



Roj: **SAP A 3424/2017 - ECLI: ES:APA:2017:3424**

Id Cendoj: **03065370092017100450**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **28/11/2017**

Nº de Recurso: **451/2017**

Nº de Resolución: **461/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARCOS DE ALBA Y VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

Rollo de apelación nº 000451/2017

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE ELX

Autos de Juicio Ordinario - 000601/2013

SENTENCIA Nº 461/2017

=====
Iltmos. Sres.:

Presidente: D. José Manuel Valero Diez

Magistrado: D. Andrés Montalbán Avilés

Magistrado: D. Marcos de Alba y Vega

=====
En ELCHE, a veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto los autos de JUICIO ORDINARIO 601/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia 2 de Elche, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por DOÑA Berta , habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sra. GOMEZ NORTES y dirigida por el Letrado Sr. LACAL BARBERA, y como parte apelada la mercantil PILATES WELLNESS CENTER SL y DON Juan Pablo , representados por el Procurador Sr. FERRANDEZ MARCO y dirigida por el Letrado Sr. SAEZ VILLARROYA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Fallo recaído en primera instancia .*

El día 19 de diciembre de 2016 se dictó sentencia en los autos arriba indicados cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Noelia Gómez Nortes, en nombre y representación de Dña. Berta , contra D. Juan Pablo y Pilates Wellnes Center S.L., representados por el Procurador de los Tribunales D. Salvador Ferrández Marco, debo condenar y condeno a los citados demandados a que solidariamente abonen a la demandante la cantidad de tres cuatrocientos noventa y ocho euros con noventa y seis céntimos de euro (3.498,96 euros), más los intereses legales de la citada cantidad



desde la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución, y desde ésta hasta el pago el interés legal incrementado en dos puntos.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la comunes por mitad .

SEGUNDO.- *Interposición del recurso de apelación .*

Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la parte demandante, siendo admitido y dando luego el traslado legal a la parte contraria para oponerse y/o impugnar el recurso.

TERCERO.- *Oposición al recurso de apelación .*

Conferido el traslado legal, la parte apelada se opuso al recurso presentado.

CUARTO.- *Formación de rollo y designación de ponente .*

Elevadas las actuaciones a este tribunal, se formó el Rollo nº 451/2017, designándose ponente y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 23 de noviembre de 2017.

QUINTO.- *Control de la actividad procedimental .*

En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales, a excepción de algunos plazos procesales debido a la carga de trabajo que soporta este órgano.

Ha sido Ponente el Ilmo Sr Don Marcos de Alba y Vega.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda inicial se reclamaban 8.764,34 euros por las lesiones causadas a la actora por el particular codemandado en una sesión de "balance muscular Training" el día 2 de mayo de 2012, desglosando dicha cantidad en 1188,60 euros por 21 días impeditivos más 2284,50 euros por 75 días no impeditivos, más 4.644,24 euros por seis puntos de secuela, más 650 euros por facturas de tratamientos.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y considera acreditadas las lesiones cuya indemnización se pretende, reduciendo a 66 los días no impeditivos, rechazando la relación de causalidad respecto de las secuelas reclamadas así como el pago de la factura de 350 euros por servicios del doctor Cipriano .

Frente a dicho pronunciamiento parcialmente desestimatorio se alza la demandante, denunciando la existencia de error en la valoración de la prueba al excluir como lesión la "consistente en fractura/aplastamiento vertebra D-12 que se recoge en el informe pericial aportado por la actora" y las secuelas citadas, así como en todo caso la reducción a 66 días los denominados como "no impeditivos" y la no consideración como secuela derivada del esguince intercostal la "neuralgia intercostal", así como la exclusión de los 350 euros por servicios del doctor Cipriano , interesando la estimación completa de su demanda.

La parte demandada se opone al recurso presentado abundando en el acierto de la resolución recurrida.

SEGUNDO .- *De la relación de causalidad entre la actuación negligente del particular codemandado y la lesión consistente en fractura o aplastamiento de la vértebra D 12.*

La sentencia de instancia excluye dicha relación causal razonando que "Respecto a la lesión consistente en fractura/aplastamiento vertebra D-12 que se recoge en el informe pericial aportado por la actora no queda probado que se produjera por la manipulación de la espalda que el demandado D. Juan Pablo realizó a la demandante. La demandante padece fenómenos degenerativos y osteoporosis/osteopenía; ya estaba recibiendo tratamiento rehabilitador por tendinitis en el hombro izquierdo, en los dos primeros informes realizados por el Doctor D. Cipriano no se hace ninguna referencia a la existencia de esa lesión; en el TAC torácico realizado en fecha 4 de mayo de 2012 se informa que es normal, aunque posteriormente se modifica; es en la RMN de columna-lumbar de fecha 13/11/12 cuando se objetiva la fractura evolucionada del platillo superior de D-12; el esguince intercostal es una lesión que nada tiene que ver con la fractura D-12, siendo difícil que ésta última lesión se produzca con la introducción de los dedos en el músculo serrato, y que ambas lesiones se produzcan a la vez; la lesión de la vértebra presenta bordes escleróticos y redondeados, lo que indica que hay un cuadro degenerativo (documental, testifical D. Cipriano y manifestaciones de los peritos). De los datos probatorios señalados se ha de concluir que no se cumplen los criterios cronológico y de verosimilitud del diagnóstico etiológico para poder estimar que la lesión de fractura/hundimiento D-12 fuese producida por el demandado D. Juan Pablo ".

La parte apelante insiste en su recurso en la conclusión contraria argumentando que el doctor Cipriano es el único especialista que ha tratado a la SRA Berta y realizado distintas pruebas, concluyendo que el hundimiento



vertebral se produjo como consecuencia de la actuación negligente del SR Juan Pablo , conclusión que ha sido ratificada por el doctor Higinio ,rechazando que el informe realizado por el doctor Estanislao ,perito de la parte demandada tenga dicho carácter de prueba pericial, no habiendo además reconocido ni tratado a la paciente, dudando de su imparcialidad por su relación profesional con el particular codemandado, significando además que aquél da por acreditada una lesión antigua consistente en una depresión cortical en el platillo superior de la vertebra D 12 que es lo que le lleva a excluir que esté relacionada con la manipulación negligente que se declara como probada. Afirma también que dicha lesión no fue observada en el TAC que se realizó a la actora en enero de 2012,como tampoco de la existencia de una hernia como la que relacionara el doctor Estanislao .

Los demandados exponen que la declaración como perito del doctor Estanislao fue admitida en la Audiencia Previa,que dicho profesional si reconoció a la actora y que lo que se pretende es una reconsideración de las conclusiones probatorias de la instancia,no habiéndose producido error alguna en la valoración realizada.

Partiendo de las anteriores consideraciones comenzaremos por significar,como dijera la STS de 14 de octubre de 2010 que "en cuanto a la prueba pericial, el propio artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se cita como infringido, faculta al tribunal a valorar la prueba pericial según las reglas de la sana crítica y si, como ocurre en el caso, son varias las periciales practicadas, puede el tribunal en uso de la referida facultad atribuir mayor valor a unas sobre otras en orden a procurarle la convicción sobre los hechos a los que se refieran".Además como dice la STS de 28 de noviembre de 2011 : "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 convenientemente...Lo que se pretende, en suma, es una valoración de la prueba pericial acomodada a sus intereses cuando es el juzgador quien, frente a la disparidad de criterios periciales , y bajo el presupuesto del empleo de la sana crítica, está llamado a decidir cuál de ellos merece mayor credibilidad y que valor da respecto del contenido y alcance de la causa de los daños." En el mismo sentido,desde la Sentencia de 11 de mayo de 1.981,el Tribunal Supremo viene afirmando que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de esencia, debiendo tener por tanto como prevalentes en principio aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional, sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes, debiendo efectuar el órgano enjuiciador en cada caso la valoración de estas pruebas en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, o como aclara la STS de 9-3-95 , los dictámenes periciales deben analizarse en su conjunto, sin dar prevalencia a puntos concretos y aislados de los mismos y sin desconectarlos de la apreciación de los restantes medios obrantes en el proceso, siendo admisible atacar el resultado judicial cuando éste aparezca ilógico o disparatado.

En el caso enjuiciado, como ya hemos expuesto, la juzgadora *a quo* da más relevancia al informe del doctor Estanislao , al concluir que la lesión consistente en fractura o aplastamiento de la vertebra D 12 no tiene su origen en la manipulación mecánica del demandado, sino en un proceso degenerativo anterior.

Del visionado del acta de la vista la primera conclusión reseñable es la atinente precisamente a los TAC y RSM que le fueron realizados a la demandante, los cuales han sido revisados por los peritos intervinientes,no habiendo sido sin embargo incorporados a las actuaciones, por lo que existe ciertamente un déficit probatorio que obliga necesariamente a valorar las manifestaciones de los profesionales que declararon. Así, el doctor Cipriano , en su informe de 4 de diciembre de 2012 hace referencia a un primer TAC de enero de 2012 (el accidente ocurrió el 2 de mayo de aquél año) en el que no se apreciaban alteraciones oseas,así como a un segundo TAC de 4 de mayo de aquél año que fue informado primero como normal y el 13 de noviembre de 2012 como que en él aparecía una fractura de la vertebra dorsal 12 a nivel de platillo superior. Dicho informe radiológico le llevó a concluir que esa fractura estaba relacionada con el siniestro,aunque no lo pudiera asegurar al 100%-sic- según manifestó en el juicio. Se apoyaba también en que en el TAC de enero de 2012 no aparecía dicha fractura, aclarando que se trata de algo mínimo que aparece más bien como un hundimiento/aplastamiento de la vértebra, desconociendo ningún otro traumatismo posterior que justificase su aparición. Declaró igualmente que la fractura pudo pasar desapercibida en el TAC de enero de 2012 y que en la Resonancia Magnética se veía mejor, así como que no hizo falta colocar un corsé para obtener la sanación. Igualmente descartaba que la inserción de los dedos en el serrato pudiera producir la lesión, que considera más propia de la movilización corporal de una persona con principio de osteoporosis.

Por otra parte, el doctor Higinio , que ratificó también en la vista su informe (doc 18 de la demanda) que emitió tras explorar a la paciente y a la vista de la documentación médica(informe del doctor Cipriano ,TACs y RSM) afirmó que en esta última se objetivizaba la lesión de platillo de la vértebra D 12, que fue informada por el especialista en radiología, coincidiendo el declarante en relacionar dicha fractura con la manipulación también



causante del esguince,añadiendo que la paciente tenía osteopenia, por lo que la manipulación del serrato pudo producir con más facilidad aquélla lesión. Declaró también que la paciente tiene un cuadro degenerativo artrósico y que la fractura puede no verse en una radiografía o en un TAC, incluso por un fallo humano.

En tercer lugar,el doctor Estanislao ,cuyas conclusiones son las que acepta la sentencia,manifestó durante su declaración,al ratificar su informe(obrante a los folios 80 y siguientes de las actuaciones), que los bordes escleróticos del platillo de la vertebra D12 que reflejó en aquél indicaban una lesión antigua de seis meses o un año compatibles con la hernia que también informaba,rechazando que "los vectores de fuerza" empleados para manipular el musculo serrato pudieran fracturar dicha vértebra, añadiendo que sus conclusiones las contrastó con "un radiólogo", reconociendo que no trató a la paciente y que su informe lo realizó a los dos años del siniestro. Aclaró que el esguince se diagnostica con clínica y no con los TACs o las RSM, los cuales contienen imágenes que luego son interpretadas por los radiólogos, aclarando que un TAC sirve para realizar valoraciones óseas y que aunque pueden hacer sospechar la existencia de una hernia, es la RSM la prueba más idónea para su diagnóstico.

De las anteriores declaraciones la conclusión que se alcanza es que únicamente el doctor Estanislao considera que la lesión en D 12 tiene un origen degenerativo,contradiendo no solamente las manifestaciones contrarias de los otros dos facultativos, sino más particularmente las del único radiólogo que consta que informa también la existencia de esa fractura (el que lo hizo en el informe de 30 de noviembre de 2012 aclarando el realizado al TAC de 4 de mayo de aquél año),así como la del otro especialista en radiología que informó la RSM de columna dorso-lumbar de 13 de noviembre de 2012.El doctor Estanislao dice que consultó con un radiólogo, pero esta afirmación nos parece poco creíble por vaga e imprecisa y, en cualquier caso, no puede prevalecer sobre las indicaciones contrarias de los otros especialistas que informaron las imágenes, que, como dice el propio perito de los demandados,son los cualificados para interpretar aquéllas. En el mismo sentido,consideramos poco riguroso que frente a una prueba objetiva como es el TAC de enero de 2012 relacionado en los tres informes periciales, el doctor Estanislao ,para justificar que la clínica degenerativa que indica en el suyo existía,afirme que los bordes escleróticos y redondeados que solamente él apreció en el TAC de 3 de mayo de 2012(se refería al de 4 de mayo),tenían una antigüedad de entre seis meses y un año, justo el tiempo necesario para excluir aquél, cuando además reconoció también que precisamente el TAC es la prueba más idónea para objetivizar las lesiones óseas.

En definitiva,las pruebas de diagnóstico citadas, debidamente informadas por radiólogos, demuestran que dicha lesión a nivel vertebral no existía antes de la manipulación corporal que produjo también el esguince que se ha declarado probado, por lo que debe concluirse la existencia del necesario nexo causal pretendido por la demandante, cuya interrupción no ha sido demostrada por los demandados.

A mayor abundamiento,como dijera la , la STS de 30 de noviembre de 2011 (rec. nº 737/2008)señala que "para imputar a una persona un resultado dañoso (esto es, para determinar si una determinada acción u omisión imprudente es susceptible de haberlo causado) no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica (SSTS de 29 de marzo de 2006 y RC n.º 619/2007). El examen de la primera, por su carácter fáctico, corresponde al tribunal de instancia; la segunda, de carácter jurídico, es susceptible de ser revisada en casación en el ámbito de la aplicación del artículo 1902 CC (STS de 1 de junio de 2011 , RC n.º 791/2008), pues, según declara la STS de 15 de julio de 2010 , RC n.º 1993/2006 , «La imputación objetiva, que integra una quaestio iuris [cuestión jurídica], comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias»".

En el caso enjuiciado, al contrario de lo que se afirma en la sentencia, se cumplen debidamente los criterios señalados de verosimilitud, pues la manipulación corporal que se estaba realizando a la paciente, con inserción de dedos en planos musculares y movilización del tronco superior eran suficientes para producir, con los antecedentes degenerativos que reconocen los tres peritos, la fractura vertebral que se considera probada.

TERCERO.- *Acerca de los días de curación no impositivos.*

La sentencia impugnada razona que " del resultado de la prueba practicada procede establecer la fecha de curación de la lesión el día 27 de julio de 2012, que fue cuando la demandante terminó el tratamiento rehabilitador por el esguince intercostal, dado que no queda probado que con posterioridad a la finalización de éste las dolencias que presentaba la demandante fuesen derivadas del esguince intercostal.



Por tanto, la demandante tardó en curar de las lesiones 87 días, de los cuales 21 de ellos estuvo incapacitada para sus ocupaciones habituales (documento 16 de la demanda y pericial aportada por la actora), por lo que el importe de la indemnización por las lesiones se fija en 3.198,96 euros, según el siguiente detalle: 1.188,60 euros por los días impeditivos (21 días x 56,60 euros) y 2.010,36 euros (66 días x 30,46 euros) ".

La apelante insiste en que, conforme al informe del doctor Cipriano ,tardó en curar 96 días (desde el 2 de mayo al 6 de agosto de 2012),siendo una cuestión que no fue controvertida a lo largo del procedimiento.

Efectivamente,en la contestación a la demanda no se impugnaron los días de curación de la lesiones, pero es que además resulta que la sentencia limita aquéllos precisamente porque rechaza la existencia de la fractura vertebral que ahora hemos considerado acreditado, lo que conlleva necesariamente a la estimación de este segundo motivo de recurso.

CUARTO.- En relación con las secuelas reclamadas.

La recurrente reclama en su demanda, conforme al informe del doctor Cipriano y la baremación del doctor Higinio , seis puntos del baremo indemnizatorio que enuncia, por la existencia de dos secuelas: dorsalgia postraumática y neuralgia intercostal.

La sentencia las desestima razonando únicamente que " *procede desestimar la indemnización que se solicita por secuelas, dado que de la prueba practicada no queda acreditado que las dolencias que la demandante presentaba cuando se realizó la pericial del Doctor D. Higinio sean consecuencia de la lesión causada por el demandado D. Juan Pablo , pues éstas también pueden derivar de las patologías previas que ésta tenía antes de que se le causara el esguince intercostal* ".

La valoración probatoria de la instancia resulta aquí insuficiente y contradictoria con los informes periciales realizados. Precisamente los presentados por la actora y ratificados en el juicio objetivizan dichas secuelas y el único aportado por los demandados,el del doctor Estanislao ,omite toda referencia a aquéllas y su declaración se limitó a decir que un esguince "suele curar sin secuelas",afirmación también sorprendente desde el momento en que la práctica forense de los tribunales demuestran que habitualmente sucede al contrario, o al menos con bastante frecuencia.

Conforme al razonamiento anterior consideramos que la única conclusión probatoria razonable, con base precisamente a los informes de los doctores Cipriano y Higinio es que dichas secuelas existen, debiendo ser indemnizadas en la cantidad reclamada, al no haberse demostrado tampoco que su baremación por el segundo de los peritos relacionados sea errónea.

QUINTO.- Acerca de la factura o recibo de 350 euros por servicios del doctor Cipriano .

La juzgadora de la instancia deniega su abono porque " *no procede incluir en la indemnización el importe de 300 euros que reclama la demandante por honorarios del Doctor D. Cipriano , dado que ésta se refiere al tratamiento ortopédico de fractura vertebral, y esa lesión no ha quedado probado que se produjera como consecuencia del tratamiento realizado por el codemandado D. Juan Pablo , como se ha señalado en el fundamento de derecho quinto* ".

Aparte de existir un error de transcripción(se reclaman 350 euros por dicho concepto),el argumento exoneratorio decae una vez que consideramos probada la existencia de la meritada fractura a nivel de la vértebra D12, habiendo sido además acreditado el pago reclamado por la expresa ratificación,por parte de su autor, del recibo presentado, sin que dicha afirmación fuera objeto de impugnación o repregunta alguna por parte de la defensa de los demandados.

En definitiva, procede la integra estimación del recurso y demanda presentadas en la instancia,en los términos condenatorios que seguidamente se dirán.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo art. 398.1 y 394 LEC , no procede hacer expresa condena en las costas de esta instancia,condenando a los demandados al abono de las costas de primera instancia, conforme al criterio del vencimiento objetivo.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Berta contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2016 dictada en los autos de JUICIO ORDINARIO 601/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera



Instancia 2 de Elche , **debemos revocar y revocamos** dicha resolución, sin hacer expresa condena en las costas de apelación y con devolución del depósito constituido para recurrir; en los siguientes términos:

Que estimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Noelia Gómez Nortes, en nombre y representación de Dña. Berta , contra D. Juan Pablo y Pilates Wellnes Center S.L., representados por el Procurador de los Tribunales D. Salvador Ferrández Marco, debo condenar y condeno a los citados demandados a que solidariamente abonen a la demandante la cantidad de ocho mil setecientos sesenta y siete euros con treinta y cuatro céntimos(8.767,34 euros) más los intereses legales de la citada cantidad desde la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución, y desde ésta hasta el pago el interés legal incrementado en dos puntos, así como las costas de la primera instancia.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que contra la misma, cabe *recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación* en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resueltos, según los casos, por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana o por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal nº 3575 indicando el "concepto 04" para el recurso extraordinario por infracción procesal y el "concepto 06" para el recurso de casación.

2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fé.