 -"Valoración de las declaraciones de testigos. Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica..." , contiene sólo una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de prueba, y el mismo, faculta al juzgador de la instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica...teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos

concurran...operando como límites valorativos las conclusiones obtenidas de las mismas que se evidencien arbitrarias, irracionales o contrarias a la razón de ciencia y demás circunstancias de los testigos deponentes", lo que no se aprecia en el presente supuesto.

La apelante se enreda, permítasenos la expresión, en disquisiciones más bien semánticas, sobre el alcance de la afirmación de administrar el tratamiento "*lo antes posible*" que no coincide -se dice- con el concepto de urgencia médica caracterizada por la *inmediatez*. Se trata de referencias temporales, y en el caso concreto lo *inmediato* era la necesidad de empezar con la quimioterapia pues en otro caso ya no hubiera habido tratamiento posible (salvo el meramente paliativo). Y dicho tratamiento ya era necesario en mayo de 2010, a la vista del TAC que se le hace el 21-5-10 en el H. Montepíncipe. En este paciente tratarle "lo antes posible", es cuestión de unos pocos días: uno, dos, tres o cuatro, no más, so pena de provocar una situación irreversible.

La cuestión radica por tanto en que desde el escáner o TAC hecho al demandante el 21-5-10 por el centro concertado, cuando ya se describe una recidiva de su cáncer grave, habría que haber actuado con mayor diligencia (prontitud) en la prescripción e inicio de la quimioterapia, y sin embargo si le ve la neumóloga el 8-6-10 y luego se le da cita para el servicio de oncología el 23 de dicho mes, lo cierto es (como afirma el Dr. Agustín ) que la quimio no podría empezarse antes de julio-agosto de 2010, con grave riesgo para la vida del paciente.

Tras el primer ciclo de quimio, don Luciano pudo seguir con los demás en algún hospital concertado en Madrid con Seguros Antares. Pero no es contrario a la lógica y sentido común entender que en temas de salud, y con una enfermedad tan grave y preocupante como la que tenía el demandante, es esencial la confianza del paciente en su médico, y aquí se evidencia que se había perdido en el centro de referencia (H. Montepíncipe de Madrid), lo que justifica, a nuestro criterio, que el demandante decidiera continuar con el tratamiento en Navarra.

## QUINTO

### Infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia en que incurre la sentencia apelada. Vulneración del

Debemos estar a lo dicho antes sobre las cuestiones que se repiten en este motivo del recurso, como la alegada incongruencia de la sentencia, sin perjuicio de considerar completados los argumentos contenidos en aquélla con los aquí expuestos.

Anuda las normas que entiende vulneradas con el contenido de la póliza suscrita entre el demandante y Seguros Antares (interpretación de los contratos, Efectivamente esta cubre los gastos de asistencia médica prestada en los centros concertados, no estando entre ellos la Clínica de Navarra. En cuanto a los conceptos excluidos, al folio 45 de los autos, están la asistencia de urgencia en clínicas no concertadas para tal cometido, excepto supuestos *de urgencia vital*, en cuyo caso el asegurador se hará responsable de los gastos médico-asistenciales ocasionados en centros privados, debiendo el asegurado comunicarlo en el plazo de 72 horas con el fin de trasladarle a uno de los centros que tenga concertados, siempre que su situación clínica lo permita. No describe la póliza que se entiende por urgencia vital, si bien de los interrogatorios practicados en el acto del juicio a los tres doctores se indican supuestos concretos que requieren ingreso hospitalario urgente, como los de neumonía, infartos, apendicitis etcétera. El demandante no precisaba ingreso, y el tratamiento se le practicó en régimen ambulatorio, pero como declaró en el juicio Don Agustín, desde su posición privilegiada por haber tratado desde el primer momento al demandante, la atención dispensada al paciente en la clínica de Navarra ha sido de urgencia, dado que el tumor era de una agresividad pocas veces vista, pues tras una revisión normal en diciembre aparece con recidiva en mayo del 2010, pudiendo temerse por su vida de no empezar pronto con la quimioterapia, y el gran deterioro clínico observado en don Luciano desde el 9 al 18 de junio de 2010 es lo que indicaba la urgencia del tratamiento. Nos parecen suficientemente claras tales explicaciones para justificar la necesidad de iniciar con prontitud el tratamiento, así como confirman el riesgo de llegar a una situación irreversible para la supervivencia del paciente de no actuar con rapidez. No estamos por tanto en el supuesto recogido en el apartado 6 de las exclusiones, antes mencionado, que parece más bien referido a situaciones de ingresos por urgencia, sin que se aprecie en definitiva vulneración de los preceptos legales mencionados en el recurso.

Ya nos hemos referido en anteriores fundamentos de derecho a la procedencia de aplicar en este caso el según el cual la obligación que impone el artículo anterior (la obligación de reparar el daño causado a otro por acción u omisión cuando interviene culpa o negligencia) es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Y también hemos reseñado que la obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. Pero es que además existe otro dato importante en los autos como es el documento 17 de la demanda, consistente en carta remitida a don el 17 de diciembre de 2010 por el director médico del Hospital Montepíncipe, señor en la que se piden disculpas por la descoordinación

que sufrió, y se dice que *el protocolo de funcionamiento interno exige que los tumores sean vistos por el servicio de Oncología lo antes posible, entendiendo que 14 días no es asumible ...aunque fue debido a que la persona responsable del programa de pulmón esos días no estaba disponible* , para concluir que *ha dado orden tanto al personal médico como al servicio de Oncología para que se asigne en las peticiones de interconsulta de pacientes con tumores, el calificativo de preferente para que sean atendidos en un plazo máximo de 5 días*. Esta carta es reconocida por su autor en el acto del juicio, quien sin embargo (y quizá ante las consecuencias que de la misma puedan derivarse), declara que después, *visto el tema judicial, entiende que cometió un error porque las fechas no eran así*, al haber comprobado que la cita para el departamento de Oncología no fue solicitada por el paciente hasta el 14-6-10, por lo que el día en que se le da, el 23 de junio de 2010, está dentro del protocolo interno (que fija entre 7 y 10 días como máximo). Sin duda tal precisión no resta importancia a la carta en cuestión, que admite lo que considera descoordinación del centro, sufrida por el paciente. El resultado del TAC realizado el 21 de mayo al 2010 en el Hospital Montepíncipe, podía conocerse el mismo día, por lo que -y dada la gravedad del mismo para el riesgo de la salud del paciente- la demora en las siguientes citas con la neumóloga y el servicio de Oncología no están justificadas , puesto que de seguir en dicho hospital el tratamiento que debió iniciarse ya en mayo, no podría haberse empezado hasta julio de 2010, perdiendo así un tiempo muy valioso en el remedio curativo del paciente.

Se rechaza por todo lo dicho este motivo del recurso, entendiendo bien estimada la demanda, sin que se haya impugnado la cuantificación de los gastos reclamados que comprenden el tratamiento y el alojamiento en Pamplona. La opción de asumir la demandada sólo los gastos derivados del primer ciclo de quimioterapia, no fueron atendidos en la primera instancia, como tampoco lo será en esta alzada, puesto que -como ya se ha dicho-, en temas de salud que afectan a la propia supervivencia del paciente, la confianza de este en el centro hospitalario y sus facultativos es fundamental, y el demandante por todo lo sucedido ya no la tenía en el centro concertado en la demandada. Por otro lado se trata de un tratamiento único, compuesto de varios ciclos de quimioterapia, pero dentro todos de unas pautas marcadas por el especialista.

## SEXTO

Se discute en último lugar la procedencia de los intereses recogidos en el artículo 20 de la l a cuyo pago condena la sentencia, desde el 9 de junio del 2010, fecha "en que se solicitó la cita para el oncólogo". Entiende la apelante que no proceden en virtud del apartado 8º de dicha norma legal, según la cual "*no habrá lugar a la*

*indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización...esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable",* ya que existe controversia jurídica respecto a la procedencia de la indemnización objeto de la condena.

En este punto sí se va a acoger el recurso, por cuanto se considera aquí que estamos ante un supuesto donde ha sido necesario acudir al proceso judicial para determinar la negligencia en la planificación de los recursos del centro médico concertado en la aseguradora, de la que responde esta, cuya posición de no cobertura del siniestro, estaba en principio amparada por la póliza, al tratarse de un centro no concertado aquél al que acudió el demandante.

Razona la lo siguiente:

*"QUINTO. Recargo por demora de la aseguradora.*

Según la jurisprudencia de esta Sala, superado el viejo aforismo in illiquidis non fit mora (no se produce mora tratándose 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...

Supuesto que entendemos se da en este caso, por lo que sólo proceden los intereses de mora legales desde la demanda lo que conlleva la estimación parcial del recurso.

#### SEPTIMO

Las costas de este recurso, que se estima en parte, no se imponen a ninguna de las partes, en virtud del de la como tampoco las de la primera instancia al acoger en parte la demanda

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

#### III.- FALLAMOS

ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña en nombre y representación de Seguros de Vida y Pensiones Antares S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Móstoles, en fecha 10 de diciembre de 2.012 , que se revoca en el único extremo de fijar los intereses a pagar por la demandada, la citada aseguradora, al demandante, don Luciano , en los intereses de mora del principal objeto de condena, que se devenguen desde la interposición de la demanda, sin hacer imposición de las costas causadas en



ambas instancias a ninguna de las partes.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los de la en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0335-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta sentencia, definitivamente juzgado en esta instancia, 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