



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Sentencia 463/2016, de 6 de julio de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª)

Rec. n.º 172/2016

SUMARIO:

Responsabilidad patrimonial sanitaria. Prescripción de la acción. Infracción de la lex artis. Daño antijurídico. Consentimiento informado. Reparación integral del daño. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia en la presente sentencia efectúa un interesante y atractivo análisis de todas las cuestiones que resultan relevantes en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria. Concretamente se analiza cuando un daño ha de ser calificado como antijurídico, cuando prescribe el plazo para el ejercicio de la acción cuando nos encontramos ante una patología continuada o crónica y los efectos que de cara a la reparación integral del perjuicio ocasionado tiene la falta del consentimiento informado y la coexistencia de esta acción con la declaración de incapacidad por parte de la Seguridad Social del afectado.

PRECEPTOS:

Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 139 y 142.

Ley 50/1980 (LCS), art. 20.

Código Civil, art. 1.108.

Ley de Enjuiciamiento Civil 1881, art. 921.

PONENTE:

Don Fernando Seoane Pesqueira.

Magistrados:

Don FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

Don JOSE RAMON CHAVES GARCIA

Don JULIO CESAR DIAZ CASALES

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00463/2016

PONENTE: D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

RECURSO: RECURSO DE APELACION 172/2016

APELANTE/APELADA: SERVICIO GALEGO DE SAUDE; ZURICH ESPAÑA, S.A.;
Damaso .



www.civil-mercantil.com

Abogado: Procurador :

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte. JULIO CESAR DIAZ CASALES
JOSE RAMON CHAVES GARCIA

A CORUÑA , a seis de julio de dos mil dieciséis.

En el RECURSO DE APELACION 172/2016 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAUDE, representado y dirigido por el Letrado del SERGAS; ZURICH ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora Dña. MARIA DOLORES VILLAR PISPIEIRO y dirigida por el Letrado D. EDUARDO MARIA ASENSI PALLARES; D. Evaristo . representado por la Procuradora DÑA. RAQUEL CEINOS REAL y dirigido por el Letrado D. ALFONSO IGLESIAS FERNANDEZ, todos ellos en calidad de apelantes-apelados, contra la SENTENCIA de fecha 28/01/2016 dictada en el procedimiento ordinario 59/2014 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Núm. 1 de los de SANTIAGO DE COMPOSTELA sobre responsabilidad patrimonial de la administración.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Evaristo . frente al Sergas, sobre impugnación de la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, declaro la no conformidad a derecho de la resolución administrativa recurrida, debiendo indemnizar la demandada a la actora en la cantidad de 150.000 euros por todos los conceptos; sin imposición de costas ".

Segundo.

Notificada la misma, se interpusieron los recursos de apelación que fueron tramitados en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, salvo en lo que resulten contradichos por los que a continuación se exponen, y



www.civil-mercantil.com

Primero.

Don Evaristo . impugnó la desestimación presunta, por silencio administrativo por parte del Sergas, de la reclamación de la indemnización de 600.000 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños y perjuicios derivados de la intervención quirúrgica realizada el 5 de octubre de 2011 en el Hospital Xeral de Vigo. En el mes de agosto de 2011, contando el recurrente 35 años a la sazón, en cuanto nacido el 30 de julio de 1976, sufrió una caída sobre la rodilla derecha, comenzando, a partir de ese momento, con cierta sensación de inestabilidad y molestias al caminar, y, tras la práctica de una resonancia magnética nuclear de 7 de septiembre de 2011 por los servicios del Sergas, se informó de rotura completa del ligamento cruzado anterior, cambios degenerativos en el menisco interno y derrame articular.

El día 5 de octubre de 2011 le fue practicada intervención quirúrgica de artroscopia de rodilla para reconstruir ligamento cruzado y sutura meniscal, presentando el paciente, en el postoperatorio inmediato, dolor intenso en hueso poplíteo de rodilla derecha con episodios de frialdad y sudoración profusa en el miembro inferior derecho con intensa palidez, siendo dado de alta el 23 de noviembre de 2011 con el diagnóstico de síndrome de dolor crónico reflejo (distrofia simpático refleja).

A las 9 horas del día 31 de enero de 2012 ingresó en el Servicio de anestesia-Unidad del dolor del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo (CHUVI) para paliar el severo dolor que le ocasionaba el síndrome de dolor regional complejo (SDRC), colocándosele un catéter epidural a nivel L3-L4, que fue retirado a las 20 horas para serle colocado uno nuevo a nivel L2- L3, que a su vez es retirado el 12 de febrero, por no conseguir analgesia desde la rodilla, y se le coloca un nuevo catéter epidural a nivel L4-L5, y al no ser favorable la evolución se le deriva al Servicio de anestesia y reanimación del Hospital Arquitecto Marcide de Ferrol, donde se implanta un electrodo epidural plano con mejoría clínica, hasta que el 22 de mayo de 2012 se le hace un implante en quirófano de generador de neuromodulación, intervención realizada sin incidencias.

El recurrente presenta deambulación con dos muletas, no tolera corrientes de aire (viento, aire acondicionado...) ni contacto con agua, por lo que tiene dificultades para el aseo personal, también para permanecer en espacios abiertos y locales con climatización, así como no puede conducir por el estimulador medular que porta y los efectos secundarios de éste.

Con fecha 7 de septiembre de 2012 fue declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en situación de invalidez permanente absoluta por síndrome de dolor regional complejo, con implante de modulación definitivo, y con persistencia de dolor con hiperalgesia y alodinia, que dificulta la marcha e impide actividades en general.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Santiago de Compostela estimó parcialmente el recurso, declarando en favor de la actora la indemnización de 150.000 euros.

Argumentó la juzgadora "a quo" que estimaba acreditada la relación de causalidad entre la aplicación del manguito de isquemia y la lesión neurológica del nervio ciático que originó el proceso doloroso, fijándose especialmente en el informe médico de 10 de septiembre de 2012 del doctor Julián ., jefe del servicio de neurofisiología, que refleja alteración de parámetros neurográficos en el miembro inferior derecho y la presencia de un área de hipoestesia en el muslo por encima de la rodilla, que indica que aquel manguito fue la causa de la neuropatía.

A ello añade que, a la vista del expediente y de la historia clínica, no consta la prestación del correspondiente consentimiento informado del paciente, lo cual implica infracción de la "lex artis" que también debe ser indemnizado.



www.civil-mercantil.com

Frente a dicha sentencia interponen recurso de apelación: 1º El Letrado de la Xunta de Galicia, en nombre y representación del Sergas, a fin de que se desestime el recurso, o, subsidiariamente, se reduzca el importe indemnizatorio, 2º La aseguradora Zurich España, que se adhirió a la apelación planteada por el Sergas, y 3º El demandante, a fin de que se eleve la indemnización concedida hasta 600.000 euros.

Segundo. *Recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Xunta de Galicia.*

En primer lugar alega este apelante la existencia de prescripción, en base a que el paciente fue dado de alta el día 23 de noviembre de 2011 con el diagnóstico de síndrome de dolor crónico reflejo (distrofia simpático refleja), mientras que la reclamación no se interpuso hasta el 11 de febrero de 2013, por lo que habría transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 (" En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo ").

La sentencia de primera instancia desestima esta alegación en base a que el plazo de un año fue previamente interrumpido, tal como resulta del propio informe de 7 de mayo de 2012 del Jefe de Servicio COT Hospital Xeral Cíes de Vigo, por reclamación del actor, de fecha anterior a dicho 7 de mayo de 2012.

En efecto, en los folios 32 a 34 del expediente administrativo figura el informe de 7 de mayo de 2012 de don Jose Carlos ., reflejándose en el encabezamiento que es contestación a la "reclamación referente al paciente Evaristo .", por lo que si existe una reclamación anterior a dicha fecha no puede estimarse transcurrido el plazo de un año desde la fecha del alta. Este apelante alega que no existe constancia en el expediente de dicha reclamación anterior, ni se ha aportado por el recurrente en su escrito de conclusiones, a lo que añade que del examen del contenido del informe se deduce que existe un error en su fecha, porque alude a hechos ocurridos con posterioridad, como el informe de 3 de septiembre de 2012, emitido por el servicio de M. Física y RB de Povisa. Añade que al folio 28 del expediente se dicta acuerdo de suspensión del procedimiento de 12 de marzo de 2013 para la petición de informes preceptivos al Servicio de traumatología del CHUVI, y al folio 30 obra escrito de la Xerente de Xestión Integrada de Vigo de 15 de mayo de 2013 remitiendo dicho informe, que sería de fecha 7 de mayo de 2013.

Aunque es cierto que existen indicios de que es errónea la fecha de 7 de mayo de 2012 del informe del doctor Leonardo ., sin embargo se aprecia base suficiente para desestimar la alegación de prescripción que se esgrime en el recurso de apelación.

En primer lugar, el Letrado de la Xunta va en contra de lo reconocido por el Sergas en el expediente, porque al folio 182 de éste figura la primera conclusión del instructor en la propuesta de resolución, en la que expresamente se hace constar que no prescribió el derecho a reclamar partiendo del día 2 de octubre de 2012, como la fecha de reconocimiento de la incapacidad absoluta y de consolidación de las secuelas que padece.

En segundo lugar, el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 establece que " Encaso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas ", es decir, desde la estabilización de las lesiones y que habrían alcanzado el estado secuelar. En el caso presente, dado que del propio informe pericial emitido a instancia de la aseguradora se puede deducir que las lesiones derivadas del SDRC son evolutivas en el tiempo, podemos hablar de daño continuado, y afirmar que el 12 de junio de 2014 continuaba la evolución de dicho síndrome, por lo que de ninguna manera habría transcurrido el plazo de un año cuando el 6 de febrero de 2013 se presentó la reclamación.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Sobre la interpretación de aquel precepto existe una consolidada doctrina jurisprudencial que parte de la distinción entre los daños permanentes y los daños continuados.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007 declara que "es de aplicación el principio general de la «actio nata», que significa que el cómputo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad", señalando en este sentido la STS de 22 de febrero de 2012 que el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial " será aquél en que se conozca definitivamente los efectos del quebranto", es decir, en términos de la STS de 27 de abril de 2010, "cuando se conocen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión", a cuyo fin la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre daños permanentes y daños continuados pues tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas lo decisivo es la fecha de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud ("cuando se conocen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión", STS de 27 de abril de 2010), teniendo en cuenta que esta merma puede ser permanente, producirse en un momento determinado y quedar inalterada, o continuada, manifestándose día a día. En el primer caso, el periodo de prescripción se inicia cuando se producen, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que en el segundo, como no pueden medirse ab initio las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el repetido precepto legal, el "alcance de las secuelas". Así, la citada STS de 22 de febrero de 2012, y en el mismo sentido la STS de 2 de abril de 2013, por remisión a otras anteriores, ponen de relieve que " a) por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. b) Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos", es decir, el día en que se conozcan los efectos del quebranto, pues, como dice la STS de 11 de junio de 2012 " Este Tribunal ha distinguido entre los daños permanentes y los daños continuados. Como declaramos en nuestra Sentencia de 13 de mayo de 2010, recurso 2971/2008, con cita de la de 18 de enero de 2.008, recurso de 4224/2002, existen determinadas enfermedades en las que la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la actio nata, desde la determinación del alcance de las secuelas, aún cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la



www.civil-mercantil.com

existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen.

En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2000 . A tal efecto y como señala la sentencia de 25 de junio de 2002, esta Sala viene "proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993 , 28 de abril de 1997 , 14 de febrero y 26 de mayo de 1994 , 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001) , que "el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto" (Sentencia de 31 de octubre de 2000) , o, en otros términos "aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción , cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad (Sentencia de 23 de julio de 1997) " .

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del T.S. de 4 de mayo de 2015 (Recurso 2099/2013 Ponente: Jesús Cudero Blas) en la que el Alto Tribunal señala:

" ...jurisprudencia de esta Sala (por todas, sentencia de 26 de febrero de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 367/2011) distingue, en supuestos como el que nos ocupa, entre daños continuados, que no permiten conocer en el momento en que se producen los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el dies a quo será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación , siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance ..."

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia de 7 de febrero de 2013 , en su fundamento jurídico cuarto.

En tercer lugar, ya hemos visto que la declaración de incapacidad permanente absoluta tuvo lugar el 7 de septiembre de 2012, lo que asimismo interrumpiría el plazo prescriptivo.

En cuarto lugar, el doctor Jose Manuel ., jefe del Servicio de anestesiología y tratamiento del dolor del Hospital Arquitecto Marcide de Ferrol, ha manifestado que cuando procedieron a la implantación del dispositivo medular en 2012 (recuérdese que tuvo lugar el 22 de mayo de ese año) las lesiones derivadas del SDRC no estaban, en modo alguno, estabilizadas, sino en franca evolución, por lo que, al menos hasta mayo de 2013 no habría transcurrido el plazo prescriptivo de un año.

En quinto lugar, el perito señor Marco Antonio . entendió que se alcanzó el estado secuelar el 7 de marzo de 2014, por considerar que desde esa fecha no se podía obtener ya ninguna mejoría, por lo que en ningún caso cabría estimar que había prescrito la reclamación cuando se presentó.



www.civil-mercantil.com

Por tanto, en cualquiera de las alternativas que la prueba plantea ha de descartarse la concurrencia de la prescripción alegada.

Tercero. *Continuación del recurso de apelación del Letrado de la Xunta.*

En segundo lugar, alega este apelante la concurrencia de error en la valoración de la prueba por la inexistencia de la relación causal entre la cirugía practicada y el resultado lesivo (SDRC del paciente).

Este apelante admite que los informes suscritos por don Bernabe . (folios 35 y 39 de expediente administrativo) y por el doctor Jose Carlos . consideran que el SDCR es de tipo II (causalgia), con base en las electromiografías realizadas, pero invoca el informe del doctor Feliciano ., perito propuesto por la aseguradora Zurich, para afirmar que en aquellos existen incongruencias, dado que en el primero refiere una discreta lesión nerviosa y sin embargo en el segundo hace un diagnóstico de SDRC de tipo I, pese a lo cual refiere igualmente la posibilidad de causalgia o síndrome de tipo II.

Ante esas afirmadas contradicciones, considera que debe atenderse al juicio emitido por otros especialistas, como don Leonardo . y Don Feliciano ., quien, a instancia de la Administración demandada y de la aseguradora, manifestaron que en este caso no existe lesión nerviosa y, por tanto, no puede hablarse de síndrome de tipo II, ya que existe alteración del sistema simpático, pero la misma no deriva de una lesión nerviosa, en cuyo sentido el paciente no manifestaba a la exploración pérdida alguna de fuerza.

La Sala no comparte la anterior conclusión de este apelante, basada en el dictamen de un especialista en traumatología que intervino en la atención dispensada, con el consiguiente interés en la exculpación, y de un perito que ha depuesto a instancia de la demandada, y que lógicamente hace hincapié en los factores más favorables a su tesis.

Así, de cara a demostrar la existencia de la necesaria relación de causalidad, resulta contundente y reveladora la declaración del doctor Julián ., especialista y jefe del Servicio de neurofisiología clínica del CUVI, cuando, tanto en su informe de 10 de septiembre de 2012 (folio 21 del expediente) como al deponer en la vista de primera instancia, declaró que el manguito de isquemia fue la causa de la neuropatía, causando un cierto grado de lesión nerviosa del nervio ciático, bien por isquemia bien por compresión mecánica del nervio ciático, que desencadenó el proceso doloroso tipo de la causalgia. Convence de esta tesis la existencia de dos datos objetivos, revelados por Don Julián ., que no pueden soslayarse y de cuya presencia no se da explicación razonable por parte de los peritos de las demandadas. Estos son la alteración de parámetros neurográficos en el miembro inferior derecho y la presencia de un área de hipoestesia en el muslo por encima de la rodilla, que indican que el manguito de isquemia fue la causa de la neuropatía. A ello se añade que no existe evidencia alguna del SDRC desde el mes de agosto de 2011, en que el paciente sufrió la caída, hasta el 5 de octubre de 2011, en que tuvo lugar la intervención quirúrgica. Y sin embargo, de los comentarios de evolución clínica sí se deduce la existencia de dolor importante desde el mismo día 5 de octubre, hasta el punto de que fue necesario el suministro de importantes dosis de analgésicos, aplicados continuamente. En este sentido, resulta ilustrativa la consulta de la evolución clínica derivada de los comentarios de enfermería, que figuran a los folios 221 y siguientes del expediente administrativo, y que se inician el mismo día 5 de octubre de 2011, fecha de la intervención.

Es cierto que la colocación del manguito de isquemia conforme a lo que está protocolizado, es decir, un tiempo máximo de dos horas y a presión normal, resulta incompatible con el resultado producido, pero ni en el protocolo quirúrgico ni en la hoja da anestesia (que no existe) ni en la hoja de ATS figuran la presión de inflado, los tiempos



www.civil-mercantil.com

continuados de inflado del manguito de isquemia, y el tiempo total de isquemia, por lo que no existe base para excluir lo que se deduce de los datos del estudio electrofisiológico, en cuanto indicativos de hallazgos sugerentes de una enervación sensitivo-motora cuantitativamente discreta pero productora de un síndrome causálgico (folios 35 y 39 del expediente). En definitiva, resulta acorde a la lógica más racional la deducción de que fue dicho manguito de isquemia el causante de la neuropatía, una vez que se han detectado la alteración de parámetros neurográficos en el miembro inferior derecho y la presencia de un área de hipoestesia por encima de la rodilla, a lo que se añade la contemporaneidad de los síntomas dolorosos con el postoperatorio inmediato.

Las anteriores conclusiones resultan respaldadas asimismo por el contenido de los documentos números 7 a 10, aportados con la demanda y suscritos por el doctor Jose Manuel ., jefe del Servicio de anestesiología y tratamiento del dolor del Hospital Arquitecto Marcide de Ferrol (al que fue remitido el paciente), facultativo que asimismo declaró en la vista celebrada en el Juzgado el día 27 de septiembre de 2015. Manifestó que, a la vista de los estudios electrofisiológicos que le habían sido efectuados al paciente en el CHUVI, sin duda se trataba de un SDRRC tipo II o causalgia, con cuyo diagnóstico se efectuó la implantación del dispositivo de modulación medular, temporal primero y definitivo después.

Por lo demás, si la lesión neurológica afectaba fundamentalmente a las fibras sensitivas y no a las motoras, como se deduce tanto del informe del doctor Jose Manuel . como del emitido por el Servicio de rehabilitación del CHUVI (documento nº 2 aportado con la demanda), es lógico que no exista manifestación de pérdida de fuerza, por lo que este argumento, esgrimido en esta primera apelación, no ostenta la relevancia que se pretende darle.

De lo anteriormente argumentado se deriva la concurrencia de la relación causal entre la actuación sanitaria, en concreto por la aplicación inadecuada del manguito de isquemia, y el daño producido en el paciente, tal como ha informado asimismo el perito propuesto por el demandante don Juan Manuel ., especialista en cirugía ortopédica.

Cuarto. *Continuación del recurso de apelación del Letrado de la Xunta.*

En tercer lugar, alega este apelante que no concurre el presupuesto de la antijuridicidad del daño, y que en la sentencia apelada no se explica en que ha consistido la contravención de la "lex artis" ni se analiza si en el empleo del manguito de isquemia ha existido la misma, de todo lo cual deriva la imputación de error en la valoración de la prueba.

Es cierto que para un correcto enjuiciamiento en el caso presente ha de atenderse a la buena praxis, ya que la "lex artis ad hoc" se ha convertido en el criterio fundamental en esta materia para determinar si concurre el elemento de la antijuridicidad del daño, pues, como dice la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 2012, (RC 40/2012) "solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de lex artis".

A fin de hacer hincapié en la relevancia del elemento de la antijuridicidad para la apreciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de recordarse que, tal como lo hace la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2012, (RC 2506/2011) "La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".



www.civil-mercantil.com

Incide asimismo en la exigencia de la antijuridicidad para poder apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración la sentencia de 22 de junio de 2012, (RC 2506/2011), así como la de 18 de junio de 2012 (RC 4113/2010), que siguen la tendencia de la STS de 1 de julio de 2009 (RC 1515/2005).

En definitiva, la responsabilidad patrimonial en este ámbito de la actividad administrativa, cuenta con sus propias peculiaridades, ajenas al modelo tradicional de responsabilidad objetiva para acoger, en cambio, un sistema por funcionamiento anormal, empleando para ello como criterio corrector la "lex artis", de manera que la responsabilidad sólo surge en aquellos casos en los que existe una falta de adecuación de la conducta asistencial, a los criterios, protocolos o normas de actuación médica que cada vez son más abundantes.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 , 11 de julio de 2007 , 26 de junio de 2008 , 25 de febrero de 2009 , 29 de junio de 2011 y 5 de junio de 2012 , han especificado que la "lex artis ad hoc" es el criterio que ha de seguirse para determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los conocimientos y medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales. Equiparado a la antijuridicidad del daño, dicha " lex artis ad hoc " entraña que el paciente no deba tener obligación de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en cada momento.

Ahora bien, una vez acreditada la relación causal entre la actuación sanitaria, en el empleo del manguito de isquemia, y el daño producido, y debido a la desproporción de este último, en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), corresponde a la Administración la demostración de que el empleo del manguito de isquemia se acomodó a los protocolos establecidos y estuvo dentro de los estándares habituales de seguridad.

En ello consiste precisamente la doctrina del daño desproporcionado, en cuanto referida a los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención en conexión con los padecimientos que se trata de atender. En esa tesitura está la Administración sanitaria obligada a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2012, recurso de casación 1077/2011), porque aquella doctrina hace responder a la Administración cuando se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, salvo que acredite que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación (STS de 19 de septiembre de 2012, RC 8/2010).

En esa hipótesis de daño desproporcionado únicamente no es posible aplicar dicha doctrina cuando el resultado se presenta como una opción posible (STS de 2 de enero de 2012, RC 6710/2010), cuando dicho resultado constituye un riesgo propio de la intervención médica en un porcentaje considerable (STS 9 de marzo de 2011, RC 1773/2009), y cuando existe actividad probatoria que llega a convencer al órgano judicial respecto a cómo se ha producido tal resultado (STS de 2 de noviembre de 2012, RC 772/2012).

En el caso presente el Sergas no acredita la correcta aplicación del manguito de isquemia, pues en el protocolo quirúrgico de la cirugía de artroscopia de 5 de octubre de 2011, que figura al folio 90 del expediente administrativo, no constan los datos relevantes de tiempo de isquemia a que estuvo sometida la pierna derecha durante la intervención, sin que sea suficiente la reseña de que esta se inició a las 9 horas y finalizó a las 11 horas, tampoco consta la presión de inflado, el tiempo de permanencia de inflado, ni el tipo de almohadilla utilizado. Ni



www.civil-mercantil.com

siquiera figuran tales datos en la hoja de anestesia, que no fue remitida con el expediente, ni en la hoja de ATS circulante.

En consecuencia, si la aplicación del manguito de isquemia durante dos horas como máximo y sometido a una presión normal no puede producir aquella causalgia por afectación del nervio ciático, y sin embargo este efecto se produce, sin que se aporten por la Administración los datos relevantes de aquel empleo ni se ofrezca una explicación razonable de la causa del daño, resulta racional deducir, como hace el perito señor Adolfo . y valora la juzgadora "a quo", que se produjo una hiperpresión del manguito, por una defectuosa colocación así como por un tiempo excesivo de aplicación.

En consecuencia, también concurre el presupuesto de la antijuridicidad, y la Sala comparte la valoración de la prueba realizada por la juzgadora "a quo".

En cuarto y último lugar, el Letrado de la Xunta alega que es excesiva la indemnización de 150.000 euros concedida, en primer lugar porque la ausencia de consentimiento informado se traduce en una indemnización sustancialmente inferior a la reconocida en la sentencia, y en segundo lugar porque, al tener el paciente reconocida una incapacidad permanente, la percepción por el actor de la correspondiente prestación de la Seguridad Social debe ser tenida en cuenta a efectos de determinar la indemnización que debe abonarse.

De la lectura del último párrafo de la sentencia apelada se desprende que la falta de consentimiento informado ha sido uno de los conceptos que se han tomado en consideración para la fijación de la indemnización, por lo que, una vez que no se ha justificado el suministro previo sobre la información legalmente exigible, no existe base para la aminoración de la cuantía indemnizatoria por este aspecto.

Ya hemos visto anteriormente que con fecha 7 de septiembre de 2012 el señor Eladio . fue declarado en situación de invalidez permanente absoluta por presentar como secuela síndrome de dolor regional complejo en miembro inferior derecho tras artroscopia. Sin embargo, en el caso presente el reconocimiento de una prestación pública de la Seguridad Social no ha de conducir a reducir la cuantía indemnizatoria, pues en otro caso no se produciría la reparación integral del daño que con aquella se pretende.

En consecuencia, procede la íntegra desestimación de este primer recurso de apelación.

Quinto. *Adhesión al anterior recurso de apelación por parte de la Compañía de Seguros Zurich.*

En primer lugar, se alega que la valoración de la prueba en la sentencia apelada es incongruente, ilógica e irracional, al no considerar la existencia de prescripción a pesar de situar el "dies a quo" en el 23 de noviembre de 2011 y la reclamación en fecha 11 de febrero de 2013 .

Dado que sustancialmente vienen a reproducirse en este recurso los argumentos esgrimidos en el formulado por el Letrado de la Xunta, nos remitimos a lo que previamente se expuso para desestimar la concurrencia de prescripción.

Ni siquiera entraña novedad, respecto a la apelación anterior, la alegación subsidiaria de que una supuesta reclamación previa (que se derivaría de la mención realizada en el informe de 7 de mayo de 2012 del Jefe de Servicio COT Hospital Xeral Cíes de Vigo) no determina la interrupción de la prescripción, puesto que ya hemos argumentado que, pese a que existen datos que llevan a pensar que esa reclamación previa no existió, sin embargo hay otros en autos que permiten deducir que la estabilidad de las secuelas y consiguiente inicio del plazo prescriptivo no coincide con el alta hospitalaria de 23 de noviembre de 2011, sino que es posterior.



www.civil-mercantil.com

En segundo lugar, este apelante realiza una valoración de la prueba que tiende a deducir la inexistencia de relación causal entre la actuación de los facultativos de conformidad a la "lex artis ad hoc" y el daño alegado, otorgando mayor relevancia al informe emitido por el perito que depuso a su instancia, doctor Feliciano ., a fin de respaldar su tesis de que el paciente tenía un SDRC tipo I, de origen desconocido, negando que por presión del manguito se produjera una lesión nerviosa.

Frente a la anterior alegación basta con reproducir lo analizado y valorado en el anterior recurso de apelación, de lo que se desprende, no sólo que se trata de SDRC tipo II, sino también que se produjo una lesión nerviosa por el manguito de isquemia, que fue el origen y causa del daño sufrido por el demandante, resultando sintomático que los dolores se inician y se incrementan a partir del día 5 de octubre de 2011, fecha de la intervención, como se deduce de los comentarios de enfermería, que figuran a los folios 221 y siguientes del expediente administrativo, lo cual contradice abiertamente lo que se contiene en aquel informe de la pericial emitida a instancia de la aseguradora. También resulta revelador que pretenden ignorarse los relevantes datos que se contienen en el informe de 10 de septiembre de 2012 del jefe del Servicio de neurofisiología del CHUVI, sobre el que se ha incidido en el anterior recurso de apelación y que asimismo es decisivo para desacreditar los argumentos de esta segunda apelación.

En tercer lugar, este apelante alega que resulta del todo irrelevante la información necesaria para el posterior consentimiento puesto que el síndrome no deriva de la intervención sino de la patología de base, por lo que no habría daño indemnizable, además de que no se ha acreditado alternativa alguna curativa a la intervención quirúrgica.

Dicha alegación no puede ser acogida debido a que parte de la tesis contraria a la aquí acreditada, ya que se ha demostrado que el SDRC es de tipo II y ha derivado del empleo incorrecto del manguito de isquemia durante la cirugía de artroscopia, por lo que existió daño indemnizable y la ausencia de información y del consiguiente consentimiento entraña una vulneración de la "lex artis" asimismo computable.

En cuarto lugar, imputa este apelante a la sentencia de primera instancia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no resolver el juzgador "a quo" las alegaciones con respecto al excesivo quantum indemnizatorio.

Critica el defensor de la aseguradora que se haya tenido en consideración tan sólo lo dictaminado por el perito médico evaluador Don Marco Antonio ., pero lo cierto es que la de dicho perito es la única prueba practicada sobre la valoración del daño.

En la sentencia apelada se parte de los 51 puntos (en realidad son 52) que señor Marco Antonio . asigna por secuelas, de los que 7 corresponden a trastorno depresivo reactivo, 10 a cefalea severa, 10 por limitación de la movilidad de la columna por dolor neuropático, y 25 por algodistrofia de miembro inferior, añadiendo 10 puntos por perjuicio estético moderado, a la vez que fija en 772 días el tiempo de estabilización lesional, desde el 25 de enero de 2012 hasta el 7 de marzo de 2014.

A la hora de concretar la cuantía indemnizatoria la juzgadora "a quo" atiende al tiempo de curación, a las secuelas derivadas, a las limitaciones y exigencias que las mismas le van a deparar en el futuro, edad del paciente y la falta de consentimiento, y tiene en cuenta los baremos orientativos, lo que le lleva a fijar la indemnización en 150.000 euros, suma que abarca todos los conceptos, como intereses moratorios, índices correctores, etc.

Ante dicha fijación global de la suma sin mayores especificaciones, es comprensible la queja de este apelante, y lógico que seguidamente argumenta que hayan de reducirse o excluirse algunos conceptos.

En la demanda se reclamaban diversas cantidades en concepto de gastos de adaptación del vehículo y de gastos a realizar en la vivienda habitual. Lo cierto es que ni este



www.civil-mercantil.com

concepto se ha computado en la sentencia del Juzgado ni existe prueba documental alguna que los justifique. En efecto, ninguna demostración existe de que, como consecuencia de las secuelas que le quedan al actor, sea necesaria aquella adaptación o estos gastos en la vivienda.

Se critica la inclusión, en el reintegro de gastos, de diversas facturas por culotes, bóxer, calcetines y perneras, ropa destinada al ciclismo, pantalón y calcetines de esquí, así como botas de nieve, llamándole la atención la compra de tales productos ante la situación secuelar de este paciente.

La razón de dichas compras la ofrece el demandante al decir que se trata de ropas y botas especiales para deportistas en circunstancias climáticas extremas, habiendo sido facilitadas las prendas y marcas por los servicios especializados de rehabilitación y de la Unidad del dolor, por tratarse de prendas con altísimas cualidades antitérmicas, pues lo que se pretende conseguir es que la pierna del paciente esté totalmente aislada de cualquier estímulo (aire, frío, calor, etc).

Tal explicación resulta totalmente lógica y acorde a las secuelas padecidas por el paciente, por lo que justifica la inclusión de tales conceptos.

Este segundo apelante critica asimismo que se hayan computado 772 días de incapacidad temporal, desde el 25 de enero de 2012 hasta el 7 de marzo de 2014, pues entiende que tendrían que ser en total 217 días como máximo, es decir, hasta el 28 de agosto de 2012, fecha a partir de la cual comienza a cobrar la pensión por incapacidad permanente absoluta.

Sin embargo, de cara a la fijación de la indemnización hemos de ver que resulta más adecuado diferenciar los 88 días de hospitalización de los días de baja impeditivos, sin que por este concepto haya de aminorarse la suma a reconocer.

Seguidamente alega la defensa de la aseguradora que ha de excluirse la indemnización por el concepto de incapacidad absoluta, ya que el actor ya está percibiendo una pensión por dicha incapacidad permanente absoluta desde el 28 de agosto de 2012, por lo que se traduciría en una doble indemnización, enriquecimiento injusto y sin causa.

Esta cuestión ha sido abordada jurisprudencialmente, llegando a la conclusión de la compatibilidad de las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial con las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En este sentido se han pronunciado las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso de casación 3887/2009) y 3 de mayo de 2011 (RC 120/2007). Se trata de una tesis que se ha seguido desde que se pronunció en ese sentido la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su sentencia de 12 de marzo de 1991. Ya no es sólo que sea la solución más conforme con el principio de indemnidad, porque la pensión de la Seguridad Social no es suficiente para conseguir la plenitud de la reparación, es que, además, las prestaciones contributivas no son sino la contraprestación por lo cotizado o pagado para asegurar los riesgos derivados de determinadas situaciones, y no pueden compensarse con las indemnizaciones contenidas en las tablas de los sistemas de corrección del daño.

En cuanto a las secuelas, si bien este apelante parte de los puntos que se asignan en el informe Don Marco Antonio (aclarando que suman 52, no 51 puntos), expone que debe aplicarse la fórmula prevista para el caso de secuelas concurrentes $(100-M) \times m / 100 + M$, de donde se desprende que habría que tener en cuenta 43 puntos, y a lo cual habría que sumar la puntuación por perjuicio estético.

Por lo demás, la defensa de la aseguradora tampoco se muestra conforme con la valoración que se realiza del cálculo de secuelas, porque, según el dictamen propuesta en base al que se le concede la incapacidad permanente absoluta, aquellas son el SDRC y



www.civil-mercantil.com

trastorno adaptativo, y no está de acuerdo con que se asimile a una monoparesia moderada de miembro inferior, ya que con anterioridad a la intervención el paciente presentaba inestabilidad, dolor y no podía caminar (folio 32 del expediente), por lo que entiende que ha de calificarse como monoparesia leve y le corresponden 15 puntos. Y estima que el trastorno depresivo reactivo ha de ser valorado en 5 puntos, a la vez que considera que deben excluirse como indemnizables las cefaleas, por ser derivadas del exceso de la estimulación medular, que no ha dado resultado.

No cabe duda de que la monoparesia padecida por el actor es de suficiente entidad como para encuadrarla en el rango de las moderadas, a la vista de la afectación funcional que le ha producido, y en cuanto a las cefaleas, si bien se derivan de la estimulación medular, esta ha sido necesaria como medio para reducir los intensos dolores que conlleva el síndrome, por lo que claramente es asimismo indemnizable.

Asimismo, no cabe desconocer secuelas y limitaciones evidenciadas, cuales la pérdida de control de esfínteres derivadas de los electrodos implantados, el deterioro cognitivo que sufre Don Eladio ., así como la asistencia domiciliaria y hospitalaria por las escaras debidas a la inmovilización a que se ve obligado.

A continuación pretende reducir asimismo este apelante lo que se le concede en el informe Don Marco Antonio . en concepto de perjuicio estético, que preveía que fuesen 10 puntos, solicitando que se rebaje hasta 6 puntos.

Sin embargo, no aporta prueba alguna que aconseje una disminución de la puntuación que aquel facultativo le aporta.

Por último, se entiende en este recurso de apelación que si la condena es por la vulneración de la autonomía de la voluntad del paciente, derivada de la ausencia de consentimiento informado, ha de reducirse considerablemente la cuantía indemnizatoria.

Lo anterior puede ser válido para los casos en los que el único concepto indemnizable es aquella ausencia de consentimiento informado, pero en el caso presente no es el único, sino uno más de los parámetros a computar, por lo que tampoco puede compartirse este argumento.

Por todo lo anteriormente argumentado procede asimismo la desestimación de este segundo recurso de apelación.

Sexto. Recurso de apelación interpuesto por el demandante don Evaristo ..

Este apelante pretende que se eleve el importe de la indemnización hasta 600.000 euros, suma postulada en la demanda.

Alega este apelante falta de motivación y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en base a que no se argumenta en la sentencia apelada cuál es el fundamento de la decisión de otorgar 150.000 euros.

Es cierto que existe una patente ausencia de argumentación en torno a las razones por las que se concede aquella cantidad, cuando previamente se admite el carácter orientativo del baremo de circulación de vehículos de motor y se computan los 51 puntos (en realidad son 52) que señor Marco Antonio . asigna por secuelas, de los que 7 corresponden a trastorno depresivo reactivo, 10 a cefalea severa, 10 por limitación de la movilidad de la columna por dolor neuropático, y 25 por algiodistrofia de miembro inferior, añadiendo 10 puntos por perjuicio estético moderado, a la vez que fija en 772 días el tiempo de estabilización lesional, desde el 25 de enero de 2012 hasta el 7 de marzo de 2014. En ese sentido cabría apreciar la falta de motivación, pero como seguidamente no se solicita que se declare la nulidad de actuaciones y se remitan al Juzgado para que se complete la sentencia a fin de argumentar aquellos



www.civil-mercantil.com

aspectos, es por lo que tales omisiones se completarán en la presente y se razonará la suma a otorgar.

De los diversos informes periciales que han sido aportados, hemos de partir del de don Marco Antonio ., sometido al principio de contradicción, pues el que se ha fijado en las lesiones y secuelas.

De este último informe se desprende que las lesiones del actor se concretan en:

1ª) plastia de ligamento cruzado anterior y sutura meniscal, desarrollando síndrome causálgico (caracterizado por dolor quemante sostenido, alodinia o hiperpatía) o SDRC en miembro inferior derecho.

2ª) portador de electroestimulador medular de forma paliativa para posible control parcial del dolor (debe tener cuidado con movimientos bruscos para evitar cambios en la situación de los electrodos).

3ª) Mala respuesta a tratamiento, complicaciones secundarias músculo esqueléticas, osteoporosis.

4ª) artropatía neurógena.

5ª) fascitis plantar izquierda.

6ª) tendinopatía de aquiles izquierda.

7ª) cefalea severa secundaria a estimulación medular.

8ª) limitación de las capacidades cognitivas por la terapia de la Unidad del dolor consistente en anticomociales y opioides de forma continua.

9ª) deambulación con ayuda de apoyo (bastón).

10ª) trastornos de adaptación con fallos cognitivos.

Los días de incapacidad que el actor ha precisado para alcanzar la estabilidad lesional han sido 772.

Las secuelas que se concretan en aquel informe pericial son: A) Trastorno depresivo crónico, B) Cefalea severa, C) Dolor en ambas regiones dorso- lumbares de más intensidad en izquierda, D) Limitación de movilidad de columna por dolor neuropático, E) Algiodistrofia de miembro inferior.

Añade a lo anterior un perjuicio estético moderado.

Hay que tener en cuenta asimismo la incapacidad para realizar actividades deportivas y de ocio que realizaba con anterioridad a la intervención, la invalidez permanente absoluta, y la necesidad, a corto plazo, de tener que colocarse los instrumentos médicos y la necesidad de ayuda de tercera persona.

Debe recordarse que, tal como declararon las STS de 23 de diciembre de 2009 , y 3 de mayo de 2012 , para la fijación de la cuantía indemnizatoria en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, regida por el principio de indemnidad plena o de reparación integral, los baremos de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor tienen carácter meramente orientativo y no vinculante para los tribunales de este orden jurisdiccional.

No obstante, tanto el recurrente como el Sergas y la aseguradora atienden al baremo contenido en el Real decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por lo que en él debemos fijarnos, siquiera con aquel carácter orientativo. La sentencia apelada lo mencionaba, pero finalmente ha determinado la cuantía indemnizatoria con carácter global y sin especificar en concreto los conceptos que ha tomado en consideración, lo que, como hemos visto, ha motivado la queja de la aseguradora en su recurso de apelación.



www.civil-mercantil.com

Dada la fecha de la intervención, tomaremos en consideración la resolución de 20 de enero de 2011, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que contiene el baremo referido a dicha anualidad.

Por días de incapacidad con hospitalización se computarán 49 días, desde el 5 de octubre hasta el 23 de noviembre de 2011, pues no cabe sumar los que permaneció ingresado para los implantes de estimuladores y estudios posteriores, que se destinaron a aplacar el dolor, pero no se integran en aquel concepto del baremo. Por tanto, en este concepto, son 3.331 euros.

Por los 772 días de baja impeditivos se obtiene la suma de 42.668 euros, que con el incremento del 10 %, debido a factor de corrección por perjuicio económico derivado de hallarse en edad laboral y no justificar mayor suma, arrojan 46.935 euros.

En concepto de invalidez permanente absoluta, que ha sido reconocida por el INSS, la mencionada resolución de 20 de enero de 2011 prevé para el caso de incapacidad permanente absoluta desde 90.705 euros hasta la cantidad máxima de 181.141 euros. En este concepto ha de concederse la suma de 100.000 euros, en primer lugar porque el grado de invalidez absoluta de que se ve afecto el actor no es el más grave, al no impedirle, sino limitarle, la realización de cualquier actividad de la vida diaria, y en segundo lugar porque tiene reconocida como pensión mensual el importe mensual de 1.715'68 euros, de modo que, si bien son compatibles la pensión y la indemnización, tal como se argumentó anteriormente, a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria necesariamente hay que tener en cuenta aquella percepción mensual.

En concepto de secuelas, si bien se parte de los puntos previstos en el informe Don Marco Antonio ., necesariamente hay que acudir a la fórmula de secuelas concurrentes, a la que antes se hizo alusión, por lo que los puntos valorables son 43, a los que han de añadirse 10 por perjuicio estético. Multiplicando esos 53 puntos por 1.926'48 euros, que corresponden a las víctimas entre 21 y 40 años, arroja la suma de 102.103'44 euros, por lo que hasta este momento el total es de 252.369 euros, cantidad a la que puede añadirse la delos gastos ocasionados (1.373 euros), pero no los de adaptación del vehículo y adecuación de la vivienda, por no estar acreditados, con arreglo a lo que ya argumentado anteriormente.

El último concepto indemnizatoria es el de la falta de consentimiento informado, por el que jurisprudencialmente se ha otorgado una suma oscilante entre 40.000 y 60.000 euros, por lo que con ello se completará el total de 300.000 euros, que es la cantidad que finalmente se otorgará.

Séptimo. Continuación del recurso de apelación del demandante.

En este recurso se reclaman asimismo los intereses moratorios desde la fecha de la presentación de la reclamación previa, así como, respecto a la aseguradora demandada, los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro .

Una vez superada la anterior concepción jurisprudencial, con arreglo a la cual se entendía que no cabía la imposición de intereses legales cuando la suma no era líquida, y no lo era hasta que judicialmente se había determinado, en la actualidad se entiende que para la reparación integral del daño y actualización debida de las cantidades, sobre todo si el baremo aplicado es el de la fecha del accidente, han de incluirse los intereses legales desde la fecha de la reclamación en vía administrativa, por lo que también han de incluirse estos.

Respecto a los intereses del artículo 20 de la LCS encontramos un primer obstáculo cual es que en la demanda no se solicitó la condena de la aseguradora, y por ello tampoco se ha incluido tal condena en la sentencia apelada.

www.civil-mercantil.com

Los intereses de que hablamos se recogen en el artículo 20 de la Ley Contrato de Seguro, que establece:

" Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas:

1ª) Afectará, con carácter general, a la mora del asegurador respecto del tomador del seguro o asegurado y, con carácter particular, a la mora respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y del beneficiario en el seguro de vida.

2.º Será aplicable a la mora en la satisfacción de la indemnización, mediante pago o por la reparación o reposición del objeto siniestrado, y también a la mora en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

3.º Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

4.º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

5.º En la reparación o reposición del objeto siniestrado la base inicial de cálculo de los intereses será el importe líquido de tal reparación o reposición, sin que la falta de liquidez impida que comiencen a devengarse intereses en la fecha a que se refiere el apartado 6.º subsiguiente. En los demás casos será base inicial de cálculo la indemnización debida, o bien el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

6.º Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.

No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa.

7.º Será término final del cómputo de intereses en los casos de falta de pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, el día en que con arreglo al número precedente comiencen a devengarse intereses por el importe total de la indemnización, salvo que con anterioridad sea pagado por el asegurador dicho importe mínimo, en cuyo caso será término final la fecha de este pago. Será término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora por la aseguradora en los restantes supuestos el día en que efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición, al asegurado, beneficiario o perjudicado.



www.civil-mercantil.com

8.º No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

9.º Cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el Consorcio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo. En lo restante cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y, sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo.

10.º En la determinación de la indemnización por mora del asegurador no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, ni lo preceptuado en el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las previsiones contenidas en este último precepto para la revocación total o parcial de la sentencia".

La doctrina jurisprudencial interpretativa de dicho precepto se recoge inicialmente en la sentencia de 19 de septiembre de 2006 de la Sala 3ª del

Tribunal Supremo, destacando que para la aplicación de aquellos intereses se exige que no exista causa justificada de la falta de pago, mencionando como supuestos en que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los referidos intereses moratorios el caso de que la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, así como en el supuesto de que se precisa el pronunciamiento judicial para la determinación de la indemnización procedente.

Posteriormente, en la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2012, Rec. casación 2724/2011, se especificó con mayor precisión tal doctrina jurisprudencial, declarando:

" La cuestión en el presente recurso es muy concreta y se centra en la procedencia de la aplicación de los intereses moratorios especiales previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, a los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, en los que se ha producido una decisión judicial que declara la concurrencia de los requisitos para determinar la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial (artículo 139 y ss LRJAP y PAC). E incluso son más relevantes los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, donde su especialidad y la aplicación al caso concreto de las características de "obligación de medios" y no de "resultados" adquiere unos tintes de complejidad añadidos. Esta cuestión habrá de determinar el análisis conjunto de ambos motivos planteados por la recurrente por su evidente interrelación.

La sentencia de instancia considera que debe condenarse a satisfacer sobre el principal los intereses moratorios especiales a la aseguradora ya que no existe "razón bastante para eximirla del pago de dicha deuda" atendido a tanto a su intervención en el expediente como a que pudo afianzar o pagar la deuda.

La postura de este Tribunal está clara al efecto, y plenamente consolidada, por las sentencias que se citan por la recurrente y otras muchas que se han ido produciendo, como es la reciente de veintinueve de marzo de dos mil once (recurso de casación 2794/2009), que si bien se dicta en el ámbito de un accidente de tráfico, recoge afirmaciones indudablemente aplicables al presente caso:



www.civil-mercantil.com

"La doctrina reflejada en la sentencia que el motivo invoca, dictada el 10 de octubre de 2008 por la Sala Primera de este Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 1445/2003 , no pone de relieve tampoco la errónea interpretación por la Sala de instancia de aquel art. 20.8, pues se dice en el párrafo tercero del fundamento de derecho segundo de aquélla que " en la aplicación del precepto invocado, la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de 11 de noviembre y de 21 de diciembre de 2007) ha destacado la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora, y precisando que la norma se dirige a atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización. Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización; razonabilidad que cabe apreciar, con carácter general, en los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay incertidumbre sobre el importe de la indemnización, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada (Sentencia de 21 de diciembre de 2007) ".

Así decíamos en la sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Rec. Cas.1364/2008): "Sin embargo, esa razón justifica la no condena al pago de aquellos intereses sólo mientras ha estado pendiente una situación de incertidumbre sobre la existencia del derecho pretendido. Desaparecida esa incertidumbre con esta sentencia, deberá regir aquel precepto, entendiendo, en aplicación de lo que dispone su núm. 3, que la aseguradora incurre en mora si transcurre el plazo de tres meses desde su notificación sin que se haya cumplido la obligación de pago de la indemnización que fijamos, a cuyo abono, con carácter solidario con la Administración, la condenamos. Es este matiz o criterio, con preferencia a otro distinto que pudiera extraerse de la sentencia que acabamos de citar, el que entendemos más acomodado a la finalidad o razón de ser de aquel art. 20, pues una vez declarado el derecho a una indemnización asegurada, entran en juego las distintas posiciones jurídicas que el ordenamiento predica para el asegurado y para el asegurador; entre ellas, la concerniente a los intereses debidos. "

Por su parte, en la STS de 9 de octubre de 2012 (recurso de casación 6878/2010) se desestimó la petición de los intereses del artículo 20 LCS por haber sido necesaria su determinación judicial ante la excepcionalidad del supuesto.

También nosotros lo hemos entendido así en nuestra sentencia de 13 de mayo de 2015 (rollo de apelación 31/2015), en la que razonamos:

" En cuanto a la solicitud de condena de ZURICH al abono de los intereses moratorios del artículo 20.4 LCS , el Tribunal Supremo viene declarando que solo procedería la imposición de los mismos cuando la demora no tuviera una causa que justifique el retraso y, en el presente caso, es evidente que concurre, dada la tardanza de la Administración en resolver el expediente, pues siendo dirigido el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación actora, se dictó, con fecha 21/02/2013, resolución expresa desestimatoria, dejando pasar la Administración Sanitaria un largo lapsus desde la presentación en vía administrativa (29/12/2010), para cumplir con su obligación de dar respuesta expresa.



www.civil-mercantil.com

En ese sentido se pronuncia la S.T.S. de 23 de marzo de 2011 (dictada en el recurso de casación 2302/2009) señalando:

"...En cuanto a los intereses legales sobre las cantidades ahora efectivamente reconocidas se devengarán sobre las mismas desde el momento de la interposición de la reclamación ante la Administración. Y en cuanto a la reclamación de los intereses por mora de la aseguradora no ha lugar a su reconocimiento. Para ello nos remitimos a la Jurisprudencia de esta Sala y Sección recogida en la sentencia de 23 de diciembre de 2009 y en la que en ella se cita, y en la que expresamos que rechazamos aquella pretensión salvo en el matiz al que haremos referencia. Decíamos en aquel supuesto que ahora reproducimos que "la condena al pago de esos intereses requiere, claro es, que el asegurador haya incurrido en mora en los términos que el precepto prevé, disponiendo su núm. 8 que "no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable". En un caso como el de autos, en el que el rechazo por la Administración aseguradora de la reclamación de responsabilidad patrimonial no carecía de todo fundamento, hasta el punto de ser refrendado por la Sala de instancia en su sentencia, no cabe apreciar una actitud de la aseguradora elusiva, injustificable, del pago de la indemnización. De ahí que, siguiendo en este punto el criterio que es de ver en la sentencia de 19 de septiembre de 2006, dictada en el recurso de casación núm. 4858 de 2002 ..." .

Reiteramos asimismo un pronunciamiento similar, en aplicación de aquella doctrina jurisprudencia, en nuestra sentencia de 3 de junio de 2015 (rollo de apelación 182/2015).

Por tanto, ha de desestimarse esta última petición, en primer lugar porque al no haberse solicitado la condena de la aseguradora, no cabe imponer dichos intereses del artículo 20 LCS , y en segundo lugar porque fue necesaria la determinación judicial ante la incertidumbre sobre la suma indemnizatoria.

Por todo lo cual procede el acogimiento parcial de este último recurso de apelación a fin de elevar la indemnización a 300.000 euros e incluir los intereses legales desde la fecha de la reclamación en vía administrativa.

Octavo.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa , han de imponerse a la Administración y a la aseguradora las costas de esta segunda instancia correspondientes a sus respectivas apelaciones, por ser desestimadas estas, si bien con el límite de 750 euros por cada una de ellas, en concepto de defensa del apelado, y no se hace pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada del apelante demandante, por acogerse en parte su recurso de apelación.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

que con acogimiento parcial del recurso de apelación interpuesto por el demandante DON Evaristo ., y desestimación de los recursos de apelación formulados por el Sergas y la Compañía de seguros Zurich España S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Santiago de Compostela de 28 de enero de 2016 , DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en el sentido de elevar la indemnización reconocida a

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

favor de aquél a TRESCIENTOS MIL EUROS (300.000 EUROS) , más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la reclamación en vía administrativa (6/2/2013), imponiendo a la Administración y a la aseguradora las costas de esta segunda instancia correspondientes a sus respectivas apelaciones, con el límite de 750 euros por cada una de ellas, en concepto de defensa del apelado, y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada generadas por el demandante apelante.

Notifíquese a las partes, y entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0172-16), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

-- Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.