



Roj: **SAP PO 2570/2023 - ECLI:ES:APPO:2023:2570**

Id Cendoj: **36038370032023100568**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **23/11/2023**

Nº de Recurso: **943/2022**

Nº de Resolución: **576/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAIME ESAIN MANRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00576/2023**

Modelo: N10250

/ROSALÍA DE CASTRO NÚM. 5-2-IZQ. (PONTEVEDRA)

**Teléfono:** 986805130/29/28/27 **Fax:** -

**Correo electrónico:** Seccion3.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: MD

**N.I.G.** 36055 41 1 2021 0000829

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000943 /2022**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.3 de **TUI**

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000302 /2021

Recurrente: **MUTUA MADRILEÑA**

Procurador: MARIA JOSE TORO RODRIGUEZ

Abogado: LUCRECIA ALVAREZ COUGIL

Recurrido: Serafin

Procurador: FRANCISCO JAVIER VARELA GONZALEZ

Abogado: ISMAEL GOMEZ SOLLA

**SENTENCIA Nº : 576/2023**

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES

PRESIDENTE

**D. ANTONIO-J. GUTIÉRREZ R.-MOLDES.**

MAGISTRADOS

**D. JAIME ESAIN MANRESA.**

**D. IGNACIO DE FRIAS CONDE.**

En PONTEVEDRA, a veintitrés de noviembre de dos mil veintitrés



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 302/2021, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.3 de TUI, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 943/2022**, en los que aparece como parte apelante, **MUTUA MADRILEÑA**, representada por la Procuradora de los tribunales, Dña. MARIA JOSE TORO RODRIGUEZ, asistida por la Abogada Dña. LUCRECIA ALVAREZ COUGIL, y como parte apelada/impugnante, D. Serafin , representado por el Procurador de los tribunales, D. FRANCISCO JAVIER VARELA GONZALEZ, asistido por el Abogado D. ISMAEL GOMEZ SOLLA, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. JAIME ESAIN MANRESA.

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

**PRIMERO.-** Por el **Juzgado** de Primera Instancia e Instrucción número 3 de **Tui**, se dictó sentencia de fecha 27 de mayo de 2022, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA formulada por Serafin contra la compañía aseguradora **MUTUA MADRILEÑA SA**, CONDE **NO** a la entidad aseguradora **Mutua Madrileña SA** a indemnizar a Serafin en la cantidad de 373.041,592 euros, cantidad que devengará el interés legal del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, teniendo en cuenta para el abono de dicha cantidad y en consecuencia se deducirán, todas las entregas a cuenta de la indemnización que se hayan efectuado hasta la fecha y las mismas, también serán tenidas en cuenta a la hora de calcular los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

No se hace expresa imposición de costas".

**SEGUNDO.-** Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Se aceptan los principales de la resolución impugnada, con las actualizaciones indemnizatorias y aumento de cuantía por incapacidad permanente total que se dirán.

**PRIMERO.-** La sentencia apelada estimó parcialmente la demanda de procedimiento **ordinario** interpuesta por Serafin , en ejercicio de acción de responsabilidad extracontractual derivada de **accidente de tráfico** sucedido el **8.11.2015** en la carretera EP-3302 sentido Tabagón-O Rosal (Pontevedra) en el que se vieron involucrados el motorista actor conductor de la motocicleta matrícula YE-....-JQ y el vehículo Dacia .... DWT conducido por Lidia asegurado en la entidad **MUTUA MADRILEÑA, S.A.**, condenando a dicha aseguradora demandada a indemnizar al actor en suma de **373.041,592** euros más **intereses moratorios**, en aplicación de principales arts. 1.902 CC, 1 LRCSCVM y 20 y 76 LCS.

Recurre en apelación la parte demandada, formulando impugnación la actora.

**SEGUNDO.-** En análisis ordenado y sistemático de ambas impugnaciones, y en relación a la apelación deducida por la aseguradora demandada **MUTUA MADRILEÑA**, procederá refrendar el pronunciamiento distributivo de **responsabilidad** - 80% de culpa a la conductora que realiza difícil maniobra de incorporación a vía preferente sin las debidas precauciones, y 20% del motorista que circula a velocidad excesiva cooperando a la producción del siniestro en menor medida que la primera-, según se desprende en razonabilidad de la valoración conjunta de la prueba documental -sobre todo atestado de GCT ratificado-, testifical de la conductora Sra. Lidia e informe pericial de los ingenieros Srs. Aquilino y Arsenio , lectura de material probatorio relevante que pondera el órgano judicial con coherencia, adecuada motivación y respeto de arts. 217, 319, 326, 348 y 376 LEC. Respecto al motorista se demuestra el desarrollo de velocidad no inferior a 77 Km/h. a la salida de tramo curvo afectado por limitación de velocidad de 50 km/h., generando huella de frenada de 16,30 ms. Se rechaza el aumento de cuota responsable del anterior del 40%, pretendido en el recurso.

**TERCERO.-** La pretensión de rebaja indemnizatoria se basa por la apelante en la alegada improcedencia de la **amputación** realizada por el Dr. Benjamín el 30.10.2018, entendiéndose más adecuado el recambio protésico en dos tiempos apuntado como solución alternativa por el especialista de la Compañía Dr. Borja en consulta de 21.3.2018.



Resulta probado que el demandante sufrió fractura femoral distal derecha de tórpida evolución tras intervención quirúrgica en Hospital Alvaro Cunqueiro de Vigo. Ante anquilosis de rodilla derecha le fue instaurada prótesis según expresa indicación facultativa de la aseguradora, detectándose al poco tiempo de su implantación en junio del 2017 una **infección** que lejos de remitir, persistió y fue comprobada por el especialista de la aseguradora Dr. Borja en consulta de 21.3.2018 -dando por fracasado el intento de resolución de la infección protésica-, considerándose razonable que, ante tan difícil expectativa, el lesionado acudiera al Dr. Benjamín, especialista que detectó la permanencia y propagación de la infección en interior del hueso con concurrencia de osteomielitis, que hizo necesaria la amputación ante grave riesgo para la vida del paciente.

Se reafirma, entonces, la procedencia de la amputación, avalada por los Drs. Benjamín y Diego, en contra del parecer de los Drs. Borja y Evelio, siendo, justo reconocer la constante actitud colaboradora del lesionado, que se aviene en todo momento en soluciones de la aseguradora -lo que comportaba su precario traslado hasta el Hospital Nuestra Sra. del Rosario de Madrid en numerosas ocasiones-, hasta que no se le ofrece clara y segura solución a la grave infección progresiva durante meses de los años 2017 y 2018.

Engarzando con lo razonado, se ratifica el 20.9.2019 como **alta** documentada en autos tras periodo de rehabilitación en CHUVI desde el 19.2.2019, descartándose el 21.3.2018 como fecha de estabilización defendida por la apelante.

**CUARTO.-** En el capítulo de **intereses** denuncia la recurrente **incongruencia extrapetita** al imponerse los anteriores a entregas a cuenta no solicitadas. Lo cierto es que, en marco de complejidad de la circunstancia enjuiciada, la sentencia da cumplida y sustancial respuesta a las cuestiones -responsabilidades y consecuencias indemnizatorias derivadas del **accidente**- planteadas por ambas partes en sus escritos rectores, en íntegro resarcimiento del daño personal recibido, y respetando arts. 217, 218.1 LEC.

Se ratifica, por último, la imposición de intereses moratorios realizada en sentencia, sin operar la exoneración prevista en art. **20.8 LCS**. Conforme a reiterado criterio jurisprudencial del TS -por todas, SS. 17.12.2010, 4.12.2012, 5.4.2016 y 8.2.2017-, dicho precepto merece interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador de la norma dirigida a impedir la utilización del proceso como excusa para dificultar el pago a los interesados, exceptuando supuestos de serias dudas respecto a la realidad del siniestro o su cobertura. No se considera causa justificada para no pagar la discrepancia en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por discutir el grado de responsabilidad en casos de posible concurrencia causal de conductas culposas, ni el debate en torno a la cuantía indemnizatoria.

El caso estudiado no ofrece dudas sobre la realidad del **accidente** de circulación y de la cobertura del seguro, y ante patente gravedad del siniestro determinante de diversas operaciones quirúrgicas desde la misma fecha del mismo, la aseguradora consigna sustancialmente tarde y en cantidades a cuenta nimias en comparación a los importantes efectos perjudiciales originados, no formalizándose oferta motivada hasta el 15.11.2018, transcurridos tres años desde el **accidente**, lo que comporta incumplimiento del art. 20.3. LCS.

Decaerá la apelación.

**QUINTO.-** Procederá estimar parcialmente, por el contrario, la impugnación de sentencia deducida por el actor **Sr. Serafin**, con arreglo a razonamientos jurídicos compartidos en buena medida por la aseguradora impugnada.

Se considera correcta la **actualización** indemnizatoria conforme a IPC respecto a incapacidad temporal y secuelas solicitada por el perjudicado, en interpretación de Disposición Transitoria de Ley 35/2015 en relación a art. 40 RD Leg. 8/2004, si bien concretando variación del **2,8%** del modo alegado por la impugnada con base en fecha de alta definitiva en 2019, de acuerdo a ponderación de año natural anterior deducible de apartado Primero. 10 del Anexo, y teniendo en cuenta datos estadísticos del INE aportados.

Sumadas las indemnizaciones de 166.848,95 y 91.199,6 euros por incapacidad temporal y secuelas resulta la suma de 258.048,55 euros. El 2,8% de la anterior suponen 7.225,35 euros, que, reducidos en un 20% por cuota de responsabilidad (1.445,07 euros), desembocarán en un incremento definitivo de **5.780,28** euros.

**SEXTO.-** En el capítulo de factor de corrección por **incapacidad permanente total**, procederá incrementar la indemnización concedida en sentencia de 21.052 euros hasta la cantidad total -actualización incluida-, fijada prudencialmente, de 50.000 euros, desestimándose los 60.000 euros peticionados por el impugnante.

Con base en ya citada Disposición Transitoria de Ley 35/2015 -en vigor el 1.1.2016- resultará de aplicación la horquilla indemnizatoria de Tabla IV del Anexo de RD Leg. 8/2004, que prevee sumas de 19.172,55 a 95.862,67 euros sin actualización. Se trata de factor destinado a reparar el daño moral asociado a las secuelas permanentes demostradas que influyen en el desarrollo de tareas propias de la ocupación habitual del afectado



- SS. TS (Pleno) 25.3.2010 y 23.1.2013-. La aseguradora interpelada concretó la indemnización en 45.000 euros a lo largo del procedimiento.

En este caso se constata importante menoscabo moral, plasmado en amputación, de mecánico de 55 años, al que restan entre 10 y 12 años de vida laboral, lo que motiva la concreción prudencial por el Tribunal de una indemnización total de 50.000 euros, suponiendo un incremento de 28.948 euros sobre los 21.052 reconocidos en sentencia. Detrayendo de dichos 28.948 euros el 20% por cuota de responsabilidad (5.789,6), se obtendrá un incremento de **23.158,4** euros sobre lo ya especificado en fallo de sentencia.

En definitiva, sumando ambos incrementos fijados a favor de la impugnante -5.780,28 y 23.158,4 euros en respectivos conceptos de actualizaciones e incapacidad permanente total- resulta la cantidad de **28.938,68** euros, que, añadidos al principal ya concedido en el fallo -373.041,592-, configuran un principal final de **401.980,27** euros, objeto de parcial estimación de demanda.

**SEPTIMO.-** La compleja naturaleza del objeto estudiado, con independencia de entenderse irrelevante en materia de intereses moratorios, justificará el no pronunciamiento en costas de ambas instancias, en coherente interpretación de arts. 394 y 398 LEC.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

#### FALLO:

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. María José Toro Rodríguez, en nombre y representación de **MUTUA MADRILEÑA**, estimamos en parte la impugnación deducida por el Procurador D. Francisco Javier Varela González, y **revocamos** parcialmente la sentencia impugnada dictada en fecha 27 de mayo de 2022, por el **Juzgado** de 1ª Instancia e Instrucción núm. 3 de **Tui**, **estimando en parte la demanda** y condenando a la aseguradora demandada a indemnizar al actor en suma principal de **401.980,27** euros más **intereses moratorios** previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro con ponderación, en tiempo y cuantía, de las entregas a cuenta realizadas por la demandada hasta el momento de la liquidación.

No se efectúa pronunciamiento en costas de ambas instancias, con pérdida del depósito para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la presente sentencia podrá ser susceptible de Recurso Extraordinario de Infracción procesal y de Casación si concurren los requisitos legales ( arts. 469, 477, y Disposición Final 16 LEC), que se interpondrán, en su caso, ante el Tribunal en el plazo de 20 días a contar desde la notificación de la presente.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Una vez firme, expídase testimonio que será remitido con los autos originales al **Juzgado** de procedencia, a los efectos oportunos.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.