

**Alvaro Sardinero García**

**Abogado**

C/ Francisco Silvela, 19 Entpta. F

28028 - MADRID

Tel. y Fax: 91 308 37 60

**ATT./D.ALVARO SARDINERO**

**PROC.: CORLA MANCERAS**

**NOTIFICADO: 6/4/2018**

**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1  
ALBACETE**

SENTENCIA: 00062/2018

**Recurso de Apelación nº 357/2016**

**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Toledo**

**SALA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 1ª**

Iltmos. Sres.:

Presidente:

Iltmo. Sr. D. José Borrego López

Magistrados:

Iltmo. Sr. D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo

Iltmo. Sr. D. Eulalia Martínez López

Iltmo. Sr. D. María Prendes Valle

**S E N T E N C I A    N º 6 2**

En Albacete, a 26 de febrero de 2018.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número 357/2016, del recurso de Apelación seguido a instancia de D<sup>a</sup> representado por la Procuradora Sra. Manceras Ramírez, contra el , que ha estado representado y dirigido Letrado de la y como parte coapelada la aseguradora representada por la Procuradora doña Ana Gómez Ibáñez, sobre responsabilidad patrimonial; siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Toledo, de fecha 30 de mayo de 2016, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 265/2013. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: "Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. representada por la Procuradora Sra. Coral Manceras Ramírez contra a resolución impugnada en los presentes autos y expresada en el fundamento jurídico la cual se confirma por ser conforme a derecho."

**SEGUNDO.-** El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

**TERCERO.-** Los apelados se opusieron señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 15 de febrero de 2018 a las 11,00 horas; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se apela la sentencia mencionada en el antecedente de hecho primero de la presente resolución que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución desestimatoria del Director General del de fecha 6-11-2013 de la reclamación en materia de responsabilidad patrimonial.

La sentencia apelada, después de rechazar la excepción de falta de legitimación activa puesto que la actora reclama los daños morales derivados del fallecimiento de su madre por infracción de la "lex artis" en la actuación médica así como ausencia de consentimiento informado, lo cual no se considera jurídicamente improcedente, entra en el análisis de la supuesta infracción de la mencionada "lex artis" como la presunta ausencia

de consentimiento informado, rechazando en ambos casos que se hubiera producido, aceptando que la correspondiente hoja fue firmada por la hija de la fallecida cuando su madre se encontraba ya en quirófano y por su edad estaba más capacitada para darlo dada la avanzada edad- 88 años- de la fallecida. En cuanto al hecho de que la perforación causada por la endoscopia constituye de por sí solo una mala práctica lo cierto y verdad es que se considera acreditado de acuerdo con los informes aportados por los demandados que el riesgo de perforación, aun inferior al 1% era perfectamente posible y se encontraba recogido en la hoja del consentimiento informado. Se añade que "Precisamente por la falta de visión suficiente mientras atraviesa la rodilla del duodeno donde debe girar se explica dicha perforación. Por otro lado, el informe del Dr. revela que la doctora que realizó dicha prueba tenía la suficiente experiencia." Asimismo, se indica en la apelada que la ratificación judicial del informe de los médicos aportado por la codemandada revela que se utilizaron antibióticos de gran espectro inicialmente por la propia infección torácica, después abdominal, tratándose de una cirugía no programada y de alto riesgo, siendo posteriormente modificado dicho tratamiento. En cuanto a la cirugía concluye que se realizó con prontitud a las cuatro horas de su ingreso después de la práctica de la endoscopia cuando se empezó a advertir el dolor abdominal.

En el recurso presentado por la actora se invocan los siguientes motivos de impugnación: 1º Infracción del derecho de autodeterminación del paciente de los arts. 8,9 y 10 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente; del art. 9 de la Ley 5/2010, de 24 de junio sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla La Mancha; del art. 15 de la Constitución Española; del art. 217 de la LEC; del art. 1265 del Código Civil y por no aplicación de los criterios jurisprudenciales y normativos en cuanto a los requisitos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración por información previa deficiente al considerarse inexistente.

2º Infracción del art. 217 de la LEC al imponerse a la parte la carga de la prueba diabólica sobre la causa de la perforación que conllevó al fallecimiento ante el silencio de la demandada por infracción del art. 15 de la Constitución por plantear el consentimiento informado como una patente de corso y por no aplicación de los criterios jurisprudenciales; por vulneración del principio de facilidad probatoria; por valoración ilógica, irracional y arbitraria de la prueba pericial, obviando e inaplicando el art. 348 y 376 de la LEC y omitiendo datos suficientemente demostrados de constatada y notoria influencia en el pleito.

3º Aplicación indebida e interpretación errónea del art. 139.1 y 141 de la Ley 30/92 en relación con el R.D. 429/93, art. 106.2 de la Constitución, Ley 30/95 y art. 1902 del Código Civil por no aplicación de los criterios jurisprudenciales y normativos en cuanto a los requisitos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y por infracción de los arts. 25, 26 y 28 de la Ley 26/84 para la defensa de los consumidores y usuarios. Causación de daños morales como consecuencia del fallecimiento de una madre debido a la mala praxis médica realizada y porque la paciente no tuvo la oportunidad de consentir el acto médico ni sus riesgos se reclama la cantidad de 38.345 euros. Producción de daños morales a consecuencia de la falta de información cuyo incumplimiento ha producido como resultado lesivo que la paciente y su entorno familiar conocieran los pormenores de la ecografía endoscópica y con ello la posibilidad de se materializara el calvario posterior traducido en meses de ingreso hospitalario, pruebas, infecciones, dolor, incertidumbre; y por último el fallecimiento de una madre, debiendo dar lugar estos daños a una indemnización de 30.000 euros más los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa y los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Tanto la representación letrada de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha como la España cuando impugnan el recurso presentado se muestran conformes con

la sentencia apelada solicitando la desestimación del recurso. La aseguradora añade, para el caso de estimación del recurso, que no procedería la indemnización de 30.000 euros por daños morales y solo cabría indemnizar a la recurrente en la cantidad de 37.282,17 euros, no procediendo tampoco los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguros.

**SEGUNDO.-** Los hechos que determinan la presente reclamación son los siguientes: La actora es hija de Dña. \_\_\_\_\_ nacida el 30-5-1923, y fallecida el 18-12-2011. Durante el mes de agosto de 2011 Dña. \_\_\_\_\_ acudió en varias ocasiones al Servicio de Urgencias de Cuenca por sufrir dolor en hipocondrio derecho de dos meses de duración, náuseas y vómitos, sensación distérmica y anorexia con pérdida de 2,5 kg de peso. En la última visita al Hospital el 14-8-2011 se le realizó ecografía de abdomen, donde se detectó dilatación e la vía biliar extrahepática, programándose la realización de ecoendoscopia, que fue realizada el 18-8-2011, sin observarse patología alguna. Tras dicha prueba realizada por la Dra. \_\_\_\_\_ comenzó dolor abdominal muy agudo, vómitos y sudoración. Se realizó ecografía urgente por sospecha de perforación durante la realización de la ecoendoscopia. La ecografía evidenció perforación de duodeno de 1,50 cm. Fue intervenida urgentemente de laparotomía subcostal derecha con hallazgo de neumoretroperitoneo y biloma retroperitoneal. Se evidenció perforación duodenal de 1,5 cm. de diámetro en primera rodilla periduodenal. Se realizó sutura primaria, lavado y hemostasia así como colocación de drenaje de Penrose en retroperitoneo. Después se identifica colección retroperitoneal derecha adyacente a duodeno con burbuja de aire y fuga de contraste. Se trata con dieta absoluta y nutrición parenteral y antibióticos (Tienam y Ciprofloxacino, primero, y después con Tazocel).

Tras la intervención la paciente tiene una evolución desfavorable con retención de líquidos, fiebre y dolor abdominal en proceso infeccioso. Se

introduce dieta líquida; se fuerza diuresis. Se traslada al hospital (Madrid). Ingresa en dicho hospital el 7-9-2011 con perforación de colon, e insuficiencia renal aguda de origen prerrenal, infección urinaria y fibrilación auricular. Ante la sospecha de sepsis abdominal postoperatoria se practica nuevo TAC y un segundo en fecha 25-11-2011. Se implanta el 26-11-2011 drenaje retroperitoneal de aspecto purulento. Vuelve a planta donde desarrolla de nuevo vómitos, oliganuria, infección urinaria e insuficiencia respiratoria. El 16 de diciembre se produce un empeoramiento generalizado. Un nuevo TAC revela una fístula colónica. Se mantuvo con tratamiento antibiótico y nutrición parental ante sepsis. Fallece el 18-12-2011 por fallo multiorgánico y sepsis generalizada.

**TERCERO.-** A la vista de esos hechos en el recurso de apelación presentado se plantean fundamentalmente dos motivos de discrepancia con la sentencia dictada. El primero se refiere al consentimiento informado para ecoendoscopia programada firmado por la hija de la fallecida- folio 39 del expediente administrativo- que se da por bueno pero que la parte no acepta ya que la paciente jamás pudo asumir los riesgos del acto médico ni sus consecuencias negativas al llevarse a cabo la firma por su hija cuando su madre ya se encontraba en el quirófano. En este sentido el art. 9.4 de la Ley /2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla La Mancha establece que: "La información, como regla general, se proporcionará al paciente verbalmente, dejando constancia escrita en la historia clínica. Esta información deberá darse de forma comprensible, adaptada a la capacidad de cada persona de manera continuada y con antelación suficiente a la actuación asistencial para permitir a la persona elegir con libertad y conocimiento de causa." A la vista de esta redacción cabe destacar que ninguno de los informes emitidos se detiene a analizar estas exigencias de información anticipada con el fin de poder elegir con libertad y conocimiento de causa. Como

veremos a continuación la Sala rechaza que el consentimiento informado se pueda realizar de manera simultánea a la prueba o intervención. Según la información que facilitan los folios 38 y 39 del expediente administrativo el consentimiento informado se dio el 18-8-2011, es decir, el mismo día en que se llevó a cabo la ecoendoscopia. Según el testimonio del sobrino de la fallecida D. \_\_\_\_\_, que la llevó en su vehículo para que le realizasen la prueba, manifiesta que la hoja del consentimiento informado fue firmada por la hija de la paciente cuando ya se encontraba en el quirófano. Las partes codemandadas no formularon pregunta de ningún tipo aceptando tal testimonio. Hay consentimiento, pero no se ha dado con carácter previo y con la antelación suficiente para que se pueda aceptar el acto de manera libre y meditada. De acuerdo con la relación de hechos probados a enjuiciar, la paciente estuvo en consulta en fecha 14-8-2011 para realizársele una ecografía de abdomen, y en ese momento ya se pudo realizar o prestar el consentimiento informado con la firma de la correspondiente hoja por parte de la paciente ya que se le dijo que se iba a llevar cabo una ecoendoscopia para descartar posible litiasis y cáncer. Y al no procederse en la forma indicada se debe aceptar que el consentimiento no se prestó en la forma legalmente exigible y, por tanto, debe declararse su invalidez.

Así lo hemos declarado, debiendo traer a colación las enseñanzas de la sentencia de la Sala 10140/2009, de 8 de junio, apelación 287/2007 que sobre esta cuestión se manifiesta en los siguientes términos: "Esta Sala igualmente ha señalado con absoluta nitidez que el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la "lex artis" y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, pero obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado.

Esta exigencia de consentimiento informado se extiende también como decimos entre otras muchas en nuestra Sentencia de 2 de marzo de 2005 (Rec.8125/2000) EDJ 2005/40739a los tratamientos alternativos que puedan darse al margen de la intervención que se practique, exigiéndose que el paciente dé su consentimiento a la realización de esta, una vez que haya sido debidamente informado de las posibilidades alternativas que hubiese al tratamiento quirúrgico."

...Está acreditado que la estrategia diagnóstico terapéutica en este supuesto no era única, sino que existían otras posibilidades; así lo indican los diferentes informes periciales; ahora bien, la CPRE tenía como ventaja sobre la colangiografía (CRM), una sensibilidad y especificidad mayor, pero como inconvenientes las complicaciones descritas en la literatura médica, al ser una prueba invasiva, y entre ellas la pancreatitis en sus diversos grados; sensu contrario, la CRM, tiene a su favor, así como la ecografía, que son pruebas diagnósticas externas y no pueden dañar en ningún caso al paciente.

Está acreditado también que Dña. falleció a consecuencia de una pancreatitis aguda severa consecuente a la CPRE.

Consta también en el expediente que la indicación de la CPRE se hizo ya el día 4-9-2003, y que se practicó el día 10-9-2003, y que el consentimiento dado por la paciente a la prueba se firmó el mismo día 10 en que se practicó, esto es, seis después de su ingreso.

Con carácter general el consentimiento del paciente ha de solicitarse en la forma y tiempo preciso para que cumpla su finalidad; esta afirmación habrá de modularse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, sobre todo las referidas a la urgencia de la intervención médica; ahora bien, si no se dan situaciones de urgencia, y en este caso no se daban, es preciso informar al paciente y a la familia con el tiempo suficiente para que con frialdad de ánimo, serenamente,



tomen la decisión que consideren mejor, sobre todo cuando las opciones de tratamiento son diversas como ocurría en el presente caso; llamamos la atención de que de haber optado la paciente por una CRM, con casi total seguridad no habría fallecido.

Esta regla se vulneró en el caso analizado; llamó poderosamente la atención al Tribunal la afirmación del perito Don. de que sólo cuando la prueba se prescribe en consulta se proporciona al paciente la información precisa previa al consentimiento, no cuando estamos en tratamiento hospitalario, ya que en estos caso es habitual que se pida el consentimiento al paciente simultáneamente a la realización de la prueba; nosotros dudamos de esta afirmación y puede que no sea así. En todo caso, y aún siéndolo, decimos que si así se actúa, no se hace correctamente, es un problema organizativo del hospital y se vulnera la lex artis aplicada al consentimiento informado; debe informarse al paciente tan pronto como sea posible. Corrobora lo anterior no el perito de la parte actora, sino el informe la inspección médica (folio 377 al final), que contiene el siguiente párrafo:

"El referido consentimiento es firmado por la paciente el día de la realización (seis días post-ingreso), con lo que parece razonable pensar que ella podría no haber prestado su consentimiento" (el subrayado y la negrita es nuestro).

La pregunta que surge es porqué no se informó antes a la paciente, pues no consta otra información y petición de consentimiento que la que aparece en el documento en cuestión (folio 115), pese a las afirmaciones en este sentido; la alegación de que es razonable pensar que se informó previa y verbalmente a la paciente, constituye un hecho cuya acreditación corresponde a quien lo afirma, y no lo ha hecho. En definitiva, aplicando la doctrina jurisprudencial indicada al caso concreto, entendemos que no es razonable no haber informado a la paciente con

anterioridad de las características y riesgos de la prueba así como de otras alternativas, cuando se daban las circunstancias para hacerlo; no se trata además en este caso del principio de la pérdida de oportunidad, sino que ha sido el propio tratamiento el que llevó al fallecimiento”.

La segunda cuestión que debe abordarse se refiere a la supuesta infracción de la “lex artis” que la sentencia niega en cuanto a la técnica empleada para llevar a cabo la ecoendoscopia realizada.

Bien es cierto que en la hoja del consentimiento informado se advertía al paciente- folio 38 y 39 del expediente administrativo- que siendo la ecografía endoscópica una exploración rutinaria de bajo riesgo con peligro mínimo de mortalidad muy infrecuentemente puede producirse una lesión de la pared del tubo digestivo llegando incluso a la perforación del mismo. Ahora bien, entendemos que ese riesgo debe entenderse como accidente por causas o factores extraños a la propia dinámica de la operación, pero no como derivado de la propia intervención cuando esta se realiza con toda normalidad. El informe de parte del Dr.

-documento nº 3 acompañado con la demanda- lo explica del siguiente modo: “La presión mecánica durante la realización de una endoscopia alta es la responsable de la perforación del intestino delgado. La presión mecánica aparece al aplicar tensión sobre un punto de fijación del intestino, por ejemplo, cuando un endoscopista con poca habilidad intenta avanzar el endoscopio con fuerza”. Añade que cuando se pretende explorar la vía biliar externa, como es el caso, se utiliza un ecoendoscopio lineal de visión lateral. “Al realizar la endoscopia debe curvarse la punta del enscopio para adaptarse a la anatomía del tubo digestivo, ilustrando con fotos e imágenes la operación. Continúa afirmando: “Sin embargo, en el presente caso quiso salvarse a curvatura del duodeno a base de una presión excesiva en vez de manejar la punta del endoscopio para introducirlo en la segunda porción del duodeno; comentario: la perforación fue debida a una falta de habilidad o pericia del endoscopista, haciendo



como podrían ser la existencia de tumores o úlceras que provocasen la rotura de la pared duodenal, tratándose, además, de una técnica con finalidad exploratoria de posible litiasis o carcinoma y no específicamente sanatoria de cicatrización, sutura o seccionamiento. Si la técnica en este caso exigía el giro del cabezal y por no efectuar bien el giro se contacta con la pared del duodeno, golpeándolo con fuerza, esta fuerza excesiva explica la complicación o rotura, como así ocurrió.

Como explica la Dra. . precisamente porque quien aplica la técnica es una persona muy especializada tras años de experiencia y aprendizaje, al tratarse de un método o procedimiento avanzado, se le debe exigir un alto grado de pericia en la realización de la prueba a la hora de girar el cabezal del aparato o instrumento de indagación con el fin de evitar el choque con la pared intestinal. Esta falta de pericia en la realización de la prueba es lo que determina y justifica en este caso la infracción de la "lex artis"

**CUARTO.-** Por lo que hace a la cuantía de la indemnización peticionada se reclaman 30.000 euros por la falta de consentimiento informado que permitió a la paciente someterse a una prueba no querida, privándosele de otras alternativas con el consiguiente calvario de ingresos hospitalarios, pruebas, infecciones, dolor e incertidumbre... Como se puede ver se trata sin duda de daños de carácter personalísimo ajenos a la condición de perjudicada de la actora. Como recuerda la sentencia de la Sala 1ª del T.S. 246/2009, de 1 de abril, RJ 2009/4131 "Solo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente pueden transmitirse por vía hereditaria aquellos que al tiempo del fallecimiento del causante se hallasen integrando su patrimonio", condición que no concurre en este caso. En el mismo sentido la sentencia del T.S de 16-7-2004, recurso 700272000, expone lo siguiente: "No se solicita por quienes ejercen esta acción que se repare el perjuicio que derivó para ellos del fallecimiento del

ser querido sino que lo que se pretende que se repare es el "pretium doloris" que aquél experimentó durante el tiempo que transcurrió entre que se le diagnosticó la enfermedad y su muerte.

No es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica, y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad que le fue transmitida. Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral, e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización, los beneficiarios de ella in iure propio, que no como herencia puesto que la indemnización no habría alcanzado a integrarse en el caudal hereditario, y, aun si así fuese, quienes tuvieran derecho a ella lo tendrían por el título de convivencia y afectividad más que por el de herederos propiamente dicho".

Distinto sería el caso en que como consecuencia de la atención a su madre fallecida a la demandante se le hubieran ocasionado gastos de diverso tipo como salarios dejados de percibir, alojamiento, manutención, medicinas u otro tipo de gastos médicos debidamente justificados, que en nuestro asunto de ningún modo se han justificado ni probado.

Sobre el resto de la indemnización reclamada de 38.345 euros, debemos traer a colación respecto del vicio apreciado en el consentimiento informado, una reiterada jurisprudencia (v.gr: STS de 2/noviembre/2.011, recurso 3.833/2.009 ), que sostiene que " tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas

opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente ". En este sentido la STS de 15/junio/2011 (recurso 2.556/2.007 ), declara que su falta " otorga el derecho a la indemnización no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico sino porque se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir por sí si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometida ", aclarando dicho alto Tribunal en reiteradas Sentencias (3/abril/2012 o 2/octubre/2012 ,...) que la falta del derecho a la información del paciente constituye en todo caso una mala praxis ad hoc, y que sólo da lugar a responsabilidad patrimonial y a la consiguiente indemnización si del acto médico deriva daño para el recurrente. Y en cuanto a la valoración de dicho daño moral, la STS de 23/marzo/2.011 (recurso 2.302/2009 ), declara que " Sobre esta cuestión es jurisprudencia harto conocida de esta Sala la relativa a la dificultad inherente a la indemnización del daño moral, por todas la sentencia de 6/julio/2.010, recurso de casación número 592/2.006 y que expresa que "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de "pretium doloris", carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo ( SSTs. de 20/julio/1.996, 26/abril y 5/julio/1.997 y 20/enero/1.998, citadas por la de 18/octubre/2.000), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso ". En este mismo sentido la STS de 12/noviembre/2.010 (recurso 5.803/2.008) declara que " esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir, que sin razón alguna le fue sustraída, así Sentencias de 20 y 25/abril, 9/mayo y 20/septiembre/2.005 y 30/junio/2.006. Es igualmente cierto que esa



reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo ".

También la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, -y las que en ella se citan- considera que en estos casos el daño indemnizable no es el daño material acaecido " sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente ".

De otra parte, la determinación del importe de la indemnización no depende tanto en el caso de autos del daño moral causado al paciente por la incertidumbre sobre lo que habría acontecido de haberse seguido otros parámetros de actuación, sino que estará más bien en función del carácter y condición de la recurrente, en este caso su hija, sin descartar tampoco las circunstancias personales de su causante.

Al asimilarse en el caso presente el daño indemnizable al daño moral, su resarcimiento carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de

julio de 1997 ), aunque ha de ponderarse la edad del paciente, sus dolencias previas, el menoscabo económico padecido por Dña.

como consecuencia del fallecimiento de su madre en función de la convivencia con su causante de la que no existe constancia ni tampoco de que dependiera económicamente de ella.

Teniendo en cuenta, pues, las circunstancias particulares del caso donde a la existencia de un consentimiento informado viciado en su origen, se debe añadir la muy poco cuidadosa realización de la ecoendoscopia que con deficiente técnica causó la perforación intestinal que tiempo más tarde fue determinante y derivaría en su fallecimiento, de acuerdo con las circunstancias personales particulares de la víctima y de la perjudicada, teniendo en cuenta asimismo las indemnizaciones establecidas por la Resolución de 20-1-2011 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, *por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2011 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.* (BOE de 27-1-2011), que no se debe olvidar que tiene un carácter puramente orientativo, se debe conceder la cantidad reclamada de 38.345 euros. A dicha cantidad se le deben abonar los intereses legales desde la fecha de la reclamación realizada el 27-12-2012.

**QUINTO.-** No obstante, debe rechazarse la alegación de la actora de que deba condenarse al pago del interés del 20% a cargo de la Compañía aseguradora, previsto en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Sin embargo, no se puede admitir, en primer término, el argumento en que fundamenta la aseguradora su oposición: la aplicación del principio «in illiquidis non fit mora» que impide la generación del interés moratorio.



Este argumento, irreprochable desde la perspectiva de los arts. 1100 y 1108 CC , no es aplicable según el propio tenor literal del precepto que regula estos intereses especiales y su marcado carácter sancionador que advirtió la STC 5/1993, de 14-1. A esta razón cabe añadir, de acuerdo con una copiosa jurisprudencia, que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, de forma que la sentencia que finalmente fija la cuantía de la indemnización tiene una naturaleza meramente declarativa, y no constitutiva, del derecho. «No se trata de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, o, en su aspecto positivo, de un derecho que ya pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor» (STS, Sala 1ª, de 11-10-2007). Por último, no puede omitirse que la falta de liquidez de la obligación de la aseguradora también es imputable a ésta, quien asume en virtud del contrato la iniciativa en la averiguación de la existencia del daño y en la determinación de su importe (art. 18 LCS).

La jurisprudencia contencioso-administrativa es contraria a la imposición de este interés especial. La STS de 26-9-2007 , con cita de la STS de 19-9-2006 , fundamenta su criterio en el número 8 del citado art. 20, el cual establece 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», ante lo que el Tribunal Supremo considera que puede entenderse inexistente la obligación de indemnización por demora cuando resulta necesario el reconocimiento judicial del derecho de la recurrente frente al asegurado por tratarse de la Administración. En esta doctrina se ha fundado tradicionalmente esta Sección para denegar los intereses.

Pese a lo expuesto, sí es constante jurisprudencia que, en orden a dicho apartado 8, es necesario 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 tales intereses se deben siempre que no se encuentre una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de aquélla. Como dice la STS, Sala 1ª, de 21-12-2007: «Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización».

En lo que ahora nos atañe, la actitud contraria al pago de la indemnización por la Compañía se encuentra suficientemente amparada por el contenido del contrato. Así, la póliza contiene ciertas cláusulas adicionales respecto de la gestión de las reclamaciones que sin duda están justificadas por el interés público que representa el Instituto asegurado. Según estas cláusulas no basta con que el asegurado comunique la existencia del siniestro para que nazca el deber de indemnizar por parte de la aseguradora, sino que es preciso el sometimiento de la reclamación a la denominada Comisión de Seguimiento, compuesta por miembros del asegurado, de la aseguradora y de la correduría de seguros. La Comisión es el órgano que decide sobre la resolución de la reclamación y sólo «en el supuesto de que la decisión sea transar económicamente, la Compañía Aseguradora realizará la citada gestión en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de notificación del acuerdo de la Comisión de Seguimiento» (punto 5.3.10 de las condiciones particulares).

La actividad de la aseguradora tendente al cumplimiento de la obligación de indemnizar al perjudicado no es espontánea bajo la vigencia de este contrato, pues depende de la autorización emanada de otro órgano. Su pasividad tuvo en este caso una causa justificada a falta de toda constancia de la decisión de la citada Comisión permitiendo la transacción con el perjudicado y, en consecuencia, el pago de la indemnización.

En consecuencia, el recurso solo puede ser admitido en parte.

**SEXTO.-** Al estimarse en parte el recurso no se hace pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas en esta alzada, de conformidad con lo previsto en el art. 139 de la LJCA

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

### **FALLAMOS**

- 1. Estimamos en parte el recurso de apelación presentado.**
2. Revocamos la sentencia apelada.
3. Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto.
4. Anulamos el acto recurrido.
5. Condenamos a los demandados a que solidariamente abonen a la actora la suma de 38.345 euros más los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa realizada el 27-12-2012, sin que proceda el abono de los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.
6. No se hace pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, debiendo hacerse mención en el escrito de preparación al



cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA, previa constitución del depósito previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo, estando celebrando audiencia en el día de su fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.

**Alvaro Sardinero García**  
**Abogado**  
C/ Francisco Silvela, 19 Entpta. F  
28028 - MADRID  
Tel. y Fax: 91 308 37 60