



Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Undécima
C/ Santiago de Compostela, 100, Planta 2 - 28035
Tfno.: 914933922

37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2020/0059537

Recurso de Apelación 290/2023

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 07 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 405/2020

APELANTE: [REDACTED]
PROCURADOR D. IGNACIO MELCHOR ORUÑA
APELADO: MAPFRE ESPAÑA S.A.
PROCURADORA Dña. PATRICIA FERNANDEZ MANJON

—

SENTENCIA N° 623/24

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:
D. EMILIO BUCETA MILLER
D. LUIS AURELIO SANZ ACOSTA
Dña. BEGOÑA ÁLVAREZ GARCÍA

En Madrid, a veintitrés de diciembre de dos mil veinticuatro.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 405/2020 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 07 de Madrid como parte apelante - demandante [REDACTED], representado por el Procurador D. IGNACIO MELCHOR ORUÑA contra **MAPFRE ESPAÑA S.A.** como parte apelado - demandada, representada por la Procuradora Dña. PATRICIA FERNANDEZ MANJON; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 06/02/2023.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. BEGOÑA ÁLVAREZ GARCÍA**





I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 07 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 06/02/2023, cuyo fallo es del tenor siguiente:

*“Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. IGNACIO MELCHOR DE ORUÑA, Procurado de los Tribunales, en nombre y representación de [REDACTED], contra la entidad aseguradora MAPFRE ESPAÑA, representada por D. FEDERICO RUIPÉREZ PALOMINO, Procurador de los Tribunales, **absolviendo a la demandada de todos los pedimentos contenidos en la misma, con todos los pronunciamientos favorables, con imposición a la parte demandante del pago de las costas causadas.**”.*

SEGUNDO. - Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido a trámite, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - Por don [REDACTED] se interpone recurso de apelación contra la sentencia que desestimaba sus pretensiones. EL actor reclamaba a MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS el importe de 14.587 euros que se deriva de una defectuosa asistencia sanitaria prestada por la Clínica Bofill S.L. cubierta por la demandada en virtud de un contrato de seguro de asistencia sanitaria de los denominados de cuadro médico. Sostiene que fue intervenido quirúrgicamente el 21 de agosto de 2017 en la citada clínica de meniscectomía de menisco lateral derecho con shaving de lesión condral tras la cual se produjo a los 24 días de la cirugía una infección por la bacteria staphylococo aureus con signos muy claros de infección nosocomial o intrahospitalaria lo que requirió de una nueva intervención quirúrgica con necesidad de baja laboral por lo que reclama 700 euros por la intervención quirúrgica, 14 días de perjuicio personal particular grave que se





extiende al periodo durante el cual ha estado hospitalizado y 156 días de perjuicio personal particular moderado al haber estado en situación de incapacidad laboral.

La aseguradora se opuso alegando su falta de legitimación pasiva fundada en que no realizó una prestación directa de los servicios médicos al no tener una relación jurídico laboral con los profesionales sanitarios que atendieron al Sr [REDACTED] si no que por el contrario, su trabajo fue realizado de forma autónoma e independiente, prescripción de la única acción que tiene el actor contra MAPFRE que es la de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, la relevancia jurídica de los consentimientos informados y la falta de nexo causal entre el tratamiento quirúrgico y la infección pues no ha acreditado el actor que la infección se haya producido en el hospital y que ésta se pueda relacionar con una supuesta negligencia por falta de higiene o de asepsia en los facultativos o en el centro sanitario; que no puede mantenerse una supuesta responsabilidad por negligencia médica por el resultado y plus petición.

La sentencia desestima la demanda pues entiende que no ha resultado probado por el actor que se trate de una infección “del sitio quirúrgico”, es decir, contraída en la misma operación, que no hay pruebas objetivas y la infección está causada por una bacteria oportunista; que en el estado actual de la ciencia y la técnica, el riesgo es frecuente sin que sea posible adoptar medidas eficaces para paliarlo y no hay informes del actor que evidencien sin lugar a dudas, un defectuoso cumplimiento de las medidas recogidas en los protocolos de actuación médica ni informes sobre control de bioseguridad ambiental de las instalaciones por tanto se entiende que se observaron las prescripciones ajustadas a la lex artis.

El actor formula recurso de apelación articulado en los siguientes motivos: infracción del artículo 148 del RD Legislativo 1/2007 por el que se aprueba la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes y de la jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad objetiva de las infecciones nosocomiales y de la distribución de la carga de la prueba.

MAPFRE se opuso al recurso de apelación formulado.

SEGUNDO. - Las partes no discuten los siguientes hechos:

Que don [REDACTED] padecía patología en su rodilla derecha.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956634377638003681



2. El día 21 de agosto de 2017 fue intervenido de rodilla derecha en la Clínica Bofill mediante artroscopia y se le realizó meniscectomía y shaving de la lesión condral. Fue dado de alta con recomendación de demabular con dos bastones y fisioterapia; posteriormente se pautó rehabilitación constando haber recibido cinco sesiones entre el 30 de agosto de 2017 y 12-9-2017.
3. El día 14 de septiembre de 2017 acudió a urgencias de Clínica Bofill por presentar desde ese día inflamación y dolor en rodilla sin fiebre. En analítica realizada se observaron signos analíticos de infección quedando ingresado desde el 14 al 27 de septiembre de 2017 con sospecha de artritis séptica de rodilla derecha.
4. El 18 de septiembre de 2017 fue intervenido quirúrgicamente para la realización de un desbridamiento mediante artroscopia observándose abundante líquido articular sero-purulento. En cultivos realizados de líquido sinovial no se observaron gérmenes en el resultado de 15-9-2017 pero si fue positivo para staphylococcus aureus en el de fecha 22 de septiembre de 2017 evidenciándose en antibiograma correspondiente “resistencia a penicilina G”.
5. Realizó 4 sesiones de rehabilitación desde el 16-10-2017 al 19-10-2017.
6. Baja laboral desde el 21-8-2017 hasta el 1-3-2018.

TERCERO. - Para la resolución de la controversia es necesario tener en cuenta la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2019 que es referente en la materia de la responsabilidad médica por infecciones intrahospitalarias o infecciones nosocomiales. Señala nuestro Alto Tribunal al respecto lo siguiente

"Las infecciones intrahospitalarias, también denominadas nosocomiales, son aquellas que el paciente adquiere en el propio centro hospitalario, en el que se le dispensa la atención médica precisa para el tratamiento de la patología que sufre. Constituyen un problema bien conocido en la seguridad de los pacientes, que exige una especial atención por parte de los centros hospitalarios, conscientes como son de su relación con la prestación sanitaria dispensada en régimen de internamiento o ambulatorio. Son ajenas a tal concepto las infecciones extra hospitalarias tributarias de tratamiento médico, o las que se encuentran en





fase de incubación, antes del ingreso del enfermo, que se manifiestan con posterioridad en el curso del proceso curativo.

Son subsumibles, por el contrario, en tal categoría las adquiridas ex novo en el centro o establecimiento hospitalario a modo de una patología adicional sobre la sufrida, que puede generar al paciente graves consecuencias sobre su salud, o, incluso, como el caso que nos ocupa, su fallecimiento. Es conocida su mayor prevalencia en las UCI o en los pabellones quirúrgicos, así como su origen en distintas fuentes de infección.

La literatura científica describe diferentes procesos causales de producción; así pueden responder a factores tales como la falta de asepsia en las manos, descuidos en medidas profilácticas básicas, dejar las puertas abiertas del quirófano, aplicación de técnicas invasivas, prácticas deficientes en el control de infecciones, incorrección en la colocación y limpieza del catéter entre otras muchas.

La prevención de las infecciones nosocomiales forma parte de la obligación de seguridad, o si se quiere, como señala la STS de 5 de enero de 2007, "de las legítimas expectativas de seguridad del servicio" que, frente a los usuarios del sistema sanitario, asumen las entidades asistenciales, garantes como son de la prestación de sus servicios con los niveles requeridos de asepsia, esterilización y desinfección; de manera tal que los pacientes, que son tratados en sus establecimientos, no sufran una dolencia distinta y adicional a la que provocó la propia asistencia requerida.

El art. 43 de la CE garantiza el derecho a la protección de la salud. No ofrece duda que los pacientes son usuarios de los servicios sanitarios, como tales protegidos por el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo art. 11.1 establece el deber genérico de seguridad, cuando norma que "los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros". En el art. 27 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, igualmente aplicable a los centros privados, se regulan las garantías de seguridad.

Por su parte, los arts. 147 y 148 del precitado RDL, dentro del capítulo II, del Título II del Libro Tercero, relativo a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, contempla los servicios sanitarios, señalando el primero de los mentados preceptos que: "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los





consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio", normando, por su parte, el art. 148, en sus dos primeros párrafos, que: "Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario", fijándose, no obstante, para tales supuestos, un límite indemnizatorio de 3.005.060,52 euros, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales.

En definitiva, se viene a reproducir lo reglado en el art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, con la única salvedad de eliminar la expresión "niveles determinados de pureza", que no aparece en la actual redacción del art. 148 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre. Dichos preceptos han sido invocados y aplicados por los tribunales de justicia a la hora de dirimir las reclamaciones formuladas por los pacientes, en su condición de usuarios de los servicios médicos, acreedores en tal concepto de recibir una prestación con las señaladas características de seguridad y eficacia; siendo paradigmática al respecto la STS 604/1997, de 1 de julio, que enjuiciando un caso en el cual, tras la práctica de una artroplastia de rodilla, el paciente sufrió una infección por pseudomona aeruginosa, que determinó la amputación de la extremidad lesionada, razona al respecto que:

"Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, [...] En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir), por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos".





En esta misma línea jurisprudencial, podemos citar la STS 225/2004, de 18 de marzo, que refleja lo que ya entonces era una consolidada doctrina de esta Sala, en los términos siguientes:

"A mayor abundamiento, no puede obviarse la reiterada jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva que impone, para los servicios médicos, el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios: sentencias de 1 de julio de 1997, 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 22 de noviembre de 1999, 30 de diciembre de 1999, 5 de febrero de 2001, 19 de junio de 2001, 31 de enero de 2003; esta última dice, resumiendo la doctrina jurisprudencial: "A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: "...demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, "hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad".

Con posterioridad podemos citar las SSTS 267/2004, de 26 de marzo, 527/2004, de 10 de junio, 1157/2007, de 19 de octubre, que razona que es "[...] aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario comprende la evitación de infecciones hospitalarias o nosocomiales subsiguientes a la intervención (STS 5 de enero 2007)".

En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial ha circunscrito la referencia a "servicios sanitarios" a los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos -actividad





médica propiamente dicha sometida a la infracción de la lex artis ad hoc - (SSTS 5/2/2001; 26/3/2004; 5/1, 15/11 y 5/12/2007, 23/10/2008, 4/06 y 20/11/2009, 29/10/2010, 20/5/2011 o más recientemente 475/2013, de 3 de julio).

Pues bien, en el caso que enjuicamos, nos hallamos ante una infección nosocomial adquirida en el medio hospitalario a la que es de aplicación la legislación de consumo en su interpretación jurisprudencial antes expuesta. La entidad demandada pretende liberarse de su responsabilidad, negando cualquier clase de defecto organizativo o asistencial, considerando la precitada infección como una indeseada complicación postoperatoria -cuyo germen patógeno no se llegó a conocer- la cual afectó a un paciente de avanzada edad, en muy delicado estado de salud, e inmunodeprimido, señalando que se cumplieron todos los protocolos de evitación de tales enfermedades.

La pionera STS 604/1997, de 1 de julio, admitía la susceptibilidad del juego de la culpa exclusiva, caso fortuito y fuerza mayor, como motivo de oposición exoneradora de la obligación de reparar el daño, lo que razonaba en los términos siguientes:

"La culpa exclusiva del paciente -que en el caso no concurre- excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva, (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican".

En la STS 1377/2007, de 5 de enero, cuya doctrina se reproduce en la ulterior 464/2007, de 7 de mayo, se establece, al respecto que:

"El principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para





destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario [...] La atribución del daño a caso fortuito exige que los criterios de imputación fundados en la negligencia o falta de adopción de medidas a los cuales acaba de hacerse referencia no sean aplicables, bien por existir una asunción del riesgo por parte del perjudicado que destruya la imputación objetiva al servicio sanitario (como ocurre con los riesgos inherentes a la propia naturaleza del servicio y con los llamados riesgos del progreso, cifrados en la imposibilidad de conocimiento total de los efectos de los nuevos tratamientos científicamente comprobados), bien por derivar el daño producido por una causa ajena al funcionamiento del servicio sanitario de carácter imprevisible e inevitable".

Añade la Sala en la sentencia que estamos transcribiendo que "Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. La presencia de gérmenes patógenos en el ámbito hospitalario, su agresividad y resistencia al tratamiento antibiótico es perfectamente conocida. El grado de prevalencia de las mismas es un indicador del nivel de calidad asistencial y todos los hospitales cuentan con protocolos para prevenirlas. Constituyen una preocupación constante de la medicina preventiva. La minimización del riesgo deviene fundamental y conforma una elemental obligación del centro hospitalario, que se encuentra en una posición de dominio y exclusividad para instrumentar las medidas adecuadas para evitar la proliferación de agentes patógenos.

Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto.

Ahora bien, lo que no basta es contar con protocolos de asepsia y profilaxis, sino se demuestran que son escrupulosamente observados, correspondiendo la carga de la prueba al centro hospitalario en virtud de los principios de disponibilidad o facilidad probatoria (art. 217.7 de la LEC). Difícilmente se puede dar por acreditado la inevitabilidad del daño si se desconoce el agente patógeno causante. O si se pretende deducir su inimputabilidad porque otros pacientes en esas mismas fechas no padecieron una infección de tal clase, pues tal razonamiento no excluye la incuestionable infección nosocomial sufrida. Tampoco es de recibo intentar demostrar la alegada ratio de seguridad del Hospital, a través de una revista



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956634377638003681



de información general y, por lo tanto, no científica acreditada, prescindiendo de estudios o estadísticas oficiales, como sería lo procedente.

Remata la sentencia que: "La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad. No estamos tampoco enjuiciando la responsabilidad individual de los facultativos tratantes, ni del personal adscrito al servicio de medicina preventiva por infracción de la lex artis ad hoc"

En el ámbito de la doctrina de las Audiencias Provinciales, merece destacarse la sentencia de 4 de mayo de 2020 de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que señala lo siguiente: *"No se respeta el régimen de responsabilidad del artículo 148 TRLGDCU pues cuando se produce una infección necesariamente se ha frustrado la legítima expectativa de seguridad del consumidor en el servicio sanitario (STS 19-10-2007). El hospital (quien tiene la disponibilidad y facilidad probatoria) no ha acreditado que el origen fuera endógeno. En todo caso, no puede olvidarse, como declaró el Dr. Arsenio, las medidas de prevención de infecciones tienen como objetivo tanto las endógenas, las cruzadas o exógenas, como las ambientales. Pues, aunque el estafilococo estuviera en la piel o mucosas del Sr. Benigno, hay medidas y protocolos (así el lavado de la zona a intervenir, etc.) que pretenden prevenir que esa bacteria patógena acabe por infectar al paciente.*

Como señala la STS 19-6-2008 "una infección nosocomial no es un caso fortuito, ni es imprevisible, ni es inevitable ya que existen unos riesgos a evaluar y unos controles a realizar".

La falta de prueba no puede ser negativo para el demandante, con base al principio de disponibilidad y facilidad probatoria, habida cuenta que deberá ser el hospital el que deberá tener datos propios de tasas estadísticas de infecciones generales, de traumatología y de artroscopia de rodilla, no solo para hacer una comparativa casi imposible con datos generales de EPINE que incluye todo tipo de cirugías y tipos de ingresos, sino principalmente para demostrar que cada año mejoran sus propias tasas estadísticas, tal y como declaró el Dr. Arsenio, aun asumiendo que la infección cero es imposible. En la misma línea apunta el protocolo de prevención de infecciones de la OMS al señalar en su





página 16 que la meta fundamental es la reducción del número de infecciones nosocomiales y su costo, para a partir de la página 18, abordar los estudios de prevalencia e incidencia, siendo necesario hacer un concreto acopio de datos que en ningún momento el Hospital ha demostrado realizar, ni ha aportado."

CUARTO.- El actor sostiene que su infección es nosocomial, producida en el hospital, porque el 21 de agosto de 2017 fue intervenido de rodilla derecha en la Clínica Bofill mediante artroscopia y se le realizó menisectomía y shaving de la lesión condral, es decir, por una razón distinta a la infección que se le verificará posteriormente; no hay datos que sugieran que en el momento del ingreso se encontraba en periodo de incubación y se manifiesta con el diagnóstico de artritis séptica y con el dato objetivo de cultivo positivo para staphylococcus aureus antes de un mes, a los 24 días del alta con PCR elevada, material purulento teniendo que ser intervenido quirúrgicamente para desbridamiento con diagnóstico de artritis séptica; frente a ello, la aseguradora sostiene que la infección no puede calificarse de nosocomial pues no parece que la herida o sitio quirúrgico pueda necesitar un periodo de 24 días para mostrar signos pues con anterioridad no existen síntomas de mala evolución cuando además las artritis sépticas presentan señales agudas y las periciales que aportan las dos partes vienen a refrendar tales posiciones opuestas.

QUINTO. - Hay que partir de la premisa de que es sabido que el artículo 348 L.E.C. establece que *"el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica"*, precepto que es reproducción del artículo 632 de la derogada L.E.C., y del que se deduce claramente que la prueba de peritos es de libre apreciación para jueces y tribunales. Esta libre valoración de la prueba pericial es recogida entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo en la de 28-11-92, al indicar que la prueba pericial debe ser valorada libremente por el juzgador de acuerdo con la sana crítica (Sentencias de 30-5-90 y 25-12-91) y como estas reglas no están previstas en ninguna norma valorativa de prueba, ello equivale, en la mayoría de los casos, a declarar la libre valoración de este medio probatorio, no permitiéndose una impugnación abierta y libre de la actividad apreciativa de la pericia, a menos que el proceso deductivo choque de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano (Sentencias de 25-4-86, 9-2-87 y 19-12-90). Asimismo, en relación con la prueba pericial deben de seguirse las siguientes pautas de aplicación: 1º) Los





razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundado que otro: (STS 10 de febrero de 1.994). 2º) Deberá, también, tener en cuenta el Tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes (STS 4 de diciembre de 1.989). 3º) Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes (STS 28 de enero de 1.995). 4º) También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar, en el sistema de la nueva LEC, a que se dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el Tribunal que a los aportados por las partes (STS 31 de marzo de 1.997).

Ante esas pruebas periciales contradictorias, el Tribunal se encuentra en una tesitura muy peculiar; repudian al sentido común las conclusiones absolutamente dispares sobre la existencia del objeto de pericia. La consecuencia es que alguno de ellos no se ajusta a la realidad, por exceso o por defecto, y ante eso no queda más remedio que acogernos a las normas del sentido común y de la causalidad eficiente.

Desde lo anterior ante la existencia de varios informes el Tribunal puede fundar su resolución en cualquiera de ellos, con la correspondiente motivación, al respecto STS 28 mayo 2012 recurso 1116/2009: *"La emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las demás pruebas, posibilita que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el criterio más próximo a su convicción, motivándolo de forma suficiente y adecuada"*, en el mismo sentido STS 27 de abril del 2012 recurso 1663/2009. En el supuesto de informes periciales contradictorios, conforme a la reiterada jurisprudencia, el Tribunal puede decidirse por el dictamen que estime más conveniente y objetivo para resolver la contienda procesal (SAP Madrid, Sección 11ª, 13 de abril 2012, recurso 206/2011).



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956634377638003681



Los informes periciales coinciden en señalar que el staphylococo aureus es un germen que no es exclusivo del ambiente sanitario, ni del personal del hospital pues también es habitual en la piel y otras localizaciones del ser humano si bien el resto de sus conclusiones vienen a refrendar las posiciones opuestas de las partes, infección nosocomial frente a endógena, del propio paciente o exógeno o ambiental.

Esta juzgadora se inclina por entender que en el supuesto de autos ha quedado acreditado que existe relación de causalidad entre el ingreso hospitalario del Sr. [REDACTED] y su intervención quirúrgica en fecha 21/8/2017 y la infección con clínica y cultivo positivo a staphylococcus aureus a los 24 días de la intervención, el 14 de septiembre de 2017 pues se le realizó al actor una intervención quirúrgica en un centro médico mediante artroscopia consistente en meniscectomía y shaving de la lesión condral en rodilla derecha y a los 24 días y en la misma zona de la intervención se le diagnostica de artritis séptica de rodilla derecha y el 18 de septiembre de 2017 fue intervenido quirúrgicamente para su limpieza mediante artroscopia observándose abundante líquido articular sero-purulento con cultivo positivo para staphylococcus aureus a escasos días. No consta ninguna otra vía por la que la bacteria podría haber entrado en el cuerpo salvo la cirugía previa.

Y si bien la demandada sostiene que transcurre excesivo tiempo entre la intervención quirúrgica y la infección, 24 días, siendo que este tipo de infecciones suelen manifestarse de forma aguda antes de 14 días, su perito señaló que no hay ninguna guía que determine el plazo de aparición de las infecciones de este tipo.

SEXTO. - En cuanto a que parte le incumbe la carga de acreditar la posible negligencia de los facultativos o del centro sanitario hay que insistir conforme a la jurisprudencia antes mencionada que la prevención de infecciones nosocomiales forma parte de las legítimas expectativas de seguridad del servicio que, frente a los usuarios del sistema sanitario, asumen las entidades asistenciales. La legislación de consumidores y usuarios impone una responsabilidad objetiva para los servicios sanitarios, entendiendo por tales los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos, los cuales están sometidos a la infracción de la lex artis ad hoc. La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo que contrae la infección y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba, correspondiendo la misma al centro hospitalario en virtud de los principios de disponibilidad





o facilidad probatoria. Las infecciones nosocomiales no son imprevisibles ni inevitables.

Es así, porque no se trata en este caso de analizar la corrección de una determinada técnica médica, o lo apropiado de un tratamiento recomendado, o si el trabajo desarrollado se ajustó a las prescripciones de la *lex artis ad hoc* exigida al facultativo, sino que la obligación de máxima asepsia está impuesta a cualquier actuación sanitaria por su propia naturaleza, y más cuando el método es invasivo, pudiendo, aún actuando con la diligencia adecuada, producirse la inoculación del germen por un fallo en la gestión de esa labor, aun en su mínima expresión, que posibilitó la infección al paciente. Por eso la norma trata de proteger los intereses de la persona lesionada, que en el momento de prestar su consentimiento a la intervención no puede evaluar adecuadamente el riesgo de infección originada en un centro clínico en cuya completa asepsia confía.

En efecto, localizada la causa del daño en el contexto de la prestación del servicio hospitalario, no es aplicable la doctrina creada en torno responsabilidad médica en sentido estricto ni hay que buscar la infracción de la *lex artis*, sino la que deriva de la propia prestación de un servicio, en el que la Ley establece un régimen específico.

Así, la Ley de Consumidores y Usuarios, aplicable cuando el daño se localiza en los aspectos organizativos del Centro médico, establece un régimen específico de responsabilidad que la imputa a los prestadores del servicio, a no ser que éstos "*prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*".

Es el centro hospitalario al que, en todo caso, le corresponde justificar la culpa exclusiva de la víctima o el caso fortuito, como evento imprevisible o inevitable, interno a la propia asistencia o actividad hospitalaria, lo que permite distinguirlo de la fuerza mayor.

En el supuesto de autos, la aseguradora no acreditó que concurren tales causas de exoneración de su responsabilidad por lo que procede condenarla a indemnizar al actor los daños y perjuicios ocasionados.

SÉPTIMO.- Respecto al quantum reclamado por el actor, la demandada no discute los 700 euros correspondientes a la intervención quirúrgica ni los 14 días de hospitalización si bien se opone a los 156 días impositivos solicitados al no existir soporte médico tras el alta médica el 27 de septiembre de 2017 por lo que no hay prueba para mantener la





estabilidad lesional hasta el 1 de marzo de 2018 y al respecto hay que indicar que en el supuesto de autos, no se discute que don [REDACTED] permaneció hasta el 1 de marzo de 2018 de baja laboral.

Conforme al art. 136.1 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, el perjuicio personal básico por lesión temporal es el perjuicio común que se padece desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela. Por su parte, el art. 137 concreta el perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida, calificándolo de muy grave, grave y moderado, y por lo que al perjuicio moderado se refiere lo define como aquél en el que el lesionado pierde temporalmente las posibilidades de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal.

El artículo 53 señala “Pérdida de desarrollo personal

A efectos de esta Ley se entiende que la pérdida de desarrollo personal consiste en el menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de actividades específicas de desarrollo personal.”

Y el artículo 54 indica “Actividades específicas de desarrollo personal

A efectos de esta Ley se entiende por actividades de desarrollo personal aquellas actividades, tales como las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad.

Aplicando este criterio, respecto a don [REDACTED] proceden los días que reclama por perjuicio personal moderado pues durante todo ese periodo ha estado de baja laboral por lo que ha estado impedido para la realización de una gran parte de las actividades cotidianas.

En consecuencia, procede estimar el recurso formulado y condenar a la demandada a que abone al actor la suma de 14.587 euros.





OCTAVO.- En cuanto a los intereses del artículo 20 LCS la parte apelante solicitaba se impusiesen a la demandada desde la fecha del siniestro pues el hecho de que exista una reclamación extrajudicial en fecha 2-7-2019 y unas diligencias preliminares en fecha 3-7-2019 no suponen que la demandada haya acreditado que fue éste el primer momento en que conoció el siniestro pues lo único que acredita es que al menos lo conoció en dicho momento pero no que no pudiera conocerlo antes, mientras que la entidad demandada interesaba que los mismos en su caso, se deberían imponer desde el 3 de julio de 2019, fecha en la que tuvo conocimiento de la intención de reclamar del actor mediante la presentación de unas diligencias preliminares..

No hay razón alguna para que no se apliquen los intereses previstos en el citado precepto, aunque los mismos habrán de computarse a partir de la fecha en la que consta que la demandada tuvo conocimiento del siniestro, esto es, el 3 de julio de 2019, puesto que no ha sido acreditada la recepción de la reclamación extrajudicial formulada (doc 6 de la demanda).

NOVENO. - Procede la condena de la demandada al abono de las costas causadas en primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC y al estimarse el recurso de apelación no se hará expresa imposición de las costas procesales originadas en esta alzada, a tenor de lo previsto en el artículo 398 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de don [REDACTED] contra la sentencia nº 61/2023 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid en los autos de juicio ordinario 405/2020 que revocamos y en su lugar, condenamos a la demandada a que abone al actor la suma de **14.587 euros más intereses del artículo 20 LCS desde el 3-7-2019 con imposición de las costas causadas a la demandada y sin hacer declaración en materia de costas de las de la alzada.**





La estimación del recurso determina **la devolución del depósito constituido** por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia podrá interponerse recurso de casación (Art. 477 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2578-0000-00-0290-23, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: **1203956634377638003681**



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia dictada en apelación 465 firmado electrónicamente por BEGOÑA ÁLVAREZ GARCÍA (PON), LUIS AURELIO SANZ ACOSTA, EMILIO BUCETA MILLER