

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
SECCION UNDECIMA

SENTENCIA N°

Rollo: RECURSO DE APELACION 200 /2008

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JESUS GAVILAN LOPEZ
D. CESAREO DURO VENTURA
D. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCION	NOTIFICACION
29 DEC 2008	29 DEC 2008
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

En MADRID, a dos de diciembre de dos mil diez.

La Sección 11 de la Ilma. Audiencia Provincial de MADRID, ha visto en grado de apelación, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 63 /2006 del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 52 de MADRID seguido entre partes, de una como apelante D. [redacted] representado por la Procuradora Sra. [redacted] y de otra, como apelado Doña [redacted], representado por la Procuradora Sra. [redacted], sobre reclamación de daños y perjuicios.

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 52 de MADRID, por el mismo se dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 2007, cuya parte dispositiva dice: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Dña. en nombre y representación de frente D. -

debo condenar y condeno al demandado a que abone al actor la cantidad de 78.085,86 Euros de principal más los intereses correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda hasta el total pago de la deuda. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad". Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D^a se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que lo impugnó. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 18 de Noviembre de 2010, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D.

II.-FUNDAMENTOS JURIDICOS

La Sala acepta y da por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la sentencia de instancia, en los términos de esta resolución, salvo los intereses legales de la cantidad objeto de condona.

PRIMERO.- Antecedentes procesales del recurso.-

1.- La demanda originadora del presente procedimiento se funda en la reclamación de cantidad basada en los daños y perjuicios, tanto físicos como psíquicos, producidos por la intervención médica ocasionados a D^a por el médico demandado, para la corrección de un problema de carácter estético que afectaba a sus glúteos, con la realización de un aumento de los mismos, mediante la colocación de prótesis más liposucción asistida por ultrasonidos. Los daños y perjuicios se cuantifican en la suma 91.329 euros, desglosadas en 71.873,63 euros por secuelas, 6.212,24 euros por días de incapacidad temporal, 19.360 euros por gastos derivados de la operación, y 2.874 euros por factor de corrección. Los perjuicios físicos y secuelas los concreta en pérdida de sensibilidad en la zona y pérdida de sustancia, dolor de presión y perjuicios estéticos consistentes en cicatrices en ambos glúteos, dos queloides y deformidad de glúteo, sumando 244 días no impositivos que tardó en sanar.

2.- El demandado se opuso a la demanda, y reconoce que intervino estéticamente a la actora, habiéndole entregado un modelo de consentimiento informado para cada uno de los tratamientos propuestos al objeto que los leyera detenidamente. Reconoce, igualmente, haberle facilitado un presupuesto, que ascendía a 4.300 euros para la liposucción y

5.700 euros para la gineoplastia, habiéndole informado sobre la operación y sus consecuencias o posibles riesgos. Se alegan como factores negativos en la evolución de la actora, no haber observado las indicaciones en cuanto a sujetarse a drenajes linfáticos en los glúteos y no apoyar la zona operada, así como la intervención del marido en ese proceso, lo cual ha podido provocar infecciones por manipular sin la asepsia debida. Que se vuelve al tratamiento a la clínica, pero se abandona nuevamente por entender que no es tratamiento apropiado de las escaras el que se administra.

3.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta al considerar, a modo de síntesis, que están acreditados los perjuicios estéticos de acuerdo con el informe pericial aportado con la demanda, condenando al demandado al pago de la suma de 78.095,86 euros, correspondientes a las secuelas y días de incapacidad, más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, e intereses procesales desde la fecha de la sentencia, todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho segundo de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva de la misma.

4.- El recurso planteado por la representación procesal del médico demandado, se fundamenta a modo de síntesis comprensiva de las alegaciones formuladas en su escrito de interposición, en los siguientes motivos:

1º) Error en la valoración de la prueba en cuanto al origen de los perjuicios que centra en el proceso infeccioso posterior a la operación quirúrgica, que se manifiesta transcurrido más de un mes, desencadenante de los perjuicios, y motivado bien por la manipulación de la herida quirúrgica carente de medidas de asepsia, o en la reacción endógena de la propia paciente, sin que la actora realizase la prueba indicada en su día de cultivo, en relación con tal extremo; en periodo

postoperatorio se facilitaron drenajes linfáticos en la Clínica , sin aparecer ninguna infección que sí se produce a raíz de ser suministrados por el esposo de la demandante; cita el informe pericial del Dr. y el propio perito de la actora Sr. ; la curación de la infección diagnosticada el 4 de Marzo de 2.005, se produce el 8 de Abril siguiente, continuada por el centro médico con el mismo tratamiento que el dispensado por el demandado; en cuanto al consentimiento, las páginas atinentes a las posibles complicaciones de la intervención, han sido sacadas de todo el impreso inicialmente facilitado, constando el riesgo de infección en el referido a la liposucción practicada.

2º) Subsidiariamente se interesa la disminución de la indemnización establecida, que centra en la errónea valoración de la prueba, de acuerdo con los informes periciales aportados; se discrepa de las secuelas contradichas por el informe del Dr. presentado por el apelante; refiere el informe del Centro de Salud ; el perjuicio estético se proyecta sobre las dos cicatrices que quedaron tras la curación del proceso infeccioso, invocando una puntuación máxima de 12 puntos, con tratamiento corrector de coste aproximado, entre 5.000 y 6.000 euros; en cuanto a las secuelas por trastorno depresivo, la baremación de 7 puntos, por haberse cuantificado de forma independiente y no conjunta, según la Tabla V del R.D.L. 8/2.004, de 29 de Octubre, aplicable a indemnizaciones derivadas de tráfico, sin que exista informe psiquiátrico; respecto a los días que tardó en curar el proceso infeccioso, se toman como referencia el 2 de Febrero de 2.005-fecha de la operación- hasta el alta laboral , 7 de Octubre de 2.005, siendo erróneo pues el tratamiento comienza el 23 de Marzo, con la consulta del demandado, y finaliza con la curación del centro médico el 12 de Agosto de 2.005, 139 días. Todos los conceptos enunciados sumarían 23.731,12 euros.

3º) Infracción de los artículos 1.113 y 1.108 del CC por la aplicación de intereses moratorios desde la fecha de la sentencia, considerando que no proceden, de acuerdo con distintas Sentencias de las AA.PP. y Audiencia Provincial que se invocan.

Se solicita la revocación de la sentencia, dictando otra por la que se desestime la demanda interpuesta, o subsidiariamente se condene sólo por la cifra reseñada de 23.731,12 euros con imposición de costas a la demandada en ambas instancias.

De contrario se interesó la confirmación de la sentencia, de acuerdo, en lo sustancial, con los argumentos de la misma, con imposición de costas a la apelante.

SEGUNDO.- Motivo primero del recurso: Error en la valoración de la prueba en cuanto al origen de los perjuicios, naturaleza del contrato y conclusiones jurídicas.-

1.-Naturaleza del contrato.- Esta Sala ya se ha pronunciado al respecto en recientes Sentencias de 13 de Mayo del presente año, Rollos de Apelación 508/09 y 534/09, poniendo de manifiesto que, "constituye reiterada doctrina y jurisprudencia sobre esta cuestión, que si lo convenido fuere la realización de un trabajo, labor o actividad en sí misma considerada, se trataría de arrendamiento de servicios, y si, por el contrario, lo que se pacta es un resultado, sin consideración al trabajo o actividad que lo produce, el contrato se integra como de obra (Sentencia del TS 7 de Marzo de 2.007, citando las de 3 de noviembre de 1983 y 25 de mayo de 1988, entre otras), si bien, como resaltaba la sentencia de instancia, en el presente caso podemos encontrarnos ante esa figura intermedia de la denominada medicina voluntaria,

(SS. TS de 21 de Octubre de 2.005 y 22 de Julio de 2.003), pues se pretende inequívocamente una mejoría estética, como finalidad objetiva buscada de propósito y así concertada con la clínica en el contrato suscrito, dentro de ese margen razonable de valoración subjetiva que cada uno de los intervinientes pueda atribuir al resultado producido, que debe estar precedida, añadidos ahora, además, de una praxis médica adecuada.”.

2.- Sobre valoración y carga de la prueba.- Como ya puso de manifiesto esta Sala en Sentencia de 30 de Diciembre de 2.004, Rollo de Apelación 91/2004, dentro de un supuesto relativo a la denominada medicina voluntaria (odontología) de naturaleza estética, distinguiéndola de aquella ordinaria de asistencia sanitaria, <<..... con carácter general, se califica la relación que une al paciente con el médico a cuyo cuidado o intervención se somete como de arrendamiento de servicios y no arrendamiento de obra, en razón -según pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1.994-, tanto a la naturaleza mortal del hombre, como a los niveles a que llega la ciencia médica, y finalmente, a la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, lo que impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra que obliga a la consecución de un resultado, y al tratarse de un arrendamiento de servicios, el facultativo viene únicamente obligado a poner los medios tendentes a la curación del paciente, atribuyéndosele por tanto, la llamada obligación de medios que en definitiva comporta: a) realizar su actuación conforme a la "lex artis ad hoc"; b) llevar a cabo la necesaria información al paciente o sus familiares, tanto en cuanto al diagnóstico como en lo atinente al pronóstico y medidas curativas que se van a adoptar; c). Continuar el tratamiento del enfermo hasta que pueda ser dado

de alta, advirtiéndole de los riesgos que el abandono del tratamiento pueda comportar; y d) En los supuestos de enfermedades recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que sean precisos.

Estas consideraciones, de estricta aplicación a la denominada medicina curativa, sufren algunas matizaciones en la medicina voluntaria, entendiéndose por tal aquella en el que el interesado acude al médico, no para ser tratado de una patología previa, sino con otros propósitos, pudiendo establecerse que, mientras en la medicina de urgencia las obligaciones antedichas se difuminan, en la medicina curativa se potencian y en la voluntaria se exacerban, sin que, como ya se ha apuntado, pueda llegarse al extremo de garantizar el resultado, pues nunca puede excluirse la posibilidad de no obtener el fin pretendido, al no ser la disciplina médica, en cualquiera de sus variantes, una ciencia exacta; corroborando todo cuanto se ha expuesto la STS. de 11 de Febrero de 1.997.

Pese a lo anterior, existe una línea jurisprudencial, que recoge la STS. de 11 de Diciembre de 2.001, con cita, entre otras de la de 28 de Junio de 1.999, que acerca más la figura estudiada al arrendamiento de obra, al decir: "El presente caso ha sido calificado por la sentencia de instancia como arrendamiento de servicios que se aproxima de manera notoria al de obra y, añade: "proporcionando la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue"; es correcta tal calificación pero se puede dar un paso más, ya iniciado por la jurisprudencia: en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento

defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso".

La ya citada STS. de 28 de Junio de 1.999, llega a afirmar: "Primero.- La relación jurídica de demandante y demandado deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 en relación con el 1583 del Código Civil, es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la sentencia de 7 de febrero de 1990, que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: "...salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...".= Segundo.- En relación con lo anterior, la obligación del médico en el caso presente, derivada de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear ("rehabilitar" dice el dictamen pericial) la boca del paciente, demandante en la instancia y recurrente en casación. Y tal resultado no lo obtuvo, no cumplió la obligación - obligación del resultado- tal como se deduce del dictamen pericial, debidamente valorado y puesto en relación con la prueba de confesión, ambas pruebas objeto de los motivos primero y tercero de casación que se han estimado. Por tanto, se estiman también los motivos de casación quinto por

entenderse infringido el artículo 1183 (en relación con el 1544 del Código civil) al no subsumir la sentencia de instancia la obligación del médico como derivada de contrato de obra, obligación de resultado, que no se obtuvo; y el motivo cuarto, por entenderse infringido el artículo 1101 del Código civil ya que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta el incumplimiento de la obligación de resultado, resultado que no obtuvo o incumplimiento imputable al deudor de tal obligación, el médico; cuya imputabilidad deriva de la no prueba (ni siquiera alegación) de caso fortuito (art. 1105) y presunción de culpa contractual (que deriva como principio general, del art. 1183 del código civil); y cuyo resultado final no obtenido implica el incumplimiento de la obligación".

Es evidente que esta última línea jurisprudencial que aplica la figura del arrendamiento de obra en supuestos de tratamientos odontológicos, postura no del todo uniforme y no exenta de serias críticas, acarrea unas importantes consecuencias en el ámbito de la prueba, ya que quiebra con la doctrina jurisprudencia reiterada (STS de 7 de febrero y 6 de noviembre de 1.990, entre otras muchas) que afirmaba que, en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad mas o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando por tanto a cargo del cliente-paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, precisando la primera de las sentencias citadas que la diligencia exigible al médico en su actuar ser la profesional, tal y como se desprende del primer párrafo del artículo 1.104 del Código Civil , atendiendo a su cualificación y especialización, llegando a afirmar (STS de 11 de diciembre de 2.001, ya citada) que "La cuestión esencial estriba en la prueba del nexo causal entre la actuación del médico y el resultado dañoso, que acredita la culpa del mismo. En caso de obligación de actividad, se prueba el nexo causal (caso de la sentencia de 13 de diciembre de 1997) o se prueba que no lo hubo

(sentencias de 31 de diciembre de 1997 y 13 de abril de 1999) o se aplica la doctrina del resultado desproporcionado (sentencias, entre otras, de 29 de junio de 1998 y 9 de diciembre de 1999). En caso de obligación de resultado, acreditado el nexo causal de que la actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha aplicado la obligación de reparar en sentencias de 28 de junio de 1997, 2 de diciembre de 1997, 28 de junio de 1999, 24 de septiembre de 1999, 2 de noviembre de 1999".

En todo caso, entiendo este Tribunal que, sin minusvalorar la relevancia del resultado en este tipo de intervenciones médicas, deberá de tenerse en cuenta que, en ocasiones, incluso en este campo, tal resultado previsto no puede lograrse por circunstancias que escapan al correcto actuar del facultativo y que por el mismo no pueden ser controladas, lo que necesariamente obliga a seguir considerando el actuar del médico, como elemento importante a la hora de establecer responsabilidades, pues el componente aleatorio y el factor reaccional individual que concurren en este tipo de actuaciones, condicionan la clasificación de la obligación como propia de las de resultado, de manera que en los casos de información correcta y completa, advirtiendo incluso del eventual mal resultado, se podría calificar como obligación de medios acentuada. Además, el elemento culpabilístico, aun por vía de la determinación de la relación de causalidad, siempre deberá de ser considerado a la hora de declarar la responsabilidad por mucho que ésta venga determinada por el resultado.

Por último, ha de indicarse que las referencias que se llevan a cabo en cuanto a responsabilidades contractuales, son de plena aplicación a las que se ubican en el ámbito extracontractual, pues como pone de manifiesto la SSIS. de 6 de Octubre de 1.992 "cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber de no.

dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extrcontractual), y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en conflicto (de ambas responsabilidades) que se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo mas completo posible" (en igual sentido STS. de 16 de Diciembre de 1.996).>>.-

Para concluir, en cuanto a la carga de la prueba no puede dejarse de mencionar aquella doctrina y jurisprudencia que, en relación con esta puntual materia, hace recaer la misma sobre los profesionales, por razón de su situación más favorable, mejor disponibilidad y facilidad probatoria, (SS.13. de 28 de Diciembre de 1.998, 13 y 19 de Abril de 1.999, 26 de Diciembre de 2.000, 27 de Abril de 2.001, 19 de Junio y 4 de Octubre de 2.0067, entre otras, citadas por la apelada), de acuerdo con el vigente apartado 7º del artículo 217 LEC, sin que ello suponga romper las premisas ineludibles del precepto, ni por supuesto la inversión de la carga probatoria ordinaria, sino ponderar en cada caso puntual las circunstancias concurrentes, atenuando el rigor de sus efectos.

3.- Aplicación al presente caso; valoración de la prueba y conclusiones jurídicas.- Del nuevo y detenido examen de la prueba practicada, esta Sala llega a las mismas conclusiones que la sentencia de instancia, en cuanto a la responsabilidad del demandado, por las siguientes consideraciones:

- 1) Las operaciones realizadas a la demandante, en fechas sucesivas de 2 de Febrero y 1 de Abril de 2.005, a fin de mejorar su perfil glúteo, mediante la colocación de una prótesis en esa zona, más una liposucción complementaria, estaban previstas inicialmente en una sola intervención, de acuerdo con el presupuesto aceptado y hecho efectivo.

2) A consecuencia de la primera intervención se produjo en la paciente una infección que precisó tratamiento con antibióticos, escaras y necesidad de curas; con posterioridad a la nueva operación, se produce como resultado final, una pérdida de queloides y sustancia glífica, y cicatrices, inhabitual en cuanto al resultado medio de cualquier operación de estética, que en este caso empeora o desmejora objetivamente el estado de la zona operada, como se constata de forma evidente y notoria, mediante la documental fotográfica aportada, folios 70 y ss. de autos, dentro del informe del Dr. [redacted] así como del Dr. [redacted] folios 158 y ss.

3) Con posterioridad a la segunda intervención, el 11 de Abril del mismo año, precisó de asistencia en el Centro Médico [redacted], donde la Dra. [redacted] le diagnostica placas necróticas en los glúteos, con eritema e inflamación perifulceral, cuando aún se conservaban los puntos de sutura, sin referir en momento alguno como causa los drenajes linfáticos, no existiendo solución de continuidad entre la infección y las intervenciones quirúrgicas.

4) Constan acreditados perjuicios psicológicos en la paciente, de acuerdo con el informe pericial ratificado y contradicho en el acto del juicio, de la Dra. Baranda, folio 164 de autos,

5) No consta la cumplimentación del consentimiento informado, exigible en orden a los riesgos y posibles secuelas de los actos médicos, de acuerdo con la normativa vigente, esto es, la Ley 41/2.002, de 14 de Noviembre, de Autonomía del Paciente, que sí correspondía haber acreditado al demandado, por esa facilidad probatoria derivada de la obligación de cumplimentar y tener disponible frente a terceros, en este caso el Juzgado, debidamente firmado por la paciente.

ahora demandante, en todas y cada una de las páginas correspondientes, incluyendo los riesgos de infección.

- 6) Consta por tanto esta praxis médica tanto en el inicio y planteamiento de la operación de estética, en cuanto a actos médicos ejecutables, una infección determinante de escaras, placas necróticas e inflamación periluceral, sin prueba consistente respecto a la incidencia de la intervención del esposo en cuanto a los drenajes linfáticos, como desencadenante de la misma, un inadecuado seguimiento postoperatorio, y, finalmente, un desproporcionado resultado, contrario a todas luces con el fin perseguido en dicha operación estética.

En consecuencia, y a modo de resumen, como reiteradamente viene poniendo de manifiesto esta Sala, esa valoración conjunta de la prueba practicada es plenamente lógica y ajustada a derecho, por razón del principio de inmediación y función propia del Juzgado de instancia, aunque no se haya detallado en toda su extensión, debiéndose mantener en esta alzada, de acuerdo con reiterada doctrina y jurisprudencia (SS.TS de 20 de Diciembre de 1.991, 20 de Junio y 21 de Julio de 1.995, 24 de Julio, 4 y 13 de Abril de 2.001, entre otras),) que sin solución de continuidad ha dispuesto en lo esencial de los mismos medios probatorios, por la grabación y visionado del juicio; a esa valoración se le debe otorgar mejor consideración que la interpretación parcial y subjetiva que realiza la parte apelante, dentro esa prueba pericial y documental referida.

Y a mayor abundamiento, respecto la pericial, de acuerdo con la interpretación del vigente artículo 348 de la L.E.C., ésta se encuentra sujeta a las reglas de la sana crítica, pues siguiendo la doctrina y jurisprudencia de la Sentencia del T.S. , Sala 1ª de 30 Junio 2005, <<... La prueba pericial es de libre valoración... y como otras, se apreciara según "las reglas de la sana crítica", sin estar obligados los

juzadores, por otra parte, a sujetarse a los informes de los peritos. Como tiene reiteradamente sentado esta Sala, la prueba pericial ha de ser libremente apreciada por el órgano jurisdiccional de instancia de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que su resultado pueda ser combatido en casación incluso en los supuestos en que no se le de valor alguno (Sentencia de 2 de octubre de 1990).>>, no pudiendo pretender la apelante por otro lado, que la Sala entre a considerar las discrepancias meramente técnico-científicas que pormenorizadamente refieren ambos doctores y en el análisis comparativo de los respectivos informes, evaluaciones y conclusiones médicas concretas y su consideración técnica, pues el tribunal parte de unas conclusiones periciales propias de esa función y finalidad de la prueba, sin erigirse en propio perito contradictor de esas discrepancias técnico-científicas, salvo que se constituyeran en manifestaciones groseras o desacertadas en relación con la valoración o ponderación elemental de determinados extremos, cuando en el presente caso, el primero ve corroboradas las propias, en aquellos aspectos específicos y coherentes, con las de las Doctoras , de acuerdo con los fundamentos expuestos.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Motivo segundo: Subsidiariamente se interesa la disminución de la indemnización establecida.-

En cuanto a la errónea valoración de la prueba, de acuerdo con los informes periciales aportados, en orden a la prevalencia del informe del Dr. se dan por reproducidas las anteriores conclusiones periciales, pues no cabe considerar contradictorio con el diagnóstico del Centro de Salud el perjuicio estético no sólo se proyecta sobre las dos cicatrices que quedaron tras la curación del proceso infeccioso, cuando se constata esa pérdida de

sustancia física, en los términos referidos, así como las secuelas psicológicas, en tanto que los días de curación deben corresponderse, efectivamente, con el cómputo de día inicial de la operación y mala praxis, esto es, el 2 de Febrero de 2.005 hasta el alta laboral, 7 de Octubre de 2.005, todo ello partiendo de dos consideraciones esenciales: que la aplicación del baremo de tráfico tiene un carácter meramente orientativo, no vinculante, y menos aún en estos supuestos; y en segundo lugar, que la determinación del denominado "quantum indemnizatorio" es una función propia de los órganos de instancia cualquiera que sea su fuente contractual o extracontractual (SS.48. de 30 de Diciembre y 29 de Noviembre de 1.994 y 22 de Mayo de 1.995, entre otras).

El motivo se desestima.

CUARTO.- Motivo tercero: Infracción de los artículos 1.110 y 1.108 del CC.-

Se basa en la aplicación de intereses moratorios desde la fecha de la sentencia, considerando que no proceden, de acuerdo con distintas Sentencias de las AA.PP. y Audiencia Provincial que se invocan.

1.- Doctrina y jurisprudencia.- Efectivamente, como viene reiterando esta Sala, pudiendo citar la Sentencia de 30 de Octubre de 2.006, Rollo 221/06, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia del T.S., Sentencia de 12 de Mayo de 2.003, si bien es cierto que la más moderna jurisprudencia de esta Sala ha superado la tradicional concepción de la regla "in illiquidis non fit mora" por razones de equilibrio económico y de justicia distributiva, tal jurisprudencia no es aplicable en aquellos casos en que se trata de fijar el "quantum" indemnizatorio, en los casos de la declaración de determinado daño o perjuicio producido, que solo se produce con la

sentencia condenatoria y ello aunque el fallo coincida con la cantidad pedida en la demanda, cuantía que no vincula al juzgador en cuanto puede conceder menos de lo pedido, precisando la de 6 de Octubre de 2.000, que cita la de 11 de noviembre de 1999, conforme a la actual doctrina de esta Sala Civil de Casación, que, atenuando el automatismo del principio in illiquidis non fit mora, viene declarando la procedencia de dichos intereses en aquellos supuestos, en los que la cantidad que otorga la sentencia resultaba efectivamente debitada al tiempo del requerimiento de su pago, porque los referidos intereses actúan a medio de sanción al deudor moroso, renuente al pago y la protección judicial al acreedor debe ser completa de sus derechos, declarándose por tanto el derecho a la obtención de la cantidad por intereses que pertenecían al acreedor con anterioridad a la decisión judicial (sentencias de 5 de abril de 1992, 18 de febrero de 1994, 21 de marzo de 1994 y 26 de junio de 1995) operando ésta en cuanto determina el alcance cuantitativo de la cantidad que produce los intereses moratorios (sentencia de 20 de julio de 1995); esto es, cuando el derecho es en definitiva preexistente ese derecho reclamado.

Como ha dicho recientemente la Sentencia del TS 22 de Febrero de 2.010,

<<...En materia de intereses moratorios, esta Sala, especialmente a partir del Acuerdo de Pleno de 20 de diciembre de 2.005, ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla encarnada en el brocardo "in illiquidis non fit mora" sustituyéndola, con carácter general, por la del canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del "dies a quo" del devengo. Se toman como pautas para ponderar la racionalidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias propias del caso (SS., entre

curas, 4 de junio de 2.006; 9 de febrero, 14 de junio, 2 de julio, 8 y 16 de noviembre de 2.007; 25 de marzo, 19 de mayo, 22 y 24 de julio, 11 de septiembre, 15 de octubre y 3 de noviembre de 2.008; 10 y 25 de marzo, 6 de abril, 28 de mayo y 6 de julio de 2.009). Se atiende, fundamentalmente, dicen las SS. de 20 de febrero y 24 de julio de 2.008, y 25 de marzo y 16 de octubre de 2.009 , a la certeza de la deuda u obligación aunque se desconociera su cuantía>>.

2.- Aplicación al presente caso. Partiendo ya de los hechos probados expuestos a lo largo de esta sentencia, es claro que no es encontramos ante el supuesto de un derecho preexistente, sino ante una reclamación por incumplimiento contractual derivado de mala praxis profesional, que ha precisado de declaración judicial, para que fuera reconocido ese derecho indemnizatorio, no pudiéndose aplicar intereses moratorios desde la fecha de presentación de la demanda, sino desde que fue reconocido el mismo, esto es, desde la fecha de dictarse sentencia en primera instancia, y no los moratorios, sino los procesales del artículo 576 de la LEC, hasta el total pago o consignación con ofrecimiento de entrega a la perjudicada.

El motivo se estima, y con ello parcialmente el recurso.

Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la desestimación del recurso, confirmando la sentencia apelada.

QUINTO.- Costas de esta alzada.-

No se imponen a ninguna de las partes por la estimación parcial del recurso, al amparo del artículo 398 de la L.E.C.

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

III.-FALLO

Que debemos estimar parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de D.

contra la sentencia de fecha tres de septiembre de dos mil siete dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Madrid, que se revoca exclusivamente en el pronunciamiento relativo a intereses, que se aplicarán los procesales del artículo 576 LEC desde la fecha de la sentencia de primera instancia, hasta el pago total o consignación con ofrecimiento en pago por el demandado. No se hace especial pronunciamiento en costas de esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario ni extraordinario alguno, en virtud del artículo 477 de la L.E.C.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.