



Ponente: D. BENIGNO LOPEZ GONZALEZ

Recurso: Apelación 408/18

Apelante: Consellería de Sanidade, (SERGAS)

Apelante- apelado: don XXX, en nombre propio y en representación de su hijo menor XXXX

Apelada: Zúrich Insurance PLC Sucursal en España

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. Benigno López González, Pte.

D^a Blanca María Fernández Conde

D^a María Dolores Rivera Frade

A Coruña, a 20 de marzo de 2019.

El recurso de apelación 408/18 pendiente de resolución ante esta Sala, fue promovido por **Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia**, representada y dirigida por el letrado de la Xunta de Galicia y por **don XXX**, en nombre propio y en representación de su hijo menor **XXX** representado por el procurador doña María González Nespereira y dirigido por el abogado don David de León Rey contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2018 dictada en el Procedimiento Ordinario 81/15 por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Ourense sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por la deficiente asistencia sanitaria prestada a su referido



hijo, de la que derivaron, para éste, daños, perjuicios y graves secuelas. Es parte apelada **Zúrich Insurance PLC Sucursal en España** representado por la procuradora doña Gloria Sánchez Izquierdo y dirigida por el abogado don Eduardo María Asensi Pallares, y siendo también parte apelada **XXX**, en nombre propio y en representación de su hijo menor **XXX** representado por el procurador doña María González Nespereira y dirigido por el abogado don David de León Rey.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Benigno López González

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "1.- *ESTIMAR EN PARTE* el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. XXX, en nombre y representación de su hijo menor de edad XXX contra la resolución de 26 de marzo de 2015 de la Secretaria Xeral Técnica de la Consellería de Sanidade (por delegación de la Consellería) de la Xunta de Galicia, desestimatoria de la reclamación indemnizatoria formulada por los daños derivados de un error de diagnóstico y posterior intervención a la que fue sometido en el Complejo Hospitalario de Vigo (expte. RP 127114).

2º.- Anular la referida resolución, condenando a la Administración autonómica demandada y a su aseguradora Zúrich a indemnizar a la demandante con la cantidad de ciento cincuenta mil euros (150.000 €), incrementados con el 1RO desde la fecha de presentación de la reclamación en la vía administrativa previa,

Sin imposición de costas."

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

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida en lo que contradigan a los de la presente sentencia, y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

PRIMERO.- Don XXXX, en nombre y representación de su hijo menor XXX, interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo por parte de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, a solicitud deducida por el actor en reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por la deficiente asistencia sanitaria prestada a su referido hijo, de la que derivaron, para éste, daños, perjuicios y graves secuelas. Cuantifica la reclamación en la cantidad global de 554.780 euros, más intereses legales, de cuyo pago responsabiliza, con carácter solidario a la entidad aseguradora Zúrich Insurance PLC Sucursal en España.

Disconforme con la falta de respuesta por parte de la Administración, el Sr. XXX acudió a la Jurisdicción y el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Ourense, por sentencia de fecha 9 de julio de 2018, estimó en parte la pretensión actora, anuló el acto administrativo impugnado por entenderlo contrario al ordenamiento jurídico y condenó a la Administración y a la aseguradora demandadas a satisfacer solidariamente al actor la cantidad de 150.000 euros, con el incremento del IPC desde la fecha de la reclamación en vía administrativa.

Contra dicha sentencia, se promueven recursos de apelación en solicitud de revocación de la misma:

El Letrado del SERGAS interesa la desestimación íntegra de la demanda o, subsidiariamente, una rebaja en la cuantía de la suma a indemnizar.

Don XXXX postula que se incremente la suma indemnizatoria hasta el importe total reclamado.

La entidad aseguradora insta la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Son hechos ciertos, objetivamente contrastados y respecto de los que las partes, con algunas matizaciones, se muestran contestes, los siguientes:

1.- El hijo del actor, XXXX, nacido el 5 de mayo de 2002, comenzó a manifestar, cuando contaba dos años y medio de edad, trastornos de conducta con disminución de la capacidad de atención y de relación con el entorno.

2.- Ante ello, el Pediatra del SERGAS derivó al menor a diferentes profesionales de Vigo (logopedas, otorrinos) que, tras una sola prueba de "potenciales evocados auditivos", concluyeron que padecía una sordera total e incurable (hipoacusia neurosensorial bilateral severa -cifosis-), de carácter irreversible, solo susceptible de tratamiento paliativo a través de la colocación de un implante coclear en uno de sus oídos.

3.- A la vista de estos informes privados, sin agotar los medios de diagnóstico al efecto posibles y en la creencia de que el emitido privadamente era acertado, el SERGAS decidió proceder a la colocación del implante coclear aludido. A tal fin, se le practicaron al menor dos intervenciones, una en fecha 21 de diciembre de 2004 y otra el día 22 de febrero de 2005, efectuándose el vacío de uno de los oídos y, posteriormente, colocándole el referido implante.

4.- El expresado menor, desde el primer momento, mostró su rechazo al implante, al que nunca llegó a adaptarse, lo que le generó un evidente sufrimiento.

5.- Casualmente, a finales del año 2006, una profesora del menor, en el CEIP XXXX de Ourense, especialista en audición y lenguaje, comenzó a sospechar que el niño no era sordo.

6.- En esta tesitura, el SERGAS decidió remitir al menor a un centro especializado de Barcelona, el San Joan de Deu, donde tras someterlo a las correspondientes y oportunas pruebas, determinaron que el niño no era sordo, sino AUTISTA. La audición en el oído no vaciado era completa, no así en el otro pues el implante coclear había provocado su pérdida definitiva.

TERCERO.- Lo hasta aquí expuesto, claramente revelador de lo que un error médico puede acarrear, sería suficiente para, sin más comentarios, entrar a analizar el montante indemnizatorio a percibir por la parte actora.

El Letrado del SERGAS, por si fuera poco el silencio de la Administración a la reclamación deducida por el demandante, no duda en afirmar que la actuación asistencial del Servicio Gallego de Salud fue de todo punto correcta y adecuada. Y apoya tan sorprendente aserto en el hecho de que la jurisdicción penal, al archivar la denuncia promovida en dicha vía, consagró la buena praxis clínica y su ajuste a la



lex artis ad hoc. Sostiene que los padres del niño acudieron al Complejo Hospitalario de Vigo con las pruebas médicas realizadas en centros privados que reflejaban un diagnóstico definitivo de sordera. Añade que tales pruebas eran las correctas y adecuadas a la sintomatología que presentaba el menor.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Y aduce que el SERGAS actuó de modo diligente porque, a la mayor urgencia y empleando la técnica más cara y costosa, afrontó la terapia indicada a aquel diagnóstico privado emitido bajo su cobertura.

Ni es el momento ni es misión de este Tribunal explicarle al Letrado del SERGAS algo tan evidente como la diferencia que existe entre una responsabilidad penal individualizada, una responsabilidad civil, una responsabilidad administrativa e, incluso, una responsabilidad política. Basta decir que, en cada una de ellas, el bien jurídico a proteger es diferente; de ahí que el hecho de que la jurisdicción penal no haya apreciado responsabilidad en las personas denunciadas y haya acordado el archivo de las actuaciones, no exonera de su concreta responsabilidad al sistema de salud al que siempre le quedará abierta la vía de repetir o de reclamar frente a quien considere causante de su obligación de indemnizar.

Tampoco parece de recibo, y atenta a la inteligencia del hombre medio, la afirmación de que la premura en la asistencia o la utilización de técnicas de elevado coste sea reveladora de una buena praxis médica, con independencia del resultado producido.

Y es que no se discute ni la diligencia en el tiempo de la asistencia ni la tecnología aplicada; lo que está en valor es el manifiesto error de diagnóstico respecto de la dolencia que presentaba el menor.

A nadie escapa que, en los tiempos actuales, los avances en la tecnología médica han posibilitado detectar largo número de enfermedades o dolencias que, en épocas pasadas, eran difícilmente diagnosticables. Este Tribunal, aun cuando, obviamente, carece de los conocimientos médicos de que gozan quienes ejercen esa digna profesión, no puede dar por buena ni por válida la errónea confusión entre una hipoacusia neurosensorial severa -cofosis-, irreversible, y un síndrome del espectro autista. Que la sintomatología inicial hiciese dudar entre una y otra posibilidad no puede justificar el

grave error cometido del que derivaron tan graves consecuencias para el afectado.

Igualmente injustificable es señalar que un niño que nace con audición y aprende a hablar, pueda, a los dos años y medio, padecer una súbita y repentina sordera, de carácter incurable e irreversible, para, dos años y medio después, recobrar milagrosamente la audición. Tan imposible de creer es ese aserto, como el que mantiene que tal "milagro" puede deberse a una maduración cerebral.

La respuesta no hay que buscarla en causas sobrenaturales ni en evoluciones naturales del cerebro del infante. Es más sencillo que todo eso. Nos encontramos ante un claro supuesto de error de diagnóstico provocado por una equivocada interpretación de los resultados de la prueba de potenciales evocados auditivos en su día practicada.

Pero no fue este el único error; sí fue el inicial, y pudo influir en los sucesivos en que incurrieron los restantes facultativos que atendieron al paciente, los cuales, lejos de contrastar aquel diagnóstico inicial, haciendo caso omiso de lo que enseña la literatura médica, no llevaron cabo otras pruebas clínicas que, fácilmente hubieran permitido desechar aquel diagnóstico. Se cerró así la posibilidad de comprobar que los problemas de logopedia, audición, atención o relación con el entorno que el menor presentaba, pudieran traer causa del síndrome del espectro autista, respecto al cual la literatura científica señala que un 77% de los niños autistas manifiesta síntomas de pérdida de audición, pero que, con relativa sencillez, puede diferenciarse la hipotética sordera del autismo real, a través de un análisis de patrones de comportamiento.

En definitiva, no se descartaron, como era obligado, otras patologías mediante pruebas complementarias de tipo psicológico, neurológico o audiométrico.

CUARTO.- No estamos, en el presente caso, ante un supuesto de daño desproporcionado. No se ha producido un plus gravoso del resultado previsto o habitual en la asistencia debida al paciente; lo que ha ocurrido es que se ha generado un daño que jamás tendría que haberse causado pues esa asistencia concreta nunca debió llevarse a cabo.

Sabido es que los límites entre la pérdida de oportunidad y la mala praxis o infracción de la *lex artis ad hoc* se nos muestran oscuros y difusos. Respecto a ello, la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 2015 (recurso nº 367/2015), que se cita a su vez en otras posteriores, razona que "a la hora de concretar la cuantía indemnizatoria no resulta indiferente especificar si ha concurrido un supuesto de pérdida de oportunidad o, por el contrario, si ha existido quiebra de la *lex artis ad hoc*, pues, tal como ha señalado la sentencia de 3 de diciembre de 2012, la pérdida de oportunidad se configura como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio, añadiendo seguidamente, a efectos de cuantificación de la indemnización que, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho 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. En análogo sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008, 25 de junio de 2010, 23 de septiembre de 2010 y 16 de febrero de 2011.

En consecuencia, la cuantía de la indemnización es diferente si se acredita la infracción de la *lex artis*, en cuyo caso ha de tenderse a la reparación integral o plena indemnidad de los daños y perjuicios causados (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, 3 de mayo de 2012 y 16 de mayo de 2012), o si, pese a no demostrarse la quiebra de esta, se justifica la privación de expectativas en que consiste la pérdida de oportunidad, debido a la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente (...) con la consiguiente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo (Sentencia del Tribunal Supremo 23 de septiembre de 2010, 19 de octubre de 2011, 23 de enero de 2012 y 3 de julio de 2012), de modo que en este segundo caso la pérdida se asemeja en cierto modo al daño moral, que es el concepto indemnizable (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012)".

Pues bien, en este caso es claro que nos hallamos, no ante una pérdida de oportunidad, sino ante unos sucesivos y crasos errores médicos determinantes de una infracción de la *lex artis*, toda vez que las actuaciones médicas no privaron al paciente de determinadas expectativas de curación, sino que, por el contrario, tales actuaciones fueron las que provocaron el resultado lesivo, sin las que éste nunca se hubiera producido.

QUINTO.- A la hora de determinar el montante indemnizatorio esta Sala difiere del parecer recogido por el Juez de instancia en la sentencia apelada. El menor fue sometido a dos intervenciones quirúrgicas para la innecesaria colocación de un implante coclear, con el sufrimiento que ello conlleva, tiempo de hospitalización, inadaptación al implante y, en definitiva, pérdida de la audición de un oído sano por vaciado del mismo. Y todo ello cuando tal agresivo proceso médico era superfluo al no padecer el niño la dolencia que, erróneamente, le habían diagnosticado y cuando no se comprobó el equívoco diagnóstico.

Al tratarse de un supuesto de mala praxis médico-asistencial es obvio que este Tribunal ha de fijar una indemnización que tienda a la íntegra reparación del daño padecido. No considera esta Sala que, para ello, tenga que ajustarse necesariamente a baremos no vinculantes, aun cuando sí puedan servirle de orientación. Tampoco cabe tomar en consideración el síndrome del espectro autista que el menor padece desde su nacimiento, pues tal patología en nada resultó afectada por la mala praxis que estamos enjuiciando.

En consecuencia, teniendo en cuenta los días de incapacitación sufrida por el infante, las dos intervenciones innecesariamente practicadas, el sufrimiento padecido por su inadaptación al implante recibido y la grave secuela de pérdida de audición en un oído sano, este Tribunal estima insuficiente la indemnización concedida en la sentencia recurrida, que ha de ser elevada a la cantidad global, más ajustada a los parámetros en que se mueve esta Sala en casos análogos, de 200.000 euros, comprensiva de todos los conceptos, salvo intereses legales que deberán ser abonados a contar de la fecha de la reclamación en vía administrativa. Todo ello con responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora, en los términos y hasta el límite del seguro concertado.

No procede acoger la pretensión actora de aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, pues ya esta Sala tuvo ocasión de



establecer (sentencia de 7 de junio de 2011), haciendo cita de la del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2006, que "según se desprende del n° 8 del citado precepto (artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro), 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, y ello por cuanto que, como en la citada sentencia afirmamos, puede entenderse inexistente la obligación de indemnización por demora por parte del asegurador cuando resulta necesario el reconocimiento judicial del derecho, pues no puede hacerse de peor condición a la entidad aseguradora, sujetándola al pago de unos intereses muy superiores a los atribuibles a dicho asegurado". Y la sentencia del mismo alto Tribunal de 29 de noviembre de 2005 incluye "entre los supuestos en que se estima 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, con más motivo cuando, como sucede en este caso, ello es preciso no sólo para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial y la subsiguiente responsabilidad del asegurador sino para la determinación de la indemnización procedente".

Por todo lo cual procede la estimación parcial del recurso de apelación promovido por la parte actora y la íntegra desestimación del planteado por el Letrado del Servicio gallego de Salud.

SEXTO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1998, han de imponerse a la parte apelante cuya pretensión fuere totalmente desestimada, las costas de esta segunda instancia; de conformidad con lo indicado en dicho precepto legal, se fija en 500 euros la cuantía máxima a reclamar por la parte actora a la Administración demandada, en concepto de honorarios de Letrado de su defensa.

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

FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación interpuesto por don **XXX**, en nombre propio y en representación de su hijo menor **XXX**, y revocar la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo n° 1 de Ourense, en fecha 9 de julio de 2018.

Estimar en parte la demanda en su día planteada y anular el acto administrativo recurrido por ser contrario al ordenamiento jurídico.

Condenar a la Administración demandada a satisfacer a la parte actora, por todos los conceptos y con responsabilidad solidaria de la entidad Zúrich Insurance PLC Sucursal en España, en los términos y hasta el límite del seguro concertado, en la cantidad de 200.000 euros, con abono de los intereses legales desde la fecha de la reclamación en vía administrativa.

Desestimar en lo demás y en cuanto al exceso económico pretendido la demanda rectora.

Desestimar el recurso de apelación promovido por el Letrado del Servicio Gallego de Salud.

Imponer a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta alzada, en los términos y con la limitación cuantitativa establecida en el Fundamento de Derecho Sexto.

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 dé 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 (1570-0000-85-408-18), 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.