

Roj: STS 434/2015 - ECLI:ES:TS:2015:434
Id Cendoj: 28079110012015100054

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 194/2013

Nº de Resolución: 33/2015

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 607/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº uno de Rubí, sobre responsabilidad civil extracontractual; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Serafina , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Adela Gilsanz Madroño; siendo parte recurrida don Ezequiel , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Andrea de Dorremochea Guiot.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Jaime Izquierdo Colomer, en nombre y representación de doña Serafina , interpuso demanda de juicio ordinario sobre responsabilidad civil extracontractual contra don Ezequiel y contra el Servei de Responsabilidad Profesional del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona 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 demandados a satisfacer la cantidad de ciento sesenta mil quinientos cincuenta y tres con trece euros (160.553,13 euros), en concepto de cuantía indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados de negligencia médica padecidos por mi representada, más los intereses que se devenguen, todo ello con expresa imposición de las costas devengadas en el presente procedimiento.

2.- La procuradora doña Mercedes Paris Nogueira, en nombre y representación del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia absolviendo a mi representado de todos los pedimentos deducidos de contrario, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante. Por auto de fecha 30 de abril de 2009, se tiene por desistido al Servicio de Responsabilidad Profesional del Colegio de Médicos de Barcelona.

El procurador don Vicente Ruiz i Amat, en nombre y representación de Ezequiel , 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 y desestime la demanda interpuesta contra mi defendido Ezequiel y, en consecuencia, la absuelva de los pedimentos formulados de contrario, con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Rubí, dictó sentencia con fecha 15 de mayo de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: *Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales don Jaime Izquierdo Colomer, en nombre y representación de doña Serafina y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la parte demandada Don. Ezequiel condenando en costas a la parte actora.*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de doña Serafina . La Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha ocho de octubre de 2012 cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: *Que estimando en parte el*

recurso de apelación interpuesto por doña Serafina contra la sentencia de fecha quince de mayo de dos mil nueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Rubí en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, únicamente en lo que se refiere a las costas de la primera instancia, respecto a las que no hacemos especial pronunciamiento, como tampoco en cuanto a las de la apelación. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Con fecha 8 de octubre de 2012, se formuló voto particular por uno de los Magistrados cuya parte dispositiva dice: "A la vista de lo expuesto procede admitir el recurso en tanto la cuestión que plantea la recurrente permite sustentar la responsabilidad en la que funda su demanda. Procede cuantificar el daño mediante la aplicación del Baremo o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de aplicación orientativa a otros sectores distintos de la circulación, conforme doctrina reiterada de esta Sala (afirmada en SSTS de 9 de diciembre de 2008 ; 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 (rec. 429/2007 y rec. 430/2007), 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".

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación de doña Serafina , con apoyo en los siguientes **MOTIVO: ÚNICO.-** Infracción de lo dispuesto en los arts 1902 y 1903 del Código Civil , por cuanto lo resuelto en la sentencia de apelación se opone a la doctrina jurisprudencial que lo interpreta del Tribunal Supremo, establecida, entre otras, en las sentencias de fecha 20/12/2010 (nº 679/2010), 23/09/2004 (nº 896/2004), 15/02/2006 (nº 167/2006) y 30/03/2012 (nº 173/2012), cuyos textos se acompañan.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 26 de noviembre de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Andrea Dorremochea Guiot, en nombre y representación de don Ezequiel , presentó 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 21 de enero de 2015, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes del caso están descritos en la sentencia objeto de recurso de casación. Son los siguientes: Doña Serafina imputa al ginecólogo demandado, D. Ezequiel , haber incurrido en negligencia en el tratamiento de que fue objeto, durante su estancia en el Hospital General de Catalunya, con ocasión del parto por cesárea que tuvo lugar el 22 de abril de 2.005.

Tras dicha intervención quirúrgica, la señora Serafina sufrió una infección que fue diagnosticada como endometritis y tratada con antibióticos. Como el médico demandado consideró que la evolución era buena le dio el alta para el día 29 de abril por la mañana. Pero el mismo día, por la tarde, estando ya la paciente fuera del hospital, empeoró, por lo que, previa consulta con el señor Ezequiel , volvió a ingresar en el mismo hospital.

Al día siguiente, 30 de abril de 2.005, fue remitida al Hospital de Sabadell, a fin de que se le practicasen pruebas complementarias que no podían realizarse en el General de Cataluña porque dicho día 30 era sábado. En el centro de Sabadell se realizaron pruebas de diagnóstico por la imagen, tras de lo cual los médicos consideraron oportuno intervenir a la paciente, lo que así hicieron, practicándosele histerectomía subtotal. A resultas de dicha intervención abdominal la paciente quedó con determinadas secuelas (bridas con ocasionales suboclusiones intestinales y al menos una oclusión), lo que motivó una nueva intervención quirúrgica a mediados de noviembre de 2.006.

Lo que se imputa al facultativo es no haberse percatado antes de la existencia de la infección abdominal que hizo precisa la intervención del día 30, y que debido a esa inadvertencia fue preciso intervenir con unos resultados que no se habrían producido de haberse detectado antes el cuadro infeccioso; inadvertencia que

fue motivada por no haber ordenado el médico la realización de pruebas complementarias de diagnóstico por la imagen, tipo ecografía o scanner.

En el recurso de apelación se habla de que no se realizó tampoco análisis de sangre, aunque el debate ha girado fundamentalmente sobre si habría estado indicado realizar alguna ecografía o TAC.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda, teniendo en cuenta *"toda la prueba analizada y valorada"*, de la que deduce que *"no existió negligencia en la actuación del demandado, puesto que cuando firmó el alta de la paciente, ésta se encontraba en buenas condiciones, sin fiebre y sin dolor sin que sea necesaria en esos momentos practicar prueba complementaria alguna puesto que no había signos evidentes de ninguna complicación médica tal y como además manifestó el perito Sr. Juan Pedro . El propio perito del actor reconoce que la endometritis estuvo bien diagnosticada"*.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, salvo el pronunciamiento sobre costas en la instancia y en apelación, que no las impuso. Considera que la evolución de la temperatura corporal no hacía temer una mala evolución de la infección que se diagnosticó y que se comenzó a tratar el día 25 de abril. Al día siguiente la temperatura bajó y ya no hubo más fiebre en los días siguientes hasta el alta del día 29. Tampoco los resultados de los análisis indicaban mal curso del proceso. No siempre que se produce una infección, dice, es obligado realizar ecografías, scanner o pruebas semejantes.

"Se hace difícil, a posteriori, afirmar que los signos existentes debían revelar que algo no iba como se esperaba. Temperatura y resultado de análisis son datos objetivos. El estado general de la enferma, el dolor que sentía, la intensidad, la situación del mismo, son cosas que es muy difícil valorar a posteriori, porque se prestan a distintas interpretaciones incluso en el momento de realizar las exploraciones de la enferma. Por no hablar de las percepciones del médico al realizar, por ejemplo, los tactos vaginales, tan importantes en procesos como éste. Precisamente por eso es más difícil afirmar la negligencia a partir de datos que sólo el médico percibió en aquellos momentos, e interpretó. Salvo que se hubiese tratado de una situación notoria, cuya descripción, además, para ser percibida a posteriori como notoria, no dejaría de suscitar problemas".

Se observa *" que persistía dolor en epigastrio, del que en alguna anotación se dice que no cedía con almax. Pero el estado general era bueno. Visto lo que ocurrió después puede afirmarse que hubiera sido útil practicar pruebas complementarias. Pero repetimos que no es de eso de lo que se trata. El problema es si no hacerlas, dados estos signos más "interpretables", debe considerarse constitutivo de negligencia. La respuesta negativa se impone a nuestro juicio, como se imponía partiendo de los datos más objetivos según se ha dicho antes. Ha de insistirse en que es difícil afirmar la negligencia en función del dolor y del estado general, que nosotros no podemos sino percibir por las referencias literarias que hay en la historia clínica. Referencias que, como decimos, y particularmente por lo que concierne a las hojas de enfermería, sólo revelan la existencia de dolor en parte superior de abdomen, en torno al estómago, o en la boca del estómago como se dice en alguna anotación, a cierta distancia de la zona genital en que luego se apreció la necrosis. Molestias que, no acompañadas de otros signos objetivos, no tenían por qué revelar la necesidad de pruebas adicionales o complementarias. El médico no concluyó su actuación el día 28, dado que indicó la necesidad de que la señora Serafina siguiera tomando distinta medicación, incluido un antibiótico, todo lo cual dejó prescrito el propio día 28"*

En definitiva, la sentencia no apreció negligencia en la falta de diagnóstico de la infección que estaba progresando en el abdomen de la demandante y, en especial, en la falta de exploraciones complementarias antes del día 30 de abril de 2.005, cuando el único signo de anormalidad era la existencia de epigastralgias, que se constató durante los días anteriores al 29 de abril y, en particular, a primera hora de la madrugada de dicho día. *" El que existiese un dolor cuya etiología no fue precisada sino más bien sólo supuesta por el facultativo (se atribuyó al efecto de la medicación) no nos permite afirmar la negligencia. El médico ordenó seguir con la administración de tratamiento antibiótico y pudo razonablemente esperar que la situación de dolor localizado en zona superior de abdomen se resolviese, dado que no existían otros signos objetivos de alarma. El foco de dolor estaba situado en parte superior de abdomen, cuando la intervención médica inicial había sido en abdomen inferior, lo que razonablemente podía disminuir la sensación de urgencia o de peligro. El estado general de la paciente era algo que el demandado podía valorar por percepción directa. Sobre ello es muy difícil pronunciarse a posteriori, cuando los datos objetivos con que contamos (la temperatura corporal y el resultado de los análisis practicados los días 25 y 26 e incluso el 29 por la noche) no indicaban peligro alguno"*.

Todo ello lo tiene, además, en cuenta la sentencia para no hacer especial declaración en cuanto a las costas, aunque reconozca que *"no deja de ser cierto que el demandado podría haber ordenado pruebas adicionales."*

La sentencia cuenta con un voto particular de uno de los magistrados.

Doña Serafina formuló recurso de casación con un único motivo: infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y oposición a la doctrina de esta Sala expresada en las sentencias de 10 de diciembre de 2010 ; 23 de septiembre de 2004 ; 15 de febrero 2006 y 30 de marzo de 2012 .

SEGUNDO.- El error que se denuncia en el motivo supone que la sentencia ha quebrantado el artículo 1902 CC como efecto de una equivocada calificación y aplicación jurídica de las circunstancias exigibles para el reconocimiento de la responsabilidad civil.

El recurso se estima.

En una medicina de medios y no de resultados - STS 10 de diciembre 2010 -, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar ó descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena.

Implica por tanto un doble orden de cosas:

En primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS 15 de febrero 2006 ; 19 de octubre 2007 ; 3 de marzo y 10 de diciembre de 2010).

Pues bien, doña Serafina fue diagnosticada inicialmente de endometritis. El día 24 se le manifestaron episodios de fuertes dolores abdominales, con fiebre alta. Los signos indicativos de la infección aparecieron el 25 de abril. El día 29 es dada de alta, bajo la indicación del facultativo de que los dolores desaparecerían con el tiempo y una vez en casa. Ocurrió que a las pocas horas de haber sido dada de alta regresó al hospital con fiebre elevada y, siendo fin de semana, no se le pudo practicar un TAC, trasladándola el día 30 a otro hospital, ante la persistencia de la sintomatología. Resultado de la prueba fue la intervención de urgencia (presencia de abundante líquido libre en la cavidad abdominal en el proceso de peritonitis, que ha condicionado la presencia de un mayor número de bridas intestinales).

Sin citarla, la sentencia refiere la doctrina sobre imputación objetiva que esta Sala ha aplicado en supuestos similares para negar que en el momento en que el diagnóstico se realiza fue posible prever la evolución de la paciente, lo que no ocurre en este caso. La sucesión de hechos ocurridos en un periodo corto de tiempo ponen en evidencia la existencia de un error de diagnóstico inicial producido por no haber puesto a disposición de la paciente los medios adecuados para obtenerlo. La asistencia médica continuada del facultativo entre los días 22 y el 29 de abril de 2005 resulta manifiestamente incompleta, ya que no realizó a la paciente ninguna exploración complementaria, como una ecografía, un TAC o un scanner abdominal, a fin de descartar las complicaciones que parecía presentar, como el dolor abdominal, respecto del cual -pese a los tratamientos que habían sido instaurados a base de antibióticos para una endometris- los síntomas no remitían.

Si los síntomas de dolor abdominal persistían en el momento en que la paciente fue dada de alta y esta se dispuso " *sin que el demandado supiese con certeza a que obedecía tal dolor* ", se debió trabajar también sobre esta hipótesis adoptando las medidas correspondientes, lo que no se hizo. No estamos ante un error de diagnóstico disculpable o de apreciación, sino ante un diagnóstico equivocado por no haber puesto a disposición de la paciente los medios de que disponía para lograrlo. Una simple prueba ecográfica, efectuada tardíamente, hubiera evidenciado el curso progresivo de la infección en el abdomen, y hubiera evitado las consecuencias resultantes. No estamos ante un supuesto de medicina defensiva por la aplicación indiscriminada de pruebas para establecer diagnóstico. Estamos ante una actuación médica carente de los conocimientos necesarios para hacer posible un diagnóstico correcto mediante la exploración y la práctica de pruebas complementarias que hubieran prevenido, evitado o aminorado el daño a partir de una previa sintomatología evidente y reiterada.

El daño fundamenta la responsabilidad y éste se produjo como consecuencia de la negligencia médica. El criterio de imputación resulta del artículo 1902 CC y exige del paciente la demostración de la relación o vínculo de causalidad entre el daño y el equivocado diagnóstico, así como la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado que el acto médico o quirúrgico fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (STS 24 de noviembre de 2005 ; 10 de junio 2008), ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, sin lo cual no hay responsabilidad sanitaria, como sucede en este caso por un error de diagnóstico que desembocó en el resultado dañoso generador de responsabilidad, puesto que produjo un tratamiento equivocado y gravemente perjudicial para la paciente, y que se identifica a partir de la valoración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento en que los hechos tuvieron lugar y no después, al haberla dado de alta sin haber confirmado o descartado una posible infección, cuando la sintomatología así lo exigía, sin que ello suponga una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por la paciente, que volvió unas horas después al centro médico en el que quedó ingresada hasta su traslado a otro al día siguiente para la realización de un TAC a resultas del cual se le practicó una intervención de urgencia.

TERCERO.- A la vista de lo expuesto procede admitir el recurso en tanto la cuestión resuelta en la sentencia se aleja de los criterios interpretativos fijados de forma reiterada por esta Sala y permite sustentar la responsabilidad en que la recurrente funda su demanda. Asumiendo la instancia, procede cuantificar el daño mediante la aplicación del Baremo o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de aplicación orientativo a otros sectores distintos de la circulación, conforme doctrina reiterada de esta Sala (afirmada en SSTS de 9 de diciembre de 2008 ; 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 (rec 429/2007 y rec 430/2007), 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.

Pues bien, en su demanda la actora cuantificó el daño en la suma de 160.553,13 euros con base en un informe médico pericial emitido por especialista en valoración del daño corporal que se expresaba al respecto en los términos siguientes:

(i) Como lesiones permanentes o secuelas, de carácter fisiológico, apreciaba «*necrosis de útero que determinaron histerectomía de crisis suboclusivas por bridas que determinaron dolor cólico persistente*» , que valoraba en 40 puntos, por pérdida de útero antes de la menopausia, y «*trastorno depresivo reactivo a patología orgánica*», que valoraba, como síndrome psicológico, en 10 puntos. Aplicando la fórmula legal para las secuelas concurrentes vigente tras la reforma de 2003 fijaba la puntuación total por ambas secuelas fisiológicas en 46 puntos.

(ii) Junto al daño fisiológico apreciaba un perjuicio estético ligero por «*cicatriz de laparotomía quirúrgica*» , que valoraba en 5 puntos.

(iii) Atendiendo al valor del punto en el año del alta (2005) y a la edad de la víctima, fijaba la indemnización por ambos conceptos en la suma de 75.376,37 euros; 71.873,62 euros por secuelas fisiológicas y psicológicas y 3.502,75 euros por las estéticas.

(iv) Finalmente incrementaba dicha indemnización básica en un 10% (7.537,64 euros) mediante el factor corrector de aumento y en 77.639,12 euros aplicando el factor corrector de incapacidad permanente total para trabajo habitual.

En su contestación, el facultativo demandado alegó subsidiariamente pluspetición y adujo que habiéndose optado por aplicar el «baremo» del automóvil, corresponde al perjudicado acreditar la existencia de cada uno de los perjuicios sufridos y su relación de causalidad con el acto médico, cuestionándose que se haya optado en todos los casos por el grado máximo de la orquilla.

Esta Sala considera adecuada la indemnización reclamada por las razones siguientes:

En primer lugar, ambas partes están conformes en que la misma se calcule con arreglo al baremo o sistema legal de valoración del daño que rige para los accidentes de tráfico.

En segundo lugar, en relación con las secuelas fisiológicas y psíquicas, la sentencia declaró probado, en correspondencia con la principal secuela concretada en la demanda, que a la paciente se le practicó una histerectomía subtotal, quedándole como secuelas bridas con ocasionales suboclusiones intestinales, por una de las cuales fue intervenida nuevamente en noviembre de 2006. En cuanto al trastorno depresivo ulterior, además de constar una sintomatología ansioso-depresiva reactiva relacionada con los problemas del parto, por la que tuvo que someterse a asistencia médico-psiquiátrica, ha de entenderse, en buena lógica, que se trata de un daño permanente de carácter psicológico inherente a la naturaleza y gravedad del daño fisiológico sufrido (extirpación del útero en mujer joven, en edad fértil). Y siendo cierto que para la valoración en puntos de dichas secuelas se parte en ambos casos de la puntuación máxima de la escala, no puede obviarse que tal petición se sustenta en un informe pericial fundado en la documentación médica obrante en autos, que no ha sido desvirtuado mediante prueba en contrario.

En tercer lugar, según el texto legal, el perjuicio estético consiste en cualquier modificación peyorativa que afecte a la imagen de la persona. Constituye una dimensión diversa del perjuicio fisiológico que le sirve de sustrato y por ende, encierra un concepto perjudicial distinto. De ahí que en su Tabla VI, dentro del apartado reservado a las «reglas de aplicación», se aluda a la fijación separada de la puntuación que corresponda a uno y otro siempre que el menoscabo permanente para la salud (secuela) suponga, a su vez, la existencia de un perjuicio estético (por todas, STS de 23 de noviembre de 2011, rec. nº 1631/2008).

En el presente caso, es también un hecho no discutido y, además consta acreditado en autos, que la demandante quedó con una cicatriz resultante de la laparotomía de urgencia que se le practicó, lo que comporta, por sí mismo, una modificación peyorativa de su aspecto físico, y, por tanto, de la imagen que proyecta hacia a los demás, que constituye un quebranto susceptible de reparación económica mediante su valoración como perjuicio estético. En este sentido, se estima razonable calificarlo de leve, acogiendo la postura expresada por la parte actora con fundamento en la pericial de parte.

En cuarto lugar, para concretar su entidad y calcular la indemnización correspondiente resulta de aplicación el régimen establecido tras la reforma introducida por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, de la que se ha dicho reiteradamente (SSTS de 23 de noviembre de 2011, rec. nº 1631/2008 ; 30 de marzo de 2012, rec. nº. 1050/2009 y 30 de abril de 2012, rec. nº 652/2008) que no cabe aplicar de manera retroactiva (lo que no es el caso, puesto que estaba en vigor cuando ocurrió el siniestro) y que ha de interpretarse en el sentido de puntuar y valorar separadamente las secuelas estéticas respecto de las fisiológicas, aun cuando luego se sumen las cantidades así obtenidas (en el sistema vigente hasta esta reforma lo procedente era sumar aritméticamente ambas puntuaciones antes de su valoración, sin aplicar respecto de las secuelas estéticas la fórmula de Balthazar). Este procedimiento se ha respetado en el informe pericial y por ende, en la demanda.

Finalmente, en cuanto a los factores correctores de la indemnización básica por lesiones permanentes, también resulta correcta la reclamación por estos conceptos.

-De una parte, y en cuanto al factor corrector por perjuicios económicos, porque constante jurisprudencia viene declarando (SSTS de 30 de abril de 2012, rec. nº 1703/2009 y 6 de junio de 2014, rec. nº 847/2012) que cuando de secuelas se trata (Tabla IV) el Sistema impone aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos a toda víctima en edad laboral, aunque no se prueben ingresos (la víctima tenía 27 años en el momento de sufrir el daño y trabajaba como dependienta de perfumería), y que la falta de prueba sobre estos no provoca que no se conceda dicho factor corrector sino únicamente su aplicación en su tramo inferior, es decir, hasta un 10%, como se pide en la demanda.

-De otra parte, y en cuanto a la incapacidad permanente total, porque según constante doctrina (STS de 21 de enero de 2013, rec. nº 1614/2009 y las que en ella se citan), la Tabla IV del Anexo LRCSVM contempla diversos factores de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, entre estos, el de las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, con un incremento de menor a mayor cuantía, según la limiten en parte o totalmente o lleguen a privar al afectado de cualquier ocupación o actividad al margen de la habitual. Cuando se trata del factor corrector de incapacidad permanente total, su aplicación depende de la concurrencia del supuesto de hecho, consistente en la realidad de unas secuelas de carácter permanente que además incidan en la capacidad de la víctima de manera tal que la priven totalmente de la realización de las tareas propias de su ocupación o actividad habitual, entendiendo por tal no solo las propias de la actividad laboral sino también las relacionadas con sus vida cotidiana. En este caso, se reclama correctamente por una incapacidad permanente total para la profesión habitual que resulta suficientemente acreditada en virtud de la resolución dictada por el INSS con fecha 30 de julio de 2007, justificando que el porcentaje de aumento se fije en la suma máxima prevista dentro



de la escala (77.639,12 euros) por tratarse de una persona joven, cuyas secuelas, físicas y psicológicas, le privan de aptitud para seguir desempeñando con plena normalidad lo que hasta el parto eran sus actividades y ocupaciones habituales.

CUARTO.- Al demandado se le condena al pago de las costas de la 1ª instancia y no se hace especial declaración de las causadas por el recurso de apelación. No se imponen las costas del recurso de casación; todo ello según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de doña Serafina contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona - Sección 16ª-, de 8 de octubre de 2012 .

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º Se estima la demanda formulada por doña Serafina contra don Ezequiel a quien condenamos al pago de 160.553,13 euros con más los intereses legales desde el momento de la interpelación judicial, con expresa imposición de las costas causadas en la 1ª instancia al demandado y sin hacer especial declaración de las del recurso de apelación.

4º No se hace pronunciamiento especial de las costas del recurso de casación.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose 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.