

1.6. Responsabilidad civil

Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica

Direct Action against the Insurer and Valuation of Damage in Civil Liability for Medical Malpractice

por

ESTHER MONTERROSO CASADO
*Profesora titular de Derecho civil
Universidad a Distancia de Madrid*

RESUMEN: Este artículo realiza un análisis de la doctrina jurisprudencial respecto a la delimitación de la responsabilidad, la acción directa contra la aseguradora y la valoración del daño corporal causado por mala praxis médica. En el recorrido del estudio se efectúa un análisis de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2021, que presenta cuestiones relevantes. En los hechos enjuiciados se había ejercitado una acción directa contra la aseguradora del hospital tras desestimarse una reclamación administrativa a consecuencia de la mala praxis profesional. Bajo esta premisa, se realiza un análisis de las posibilidades de dicha acción contra las aseguradoras. Por otro lado, al estimarse el recurso de casación por la indebida aplicación del baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para la valoración del daño, se ha planteado la necesidad de analizar los criterios en la cuantificación del daño derivado de una negligencia médica, ya que si se aplica orientativamente el baremo indemnizatorio de accidentes de circulación, lo ha de ser con todas sus consecuencias.

ABSTRACT: *This article analyses the jurisprudential doctrine regarding the delimitation of the responsibility, the direct action against insurer, and the evaluation of damage caused in medical malpractice. An analysis is made of the the recent Supreme Court decision of September 21th, 2021, which presents relevant questions. First, in the facts under trial, a direct action had been taken against the hospital insurer after an administrative claim was dismissed as a result of the professional malpractice. Therefore, the analysis of the possibilities of such action against the insurers is necessary. On the other hand, having considered the appeal for the improper application of the scale contained in Law 35/2015, of September 22, for the valuation of the damage, it is necessary to analyze the criteria in the quantification of the derived damage of medical malpractice, since if the compensation scale for traffic accidents is applied as a guide, it must be with all its consequences.*

PALABRAS CLAVES: Indemnización por daños. Responsabilidad médica. Negligencia profesional. Acción directa. Seguro de responsabilidad civil. Valoración del daño.

KEY WORDS: *Compensation for damages. Medical liability. Direct action. Professional malpractice liability insurance. Valuation of damage.*

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA MÉDICA: 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS. 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE UN SERVICIO PÚBLICO.—II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE LA ASEGURADORA: 1. LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA ASEGURADORA. 2. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA DE UN SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA.—III. LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS POR MALA PRAXIS MÉDICA: 1. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE LA LRCSCVM A LOS DAÑOS POR NEGLIGENCIA MÉDICA. 2. EL CARÁCTER RETROACTIVO DEL BAREMO DE LA LRCSCVM.—IV. ANÁLISIS DE LA STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.ª), NÚM. 597/2021, DE 13 SEPTIEMBRE 2021: 1. RESUMEN DE LOS HECHOS. 2. RESOLUCIÓN EN PRIMERA Y EN SEGUNDA INSTANCIA. 3. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA MÉDICA

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS

A la hora de delimitar la responsabilidad por los daños causados en las actuaciones médicas debemos establecer si resultan aplicables las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual por hecho propio, teniendo en cuenta que los criterios de imputación de la responsabilidad difieren, si bien es posible que se puedan yuxtaponer o solicitar acumulativamente en un procedimiento.

De este modo, en el ámbito contractual, ante la falta de realización del servicio o de la deficiente e incompleta ejecución de la prestación pactada en las condiciones previstas en el contrato suscrito entre el paciente y el médico, se puede generar una responsabilidad civil contractual, conforme al artículo 1101 del Código civil (CC). En tal caso, se generará una indemnización de daños y perjuicios en aplicación de cuanto disponen los artículos 1124 y 1101 del Código civil. Sin embargo, resulta más habitual que el contrato lo realice el paciente con el centro sanitario, siendo este el que designe a un médico para realizar la actuación, pudiéndose entonces exigir una responsabilidad extracontractual al galeno, de conformidad con el artículo 1902 del Código civil, y contractual o extracontractual cuando la acción se dirige contra el centro (en este último caso derivado de la aplicación del art. 1903.4 CC)¹. Para imputar esta responsabilidad por hecho ajeno es precisa la negligencia de su personal, al tratarse de un auxiliar mediante el que se presta el servicio, respondiendo de todos los daños que le sean imputables en dichos ámbitos, derivados de la intervención negligente de su dependiente.

La existencia de diligencia o negligencia en la conducta del facultativo se determina cuando se pueda reprochar una vulneración de la *lex artis*, analizando el

caso concreto en el que se produce la actuación o intervención médica, atendiendo a la ciencia del momento, las especiales características, su complejidad y las circunstancias y factores endógenos que tuvieron lugar. En este sentido, tal y como señala la Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en su Sentencia de 16 de abril de 2007, «es jurisprudencia consagrada, en el concepto clásico de la responsabilidad en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso rigiéndose la actuación de los médicos, así como la de los otros profesionales sanitarios por la llamada "*lex artis ad hoc*", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que el mismo se desarrolla y tiene lugar, siguiendo el adoctrinamiento jurisprudencial asentado de que la obligación del médico no es la de curar o sanar, sino la de emplear y agotar todos los medios técnicos y avances a su alcance para tratar el mal de que se trate, es decir, adecuar su conducta conforme a la técnica normal requerida en cada caso de tal forma, que la actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de las conductas profesionales en casos análogos».

Por otro lado, es preciso recordar que, en los supuestos de mala praxis, no resulta de aplicación la normativa de consumidores y usuarios, que es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (STS, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 2013), pero no respecto a la responsabilidad civil extracontractual del profesional médico, que se establece, como venimos señalando, en virtud de la adecuación de su ejercicio profesional al cumplimiento de la *lex artis*, conforme a la responsabilidad general del Código civil.

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE UN SERVICIO PÚBLICO

Cuando la mala praxis en la actuación médica se produce bajo la cobertura de la sanidad pública en un centro público o privado (si es concertado) resultaría de aplicación el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al tratarse de un servicio público, teniendo los particulares derecho a ser indemnizados por la Administración pública por la lesión sufrida como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de dicho servicio público, exceptuando los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar (es decir, es preciso que constituya un daño antijurídico).

En virtud de lo expuesto, si nos encontramos ante una negligencia médica en el Servicio de Salud se efectuará una reclamación del daño ante la Administración sanitaria, en cuyo expediente de responsabilidad patrimonial sanitaria se determinará la existencia o no de dicha responsabilidad, que es objetiva y directa (STS, Sección 4.ª, de 22 de septiembre de 2010). Una vez que se pronuncie sobre la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida, si es admitida también lo hará sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización. En el caso de desestimación, quedaría abierta la posibilidad de impugnación de dicha decisión ante la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, como veremos más adelante, ello no impide iniciar la vía civil contra la aseguradora del hospital público, teniendo en cuenta que no todas las comunidades autónomas cuentan con un seguro de responsabilidad civil para los servicios públicos de salud, por lo que, si se diera ese caso, el particular tendría que acudir ante los tribunales contenciosos para que sea la propia Administración la que se haga cargo de la posible indemnización.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE LA ASEGURADORA

1. LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA ASEGURADORA

La víctima objeto de mala praxis médica puede demandar al médico causante del daño por su falta de diligencia en la actuación médica y al centro médico privado, como hemos analizado, pero también a la compañía aseguradora que cubra su responsabilidad civil, en virtud de la acción directa que establece el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), que permite accionar contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar:

Esta facultad procesal que la ley concede para interponer una demanda contra la aseguradora, también se permite en el caso de que el hospital público o privado concertado siempre que cuente con un seguro que cubra dicha responsabilidad civil del centro o de sus profesionales. En el caso de que se vaya a iniciar dicho procedimiento, conviene olvidar que en la vía civil se conceden los intereses de mora (art. 20 LCS), no previsto en la vía contencioso-administrativa.

2. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA DE UN SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

Cuando existe un seguro de asistencia sanitaria contratado, la aseguradora puede responder también por mala praxis, al asumir la prestación de unos servicios (derivada de la obligación de hacer del artículo 1088 CC) y una obligación de medios, consistente en suministrar al asegurado un correcto servicio de asistencia médica². De este modo, la responsabilidad de la aseguradora también surgiría si no organiza y gestiona adecuadamente la prestación de dicho servicio médico o quirúrgico, los cuales se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen (art. 105 LCS)³.

En estos casos, también se establecen relaciones de distinta naturaleza entre médico, centro u hospital y aseguradora, que conviene diferenciar. Por un lado, una relación contractual de arrendamiento de servicios, que se efectúa entre el centro sanitario o el propio médico (que trabaja como autónomo) con la aseguradora para formar parte de su cuadro médico. Por otro lado, una relación contractual derivada de la existencia de un seguro suscrito entre la asegurada y el tomador del seguro. Y, por último, una relación de naturaleza extracontractual entre el facultativo del cuadro médico de la aseguradora y el asegurado cuando este solicita una prestación médica. Por lo tanto, hay que diferenciar la responsabilidad derivada de la actividad aseguradora y de la médica ya que en el caso de que la aseguradora no preste un servicio médico adecuado sería responsable contractualmente frente al asegurado, en virtud de dicho contrato de seguro de asistencia sanitaria que media entre ambos⁴. Y, sin embargo si se origina un daño por mala praxis del facultativo se podría accionar contra este en virtud del artículo 1902 del Código civil, no siendo posible imputar responsabilidad por culpa propia a la entidad de asistencia sanitaria responsabilidad por tales daños. Cuestión distinta es la aplicación del artículo 1903 del Código civil, por culpa «*in vigilando*» o «*in eligendo*», puesto que no es la aseguradora quien origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico, que han sido elegidos por la aseguradora. Aunque no toda la doctrina se muestra partidaria de aplicar el artículo 1903 del Código civil, sino que prefiere resolver la imputación de la responsabilidad por la vía contractual, considero que, en estos casos, y partiendo de las consideraciones iniciales sobre la delimitación de la responsabilidad civil, debemos concluir que

la responsabilidad del profesional médico, si no media una relación contractual directa con el cliente, es una responsabilidad subjetiva (art. 1902 CC) y que el centro sanitario o la entidad de asistencia sanitaria responderá por hecho ajeno (art. 1903 CC), que se deriva de una relación de dependencia con el facultativo, puesto que actúan como auxiliares de la aseguradora, siendo la misma garante de dicho servicio, y ello sin perjuicio de la posible responsabilidad solidaria del profesional sanitario frente al paciente (en esta línea se pronuncia la STS, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2018).

A este respecto, la jurisprudencia, en las Sentencias de 4 de junio de 2009, 4 de noviembre de 2010 y 16 de enero de 2011, indica la posibilidad de existencia de las siguientes responsabilidades imputables a la aseguradora por daños causados por el acto sanitario negligente realizado por los facultativos de su cuadro médico: (a) responsabilidad por hecho ajeno que dimana de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903.1 y 4 del Código civil; (b) responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, que garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 y 17 de noviembre de 2004), con apoyo en el contrato de seguro de asistencia médica (art. 105 LCS); (c) responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (SSTS de 2 de noviembre 1999 y de 4 de octubre de 2004), entendiéndose que los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y se imputa la responsabilidad como garante del servicio; (d) responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (STS de 8 de noviembre de 2007); (e) y, por último, la existencia de una responsabilidad en aplicación de la normativa de consumidores y usuarios (art. 148), en caso de negligencia o anormal funcionamiento de los aspectos organizativos o funcionales de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007). Este abanico de posibilidades agilizaría la carga de la prueba, al no tener que demostrar la obligación de probar la concreta negligencia de cada uno de los sujetos que intervinieron.

III. LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS POR MALA PRAXIS MÉDICA

1. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE LA LRCSCVM A LOS DAÑOS POR NEGLIGENCIA MÉDICA

Aunque se viene reclamando desde hace años un baremo de daños sanitarios por negligencias médicas y se han iniciado trabajos técnicos por el Consejo Asesor de Sanidad para dar respuesta a esta necesidad, en la actualidad, la legislación española no cuenta con un baremo específico para la cuantificación de los daños personales por negligencia médica, por lo que se aplica por analogía el baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de valoración de daños personales causados a las personas en accidentes de circulación⁵.

Sin embargo, son muchas las críticas vertidas al respecto al considerarse una solución insatisfactoria para la problemática actual que suscita la indemnización de tales daños debido a que, por un lado, la aplicación de este baremo no comprende muchas de las lesiones que se producen en el ámbito sanitario;

y, por otro lado, al no poderse equiparar las causas (por lo tanto, se entiende que tampoco las indemnizaciones) ya que la actuación sanitaria proviene de una enfermedad que está siendo tratada. Asimismo, el criterio de imputación de la responsabilidad que origina su resarcimiento difiere en dichos ámbitos, ya que en la responsabilidad civil rige un sistema objetivo derivado del riesgo generado por la circulación de vehículos a motor, asociado a la suscripción de un seguro obligatorio, mientras que en la responsabilidad civil médica es subjetivo, derivado del incumplimiento de la *lex artis*, sin perjuicio de la existencia de seguros profesionales o de los que tengan suscritos los centros privados o públicos. El problema adolece, entonces, si entendemos que por cada causa o criterio de imputación de la responsabilidad civil sería preciso un baremo diferente, lo que no parece en principio deseable ya que las víctimas deben ser indemnizadas por la lesión con independencia de estos parámetros. No obstante, las especificidades del ámbito médico sí que podrían ser lo suficientemente justificativas como para la aprobación de un baremo propio.

El legislador ya lo prevé y efectúa este criterio de referencia hasta que se apruebe el baremo sanitario. La disposición adicional tercera de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, lleva por enunciado, «Baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria» y pone de manifiesto que este el sistema de valoración regulado en esta Ley «servirá como referencia» para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria. Por lo tanto, debiera respetarse hasta entonces. Ahora bien, también debiera recordarse que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, es decir, para el caso de que el daño se produzca en la sanidad pública, se podría traer a colación el artículo 34.2, relativo a las indemnizaciones, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que señala su propia referencia en los casos de muerte o lesiones corporales, en los que «se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social».

En la actualidad, si analizamos la jurisprudencia, podemos observar que, a falta de dichas consideraciones y una regulación legal, se viene admitiendo la aplicación de este sistema tasado previsto en la Ley 35/2005 al resto de supuestos en los que existan daños personales que reparar, pero con una matización y es que este sistema no es preceptivo y vinculante, sino orientativo, tal y como se recoge en la STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2006 (en este caso, se trataba de un fallecimiento de trabajador por negligencia de la empresa) y, posteriormente, para el caso de mala praxis médica, en las SSTS, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2015, de 6 de junio de 2014, de 18 de junio y de 16 de diciembre de 2013, de 14 de noviembre de 2012, entre otras. Este carácter orientativo, no vinculante, tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los artículos 1106 y 1902 del Código civil» (SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 14 de junio de 2017).

No obstante, si la valoración del daño se somete al baremo, lo que no cabe es someterla a los conceptos a los que a cada uno le convenga o solicitar la aplicación de solo alguno de los criterios. En este sentido, por ejemplo, si se utiliza este baremo de accidentes de circulación para compensar los daños por una negligencia médica no se podrá resarcir, con carácter general, el daño moral como una indemnización complementaria (STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2011).

2. EL CARÁCTER RETROACTIVO DEL BAREMO DE LA LRCSCVM

El sistema legal obligatorio de indemnización para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que establece la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, se viene utilizando, como hemos analizado, como referencia orientativa en la valoración de daños personales en otros sectores de la responsabilidad civil y, en concreto, en el ámbito de la mala praxis médica. Sin embargo, este sistema contenido en esa norma se aplica solo a los accidentes de circulación que se produzcan desde el 1 de enero de 2016. De modo que para los accidentes ocurridos antes de esa fecha será de aplicación el sistema recogido en el anexo aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. En este sentido, la disposición transitoria establece la aplicación temporal a partir de ese momento y para los accidentes anteriores subsistirá y será de aplicación el sistema anterior (por ejemplo, a un accidente ocurrido en diciembre de 2015 no será posible la aplicación del sistema de valoración de la Ley 35/2015)⁶.

Nuestro Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre el régimen aplicable, tomando en consideración la normativa vigente en el momento del accidente, disponiendo que se ha de proceder a fijar el importe de la indemnización mediante la aplicación sistemática de valoración de los daños vigente en el momento del accidente, señalando expresamente que «en consecuencia y por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado» (STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2007).

Además, podemos traer a colación el artículo 2.3 del Código civil, que establece que «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Esta irretroactividad implica que, por un principio de seguridad jurídica, las disposiciones legales rigen a partir de su vigencia sin poder aplicarse a situaciones pasadas. No obstante, es cierto que se viene admitiendo la retroactividad tácita pero solo en ciertos tipos de normas como las interpretativas, las de desarrollo, las estrictamente procesales, las de condena de situaciones morales y sociales, o incluso de las normas instrumentales.

De este modo, el momento de la determinación de la edad de la víctima y de los perjudicados, así como de sus circunstancias personales, familiares y laborales es el de la fecha del accidente y no el momento de la curación de las lesiones. En este sentido, los conceptos perjudiciales indemnizables, los criterios para su determinación y los demás elementos relevantes para la aplicación del sistema, en defecto de regla específica, son también los vigentes a la fecha del accidente (art. 38 de la LRCSCVM). Y, de acuerdo con el artículo 40 LRCSCVM, la cuantía de las partidas resarcitorias será la correspondiente a los importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente, con la actualización correspondiente al año en que se determine el importe por acuerdo extrajudicial o por resolución judicial, por lo que habrá que estar a la resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican anualmente las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación.

IV. LA STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.^a), NÚM. 597/2021, DE 13 SEPTIEMBRE 2021

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021 determina las cuestiones analizadas relativos a la responsabilidad de la aseguradora y el carácter del baremo de la LRCSCVM en la cuantificación de los daños en un supuesto de responsabilidad por mala praxis médica, producida durante la realización de un parto instrumental, con utilización de ventosa obstétrica.

En el transcurso de los hechos que se enjuician, el recién nacido, en 2014, sufrió una distocia de hombros, que tuvo como consecuencia una lesión de plexo braquial, generadora de secuelas de carácter psicofísico y estético. Además, existió una falta de consentimiento informado respecto a la utilización de dicho instrumental. Por todo ello, en 2015, se realizó una reclamación administrativa a consecuencia de la negligencia profesional del personal ante el Servicio Gallego de Salud que fue desestimada en Resolución de 9 de marzo de 2016 por la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia.

Ante tales hechos, se interpuso una demanda civil contra la compañía aseguradora de la administración donde se ejercitó una acción de responsabilidad por la lesión padecida por el hijo al entender que «la actuación obstétrica dispensada a la demandante no se ha ajustado a los parámetros de las *lex artis* y dichas transgresiones a la correcta forma de actuar condujeron al lamentable desenlace de la lesión de plexo braquial del neonato». Dicha demanda fue admitida a trámite por Decreto de fecha 24 de mayo de 2016.

2. RESOLUCIÓN EN PRIMERA Y EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de Sentencia 372/2016, el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona estimó parcialmente la demanda interpuesta, por los padres del menor, que actuaban en nombre propio y en representación de su hijo, contra SegurCaixa Adeslas, concediendo una indemnización de 209998€ a favor del menor de edad, y de 6000 € por daño moral a cada uno de los padres, más los intereses del artículo 20 de la LCS, desde que la entidad aseguradora tuvo conocimiento del siniestro. Esta sentencia fue recurrida en apelación por la aseguradora demandada.

La parte apelante formula, en síntesis, las siguientes alegaciones: a) los efectos del procedimiento administrativo al haberse optado por accionar contra la administración; b) la ausencia de legitimación activa de los padres debido a que el baremo establecido en el RDLeg 8/2004 contemplaba únicamente los perjuicios morales de familiares para los supuestos de grandes inválidos, sin que resultase de aplicación al supuesto; c) la prescripción de la acción, ya que si ese procedimiento administrativo previo carecía de toda eficacia en el procedimiento civil posterior, también lo sería a efectos de una prescripción; d) la inaceptable objetivación de la responsabilidad civil médica recogida en la sentencia; e) subsidiariamente, el criterio utilizado para la valoración del daño corporal reclamado, al pretender aplicar una norma de valoración del daño que entró en vigor el 1 de enero de 2016 a hechos ocurridos con anterioridad, ni siquiera con carácter orientativo; f) la improcedente aplicación de los intereses punitivos del artículo 20 LCS al existir una causa justificada para la falta de

prestación aseguradora como lo fue la resolución de desestimación de la reclamación administrativa.

La resolución del recurso de apelación correspondió a la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó Sentencia de 28 de junio de 2018, que analiza los aspectos que hemos venido desarrollando este estudio, entre ellos, los efectos de una resolución administrativa dictada; y la norma de aplicación relativa a la ausencia de legitimación, al no estar facultados en la normativa especial, así como respecto al criterio de valoración del daño corporal, motivo este por el que se estima parcialmente el recurso.

a) Efectos de la resolución administrativa dictada

La resolución de la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia por la que se desestima la reclamación efectuada constituye un acto administrativo que no impide a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pueda constituir un instrumento de convicción de gran autoridad o de prueba especialmente privilegiado. A tal efecto, se recogen distintos pronunciamientos relativos al ejercicio de la acción directa contra el asegurador, de conformidad con el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, siendo relevante la STS, Sala Civil, de 7 de noviembre de 2013, que indica que, aunque inicialmente la jurisprudencia considerara improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (SSTS de 16 de octubre de 1986 y de 6 de febrero de 1994, entre otras), más adelante ha matizado dicha doctrina conforme a lo declarado por las sentencias de esta Sala de 26 de enero de 2012 y de 19 de septiembre de 2013, pudiéndose afirmar que «el artículo 222.4 de la LEC se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos puede producirse tal efecto, pues, como dice la Sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 2004, «la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica».

Por todo ello, esa resolución en otro orden jurisdiccional solo tendrá relevancia a los efectos de hechos probatorios. En este caso concreto, además, al no existir una resolución judicial firme en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (solo existe un acto administrativo, que es la resolución de la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia) no puede impedirse a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión y tampoco tenerse en cuenta los hechos fijados en la jurisdicción administrativa al no haberse llevado a efecto una impugnación ante ese orden. Todo ello, sin perjuicio de la valoración como prueba especialmente privilegiada del contenido del expediente administrativo, que puede constituir un instrumento de convicción de gran autoridad.

En relación, precisamente, a esta cuestión también se formula la solicitud de prescripción, al considerarse por los recurrentes que si ese procedimiento administrativo previo carece de toda eficacia en el procedimiento civil posterior, también lo sería a efectos de una prescripción. La Audiencia, sin embargo, considera que «debe considerarse que la reclamación administrativa presentada contra

el Servicio Gallego de Salud sí supone un acto interruptivo de la prescripción respecto de la demandada “Segurcaixa Adeslas”, en virtud del artículo 1974 del Código civil», que prevé que «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores», por lo que no existiría dicha prescripción de la acción.

A este respecto, resulta de aplicación lo dispuesto en la STS de 14 de febrero de 2014 relativa a un supuesto de ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la LCS en el que se planteaba también la prescripción de la acción por la aseguradora, que declaró el carácter solidario entre asegurado y asegurador en relación a esta acción y, en este sentido, se señalaba que «el contrato de seguro de responsabilidad civil es un contrato de naturaleza especial, en favor de tercero, que crea una solidaridad pasiva entre asegurado y asegurador frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa contra la compañía aseguradora, de tal forma que la acción que se ejercita contra esta es la misma que la que fue dirigida previamente contra su asegurada, y ello evidentemente se proyecta sobre los plazos en los que ha de operar la prescripción y su interrupción (SSTS, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2007 y de 1 de octubre de 2008)».

b) Norma de aplicación: legitimación y valoración del daño

En cuanto al motivo de la falta de legitimación activa de los padres del menor para reclamar en nombre propio por daños morales, la Audiencia considera que, al no tratarse el caso del menor de un supuesto de gran inválido (cuya indemnización a los progenitores está prevista en el art. 110 de la LRCSCVM), no tienen derecho a la indemnización pretendida por tal concepto. Concretamente, la Tabla IV, sobre factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, en cuanto a los grandes inválidos, prevé los perjuicios morales de familiares, destinados a familiares próximos en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, a diferencia de lo previsto en la Tabla V del anterior sistema de valoración, sobre indemnizaciones por incapacidad temporal, en la que los daños morales los incluye en la indemnización básica.

Por lo tanto, se trae a colación el principio de temporalidad analizado anteriormente, entendiéndose que no puede considerarse de aplicación, a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio por el daño antijurídico ocasionado, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre ya que el hecho ocurrió en enero de 2014.

En este sentido, se solicita, subsidiariamente, la revisión del criterio para la valoración del daño corporal reclamado, al pretender aplicar una norma de valoración del daño que entró en vigor el 1 de enero de 2016 a hechos ocurridos con anterioridad, ni siquiera con el carácter orientativo que se predica. La Audiencia, a la hora de cuantificar el daño, estima el motivo de apelación formulado por la compañía aseguradora, consistente en la indebida aplicación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para la valoración del daño por considerar contrario a Derecho, pretender aplicar una norma, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, a hechos ocurridos en 2014, y reclamados en 2015.

A tal efecto, la STS Sala Civil, de 10 de marzo de 2016, que recoge las SSTS de Pleno de 17 de abril de 2007, señala que «el régimen aplicable para la determinación del daño es el vigente al momento del siniestro». Y, de este modo, tal y como hemos venido analizando, señala la Audiencia que «si se aplica orientativamente el baremo indemnizatorio en supuestos de accidente de circulación

lo ha de ser con todas sus consecuencias, entre ellas la del régimen vigente para la determinación del daño». En virtud de lo expuesto, se recalcula la cuantía indemnizatoria conforme a la Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, aplicable a los hechos, y se rebaja la indemnización al no incluir el daño moral de los padres, argumentando que, en el baremo aplicable en 2014, solo se contemplaba una indemnización de tal clase para los grandes inválidos o grandes lesionados (Tabla IV).

3. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

La aseguradora interpone nuevamente recurso en casación por infracción de las normas que integran el sistema legal de valoración del daño corporal, que es susceptible de revisión en casación al tratarse de normas jurídicas sustantivas; y por incorrecta aplicación de los factores de corrección de la Tabla IV, siendo solo admitido el primero de estos motivos.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia de 8 de septiembre de 2021 determina el carácter orientativo del baremo de la LRCSCVM en la cuantificación del daño y el criterio para la aplicación del mismo.

En este sentido, se cita como infringida la jurisprudencia contenida en las Sentencias de esta Sala de 30 de abril de 2012 y 26 de octubre de 2011, que señalan «que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado». Esta doctrina ha sido recogida por las SSTs de 9 de julio de 2008, 10 de julio de 2008, 10 de julio de 2008, 23 de julio de 2008, 18 de septiembre de 2008, 30 de octubre de 2008, 18 de junio de 2009, 9 de marzo de 2010, 5 de mayo de 2010, 17 de noviembre de 2010, 22 de noviembre de 2010, 17 de diciembre de 2010, 9 de febrero de 2011 y 19 de mayo de 2011.

La Audiencia había considerado aplicable el baremo vigente a la fecha del siniestro, cuantificando el punto conforme a las cuantías actualizadas correspondientes a la fecha del alta médica, pero, sin embargo, a la hora de puntuar las secuelas, aplica el baremo de la Ley 35/2015, que no se encontraba en vigor. Por lo tanto, el pronunciamiento inicialmente es coherente con la jurisprudencia, entre otras la STS de 3 de septiembre de 2019, que reproduce la doctrina de la Sentencia de 18 de febrero de 2015, según la cual procede cuantificar el daño mediante la aplicación del baremo o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/1995 de aplicación orientativa a otros sectores distintos de la circulación (SSTs de 9 de diciembre de 2008 y 11 de septiembre 2009, entre otras), «teniendo además en cuenta que, a partir de las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala, constituye igualmente jurisprudencia reiterada, recogida en las más recientes de 9 de julio de 2008, 10 de julio de 2008, 18 de junio de 2009 y, 9 de marzo y 5 de mayo de 2010, que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona ese daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado».

Por lo tanto, aunque aplica dicha jurisprudencia al caso, valora la secuela sufrida (monoparesia de miembro superior grave), que se debía valorar en una

horquilla entre 21-25 puntos conforme al baremo vigente, otorgándole la puntuación del baremo fijado por la Ley 35/2015 (35 puntos, en la horquilla prevista de 30-40 puntos); aplicando el valor del punto del sistema vigente en 2014. Por dicho motivo, el Alto Tribunal estima el recurso presentado «en tanto en cuanto no cabe la fijación de la indemnización mediante la aplicación postulada del baremo de tráfico, a través de la utilización conjunta de dos normas jurídicas distintas, una la vigente a la fecha del accidente, con las valoraciones correspondientes al alta médica definitiva, y otra que entró posteriormente en vigor, tras la producción del daño, la primera para determinar la valoración económica de los puntos y la segunda para fijar la puntuación de la secuela padecida, cuando lo procedente y, además lo acordado por la sentencia de la Audiencia, en pronunciamiento no cuestionado, es que el baremo aplicable era el vigente en 2014, data del acto ilícito y del alta médica con secuelas, que no puede ser fraccionado mediante la aplicación de dos disposiciones normativas vigentes en periodos temporales sucesivos».

En el mismo sentido expuesto, la Sentencia de 3 de septiembre de 2019 ya señaló respecto al carácter orientativo del baremo y la posibilidad de aplicar criterios correctores, en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, que ello no significa un arbitrio del tribunal «que llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior».

V. CONCLUSIONES

I. Las resoluciones de una reclamación administrativa no impide el enjuiciamiento en el orden jurisdiccional civil y su resultado solo tendrá relevancia a los efectos de hechos probatorios.

II. La acción directa de artículo 76 de LCS posibilita la reclamación del daño imputable al asegurado, cubierto por el seguro de responsabilidad civil, directamente a la aseguradora para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar; incluso cuando la mala praxis se ocasione en un hospital público.

III. La legislación española no cuenta con un baremo específico para la cuantificación de los daños personales por negligencia médica, por lo que se aplica por analogía el baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de valoración de daños personales causados a las personas en accidentes de circulación. Si bien este baremo, no comprende muchas de las lesiones que se producen en el ámbito sanitario, no pueden equiparse las causas que se originan en este ámbito ni tampoco se tiene en cuenta que no comparte el mismo criterio de imputación de la responsabilidad.

IV. El sistema contenido en el baremo no es preceptivo y vinculante en el ámbito médico, sino orientativo, pero debe aplicarse con uniformidad y con todas sus consecuencias. No cabe someter la valoración solo a los conceptos y criterios particulares de conveniencia, y a otros no; y debe respetarse el régimen vigente para la determinación del daño, que es el del momento del siniestro, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 8 de septiembre de 2021.
- STS de 3 de septiembre de 2019.
- STS de 20 de septiembre de 2018.
- STS de 10 de marzo de 2016.
- STS de 8 de febrero de 2015.
- STS de 6 de junio de 2014.
- STS de 14 de febrero de 2014.
- STS de 16 de diciembre de 2013.
- STS de 7 de noviembre de 2013.
- STS de 19 de septiembre de 2013.
- STS de 3 de julio de 2013.
- STS de 18 de junio de 2013.
- STS de 14 de noviembre de 2012.
- STS de 30 de abril de 2012.
- STS de 26 de enero de 2012.
- STS de 30 de noviembre de 2011.
- STS de 26 de octubre de 2011.
- STS de 19 de mayo de 2011.
- STS de 9 de febrero de 2011.
- STS de 16 de enero de 2011.
- STS de 17 de diciembre de 2010.
- STS de 22 de noviembre de 2010.
- STS de 17 de noviembre de 2010.
- STS de 4 de noviembre de 2010.
- STS de 22 de septiembre de 2010.
- STS de 5 de mayo de 2010.
- STS de 9 de marzo de 2010.
- STS de 11 de septiembre de 2009.
- STS de 18 de junio de 2009.
- STS de 4 de junio de 2009.
- STS de 9 de diciembre de 2008.
- STS de 30 de octubre de 2008.
- STS de 1 de octubre de 2008.
- STS de 18 de septiembre de 2008.
- STS de 23 de julio de 2008.
- STS de 10 de julio de 2008.
- STS de 9 de julio de 2008.
- STS de 8 de noviembre de 2007.
- STS de 17 de abril de 2007, del Pleno.
- STS de 16 de abril de 2007.
- STS de 1 de febrero 2007.
- STS de 5 de enero de 2007.
- STS de 26 de abril de 2007.
- STS de 10 de febrero de 2006.
- STS de 17 de noviembre de 2004.
- STS de 4 de octubre de 2004.
- STS de 26 de marzo de 2004.

- STS de 17 de marzo de 2004.
- STS de 5 de febrero de 2001.
- STS de 2 de noviembre 1999.
- STS de 6 de febrero de 1994.
- STS de 16 de octubre de 1986.

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 28 de junio de 2018.
- SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 14 de junio de 2017.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. (2014). La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria. En J. Bataller Grau y A.B. Veiga Copo (dir.) *La Protección del Cliente en el Mercado Asegurador*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 1419-1459. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2013\16076, 1-31.
- MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación. En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2020). *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños a las personas conforme a la Ley 35/2015*, 4.^a edición, CEF, Madrid.
- (2019). La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo. *RCDI*. Núm. 771, 456-474.
- MOURE GONZÁLEZ, E. (2018). *Hacia un baremo del daño sanitario y cómo valorarlo mientras tanto*. La Ley, Madrid.
- PÉREZ CONESA, C. (2018). Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2018\13510, 1-24.

NOTAS

¹ MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación. En E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 56.

² MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. (2014). La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria. En J. Bataller Grau y A.B. Veiga Copo (dir.) *La Protección del Cliente en el Mercado Asegurador*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 1419-1459. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2013\16076, 1-31.

³ MONTERROSO CASADO, E. (2019). La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo. *RCDI*. Núm. 771, 456-474.

⁴ PÉREZ CONESA, C. (2018). Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10. Accesible desde *Aranzadi Academic*, BIB 2018\13510, 1-24.

⁵ Para un análisis más exhaustivo, véase MOURE GONZÁLEZ, E. (2018). *Hacia un baremo del daño sanitario y cómo valorarlo mientras tanto*. La Ley, Madrid.

⁶ MONTERROSO CASADO, E. (2020). *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños a las personas conforme a la Ley 35/2015*, 4.^a edición, CEF, Madrid, 18.