



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1 A CORUÑA

SENTENCIA: 00471/2018

Ponente: Don Fernando Seoane Pesqueira.

Recurso de apelación número: 171/18

Apelante: Servizo Galego de Saúde y Segurcaixa Adeslas

Apelada: XXX XXX XXX

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la:

SENTENCIA

Ilmo/Ilmas. Sr/Sras.:

Don Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.

Doña Blanca María Fernández Conde

Doña María Dolores Rivera Frade

A Coruña, a 7 de noviembre de 2018.

El recurso de apelación que con el número 171/18 pende de resolución de esta Sala, fue promovido por el **Servizo Galego de Saúde**, representado y dirigido por el Letrado del Sergas, y la Entidad **Segurcaixa Adeslas, S.A., Seguros y Reaseguros**, representada por la procuradora doña Carmen Sánchez Fernández y dirigida por el letrado don Miguel Roig Serrano, contra la Sentencia de fecha 1 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Vigo en el Procedimiento Ordinario que con el número 238/16 se sigue en dicho Juzgado, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, siendo parte apelada **doña XXX XXX XXX**, representada por el procurador don Luis Angel Paineira Cortizo (de oficio) y dirigida por el letrado don Javier Pérez Estévez.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **Don Fernando Seoane Pesqueira.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo, presentado por doña XXX XXX XXX contra la

desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la demandante por mal funcionamiento del servicio público sanitario por razón de la asistencia sanitaria prestada a la actora (expediente RP-2014-0167-p) y anulo la desestimación impugnada, declarando el derecho de la demandante a ser indemnizada en la suma de 99.644,16 euros a cuyo pago se condena al Servicio Galego de Saúde, como parte demandada, que se incrementará con los intereses legales desde la fecha de notificación de esta sentencia en aplicación del artículo 106 de la LJCA 29/1998.- No procede la imposición de las costas procesales a ninguna de las partes”.

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado 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 DE DERECHO

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

PRIMERO: Objeto del recurso de apelación.-

Doña XXX XXX XXX impugnó la desestimación presunta, por partes del Sergas, de la reclamación de la indemnización de 300.000 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por la parálisis facial avanzada y perjuicio estético producido tras la intervención quirúrgica de mastoidectomía+timpanoplastia+adenoidectomía debido a un cuadro de hipoacusia bilateral de larga duración, más severa en el oído derecho, realizada el 15 de enero de 2009 en el Servicio de otorrinolaringología del Hospital Meixoeiro en Vigo.

En el escrito de conclusiones, la demandante, nacida el 30 de junio de 1987, concretó su petición de indemnización en 99.984'084 euros, que se descomponen del siguiente modo:

- 1.221'28 euros por 17 días de estancia hospitalaria.
- 233'64 euros por 4 días improductivos.
- 65.060'1 euros por 2.070 días no improductivos a razón de 31'43 euros día.
- 6.269'41 euros por siete puntos de secuela funcional.
- 10.535'64 euros por doce puntos de secuela estética.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo estimó el recurso contencioso-administrativo y condenó al Sergas al abono de la indemnización de 99.644'16 euros, más los intereses legales desde la fecha de la notificación de la sentencia.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

Frente a dicha sentencia interponen recurso de apelación el Letrado del Sergas y la aseguradora Segurcaixa Adeslas.

SEGUNDO: Recurso de apelación del Letrado del Sergas: alegación de prescripción de la acción.-

Este recurso de apelación afecta a dos aspectos de la sentencia de primera instancia: 1) Prescripción de la acción, y 2) Cuantía de la indemnización.

En cuanto a la alegación de prescripción, el defensor de la Administración autonómica considera vulnerado el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues entiende que la situación secular de la paciente está plenamente estabilizada desde el 22 de julio de 2011, porque, en su opinión, del examen de las diferentes audiometrías se puede comprobar que el déficit auditivo del 93 % permanece inalterable entre 2011 y 2014.

Se alega en el escrito de formalización de la apelación que, debido a esa estabilidad del 93 %, nos encontramos en presencia de un daño permanente y no continuado.

Para decidir sobre la cuestión de la prescripción hemos de partir del tenor del artículo 142.5 de la Ley 30/1992 (con el que sustancialmente coincide el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), que dice así:

"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. En caso 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".

Sobre la interpretación de este 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 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 relación con esta cuestión no podemos dejar de advertir que, como resulta de la jurisprudencia del T.S. es preciso distinguir entre daños permanentes y daños continuados, en este sentido se pronuncia por ejemplo 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 han pronunciado las sentencias de 29 de abril de 2013 (recurso de casación nº

4002/2012), y de 9 de febrero de 2016 (recurso de casación nº 1483/2014), y 8 de febrero de 2017 (RC 1135/2015).

En el caso presente los daños sufridos por la recurrente pueden calificarse de continuados, pues los perjuicios no pudieron ser determinados en su alcance en el momento de la intervención quirúrgica, de modo que el día inicial del cómputo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto.

Tanto el déficit auditivo como la funcionalidad de la parálisis facial han ido evolucionando y alterándose hasta que el 6 de octubre de 2014 se estabilizaron una y otra, por lo que hasta esta última fecha no se puede afirmar que se conociesen los efectos definitivos de la lesión del nervio facial originada en la intervención quirúrgica de 15 de enero de 2009.

En efecto, para ello es ilustrativo el informe de 12 de agosto de 2016 de don Carmelo Santidrián, en el que se concreta la sordera mixta de la paciente con una pérdida porcentual del 93 %, tras la correspondiente audiometría realizada el 6 de octubre de 2014, mientras que, respecto a la secuela estético funcional facial, tras una recuperación parcial de su parálisis, se especifica una funcionalidad en su hemicara derecha compatible con el grado III de la escala de House-Brackman, por lo que aquel informe especifica que las secuelas auditivas y estético funcionales pueden considerarse definitivas desde la citada fecha de 6 de octubre de 2014.

El examen del expediente revela que el 12 de junio de 2013 se había realizado una audiometría del oído derecho con hipoacusia mixta que acusaba una pérdida del 84 %, lo que, a la vez que revela la evolución negativa de dicha audición, pone de manifiesto que no se corresponde con la realidad la alegación de este apelante cuando afirma que el déficit auditivo permaneció inalterable entre 2011 y 2014.

Asimismo, el informe médico forense de 28 de abril de 2017, emitido por la Subdirección territorial en Vigo del Instituto de Medicina Legal de Galicia, concreta que el establecimiento de las secuelas de sordera mixta con pérdida porcentual de 93 % en oído derecho y parálisis facial periférica derecha de grado III de la escala de House-Brackman, se produjo en octubre de 2014.

En definitiva, desde que se estabilizaron y consolidaron las secuelas hasta que se presentó la reclamación, el 8 de octubre de 2014, no ha transcurrido el plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992.

Por consiguiente, procede desestimar esta primera alegación al no haber términos para apreciar la prescripción invocada.

TERCERO: Continuación del recurso de apelación de Letrado del Sergas: impugnación de la cuantía indemnizatoria.-

En relación con el segundo aspecto a que se refiere este recurso de apelación, alega el apelante, en primer lugar, que se ha vulnerado lo establecido en el baremo de valoración



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

de daños y perjuicios incluido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, aplicable al presente caso por analogía, y ello en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, debe recordarse que, tal como declararon las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 1364/2008), 3 de mayo de 2012 (RC 2441/2010), y 16/5/2012 (RC 1777/2010), 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.

Resalta este apelante, en segundo lugar, que en el trámite de conclusiones el demandante modifica su pretensión indemnizatoria, y así en su demanda no ha solicitado indemnización por día alguno (impeditivos o no impeditivos), sino que se ha limitado a accionar por "quizá secuelas auditivas pero en todo caso por daño estético funcionales", frente a lo cual por vía de conclusiones incluye la pretensión de indemnización por casi seis años como días no impeditivos, además de otros conceptos, de modo que el grueso de dicha pretensión se ha formulado en vía de conclusiones, de lo que deduce que hasta ese momento existe una ausencia de petición.

En dicha alegación parte el apelante de un error inicial, cual es considerar que sólo se ha accionado por las secuelas auditivas y daños estético funcionales, pues la pretensión que se deduce se contiene en el suplico de la demanda, en el cual la recurrente postula que se reconozca su derecho a ser indemnizada, por los daños causados por la intervención habida el 15 de enero de 2009 en el Servicio de otorrinolaringología del Hospital Meixoeiro en Vigo, en la cuantía que resulte de aplicar el baremo establecido al efecto a las lesiones que resultasen informadas conforme a prueba interesada, concretando la suma reclamada en la cantidad de 99.984'084 euros en el suplico del escrito de conclusiones.

Ello es perfectamente factible a la vista del artículo 65.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que permite al demandante solicitar, en el escrito de conclusiones (o en el acto de la vista, en su caso), que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos. Es decir, nada impide que se especifique, en aquel trámite de conclusiones, la suma concreta que se reclama, cuando en el suplico de la demanda se dejó pendiente de la prueba que habría de practicarse en el curso del litigio.

En tercer lugar, se critica por el Letrado del Sergas el otorgamiento de indemnización por 21 días impeditivos, 17 con ingreso hospitalario y 4 sin él, pese a que no se acredita la realización de actividad laboral alguna, cuya prueba correspondía a la actora.

Tampoco puede prosperar esta alegación, porque en la propuesta de la instructora de 29 de marzo de 2016 se constata y admite el origen de esa indemnización, pues: A) trece días de estancia hospitalaria, desde el 15 al 27 de enero de 2009, corresponden a la cirugía programada de oído derecho y posterior cirugía urgente y estancia hospitalaria, B) cuatro días de estancia hospitalaria lo fueron en el Hospital Universitario Son Dureta de Palma de Mallorca, desde el 1 al 4 de febrero de 2009, para cirugía reparadora del nervio facial, y C) cuatro días improductivos, entre el alta hospitalaria del primer ingreso y el ingreso en dicho Hospital Universitario, ya que, aunque no consta que la reclamante desempeñase actividad laboral remunerada, dado el tipo de cirugía realizada y el daño causado, se entiende que durante dicho período se hallaba incapacitada para el desarrollo de toda actividad.

Esa admisión en el expediente administrativo da lugar a que en su alegación el Letrado del Sergas vaya en contra de sus propios actos, pues las estancias hospitalarias han quedado admitidas, constatadas y perfectamente acreditadas, además de que los días improductivos conllevan la imposibilidad del desempeño de sus tareas habituales por parte del/a afectado/a, sin necesidad de acreditar que se desempeña actividad laboral.

En cuarto lugar, critica este apelante el otorgamiento de indemnización por 2.070 días no improductivos, de los que no se datan ni se aclaran cuando comienzan y cuando acaban, careciendo del requisito imprescindible de haber recibido asistencia sanitaria.

Ante todo conviene poner de manifiesto que esos días no improductivos comienzan el 5 de febrero de 2009, que es el siguiente a aquel en que concluyen los improductivos, y concluyen el 6 de octubre de 2014, fecha en que se estabilizaron las secuelas antes mencionadas.

En la sentencia apelada se argumenta que después de la intervención de febrero de 2009 en Palma de Mallorca se han sucedido una pluralidad de actuaciones e intervenciones médicas, todas ellas relacionadas con el cuadro secuelar derivado de la intervención en el CHUVI, con la finalidad de recuperar a la actora de su cuadro en la mayor medida posible, remitiéndose en ese sentido a la lectura de la propuesta de resolución de 7 de octubre de 2016 e informe médico forense para apreciar la complejidad del proceso de curación y estabilización lesional.

La Sala no puede sino compartir dichas apreciaciones del juzgador "a quo", pues el examen de la historia clínica de la paciente evidencia que desde febrero de 2009 la señora XXX tuvo que ser atendida en el Hospital y se le prestó asistencia sanitaria constante como consecuencia de los efectos derivados de aquella intervención de 15 de enero de 2009, ya que hubo de someterse a estudio de conducción nerviosa del nervio facial en el servicio de neurofisiología (10 de agosto de 2009), acudió a consultas externas del servicio de otorrino del Hospital mallorquín Son Dureta (19 de agosto de 2009) para control de la intervención realizada en



febrero en ese centro, en mayo de 2010 consulta preanestésica para cirugía programada de timpanoplastia, que pese a ser en el oído izquierdo no se le puede considerar desligada de los efectos de la primera intervención, ingreso para dicha intervención, que finalmente fue realizada el 20 de marzo de 2013, y todo ello además de las numerosas audiometrías que hubieron de realizarle el 26 de marzo de 2009, 5 de mayo de 2011, 11 de junio de 2012 y 12 de junio de 2013, al margen de la ya mencionada de 6 de octubre de 2014.

En consecuencia, están debidamente justificados los 2.070 días no impositivos por los que la sentencia otorga los 65.060'1 euros solicitados, que tienen su base en el baremo de circulación de vehículos de motor a que antes nos referimos.

En quinto lugar, en este recurso de apelación se muestra asimismo disconformidad con la valoración las secuelas funcionales de la demandante, pues entiende el apelante que tienen pleno encaje en el rango máximo de daño estético ligero, 6 puntos, y no en el moderado con la máxima puntuación de 12, como hace la sentencia, toda vez que en reposo tiene una simetría y tono facial normal y sólo presenta asimetría en los movimientos máximos de la comisura bucal.

Comparte la Sala la apreciación del juzgador de primera instancia que, en base a la apreciación de la médico forense, hace hincapié en la irreversibilidad de las afectaciones correspondientes al grado III de House-Brackman, que comporta la diferencia clara entre ambos lados de la cara, sin ser desfigurante, con incompetencia para el cierre palpebral completo, ausencia de movimiento de ceja y frente y asimetría del ángulo de la boca con esfuerzo máximo, hemiespasmos, sincinesias, contracturas presentes leves, en reposo: simetría y tono normales.

Para justificar la puntuación superior se incide en la regla de utilización sexta del perjuicio estético contenida en el baremo del Real decreto Legislativo 8/2004, según la cual la imposibilidad de corrección (no olvidemos que el de la actora se ha considerado permanente) constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio, junto a lo cual debe ponderarse la visibilidad del mismo y afectación directa al área del rostro, todo lo cual concurre en el caso presente y justifica la puntuación que se le ha concedido en la resolución impugnada.

Por consiguiente, procede la desestimación de este primer recurso de apelación.

CUARTO: Recurso de apelación interpuesto por la aseguradora Segurcaixa Adeslas.-

Cuatro son los aspectos a los que se refiere este segundo recurso de apelación: 1) Prescripción de la acción, 2) actuación médica y daño desproporcionado, 3) la falta de información, y 4) la valoración del daño.

La argumentación con la que se respalda la primera de dichas alegaciones, la relativa a la prescripción de la acción, es análoga a la que antes hemos analizado por haber sido esgrimida por el Letrado del Sergas, por lo que podemos remitirnos a lo que anteriormente se razonó.

En efecto, la estabilización de la situación secuelar no tuvo lugar el 22 de julio de 2011 sino el 6 de octubre de 2014, y el daño no es permanente sino continuado.

Baste añadir que las diversas audiometrías en el oído derecho revelan la evolución y oscilación de la pérdida auditiva desde enero de 2009, ya que el 26 de marzo de ese año presentaba el 88 %, el 12 de junio de 2013 se hallaba en el 84 % y el 6 de octubre de 2014 en el 93 %, ello al margen de que en el oído izquierdo ha ido desde el 3 % en enero de 2009 hasta el 27 % el 6 de octubre de 2014.

No fue sino esta última fecha cuando se estabilizó la pérdida auditiva, por lo que es el día inicial para el cómputo del plazo prescriptivo.

En cuanto a la segunda de las alegaciones esgrimidas, niega este apelante el carácter de daño desproporcionado del sufrido por la paciente, porque el desplazamiento de la prótesis auditiva al interior del oído medio es una complicación descrita en la literatura (informe médico forense).

La reciente sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), recoge un resumen de la teoría del daño desproporcionado, señalando lo siguiente:

"El daño desproporcionado tiene lugar en 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 tratan de atender. Como se declara en la sentencia de 6 de abril de 2015 (recurso 1508/2013), "La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" se aplica cuando tal resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible -por su desproporción- ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuridicidad, cerrándose el paso a la posibilidad de pretextar un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado. De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución".

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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

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).

Una didáctica síntesis de lo que significa esa doctrina se recoge en la sentencia de 19 de mayo de 2016 (recurso 2822/2014), con precedente en la de 6 de octubre de 2015 (Recurso 3808/2013), en los siguientes términos:

"la doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" significa lo siguiente:

1° Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2° El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible -por su desproporción- ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

3° Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

4° Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

5° De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causa".

En el caso presente el informe médico forense enseña que en las timpanoplastias los índices de parálisis facial varían entre el 0'3 y el 1'7 %, por lo que se puede entender que tanto la parálisis facial producida como el consiguiente perjuicio estético en el grado sufrido exceden de lo previsible y normal, es decir, no guardan relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica, ya la Administración, pese al desplazamiento de la carga de la prueba no ha conseguido demostrar que el daño causado está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

De hecho, resulta sintomático que en la propuesta de resolución de 29 de marzo de 2016 la propia instructora descarta que la lesión se hubiera producido por fuerza mayor, aclarando que la lesión del nervio facial no puede considerarse como un hecho imprevisible o inevitable, llegando a hablar en ese mismo documento de que se trata de un daño desproporcionado al que le correspondería a la intervención quirúrgica practicada, y precisamente por ello la conclusión es favorable a la estimación.

La defensa de la aseguradora alega que las causas están de modo preciso explicadas y descritas en la literatura científica, cuales son el desplazamiento por intrusión de la prótesis, o bien la limpieza efectuada en el oído medio para la eliminación del colesteatoma.

Aún dando por lógicas y racionales dichas explicaciones de la causación del daño, no excluyen la antijuridicidad del mismo, pues el hecho de que sea previsible su causación no significa que haya sido correcta la técnica empleada y que la Administración no haya de responder de ese daño que debe reputarse como desproporcionado, máxime al no haberse dejado constancia en la historia clínica de que en la intervención hubiera sucedido alguna de las circunstancias determinantes de tal riesgo, pues no se explica que hubiera sido necesario traccionar o cortar el nervio por razones terapéuticas para eliminar la infección.

En consecuencia, no se aporta argumento convincente alguno por el que no quepa apreciar aquella doctrina del daño desproporcionado.

En tercer lugar, alega el apelante que si se considera que las complicaciones acaecidas no han sido recogidas en el consentimiento informado suscrito por la paciente, lo procedente será indemnizar a la recurrente por ese daño moral autónomo consistente en la falta de información, lo que debiera llevar a la fijación de indemnización entre 6.000 y 10.000 euros, según la jurisprudencia en esta materia.

Ni los fundamentos de la reclamación se conducen a través de la ausencia de consentimiento informado ni sería congruente desviar el examen por ese cauce, al margen de lo cual ya hemos visto que la antijuridicidad del daño ha de viabilizarse en este caso a través de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado.

En cuarto y último lugar, en lo relativo a la valoración del daño critica la aseguradora el realizado por el Juzgado, porque el contenido en el informe médico forense no es más que un ejercicio teórico que responde a lo solicitado por el Juzgado, pero que no puede tomarse en cuenta a efectos indemnizatorios.

Ningún reproche cabe dirigir a la sentencia apelada por el hecho de que en ella se hayan tomado en consideración aquellas apreciaciones del informe médico forense, pues, de hecho, ha quedado debidamente demostrada la lesión del nervio facial, su afectación funcional y el consiguiente perjuicio estético, por lo que se considera conforme a Derecho la valoración del daño que se contiene en la sentencia apelada.

Es por todo lo anterior que procede la desestimación asimismo de este segundo recurso de apelación.

CUARTO: Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, han de imponerse a cada uno de los apelantes las costas de esta segunda instancia correspondientes a sus respectivos recursos, si bien fijando la cantidad máxima de 500 euros en concepto de defensa de la apelada para cada uno de ellos, en



función del trabajo y esfuerzo desplegado (que ha sido pequeño, pues se ha dado respuesta breve y conjunta).

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

FALLAMOS que con desestimación de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Vigo de 1 de febrero de 2018, **CONFIRMAMOS** la misma, imponiendo a cada apelante las costas de esta alzada correspondientes a sus respectivos recursos, fijando en 500 euros la cantidad máxima en concepto de defensa de la apelada por cada uno de ellos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0171/18), 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 se acuerda y firma.