

Resumen

Acuerda el TS desestimar íntegramente los recursos extraordinarios y de casación interpuestos por el demandante asegurado, así como en parte en el de las compañías aseguradoras condenadas, reduciendo las cantidades que estas deben abonar al demandante. Respecto a los recursos de las entidades aseguradoras demandadas, que son admitidos parcialmente, se argumenta que existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, todo lo cual permite cuantificar la indemnización un 50% de lo que hubiera correspondido por una mala praxis médica acreditada. Añade la Sala 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, reiterando que así la jurisprudencia en relación al contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/2007 de 16 noviembre 2007. Defensa de los Consumidores y Usuarios
art.26 , art.28

RDLeg. 6/2004 de 29 octubre 2004. TR de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados
art.3 , art.4 , art.5 , art.11

Ley 44/2003 de 21 noviembre 2003. Ordenación de profesiones sanitarias
art.4 , art.40

Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
art.4 , art.7

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.218 , art.485

Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad
art.88

Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro
art.1 , art.18 , art.20 , art.73 , art.80 , art.82 , art.100 , art.105 , art.106

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1102 , art.1105 , art.1106 , art.1253 , art.1902 , art.1903

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO 5
FUNDAMENTOS DE DERECHO 6
FALLO 10

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONSENTIMIENTO

EN GENERAL

CONSUMIDORES Y USUARIOS

EN GENERAL

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

EN RELACIÓN CON LA ASISTENCIA SANITARIA

CONTRATO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Cuestiones generales

Requisitos

Existencia de daños o perjuicios

Indemnización de daños y perjuicios

CONTRATO DE SEGURO

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR

Obligaciones

- Pago de la indemnización
- Importe de la indemnización
- Recargos por demora en el pago
 - En general art. 20 LCS
- Otras prestaciones
- Otras cuestiones

SEGUROS PERSONALES

- Seguro de asistencia sanitaria

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS

CLASES

- Daño emergente
 - Daño real
 - Determinación y precisión del daño
- Daño moral
 - Cuantificación

DETERMINACIÓN Y CUANTIFICACIÓN

- Importe de la indemnización

PROCESO CIVIL

RECURSOS

- Casación
 - Preparación e interposición
 - En general
 - Escrito de interposición

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Aseguradora,Esposa,Hijo,Médico,Paciente; Desfavorable a: Aseguradora,Esposa,Hijo,Médico,Paciente
Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

- Aplica art.26, art.28 de RDLeg. 1/2007 de 16 noviembre 2007. Defensa de los Consumidores y Usuarios
- Aplica art.3, art.4, art.5, art.11 de RDLeg. 6/2004 de 29 octubre 2004. TR de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados
- Aplica art.4, art.40 de Ley 44/2003 de 21 noviembre 2003. Ordenación de profesiones sanitarias
- Aplica art.4, art.7 de Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
- Aplica art.218, art.485 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
- Aplica art.88 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad
- Aplica art.1, art.18, art.20, art.73, art.80, art.82, art.100, art.105, art.106 de Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro
- Aplica art.1102, art.1105, art.1106, art.1253, art.1902, art.1903 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
- Cita RDLeg. 1/2007 de 16 noviembre 2007. Defensa de los Consumidores y Usuarios
- Cita art.11.1 de RDL 6/2004 de 17 septiembre 2004. Se adoptan medidas urgentes para reparar daños causados por incendios e inundaciones acaecidos en CC.AA. de Aragón, Cataluña, Andalucía, Comunidad Foral de Navarra y Comunidad Valenciana
- Cita art.5, art.6, art.10 de Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
- Cita art.10 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad
- Cita art.26, art.28 de Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
- Cita Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro
- Cita art.4, art.1101 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

- Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Barcelona de 23 septiembre 2008 (J2008/363437)
- Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 4 abril 2012 (J2012/182646)

Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 20 junio 2012 (J2012/199595)

Citada en el mismo sentido por ATSJ Cataluña de 27 septiembre 2012 (J2012/231330)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 27 septiembre 2010 (J2010/201439)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 13 octubre 2009 (J2009/234615)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 30 junio 2009 (J2009/143743)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 4 junio 2009 (J2009/120192)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 21 enero 2009 (J2009/10465)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 23 octubre 2008 (J2008/190074)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 29 julio 2008 (J2008/166710)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 23 noviembre 2007 (J2007/222932)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 28 noviembre 2007 (J2007/222889)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 29 junio 2007 (J2007/80174)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 23 mayo 2007 (J2007/70127)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 5 enero 2007 (J2007/2680)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 21 diciembre 2006 (J2006/353226)

Cita en el mismo sentido ATS Sala 1ª de 20 junio 2006 (J2006/99630)

Cita en el mismo sentido ATS Sala 1ª de 13 junio 2006 (J2006/90766)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 21 junio 2006 (J2006/89284)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación AAP Baleares de 27 abril 2006 (J2006/71770)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación ATS Sala 3ª de 26 enero 2006 (J2006/30624)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 21 diciembre 2005 (J2005/206730)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 21 octubre 2005 (J2005/165831)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 17 noviembre 2004 (J2004/183456)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 4 octubre 2004 (J2004/147763)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 26 marzo 2004 (J2004/14255)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 10 febrero 2004 (J2004/3305)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 5 febrero 2001 (J2001/249)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 10 noviembre 1999 (J1999/34225)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 2 noviembre 1999 (J1999/33530)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 8 marzo 1999 (J1999/1832)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 26 enero 1998 (J1998/216)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 25 enero 1993 (J1993/459)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 30 marzo 1992 (J1992/3094)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 10 febrero 1992 (J1992/1215)

Cita en el mismo sentido sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 12 febrero 1990 (J1990/1343)

Cita sobre CONTRATO DE SEGURO - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR - Obligaciones - Importe de la indemnización, CONTRATO DE SEGURO - SEGUROS PERSONALES - Seguro de asistencia sanitaria, INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - CLASES - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 4 marzo 2011 (J2011/30414)

Bibliografía

Citada en "Autonomía del Paciente. Consentimiento Informado"

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación formulados contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona EDJ 2008/363437 , como consecuencia de autos de juicio ordinario 612/2006, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 54 de Barcelona, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por la representación procesal de la mercantil Zurich España Cia de Seguros y Reaseguros, el Procurador don Federico Olivares de Santiago; el Procurador don Jorge Deleito García, en nombre y representación de la mercantil Aresa Seguro Generales, S.A.; el Procurador don José Manuel de Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de don Pedro Enrique y la Procuradora D^a Andrea de Dorremochea Guiot, en nombre y representación de don Adriano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador don Angel Quemada Ruiz, en nombre y representación de Pedro Enrique, D^a Penélope, D^a Rosa y don Cornelio, interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Adriano, Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. y contra Aresa, Seguros Generales S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se condene a los referidos codemandados, conjunta y solidariamente a pagar a don Pedro Enrique, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de un millón trescientos ochenta y siete mil quinientos diecinueve euros con sesenta y dos céntimos (1.387.519,62 euros), más aquella otra cantidad a razón de 1941,84 euros mensuales a contar desde el mes de julio de 2006, hasta que el referido actor, don Pedro Enrique abandone la residencia asistencial a su domicilio; Y, así mismo condene a los codemandados a pagar a D^a Penélope, D^a Rosa, y don Cornelio, respectivamente, esposa e hijos del primero citado, con la cantidad de cincuenta y siete mil quinientos dieciocho euros con noventa y cuatro céntimos (57.51894 euros) por perjuicios morales de familiares que se han deducido, por iguales partes, esto es la cantidad de 19.172,98 euros, para cada uno de los tres. Limitando el importe de la condena para la codemandada Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. en cuantía máxima concertada en su seguro de responsabilidad civil. Devengando dicha indemnización los intereses dispuestos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro 50/80 de 8 de octubre EDL 1980/4219 , a contar desde el día 3 de febrero de 2005. Con expresa condena en las costas del juicio.

2.- El procurador don Federico Barba Sopena, en nombre y representación de don Adriano, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representado, con todos los pronunciamientos favorables, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora por ser preceptivo legalmente.

El procurador don Jaume Guillen Rodríguez, en nombre y representación de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que no dando lugar a la demanda formulada por don Pedro Enrique, se absuelva a mi representada de los pedimentos de la misma, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas.

La procuradora D^a María Teresa Aznarez Domingo, en nombre y representación de la Mercantil Aresa, Seguros Generales S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, desestimando en todas sus partes la demanda y petición actora, se absuelva de la misma a la mercantil Aresa, Seguros Generales S.A., todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora, por manifiesta temeridad y mala fé.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 54 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Pedro Enrique, Penélope, Rosa y Cornelio contra Adriano, Zurich España Cia Seguros y Reaseguros S.A. y Aresa Seguros Generales S.A., condeno a los demandados a pagar solidariamente al actor Pedro Enrique la cantidad de 118.243,79 euros y a los actores Penélope, Rosa y Cornelio la cantidad de 10.000 euros a cada uno de ellos, más los intereses legales correspondientes, todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la partes actora y demandadas, la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 23 de septiembre de 2008 EDJ 2008/363437 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Pedro Enrique, Penélope, Rosa y Cornelio, contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia num. 54 de Barcelona en fecha 8 de marzo de 2007 y desestimando los recursos interpuestos por Adriano, Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. y Aresa Seguros Generales S.A, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma al efecto de:

1.- Cifrar el importe de la condena en las cantidades 509.954,99 euros a favor del Sr. Pedro Enrique y en la cantidad de 19.172,98 euros a favor de cada uno de los restantes codemandantes.

2.- Condenar a la Compañía Zurich a abonar el interes de las cantidades antes señaladas conforme al art. 20 de la Ley de contrato de seguro EDL 1980/4219 desde el 3 de febrero de 2005.

Se confirma la sentencia apelada en sus restantes extremos, lo que se acuerda sin hacer expresa imposición de las costas del recurso de la parte demandante y con imposición de las costas correspondientes a los recursos interpuestos por los demandados.

TERCERO.-.- 1.- Contra la expresada sentencia EDJ 2008/363437 preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de don Pedro Enrique, D^a Penélope, D^a Rosa y don Cornelio con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Infracción del artículo 1106 del Código Civil EDL 1889/1 en relación con el artículo 1902 del referido Código Civil EDL 1889/1 . SEGUNDO.- Infracción del artículo 218 LEC EDL 2000/77463 , principios de exhaustividad y congruencia, defecto motivación de sentencia.

La representación procesal de don Adriano preparó y después interpuso recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes MOTIVOS: UNICO.- Error en la apreciación de la prueba: infracción del artículo 1253 CC EDL 1889/1 , así como del artículo 10 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 y Jurisprudencia que lo desarrolla.

Igualmente y por la misma representación se interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes MOTIVOS: UNICO Infracción de los artículos 1105, en relación con el art. 1902 CC EDL 1889/1, y Jurisprudencia concordante por inaplicación.

La representación procesal de Aresa Seguros Generales S.A preparó y después interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes MOTIVOS:PRIMERO.- Infracción del art. 1101 CC. EDL 1889/1 SEGUNDO.- Infracción de los artículos 26 y 28 de la Ley 26/1984 de 19 de julio EDL 1984/8937 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. TERCERO.-.- Infracción del artículo. 1903 párrafo 4º del Código Civil EDL 1889/1 en relación con los arts. 4.7, 5.1. y 40.1. 2 y 3 de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias EDL 2003/127263 ; 88 de la Ley 14/1986 de 25 de abril EDL 1986/10228 General Sanidad; y 4, 5 y 7 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre EDL 2002/44837 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. CUARTO.- Infracción de los arts. 1101, 1902 y 1903 CC EDL 1889/1, en relación con los arts. 4, 5 6 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre EDL 2002/44837 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La representación procesal de Zurich España Cia de Seguros y Reaseguros S.A. preparó y después interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes MOTIVOS:PRIMERO.- Infracción de la interpretación jurisprudencia de los artículos 1101 y 1902 CC. EDL 1889/1 SEGUNDO.- Infracción de los artículos 1101 y 1902 CC. EDL 1889/1 TERCERO.- Infracción del art. 20 LCS. EDL 1980/4219

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de febrero de 2010 se acordó lo siguiente:

1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN formalizado por la representación procesal de ZURICH ESPAÑA CÍA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. contra la Sentencia dictada, con fecha 23 de septiembre de 2008 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimosexta), en el rollo de apelación nº 703/2007 EDJ 2008/363437 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 612/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona.

2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN formalizado por la representación procesal de ARESA SEGUROS GENERALES, SA. contra la Sentencia dictada, con fecha 23 de septiembre de 2008 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimosexta), en el rollo de apelación nº 703/2007, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 612/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona.

3º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN formalizado por la representación procesal de don Pedro Enrique, D^a Penélope, don. Cornelio y D^a Rosa contra la Sentencia dictada, con fecha 23 de septiembre de 2008 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimosexta), en el rollo de apelación nº 703/2007, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 612/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona.

4º) ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN formalizado por la representación procesal de don Adriano contra la Sentencia dictada, con fecha 23 de septiembre de 2008 por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Dese traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Federico Olivares de Santiago, en nombre y representación de Zurich España, el procurador don Jorge Delito García, en nombre y representación de Aresa Seguros Generales S.A.; el procurador don José Manuel de Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de Pedro Enrique, D^a Penélope, don Cornelio y D^a Rosa; la procuradora D^a Andrea de Dorremochea Guiot, en nombre y representación del Doctor don Adriano, presentaron escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día siete de diciembre del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 3 de febrero de 2005 D. Pedro Enrique fue intervenido quirúrgicamente por el Dr. Adriano para efectuar una disectomía cervical. El Dr. Adriano tiene asegurada la responsabilidad civil en la compañía Zurich (póliza colectiva del Colegio de Médicos) y pertenece al cuadro médico de la compañía Aresa, con quien el paciente tenía concertado seguro de enfermedad en la modalidad de asistencia sanitaria. A consecuencia de la operación, el Sr. Pedro Enrique, entonces de 48 años, quedó afectado de una tetraplejía con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores con alteración de la sensibilidad por debajo del nivel metamérico de la lesión, falta de control voluntario sobre esfínter rectal, siendo dependiente para sedestación y desplazamiento de una silla de ruedas con necesidad de ayuda para las actividades de la vida diaria.

El Sr. Pedro Enrique y su familia formularon demanda contra el Dr. Adriano, contra la aseguradora de éste, ZURICH, y contra ARESA, compañía aseguradora de salud. Reclamaban 1.387.519 euros de indemnización más el importe de las mensualidades de la residencia asistencial en la que se encontraba ingresado, así como 57.518,94 euros para sus hijos y esposa en concepto de perjuicios morales a familiares como consecuencia de las secuelas postoperatorias sufridas.

Conviene señalar que no se discute en este pleito la eventual existencia de mala praxis en la actuación propiamente quirúrgica, que tampoco fue considerada acreditada en diligencias penales previas al proceso civil. Lo que se cuestiona con carácter principal es si la falta de información ha producido al paciente algún perjuicio; si esta falta de información es o no equiparable a la negligencia y si debe asumir el facultativo la totalidad de los perjuicios que se han irrogado al demandante en un acto médico realizado conforme a la ley artis. El problema se plantea, en suma, sobre el proceso de identificación y determinación del daño teniendo en cuenta que la sentencia de la Audiencia Provincial EDJ 2008/363437 revocó en parte la del juzgado, que había desvinculado la responsabilidad por deficiente información de las consecuencias materiales resultantes de la intervención, indemnizando exclusivamente un daño moral estimado en 118.253,79 euros y en 10.000 euros a familiares, para indemnizarle la totalidad de los daños sufridos mediante la aplicación del baremo establecido para la responsabilidad civil de la circulación de vehículos de motor, que las partes utilizaron como referente, cifrando el importe de la condena en 509.954,99 euros a favor del Sr. Pedro Enrique y en 19.172,98 euros a cada uno de los restantes demandados, esposa y dos hijos.

Formularon recurso de casación D. Pedro Enrique, D. Adriano, las compañías Zurich y Aresa. Además, el Dr. Adriano ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal. En el trámite de oposición al recurso, y al amparo del artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, que faculta a la parte recurrida para alegar en su escrito de oposición las causas de inadmisibilidad que considere existentes y que no hubiesen sido ya rechazadas por la Sala, se han hecho diversas objeciones referidas a la admisibilidad de los recursos formulados por D. Pedro Enrique y D. Adriano, que se van analizar con carácter previo.

El primero de ellos, adolece de causa legal de inadmisión. En concreto, el recurso de casación se preparó de forma defectuosa, por falta de mención del precepto infringido y, además, versa sobre cuestiones que exceden de su ámbito, como son las atinentes a la prueba que se esgrime en el primer motivo, por infracción del artículo 1106 del Código Civil EDL 1889/1 en relación con el artículo 1902, o las referidas a la infracción de los principios de exhaustividad, incongruencia y motivación, del artículo 218 LEC EDL 2000/77463, que se cita en el segundo.

Asimismo, los recursos interpuestos por la representación procesal del Dr. Adriano debieron ser inadmitidos en preparación, al no separar los preceptos que se refieren a uno u otro recurso, citarse como fundamento del de infracción procesal el artículo 1253 CC EDL 1889/1, derogado, y en el de casación el artículo 1105 del Código Civil EDL 1889/1, además de lo que denomina "jurisprudencia concordante", que no refiere en ningún caso.

Es criterio reiterado de esta Sala que la cita de los preceptos infringidos en el escrito de preparación es un requisito esencial, cuya omisión no puede ser subsanada, a través del recurso de reposición preparatorio de la queja o en fase de interposición, pues constituye un presupuesto de recurribilidad establecido por el legislador para la preparación del recurso de casación, que se orienta a que el tribunal que debe decidir sobre ella pueda comprobar la concurrencia a su vez de otros presupuestos del recurso. Es, pues, esta condición de presupuesto o requisito procesal -de tinte instrumental, como se ve- lo que hace insubsanable el incumplimiento de la carga impuesta al recurrente en casación (SSTC 16/92 EDJ 1992/1215, 41/92 EDJ 1992/3094, 29/93 EDJ 1993/459, 18/98 EDJ 1998/216 y 23/99 EDJ 1999/1832; 3 de junio 2008), impidiendo que en fase de interposición se aleguen como infringidos preceptos no alegados en el escrito de preparación, o que, a través del recurso de casación se planteen unas cuestiones procesales propias del recurso extraordinario por infracción procesal, que exceden del ámbito de aquel recurso, reservado a las cuestiones sustantivas (AATS 13 EDJ 2006/90766 y 20 de junio 2006 EDJ 2006/99630; 6 de mayo 2008).

RECURSO DE CASACIÓN DE ZURICH ESPAÑA.

SEGUNDO.- El primer motivo hace supuesto de la cuestión. Parte de que hubo información adecuada sobre los riesgos de la intervención quirúrgica cuando es hecho probado de la sentencia EDJ 2008/363437 que no la hubo. Se desestima.

TERCERO.- El segundo considera que no han sido debidamente aplicados los artículos 1102 y 1902 del Código Civil EDL 1889/1 y que la indemnización por falta de información deberá limitarse al daño moral ocasionado que, en definitiva, tiene origen en la pérdida de oportunidad, y no la que corresponda a las secuelas originadas por la intervención quirúrgica a la que se sometió.

El motivo se resuelve a partir de los siguientes hechos probados:

1º) Entre el paciente y su médico existió una relación de larga duración. También la hubo con otros parientes del demandante, clientes del mismo facultativo. A la intervención precedió un tratamiento conservador que no había surtido efecto " por lo que la intervención era clínicamente aconsejable. Pero lo cierto es que no había necesidad vital ni hay prueba bastante en autos para pensar que el demandante se hubiera decidido en todo caso por la intervención asumiendo el riesgo de quedar como ha quedado".

2º) El documento de "consentimiento informado" que se proporcionó al paciente está sin firmar y además resulta insuficiente, pues no menciona siquiera la grave consecuencia de la intervención que ha constituido el motivo de la demanda, resaltando la omisión en el mismo de la indicación de diagnóstico, del tipo de intervención y, sobre todo, de los riesgos específicos.

3º) La suficiencia de la información verbal, por sus propias características, no ha podido ser confirmada

4º) La complicación surgida es de escasa incidencia estadística (entre el 0,2 y el 0,4), pero el riesgo de resultados como el enjuiciado en una operación vertebral es lo suficientemente importante como para no haber sido omitido.

Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011 EDJ 2011/30414, " están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que

la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007, 23 de mayo EDJ 2007/70127 , 29 de junio EDJ 2007/80174 y 28 de noviembre de 2007 EDJ 2007/222889 ; 23 de octubre 2008 EDJ 2008/190074). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre 2005 EDJ 2005/165831 - cicatriz queloidea-; 10 de mayo 2006 EDJ 2006/71770 -ostecondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero 2004 EDJ 2004/3305 -corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre 2006 EDJ 2006/353226 - artrodesis-; 15 de noviembre 2006 EDJ 2006/30624 - litotricia extracorpórea-; 27 de septiembre 2010 EDJ 2010/201439 - abdominoplastia-; 30 de junio 2009 EDJ 2009/143743 - implantación de prótesis de la cadera izquierda-); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio 2008 EDJ 2008/166710 -extirpación de tumor vesical-); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre 2009 EDJ 2009/234615 -Vitrecomía-); necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero 2009 EDJ 2009/10465 -cifoescoliosis-; 7 de marzo 2000 -extracción de médula ósea-), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre 2005 EDJ 2005/206730 y 23 de noviembre 2007 EDJ 2007/222932 -síndrome de down-).

Todas estas circunstancias plantean un doble problema: en primer lugar, de identificación del daño: corporal, moral y patrimonial; en segundo, de cuantificación de la suma indemnizatoria, que puede hacerse de la forma siguiente:

(i) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir esta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención.

(ii) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad.

(iii) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada; posibilidades de fracaso)."

En este caso, la sentencia hace coincidir el daño que indemniza con las graves secuelas que resultaron de la intervención a que fue sometido el demandante, como si las hubiera causado directamente el médico por una deficiente actuación médico- quirúrgica. Es cierto que existió una intervención quirúrgica y que en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido, porque las secuelas se generaron como consecuencia de la misma y sin ésta no se habría producido. Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia en este aspecto, como tampoco de una intervención en la que pueda valorarse como relevante la privación al paciente de tomar las decisiones más convenientes a su interés. El daño que fundamenta la responsabilidad no es por tanto, atendidas las circunstancias de este caso, un daño moral resarcible con independencia del daño corporal por lesión del derecho de autodeterminación, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. La negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación, pues si bien no había necesidad vital para llevarla a efecto, si era clínicamente aconsejable en razón a la existencia de una patología previa y al fracaso del tratamiento conservador instaurado durante algún tiempo.

En definitiva, existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido. Ello exige una previa ponderación de aquellas circunstancias más relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, que en el caso se concretan en una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente entre paciente- médico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron de la misma; todo lo cual permite cuantificar la indemnización en 254.977,45 euros a favor del Sr. Pedro Enrique y en la cantidad de 9.586,49 euros a favor de cada uno de los restantes codemandantes, es decir, un 50% de lo que hubiera correspondido por una mala praxis médica acreditada, tomando como referencia la misma que recoge la sentencia de la Audiencia EDJ 2008/363437 , mediante la aplicación del baremo, que no ha sido cuestionada.

CUARTO.- El tercer motivo se formula por infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 . Se pretende que la Sala se acepte la existencia de causa justificada en cuanto al impago de la indemnización por parte de la aseguradora, en contra de lo que determinó la sentencia de la audiencia EDJ 2008/363437 , según la cual: " La realidad objetiva de que el documento de consentimiento informado estuviera sin firmar y el contundente parecer del médico forense expuesto en diligencia sumarial, debiera haber sido motivo suficiente para que la compañía demandada hiciera un ofrecimiento de la cuantía mínima a que se refiere el art. 18 de la Ley de contrato de seguro EDL 1980/4219 . La necesidad de indemnizar en este caso no nos parece especialmente dudosa y, si es

verdad que la cuantía que se reclama parece algo desproporcionada a lo que resultaría conforme al baremo utilizado por ambas partes, no es menos cierto que no estamos discutiendo una diferencia entre la cuantificación efectuada por una u otra parte, sino la totalidad de la indemnización, retenida probablemente como elemento de presión para una solución económica más favorable a sus intereses que es precisamente lo que pretende evitar la ley al establecer la obligación del pago de la indemnización mínima y el recargo de los intereses por mora en el pago de la cantidad asegurada, por lo que consideramos aplicable al presente caso lo dispuesto en art. 20 de la Ley de contrato de seguro EDL 1980/4219 ".

Ello no es posible. Pese al indudable casuismo que existente en la aplicación de la norma, las alegaciones hechas por la recurrente en el motivo, en modo alguno permiten considerar estos hechos como causa justificada para evitar el pago que la sentencia EDJ 2008/363437 le impone como aseguradora. La causa justificada, a juicio de la aseguradora, viene determinada porque no había una prueba de la falta de información, lo que no es cierto puesto que tuvo conocimiento de que no se había proporcionado al paciente en la forma que señala la sentencia.

RECURSO DE ARESA, SEGUROS GENERALES.

QUINTA.- Los tres primeros motivos del recurso manifiestan la discrepancia de la recurrente con la responsabilidad que se le atribuye como aseguradora sanitaria, atendiendo al contenido del contrato de seguro suscrito con el actor, que es de prestación de servicios sanitarios, no de responsabilidad civil de los médicos contenidos en su cuadro médico. Con esta finalidad se invocan: a) los artículos 1, 73, 80 a 82, 100, 105 y 106 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 ; artículos 3, 4, 5 y 11.1 del RDL 6/04, de 29 de octubre EDL 2004/99160 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados; artículos 4 y 40 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y artículo 88 de la Ley EDL 2003/127263 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad -motivo 1º-. b) Artículos 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 18 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios -motivo 2º- y c) artículos 1903, párrafo 4º del CC EDL 1889/1 , en relación con los artículos 4.7, 5.1 d y 40.1, 2 y 3 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de las profesiones sanitarias EDL 2003/127263 ; artículo 88 de la ley 14/1986, de 25 de abril EDL 1986/10228 , General de Sanidad y artículos 4.5 y 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre EDL 2002/44837, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica -motivo 3º-.

Los tres se analizan conjuntamente para desestimarlos

Dice la sentencia de 4 junio 2009 EDJ 2009/120192 lo siguiente: "...La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señala la sentencia de 4 de diciembre de 2007, ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso:

(a) Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV C. La existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos supuestos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12 febrero 1990 EDJ 1990/1343 ; 10 de noviembre de 1999 EDJ 1999/34225). El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, supone que en principio responde por sí mismo -siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad-, por lo que en alguna de estas sentencias se contempla algún elemento adicional, como el hecho de la elección directa del médico por la aseguradora.

(b) Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 EDJ 2004/147763 ; 17 de noviembre de 2004 EDJ 2004/183456), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e igualas no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos".

(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 (STS 2 de noviembre 1999 EDJ 1999/33530 : el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la STS de 4 de octubre de 2004 EDJ 2004/147763 , en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo). En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

(d) Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (STS 2 de noviembre de 1999 EDJ 1999/33530).

Este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las disposiciones del Código Civil que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extracontractual. La sentencia de 21 de junio de 2006 EDJ 2006/89284 parte del hecho de que la comadrona estaba incluida en el cuadro facultativo de la aseguradora, y otras, más numerosas, de las Audiencias Provinciales, suelen considerar suficiente la inclusión del facultativo en el cuadro médico de la aseguradora para inferir la existencia de responsabilidad por parte de ésta derivada de la culpa in eligendo. Resulta indudable que el examen de las circunstancias de cada caso concreto es ineludible para concretar si la inclusión en el cuadro médico comporta el establecimiento de una relación de dependencia o auxilio contractual con la aseguradora.

(e) Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre EDL 2007/205571). Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, 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 EDJ 2001/249 ; 26 de marzo de 2004 EDJ 2004/14255 ; 17 de noviembre de 2004 EDJ 2004/183456 ; 5 de enero de 2007 EDJ 2007/2680 y 26 de abril de 2007).

En el caso enjuiciado, pese a una aparente ambigüedad en la determinación jurídica de la condena (se dice, de un lado, que puede ser discutible la responsabilidad de la empresa de seguros respecto de la actuación del médico y del propio concepto de dependencia, y admite, de otro su responsabilidad desde el " funcionamiento empresarial actual de la responsabilidad de la empresa por la prestación del servicio "), 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 y contractual, llegándose a la condena por vía del artículo 1903 CC EDL 1889/1 a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y el médico demandado, por razón de la relación entre uno y otro, ya que la entidad aseguradora no actúa como simple intermediario entre el médico y el asegurado, sino que garantiza el servicio, dándose la necesaria relación de dependencia entre uno y otra bien sea por vínculos laborales, bien por razón de contrato de arrendamiento de servicios profesionales que pone a disposición de su asegurado-cliente.

Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre una y otra parte garantiza al asegurado, entre otras cosas, las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de un cuadro médico que viene a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa in eligendo o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

Además, 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 dentro de los que pone a su disposición, 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 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 artículo 105 LCS EDL 1980/4219 , con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo. Y si bien es cierto, como apunta algún sector de la doctrina, que posiblemente sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 LCS EDL 1980/4219, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, también lo es que la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

SEXTO.- El cuarto motivo es coincidente con el segundo del recurso de Zurich que ha sido estimado, por lo que se reproduce lo expuesto en el mismo, en cuanto a la identificación del daño.

SÉPTIMO.- La estimación de los motivos segundo del recurso de Zurich y cuarto del de Aresa Seguros comporta que la cifra indemnizada se haga efectiva solidariamente por todos los condenados, incluido D. Adriano, cuyo recurso ha sido inadmitido. Esta Sala tiene declarado que los codemandados condenados que se hallan en la misma posición que los recurrentes se benefician de la actividad procesal de estos cuando existe una comunidad de actuación y se hallan en idéntica situación sustantiva y procesal, al entrar en juego la doctrina de la extensión de los efectos de la sentencia a las partes ligadas por idénticos vínculos de responsabilidad, al así exigirlos las más elementales reglas de la lógica.

OCTAVO.- En cuanto a costas, se imponen a D. Pedro Enrique y D. Adriano las costas de sus recursos y no se hace especial declaración de las demás.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

1.- Se desestima el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Pedro Enrique contra la sentencia de 23 de septiembre de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, en el rollo de apelación núm. 703/2007 -A EDJ 2008/363437 .

2.- Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Adriano contra la misma sentencia EDJ 2008/363437 .

3.- Se estiman en parte los recursos de casación formulados por el procurador D. Jaume Guillen Rodríguez y la procuradora Dª María Teresa Aznarez Domingo, en la representación que acreditan de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA y Aresa Seguros Generales, SA, respectivamente, y se cifra el importe de la condena tanto de ambas recurrentes como de D. Adriano en las cantidades de 254.977,45 euros a favor del Sr. Pedro Enrique y de 9.586,49 euros a favor de cada uno de los restantes codemandantes.

4.- Se mantiene la sentencia en todo lo demás y se imponen a D. Pedro Enrique y D. Adriano las costas de sus recursos, sin hacer especial declaración de las demás.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Francisco Marin Castan. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado. Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012012100028