



## Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 11 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549454  
FAX: 935549554  
EMAIL: instancia54.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120148152848

### Procedimiento ordinario 716/2014 -B2

Materia: Juicio ordinario por cuantía

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: Maria Isabel Martinez Vidal

Procurador/a: Angel Joaniquet Tamburini  
Abogado/a: Pedro Garcia-Valcarcel Escribano

Parte demandada/ejecutada: ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador/a: Octavio Pesqueira Roca  
Abogado/a:

Juzgado de Primera Instancia  
nº 54 de Barcelona y su Partido.  
Asunto: Responsabilidad médica  
Juicio Ordinario nº 716/2014.

### SENTENCIA Nº 198/2015

En Barcelona, a 2 de octubre del 2015.

Vistos por D. JUAN IGNACIO CALABUIG ALCALÁ DEL OLMO, Magistrado-Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario nº 716/2014, promovidos por doña MARÍA ISABEL MARTÍNEZ VIDAL, representada en juicio por el Procurador Don/Doña ÁNGEL JOANQUET TAMBORINI, y defendida por el Letrado Don/Doña PEDRO A. GARCÍA-VALCÁRCEL ESCRIBANO, contra ENTIDAD DE SEGUROS ZURICH, representada por el Procurador don OCTAVIO PESQUEIRA ROCA y defendida por el Letrado don EDUARDO ASENSI PALLARÉS, se dicta la presente resolución.

### ANTECEDENTES DE HECHO:

**PRIMERO:** La mencionada representación de la señora Martínez Vidal interpuso





demanda en fecha 3 de julio del 2014 contra la entidad de seguros Zurich, arreglada a las prescripciones legales, en la que solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, que se siguiera el correspondiente juicio ordinario y se lo concluyera dictando sentencia en la que se acordara condenar a la Compañía de Seguros Zurich a abonar al actor la cantidad de 38.185,58 euros así como los intereses del art. 20 LCS desde el 20-12-2010, así como al abono de las costas del juicio.

**SEGUNDO:** Siendo competente este Juzgado para el conocimiento de la demanda, se admitió a trámite por decreto de 18 de septiembre del 2014, disponiéndose el emplazamiento de la demandada, con entrega de copias de la demanda, para que se contestara a la misma. La demandada contesta a la demanda el 23-10-2014 aceptando básicamente los hechos alegados por la parte actora pero negando las conclusiones afirmadas de contrario, y solicitando la desestimación de lo pedido en la demanda. Subsidiariamente, se alega pluspetición y limitación de cobertura de la entidad.

**TERCERO:** La preceptiva Audiencia Previa tuvo lugar el 7 de abril del 2015 con la presencia de ambas partes debidamente defendidas y representadas. Recibido el pleito a prueba, se solicitó la prueba documental y testifical-pericial, resolviéndose por SS<sup>a</sup>. El acto de la Vista del juicio tiene lugar el día 14 de septiembre del 2015. Practicadas las prueba y oídas las conclusiones orales de las dos partes, los autos quedaron conclusos para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente juicio se han observado las prescripciones y garantías legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO:** Entrando ya en el análisis del fondo del asunto, expone la demandante doña María Isabel Martínez Vidal que el 31-8-2009 ingresó en el Hospital Morales-Meseguer de Murcia (dependiente del Servicio Murciano de Salud –SMS-) por presentar lumbociatalgia (ciática) L5 y S1 izquierda hiperálgica, no controlable con tratamiento analgésico parenteral. El día 10-9-2009 fue intervenida quirúrgicamente, practicándosele una laminectomía y disectomía lumbar. La demandante expone que el profesional actuante cometió una grave negligencia al utilizar el instrumental quirúrgico ya que perforó el peritoneo, el mesosigma y un asa del intestino delgado, dando lugar a que en el postoperatorio inmediato la enferma desarrollara un cuadro de abdomen agudo (peritonitis) del que hubo de ser intervenida de urgencia. La actora reclamó en vía administrativa en el expediente nº 614/2010 del que desistió para poder reclamar en vía civil contra la aseguradora del SMS que es la demandada. Afirma doña María Isabel que, como consecuencia de lo ocurrido, habría precisado de 101 días para la curación (11 en el hospital y 90 improductivos) y le habrían quedado dos tipos de secuelas: resección parcial de intestino delgado y adherencias peritoneales, secuelas que valora en 25 puntos. La parte actora considera responsable civil de lo ocurrido a la aseguradora Zurich por la póliza suscrita con el SMS. Y concluye reclamando en los términos que se han expuesto en los antecedentes de esta sentencia.





**SEGUNDO.-** Ante las alegaciones formuladas de contrario, inicia la entidad Zurich su contestación reconociendo en esencia los hechos base narrados en la demanda (intervención por la hernia discal y peritonitis sufrida por la actora con posterioridad) pero considera la demandada que no existe la más mínima prueba de la deficiente asistencia sanitaria prestada a la actora que ésta denuncia en la demanda. Considera la aseguradora que la responsabilidad de los facultativos es de medios y no de resultado, de modo que no cabe ningún tipo de objetivación de la culpa. Añade que la lesión intestinal en el curso de una cirugía como la de autos no es indicativa de mala praxis médica sino que constituye una complicación descrita en la literatura científica sin relación con torpeza alguna o con un mal funcionamiento quirúrgico. Niega Zurich cualquier responsabilidad y afirma que carece de datos suficientes para poder valorar la reclamación en el plazo de contestación a la demanda y añade que presentará un completo informe pericial cuando obtenga esa información (peritaje que finalmente aporta). Subsidiariamente, entiende la demandada que su responsabilidad no puede superar los términos pactados en la póliza. Discute la valoración de los días de incapacidad temporal y las secuelas efectuada de contrario, y además se opone a la aplicación del art. 20 LCS. Y concluye la aseguradora solicitando la desestimación de la demanda.

**TERCERO.-** Una vez sentado todo lo anterior, procede señalar a continuación que de lo reclamado en este pleito se deduce, en esencia, que se ejercita por el demandante una acción de responsabilidad patrimonial derivada de una actividad profesional médica y de la asistencia prestada en cierto hospital, esto es, por las lesiones y secuelas sufridas por doña María Isabel como consecuencia de todo el proceso médico y asistencial seguido en el Hospital “Morales Meseguer” de Murcia en el año 2009. Y se dirige la demanda contra la aseguradora del servicio público de salud al que corresponde el hospital en cuestión. Por otra parte, en la demanda se especifica con claridad que la reclamación se basa en la negligencia del doctor cirujano que trató y asistió a la mujer, lo que resultaría incardinable en una responsabilidad de tipo contractual y extracontractual, esto es, que la indemnización que se pretende trae causa básicamente del incumplimiento por los facultativos y por el servicio de las obligaciones que le impone el principio general de no dañar a tercero, es decir, de una responsabilidad derivada de lo previsto en los arts. 1902 y ss CC. En cualquier caso, es lo cierto que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha acuñado la teoría de la unidad de la culpa civil, por cuya virtud el perjudicado por un comportamiento dañoso puede actuar contra quien le produjo el menoscabo invocando de forma conjunta o cumulativa ambas responsabilidades (contractual y extracontractual), todo ello, claro está, siempre que el hecho dañoso suceda dentro de la rigurosa órbita de lo pactado por las partes del contrato (lo que puede ocurrir en supuestos como el de autos de responsabilidad médica), y así lo establecen las SSTS 9-3-83, 18-10-83, 19-6-84, 16-12-86, 7-2-1990, 22-2-91, 20-12-91, 11-2-1993, 15-2-1993, 1-4-94, 18-2-97, 31-12-97, 6-5-98 10-11-99, 30-12-99 entre otras. Ciertamente es que el mismo Alto Tribunal ha introducido en la última jurisprudencia matizaciones a esta doctrina cuando se alega la excepción de prescripción (diferente plazo según el tipo de responsabilidad) o cuando la reclamación se dirige contra un servicio público de salud (SSTS 12-2-2000 o 11-6-2001, por ejemplo), supuestos éste último que no concurre en el caso de autos. De todo lo dicho se desprende que, dadas las responsabilidades que se ejercitan en esta litis y dada la evidente constancia del daño sufrido por la demandante, reconocido incluso por la demandada (como se verá más adelante en esta sentencia, también se admite por Zurich la causa del daño que fue la





perforación intestinal con el instrumental quirúrgico), el requisito fundamental que debe ser acreditado en esta litis es la culpa del facultativo que llevó a cabo las actuaciones médicas y asistenciales objeto de reclamación.

**CUARTO.-** Una vez expuesto todo lo anterior y entrando ya en el análisis del fondo del asunto, procede señalar a la vista de todo lo que se ha expuesto con anterioridad que conviene empezar señalando que en materia de responsabilidad contractual y cuando con el negocio pactado se persigue un resultado específico (contrato de obra, por ejemplo), la falta de obtención de ese fin o su consecución en forma defectuosa o incompleta conlleva presunción de culpa en el agente salvo que él mismo demuestre lo contrario acreditando haber agotado la diligencia exigible y deberse la frustración del resultado a razones ajenas a su comportamiento. Este supuesto sería el de una obligación de resultado. Por el contrario, cuando el objeto del negocio no lo constituye la obtención de un resultado determinado sino que lo que se exige del agente es simplemente un comportamiento diligente de acuerdo con la *lex artis* propia de la actividad realizada, entonces nos encontramos con una obligación de medios y, por ello, a quien sostiene el incumplimiento del agente se le impone la carga de probar lo que afirma. Así las cosas, resulta preciso aclarar en cual de los dos supuestos es incardinable el caso de la responsabilidad médica.

Por su parte, en materia extracontractual la Jurisprudencia constante y reiterada de nuestro Tribunal Supremo (valga como resumen la STS 26-5-87) viene declarando que la acción de responsabilidad del art. 1902 del CC exige, como requisitos, para que prospere los siguientes: 1) una acción u omisión productora del acto ilícito extracontractual; 2) producción de un daño; 3) relación de causa a efecto entre la acción - u omisión - y el daño; y 4) la culpa del agente. Sin embargo, conforme a la STS de fecha 10-7-85, este último requisito, cuya concurrencia - ya se ha dicho - resulta imprescindible para que se genere responsabilidad extracontractual, se viene interpretando por el Alto Tribunal en el sentido de minorar el culpabilismo originario de carácter subjetivo, que tenía muy en cuenta factores morales y psicológicos en base a los cuales se hacía un juicio de valor de la conducta del agente, minoración que se realiza mediante la creación, por la jurisprudencia, de varios paliativos todos ellos (SAP Bilbao 22-2-79) con la idea base de la necesidad de reparar el daño causado sobre todo en aquellas actividades que, como la circulación de vehículos de motor, conllevan mayores riesgos para bienes jurídicamente protegidos. Tales paliativos serían: a) la acentuación del rigor con el que se debe aplicar el art. 1104 CC, definidor de la culpa o negligencia, en el sentido de que no basta, para que desaparezca aquélla, con observar las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica si todas éstas se revelan insuficientes para evitar un daño, erigiéndose, por tanto, como canon el de agotar la diligencia (STS 17-3-81 y 20-12-82); b) la teoría del riesgo según la cual quien realiza una conducta objetivamente peligrosa debe extremar la prudencia para que tal conducta no acabe causando un daño (STS 14-6-84 y 6-5-83); y c) la creación de la presunción "iuris tantum" de culpa por parte del agente causante del daño, consagrada en multitud de sentencias como las de 10-5-82 o la de 11-4-84. Aun con todo lo hasta ahora expuesto debe dejarse claro, sin embargo, que nuestro TS no admite que el riesgo sea el único fundamento de la obligación de resarcir. Pues bien, como la actuación médica, sobre todo lo que supone una intervención sobre el paciente, siempre entraña un riesgo, parece que debería aplicarse ese principio de inversión de la carga de la prueba atribuyéndose el "onus probandi" al facultativo en relación a la





demostración de haber agotado toda la diligencia y prudencia exigibles. Sin embargo, en la responsabilidad médica, como veremos, se dan ciertas diferencias derivadas fundamentalmente de la especialísima naturaleza del objeto sobre el que se actúa, todo lo cual impide la inversión que se acaba de citar.

**QUINTO.-** La doctrina tradicional del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad médica tanto contractual como extracontractual, cuando de actividad curativa se trata, se caracteriza por considerar que el médico asume, en principio, una obligación de actividad con diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia, siendo pues su obligación de medios y no de resultado ya que existe siempre presente un elemento aleatorio (un organismo vivo) de modo que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder sino también de otros factores endógenos o exógenos a la actuación médica y que escapan al control del facultativo. De acuerdo con lo anterior, el médico no se obliga a obtener la curación del paciente sino a actuar con ese fin de forma diligente y conforme a la *lex artis*. Esta doctrina viene ya dibujada en la sentencia de 1-6-94 la cual ya en ese momento declara que "la atribución del "onus probandi" en los casos de hipotética responsabilidad médico-quirúrgica está en función de que dicha responsabilidad es por vía no de resultados sino de atención profesional adecuada y diligente ó como dice el art. 1104 CC, cuando se omite la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, ó lo que es lo mismo una obligación de medios (SS 26 mayo 1986; 10 diciembre 1987; 15 mayo 1988; 12 febrero 1990 etc.), lo que la distingue de los demás supuestos de responsabilidad extracontractual, permaneciendo aquella con unas reminiscencias culpabilistas que se desconectan de los demás supuestos, por la potísima razón de que se actúa sobre un organismo vivo de reacciones y sensibilidades imprevisibles, máxime si coetánea y racionalmente se actúa con otros medicamentos ó medios quirúrgicos ó profesionales sobre el mismo paciente (interacción); (...) teniendo presente que precisamente por el sentido culpabilista de esta clase de responsabilidad extracontractual a diferencia de la objetiva ó por riesgo no hay inversión de la carga de prueba específicamente considerada". En esta línea cabe citar también, por ejemplo las SSTS 25-4-94, 10-12-96 y otras como 8-10-92, 4-3-93, 15-2-93, 12-7-94, 14-11-94, 16-2-95, 10-2-96, 25-7-96, 20-6-97, 10-11-97 y otras muchas. Y, por ejemplo, la STS 16-12-1997 resume la cuestión señalando que "Por último, sería innecesario reproducir un sinnúmero de Sentencias de esta Sala en las que se confirma hasta la saciedad que en sede de responsabilidad médica -tanto contractual como en la extracontractual- la culpa así como relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica ha de probarla el paciente; a los meros datos estadísticos se señala que tras la "emblemática" sentencia de 10 de julio de 1943, que inició la repetida praxis de la inversión de la carga de la prueba o dispensa de prueba para el perjudicado o víctima, seguida, entre otras por las de 10-5-82, 7-4-83, 10-7-85, 13-12-85, 31-1-86 y 19-2-87, se consagra la excepción a esa inversión y se unifica el criterio de que tanto en la contractual como en la extracontractual, esa carga incumbe al actor o paciente, entre otras muchas, en las siguientes: 13-7-1987, 12-7-1988, 6-11-90, 7-2-90, 6-6-90, 8-10-92, 4-3-93, 23-3-93, 2-2-93, 15-2-93, 25-4-94, 29-3-94, 12-7-94, 14-11-94, 20-2-95, 16-2-95, 10-2-96, 8-4-96, 1-6-96, 23-9-96, 25-7-96, 31-7-96, 10-12-96, 20-6-97, 10-11-97..".

Pero la doctrina anterior tiene excepciones y correcciones. Así, en materia de cirugía estética (medicina voluntaria no curativa), odontología y vasectomía, por ejemplo,





el Tribunal Supremo ha considerado que la obligación del médico no es de medios sino de resultado, debiendo responder ante la existencia de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso (SSTS 25-4-94, 28-6-97, 11-12-97, 2-12-97, 19-2-98, 28-6-99, 24-9-99, 2-11-99, 5-2-2001, 11-12-2001, 4-2-2002). Y, obviamente, también hay sentencias que introducen correcciones en razón de la teoría de la facilidad y disponibilidad probatoria (hoy acogida en el art. 217.7 Lec) sobre todo en relación a la existencia de la historia clínica (SSTS 2-12-1996 y 28-7-97, por ejemplo). Y en este mismo sentido es de destacar la STS 15-9-2003 que señala literalmente: "No se trata de que "no se ha probado la culpa" sino de que el médico no ha probado que el resultado dañoso no se ha producido por su actuación; en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002, declara que "el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión."

Sin embargo, la línea jurisprudencial que constituye una excepción más remarcable en materia de responsabilidad derivada de actividad médica curativa es la que se refiere a la teoría del daño desproporcionado o culpa virtual (doctrina francesa) también llamada de la culpa evidente (res ipsa loquitur) o apariencia de prueba (Anscheinsbeweis en la doctrina alemana). Se argumenta según esta doctrina que cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de un modo de prueba lo que lleva a la presunción de culpa del agente. En otras palabras, ante un daño tan anormal y desproporcionado que no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada esto es, con los riesgos típicos de la operación, se presume que ha habido culpa porque, en caso contrario, no tendría por qué haberse producido ningún resultado dañoso. En este sentido, la ya citada y reciente STS 15-9-2003 señala: " Se reitera, una vez más, la doctrina del resultado desproporcionado respecto a una intervención quirúrgica que produce un daño; así, sentencias de 29 de junio de 1999 , 9 de diciembre de 1999, 29 de noviembre de 2002 y 30 de enero de 2003, entre otras, que declaran que ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor y, añaden: "corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del Anscheinsbeweis (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la faute virtuelle (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto".

En la misma línea citada cabe señalar las SSTS 2-12-1996, 2-12-1997, 22-5-98, 9-12-1998, 19-7-2001, 31-7-2002, 18-12-2002, 23-12-2002, 31-1-2003 y 8-5-2003. Especialmente clarificadora es la STS 21-12-1999 cuando señala que " "es claro que esa doctrina sobre la carga de la prueba, se reitera, se excepciona en dos supuestos, amén de





cuando el propio Tribunal de instancia ya lo haya probado: 1º)...y 2º) en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las sentencias de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996 y 21 de julio de 1997" (sentencia de 19 de febrero de 1998); afirmando la sentencia de 2 de diciembre de 1996 que "asimismo debe establecerse que no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la "lex artis ad hoc", no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia, y el descuido en su conveniente y temporánea utilización". En este ámbito cabe también aquí citar la reciente SAP Barcelona –Sección 14ª- de 16-3-2006 que confirma la aplicabilidad de la doctrina del resultado desproporcionado en supuestos de responsabilidad médica.

**SEXTO.-** A todo lo anterior debe añadirse una cosa más que no es otra que la posible aplicación en casos de responsabilidad medica y, por tanto, también en el de autos de la normativa de Ley de Consumidores y Usuarios de 1984 (LCU), es decir, la normativa de defensa del consumidor (hoy texto refundido por R. Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, que estaba vigente cuando la mujer ingresó en el hospital en el caso de autos). Pues bien, planteada así la cuestión, lo primero que debe reseñarse es que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo atraviesa en este ámbito tres fases o etapas claramente diferenciadas. En la primera etapa, entre 1984 y 1994 la Sala 1ª del TS se mostró reacia a la aplicación de esta normativa en materia de responsabilidad médica de modo que esos preceptos legales no fueron siquiera citados en sus resoluciones. La segunda etapa se extiende entre 1994 y 1997 y en ella el TS sí efectúa referencias a la LCU en sus sentencias pero no la considera aplicable al ámbito sanitario. Así, cabe citar las SSTS 22-7-1994, 29-7-1994, 11-2-1997 y 27-6-1997. Finalmente, la tercera etapa supone un cambio de 180 grados en la orientación aceptándose la aplicación de la LCU en la responsabilidad médica. Este cambio viene motivado por la paradigmática STS de 1-7-1991 de la que fue ponente el Magistrado señor Almagro Nosete. En esta resolución se dice: "De los motivos aducidos se examinan, en primer lugar, el segundo y el tercero para evitar en lo posible repeticiones o argumentaciones inconducentes, dada su correlación. Se apoyan ambos en el artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncian infracción por inaplicación de los artículos 1º EDL 1984/8937 y 28 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios EDL 1984/8937 . Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1º de la expresada ley, que el recurrente en cuanto "persona física" que utiliza unos "servicios", reúne la condición de "usuario" "cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". Conforme al sistema de "garantías y responsabilidad" que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irrogan salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva". Expresamente el apartado 2 del artículo 28 EDL 1984/8937 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los "sometidos su régimen" los "servicios sanitarios", conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el "Insalud". Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o





sistemáticos de calidad, "hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño (...), se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, (...) el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos. La culpa exclusiva del paciente -que en el caso no concurre- excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los perjudicados. En definitiva, los motivos prosperan". Esta línea ha sido seguida después por las SSTS 21-7-1997, 11-2-1998, 6-5-1998, 9-6-1998, 18-6-1998, 16-10-1998, 9-12-1998, 28-12-1998, 9-3-1999, 29-6-1999, 24-9-1999, 5-10-1999, 10-11-1999, 30-12-1999, 15-11-2000, 19-6-2001 y 26-7-2006. Así pues, no hay duda de que en el momento actual la normativa del consumidor es aplicable también en el ámbito de la actividad sanitaria y médica. En esta misma línea se coloca la ya citada SAP Barcelona – Sección 14ª- de 16-3-2006. Esta doctrina se mantiene vigente con el RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, norma que entró en vigor el 20 de diciembre del 2007

En lo que se refiere específicamente a la responsabilidad de los servicios sanitarios, debe destacarse la STS 1-7-1997 que señala: "Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1º de la expresada ley (de defensa del consumidor de 1984), que el recurrente en cuanto "persona física" que utiliza unos "servicios", reúne la condición de "usuario" "cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". Conforme al sistema de "garantías y responsabilidad" que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva". Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los "sometidos su régimen" los "servicios sanitarios", conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el "Insalud". Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, "hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomonas aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir), por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido







medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos. La culpa exclusiva del paciente -que en el caso no concurre- excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los perjudicados". Esta doctrina es confirmada por la STS 18-3-2004 la cual añade: "A mayor abundamiento, no puede obviarse la reiterada jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva que impone, para los servicios médicos, el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios 1984: sentencias de 1 de julio de 1997, 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 22 de noviembre de 1999, 30 de diciembre de 1999, 5 de febrero de 2001, 19 de junio de 2001, 31 de enero de 2003; esta última dice, resumiendo la doctrina jurisprudencial:

"A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice:

"...demandante es consumidor (art. 1 EDL 1984/8937), ha utilizado unos servicios (artículo 26 EDL 1984/8937), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2 EDL 1984/8937 ) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss) EDL 1984/8937 . Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, "hasta llegar en debidas condiciones al usuario.

Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad." En la misma línea pueden citarse las SSTS 5-1-2007 y 19-10-2007. Además, la primera de las sentencias citadas confirma de forma expresa que la responsabilidad es de naturaleza objetiva en el caso de los servicios médicos públicos que es el de autos. Y lo mismo confirman las SSTS 30-1-2004 y 17-5-2002 que establecen "Cuando la reclamación se formula contra una Administración Sanitaria, los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede





acreditada en el juicio la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario, de los que hubieren intervenido en la asistencia del enfermo. Cuando así ocurre, los Tribunales acuden a la idea de "conjunto de posibles deficiencias asistenciales", lo que exime al paciente de la prueba en el cuál de los momentos de la actuación médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella". No obstante, la aplicación de esta responsabilidad objetiva exige, en todo caso, la existencia de una relación de causalidad entre esas pretendidas deficiencias asistenciales, cualquiera que sea el personal médico o sanitaria a quien sean imputables, y el resultado dañoso".

En la misma línea que se analiza, en fin, puede citarse en la jurisprudencia menor la SAP Barcelona –Sección 1ª- 23-12-2009 que puntualiza “si bé és cert que reiterada jurisprudència, ha mantingut que els serveis sanitaris queden subjectes al règim de responsabilitat d'aquells preceptes de la Llei protectora de consumidors, també ho és que la mateixa jurisprudència (SSTS de 26 d'abril i 15 de novembre del 2007, 23 d'octubre del 2008, 23 de gener del 2009) ha precisat que aquest tipus de responsabilitat no afecta els actes mèdics pròpiament dits, la responsabilitat dels quals es fonamenta en criteris de negligència per incompliment de la lex artis. La responsabilitat que preveu la legislació protectora dels consumidors només és aplicable en relació a aspectes d'organització o de prestació de serveis sanitaris, aliens o al marge de l'actuació mèdica pròpiament dita (SSTS 5 de febrer del 2001, 17 de novembre del 2004, 5 i 22 de maig i 5 de desembre del 2007, 4 de desembre del 2007, 20 de juny del 2008, 30 de juny del 2009). En aquest sentit, resulta especialment aclaridora la sentència de 23 de gener del 2009 en la que el Tribunal Suprem assenyala que "la Ley de Consumidores y Usuarios establece la responsabilidad de quienes suministran o facilitan servicios a los consumidores o usuarios cuando no se acredite que han cumplido las exigencias reglamentarias y los cuidados exigidos por la naturaleza del servicio(artículo 26), y la responsabilidad por los daños originados por el uso de servicios que por su propia naturaleza o por disposición reglamentaria incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad ( artículo 28 LCU), a cuyo régimen se consideran sometidos, entre otros, los servicios sanitarios" Per contra, afegeix el mateix Tribunal, " este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc". Y también la SAP Barcelona –Sección 13ª- 23-12-2002 que indica ““Frente a los generales de la responsabilidad médica (puramente subjetiva, sin ser de aplicación la presunción de culpa ni la inversión de la carga de la prueba), la que aquí se enjuicia es una responsabilidad derivada de una falta de coordinación entre los diferentes profesionales que tratan a un paciente acaecidas en un centro hospitalario, o basada en la idea del conjunto de posibles deficiencias asistenciales (lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica, se produjo la deficiencia y, por lo tanto, de la prueba de la identidad del concreto facultativo que hubiese podido incurrir en ella y por ello, aunque no se pruebe la concurrencia de actos u omisiones concretas e individualizadas), de carácter objetivo y directo, que es la responsabilidad por hecho ajeno del art. 1903.4 en relación con el 1904 CC (SSTS de 7 de junio de 1988, 11 de octubre de 1995, 11 de marzo de 1996, 3 de septiembre de 1996, 15 de octubre de 1996, 1 de julio de 1997, 22 de julio de 1997, 26 de septiembre de 1997, 9 de junio de 1998, 29 de





junio de 1999...) aunque en ocasiones el T. S. aplica directamente el 1902 e incluso a veces no se observa culpa del personal (STS de 9 de diciembre de 1998) al considerar que la obligación es la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución del resultado; en todo caso, se atribuye a la administración sanitaria o al centro la carga de la prueba de la diligencia o no culpa en base a una responsabilidad objetiva (SSTS de 18 de febrero de 1997, 20 de junio de 1997, 25 de julio de 1997, 20 de septiembre de 1997, 26 de septiembre de 1997,...), aparte de la proximidad a las fuentes de prueba y la mayor facilidad de acceso a las mismas; además se suele acudir a la desproporción del mal resultado con lo que es habitual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común, al revelarse la penuria negligente de los medios empleados (así, la STS de 22 de mayo de 1998). Como se ha dicho suele aplicarse el art. 28.2 de la Ley 26/84 de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, en relación con el art. 51.1 CE; dicha ley instaura un sistema de responsabilidad objetiva por los daños que sufra el consumidor (definido en el art. 1.2 como destinatario final de los productos y servicios), y en tal sentido, el art. 25 establece que "el consumidor y el usuario tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios demostrados, que el consumo de bienes o la utilización de productos les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por las personas de las que deba responder civilmente", de forma que se resalta la objetivación al establecer la excepción (que consiste en la ruptura del nexo causal), y los arts. 26 y 27, matizan la responsabilidad detallando excepciones".

Y añade la sentencia que se analiza que "En definitiva, se trata de una responsabilidad objetiva y directa que cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, considerándose como una subespecie de la responsabilidad médica, más cercana a la responsabilidad sanitaria en general por falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente cuando tal evento se produce dentro de un centro hospitalario (SSTS de 11 de marzo de 1996, 21 de julio de 1997, 29 de junio de 1999, 22 de noviembre de 1999, 9 de diciembre de 1999, 21 de diciembre de 1999...) aun cuando no existan elementos que permitan precisar la concreta responsabilidad de cada uno de los intervinientes, claro, siempre que esté acreditada la conexión causal en la producción del daño". E igualmente la SAP Las Palmas –Sección 3ª- 30-11-2004 con una muy amplia cita de jurisprudencia.

**SÉPTIMO.-** Una vez sentado todo lo anterior, procede señalar a continuación que en el escrito de demanda no se imputa responsabilidad a la demandada en razón de la omisión por parte del facultativo actuante del deber de información a su paciente lo que constituiría una infracción de la Lex Artis, es decir, no se reclama por no haberse dado información completa y suficiente a la demandante sobre el procedimiento quirúrgico a seguir para la curación de la lumbociatalgia L5 S1 (hernia discal), las alternativas existentes y los riesgos que se corrían, incumpléndose así lo previsto anteriormente en el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de Abril de 1986 y hoy en la Ley 41/2002 reguladora de la materia. En otras palabras, no se está reclamando por el hecho de que doña María Isabel fuese sometida a la intervención sin haber sido informada debidamente de los riesgos inherentes a la actuación, de modo que no se le hubiese dado en la práctica la posibilidad de decidir con completo conocimiento si debía llevarse a cabo o no. Pero la cuestión que se analiza es relevante a los efectos que después se verán. Se plantea, así, en esencia la cuestión del consentimiento informado que se considera un elemento esencial de la lex artis (STS 2-





10-1997) cuya omisión puede generar responsabilidad cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado. El Tribunal Supremo ha declarado que este consentimiento se halla incluido en la actuación asistencial y forma parte de la obligación de medios asumida por todo médico (SSTS 25-4-1994, 2-10-1997, 24-5-99). Con anterioridad a la ley 41/2002 de 14 de noviembre, norma que, es obvio, ya estaba en vigor cuando tuvo lugar la actuación médica de autos, regía en la materia la Ley General de Sanidad que establecía en su art. 10.5 que toda persona tiene derecho “A que se le dé en términos comprensibles, a ella y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”. Y en el punto 6 del mismo precepto legal se reconocía el derecho “A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

En la misma línea y en materia de información al paciente y consentimiento informado, cabe citar los arts 2, 3, 6 y 7 de la Ley Catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica. Si bien esta legislación no es aplicable en el caso de autos al haber tenido lugar la asistencia médica en Murcia.

En todo caso, debían entenderse estos requisitos como obligatorios en todo acto médico a la luz de los arts. 7.1, 1258 y 1261 CC (lo exigió ya el TS en sentencia de 23-4-1992 en un supuesto anterior a la vigencia de la ley de 1986). Con la entrada en vigor de la Ley 41/2002, la regulación legal se hace más extensa, clara y específica. Así, en el art. 3 de la norma se define el consentimiento informado como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. Los arts. 4 y 5 de la norma recogen el derecho del paciente a la información sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud. El art. 4.2 concreta que “La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”. En la misma línea, y sirve como criterio orientativo, el art. 2.2 Ley Catalana 21/2000 aclara que “La información debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales, debe ser verídica, y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente, para ayudarlo a tomar decisiones de una manera autónoma”. En el punto 3 del art. 4 se recuerda que “El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”. El concepto de médico responsable viene dado en el art. 3: “es el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo





lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales" (en el mismo sentido, art. 2.3 Ley Catalana 21/2000). Por otra parte, el art. 8 de la Ley regula de forma expresa el consentimiento informado. En su punto primero, se exige que el consentimiento sea libre y voluntario, así como que se emita una vez recibida por el afectado la información prevista en el art. 4 y valoradas las opciones del caso.". Según el punto tercero del art. 8 de la Ley 41/2002, el consentimiento será verbal salvo en ciertos casos en que se prestará por escrito: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (en el mismo sentido, art.6.1 Ley Catalana 21/2000). El documento de consentimiento, según el art. 6.3 Ley 21/2000 ya citada, "debe ser específico para cada supuesto, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus riesgos". En el artículo 9 la norma establece los supuestos en que puede actuarse sin el consentimiento por razones de urgencia y del riesgo concurrente, y las actuaciones que deben llevarse a cabo cuando el paciente no tiene capacidad para consentir. Así, según el punto 2 a) "Cuando el enfermo, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para tomar decisiones, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, el consentimiento debe obtenerse de los familiares de éste o de las personas a él vinculadas". Y también procederá el consentimiento por sustitución en el supuesto de la letra c) " En los casos de personas internadas por trastornos psíquicos, en quienes concurren las circunstancias del art. 255 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia" (internamientos no voluntarios). Y en el punto 4 se indica que "En los casos de sustitución de la voluntad del afectado, la decisión debe ser la más objetiva y proporcional posible a favor del enfermo y de respeto a su dignidad personal. Así mismo, el enfermo debe intervenir tanto como sea posible en la toma de decisiones. Finalmente, el art. 10 establece el contenido mínimo que debe incluir la información que el facultativo debe dar al paciente antes de que éste preste su consentimiento a la actuación médica. Ese contenido es el siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

La carga de la prueba de la obtención del consentimiento informado corresponde al facultativo (SSTS 25-4-1994, 31-7-1996, 28-12-1998, 19-4-99, 26-9-2000, 12-1-2001, entre otras). La obligación de informar corresponde al facultativo que realiza la intervención (SSTS 26-9-2000 y 16-10-98), debe cumplirse antes de la actuación médica y su contenido incluye básicamente (según expresión de la actual Ley 41/2002) los riesgos y consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados (en atención a las especiales y concretas circunstancias del paciente), los riesgos típicos, los riesgos probables y las





contraindicaciones. Por ello, la STS 28-12-1998 señala que la obligación de información al paciente, sobre todo en materia de medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes de acuerdo con la experiencia y el estado actual de la ciencia. Finalmente, es de resaltar que la falta de información suficiente por parte del facultativo no le generaría responsabilidad si, al margen de ello, el paciente tenía pleno y cabal conocimiento del diagnóstico, alternativas curativas y riesgos de la intervención, pues en este caso sí habría efectuado un consentimiento libre e ilustrado que tendría plena validez.

En el caso de autos, el documento de consentimiento informado es la página nº 89 del doc. 1 demanda (expediente administrativo). Se trata de impreso pre elaborado en el que se añade de forma manuscrita y en ciertos espacios, datos concretos, procediendo el paciente a firmar al final del documento. Lo mismo ocurre con el consentimiento informado para la anestesia (hoja nº 87 del doc. 1). En el documento de consentimiento informado para laminectomía más discectomía por hernia discal, no consta mencionado como riesgo típico el supuesto de autos (lesión intestinal). La razón de la omisión la explica el doctor J.A. de Miguel Vielba en su informe (páginas 54 y 55 del doc. 1 demanda) cuando indica que la complicación surgida en este caso es “de baja frecuencia”, añadiendo que la considera excepcional (el de autos es el primer caso en el hospital murciano en más de 1.000 actos quirúrgicos sobre discos lumbres). El profesional citado pretende cubrirse con una cláusula general obrante en el documento de consentimiento informado que indica que “toda intervención quirúrgica implica la posibilidad de que aparezcan complicaciones comunes potencialmente serias, que requerirán tratamientos complementarios médicos o quirúrgicos, así como un mínimo porcentaje de mortalidad”. Se trata de una regla cláusula genérica y abstracta que operaría a modo de cláusula de cierre pero que no suministra adecuada información clara, concreta y comprensible sobre las complicaciones a las que se refiere. Además, la de autos no fue una complicación común. Por tanto, queda claro que no se informó en debida forma a la paciente. No obstante, sí queda acreditado, porque lo reconocen los peritos de las dos partes e incluso se admite en la demanda, que la intervención quirúrgica que se indicó a la paciente para la curación de la hernia discal era la pertinente y adecuada, y que además era necesaria porque otras alternativas terapéuticas no habían dado un resultado positivo.

**OCTAVO.-** Aplicando toda la doctrina anterior al caso de autos, procede efectuar las siguientes consideraciones:

1º La demandante se sometió el 10-9-2019 a una intervención quirúrgica consistente en una laminectomía y discectomía lumbar. La causa es una protusión discal L5 S1 degenerativa que comprometía a la raíz nerviosa generando un importante dolor. El tipo de intervención es la adecuada y correcta para el tipo de lesión que sufría la mujer. Estos hechos son admitidos por todas las partes y por los peritos, y además constan en la documentación médica de autos (por ejemplo en el informe del doctor De Miguel Vielba que es el doc. 1 página 54 de la demanda). La primera cuestión que se discute en autos por las partes (y por sus peritos) es la que se refiere a la posición en la que debía colocarse a la paciente para la operación. Según el informe del perito de la demanda (doctor Fernando Ladero Álvarez) –





doc.3-, a la mujer se la colocó en posición de decúbito prono (boca abajo). La finalidad de la postura es convertir la lordosis (curvatura) de la columna en cifosis (así se abren las estructuras posteriores) para poder efectuar la intervención. El perito explica que esta posición supone la compresión de la zona abdominal hacia arriba (al apretarse contra la camilla o mesa de operación). De este modo, el paquete intestinal se ve empujado contra la pared abdominal posterior y se adhiere más a la zona en que se ha de actuar, de modo que se aumenta el riesgo de una lesión. El perito señala que debió colocarse a la paciente en posición de decúbito ventral sobre un cojín torácico y con las caderas y rodillas flexionadas, como puede verse en la imagen del informe. El señor Ladero Álvarez indica que siempre efectúa estas operaciones colocando al paciente en posición decúbito lateral de modo que la compresión de la zona abdominal es menor, y añade que nunca se ha producido una lesión como la de autos. Por su parte, el doctor Oscar Gabriel Riquelme García (perito de la demandada) nada dice en su informe sobre esta cuestión pero en la vista indica que la posición decúbito prono es aceptada como correcta para este tipo de cirugía. En cualquier caso, afirma que existen varias posiciones alternativas y que la decisión es del cirujano actuante en cada caso. Señala este perito que las mesas de quirófano suelen ser articuladas y que para evitar la compresión abdominal se pueden colocar cojines. Pues bien, en este caso concreto no consta acreditado que la mesa de operaciones fuera articulada y tampoco consta en absoluto que se hubieran colocado cojines para evitar la compresión abdominal. Pero, además, hay otro dato que debe señalarse. Los dos peritos se muestran conformes en que la actora era una mujer obesa en el momento de la intervención y consta también que era de baja estatura. Lo anterior lleva a pensar en un volumen abdominal superior al de una persona delgada (con un peso adecuado a su altura). Por tanto, esto tendría que producir una mayor compresión abdominal al colocar a la paciente en posición de decúbito prono, y aun más si no se colocaron cojines (lo que el doctor Riquelme García reconoce en la vista es una posibilidad más difícil y limitada en estos casos). De este modo, se favoreció la posibilidad de una lesión.

2º Durante la intervención quirúrgica se produjo una perforación de asa intestinal que generó un hemooperitoneo (entrada de sangre y aire en el peritoneo que es la membrana que recubre la cavidad abdominal y la parte exterior de las vísceras que hay dentro de la misma). Así consta en el informe del doctor De Miguel Vielba (doc. 1 demanda página 54) y en las páginas 92 –informe anatopatológico-, 93, 181, 183, 184 y 259 -perforación intestinal que se considera iatrogénica- del doc. 1 citado). El perito señor Ladero Álvarez explica que la operación se realiza introduciendo una pinza de disco (consta la fotografía en su informe) que termina en una boca que se abre y se cierra (accionada por las anillas del mango) y que permite cortar y sacar los fragmentos del disco dañado. Pues bien, los dos peritos se muestran conformes en la vista en que la lesión intestinal se produjo por la introducción excesiva de la pinza que llegó a la zona abdominal y mordió la misma. Por tanto, no se trata de una lesión producida al traccionar el disco para su extracción como señala en su informe el doctor De Miguel Vielba. Por tanto, como señala el doctor Ladero Álvarez en su informe, la pinza rebasó el espacio intervertebral L5 S1, rompió el ligamento vertebral común anterior, penetró en el retroperitoneo, perforó el peritoneo parietal posterior, penetró en la cavidad peritoneal, perforó el mesosigma y mordió un asa de intestino delgado. Esto supondría varios cms de exceso en la introducción. Además, los dos peritos reconocen que se afectó también a un vaso sanguíneo de cierto calibre (aunque no se ponen de acuerdo en cuál en concreto) porque en el peritoneo entraron 400 c.c. de sangre (informe de la página 184 del doc. 1 demanda). Esto es lo que significa el hemooperitoneo.





3º El informe anatomopatológico (página 92 del doc.1 demanda) revela claramente el alcance de la lesión. Se tuvo que hacer la resección (extracción) de un trozo de intestino de 3 cm de longitud y con un diámetro de 2,5 cm. Había en el fragmento una solución de continuidad de 1,5 cm de diámetro mayor. Aparte de la zona de perforación, había cambios en la pared intestinal consistentes en sectores de erosión/ulceración mucosa, edema y hemorragia intestinal. Según el doctor Ladero Álvarez, estos datos indican que la pinza se introdujo en la zona más de una vez, y la valoración resulta creíble y verosímil a la vista de los resultados citados. El doctor Riquelme García expone que para lesionar las capas internas del intestino primero hay que afectar a las externas, pero el doc. 1 página 92 muestra daños aparte de la zona específica de perforación lo que lleva a pensar en que se reiteró o insistió en la actuación con la pinza más allá de donde se debía, es decir, más allá de la zona discal. Es más, el señor Ladero Álvarez indica que es obligatorio analizar los fragmentos discales extraídos y que el estudio anatomopatológico habría demostrado que algunos de esos fragmentos serían de pared de intestino delgado. Pero esta información no se ha aportado a los autos ya que no consta ese análisis en el historial. Además, se rompió también un vaso sanguíneo, como se ha dicho ya, con un derrame de líquido de cierta importancia. Según el señor Riquelme García indica en la vista, la pérdida de sangre podría ser anterior a las intervenciones quirúrgicas y a la lesión intestinal y sufrirla por otras causas la paciente según los análisis clínicos. Sin embargo, nada en este sentido se consideró en el pre-operatorio y se hicieron únicamente dos peticiones de transfusión de sangre (páginas 259 y 260 del doc. 1 demanda) la primera en el post-operatorio de la primera intervención (hernia discal) y la segunda tras la perforación intestinal que se considera como iatrogénica en la página 259 citada. Por tanto, el hemoperitoneo lo provocó la lesión intestinal. Por último, señalar que la peritonitis es una complicación grave, y que la gravedad aumenta según el tiempo que permanece contaminada la cavidad peritoneal, pudiendo llegar a producir la muerte. En este caso se actuó con rapidez (a las 7 horas) y el post-operatorio fue bueno, de modo que la mujer pudo ser dada de alta en apenas 11 días.

4º Según el informe del doctor Riquelme García, existe una doble protección natural para evitar lesiones como la de autos. Se trata del anillo fibroso (parte anterior más fibrosa que la posterior) del disco y del ligamento longitudinal anterior. Estos elementos hacen de barrera y, sobre todo el ligamento (lo reconoce el perito de la actora), son bastante resistentes. Pero en este caso concreto la pinza superó estas dos barreras naturales. El señor Riquelme García afirma que este efecto barrera puede verse eliminado por la propia degeneración del disco. Ahora bien, en el caso de autos no consta que el anillo fibroso estuviese gravemente deteriorado por la degeneración. Según las pruebas radiológicas que se practicaron a la mujer antes de la operación de hernia discal (páginas 37 a 39 del doc.1 demanda), se detectó una “pequeña protusión discal degenerativa” en L5 S 1 con hernia extruida lateralizada a la izquierda. El espacio L5-S1 aparece más estrechado e irregular pero en general hay un buen alineamiento sin disminución de altura en los cuerpos vertebrales lumbares. Y tampoco consta que estuviese debilitada la barrera natural del ligamento citado. No en vano estamos ante una mujer joven (35 años) y la degeneración va ligada al envejecimiento articular.

5º En cuanto a las precauciones que pudieron adoptarse, en el informe del señor Riquelme García se indica que, antes de intervenir, debe revisarse el estudio radiológico para tratar de identificar defectos de integridad del anillo fibroso anterior y del ligamento







longitudinal anterior, lo que está supeditado al grado de degeneración. Esta sería la mejor precaución. El propio doctor De Miguel Vielba señala en su informe que no son infrecuentes los defectos del anulus anterior del disco. Pero en este caso concreto no consta que ese análisis específico se haya realizado. Por otra parte, el señor Ladero Álvarez indica que debe colocarse un testigo o marca en la pinza para controlar la profundidad a la que se introduce. Y cita literatura científica (Campbell) que aconseja no introducir más de 15 mm. Este perito añade que él mismo tiene esa marca en la pinza que utiliza en sus intervenciones. El señor Riquelme García admite que este sistema de protección puede ser bueno pero añade que la profundidad máxima posible de la pinza puede variar según se introduzca en línea recta u oblicua. Pero ocurre que la marca o testigo siempre actuará como referencia de seguridad en cualquiera de los dos casos (en caso de introducción oblicua se podrá como máximo superar levemente la marca). No consta que esta precaución se hubiera tenido en cuenta en el caso de autos. Además, el señor Ladero Álvarez deja muy claro que la lesión intestinal conlleva necesariamente la introducción recta de la pinza. Por otra parte, los peritos se muestran conformes en que en la zona discal existen dificultades para abrir la boca de la pinza en sentido vertical porque los discos lo impiden. En cambio en sentido horizontal no habría dificultad (así se puede extraer el disco dañado). Pues bien, si esto es así, se estima que una apertura lenta y cuidadosa en sentido vertical debería permitir valorar en qué zona concreta se está actuando. Por último, en la documentación científica aportada por la demandada se indica que un alto índice de sospecha y una adecuada visualización del espacio del disco, puede reducir la incidencia de la lesión abdominal. Tampoco consta en el caso de autos que esa visualización se hubiera hecho y fuera adecuada.

6º Se ha discutido en autos si la lesión intestinal es o no una complicación habitual en las operaciones de hernia discal (discectomía), y además si es muy poco previsible e inevitable y ajena a la mala praxis. Pues bien, el perito señor Ladero Vázquez señala que en la Cirugía Ortopédica de Campbell no se citan las perforaciones de intestino y las lesiones de vasos como complicación en este tipo de operaciones. Por otra parte, los estudios que aporta la demandada (doc. 2) muestran que en una revisión de 5.200 discectomías lumbares entre 1974 y 1989, únicamente 2 pacientes sufrieron perforación ventral y en esos dos casos sin graves consecuencias como en el de autos. En otras publicaciones se califica la lesión intestinal como consecuencia de cirugía de disco lumbar, como “rara” o “poco frecuente”. La complicación más común es la rotura de vasos retroperitoneales. En cambio, la perforación con daños en el intestino “rara vez se denuncia”. Finalmente, se habla de 21 casos entre 1985 y 1998 con lesiones de vaso intra-abdominal o de vísceras. Por último, se cita un caso concreto en literatura del 2011 que se estima que es el de autos (coinciden todos los datos). En el informe pericial de la demandada se señala que la lesión vascular se produce en un 1.6 a 4.5 por cada 10.000 casos. Y la lesión intestinal es menos común (el intestino está más libre dentro de la cavidad peritoneal). La posibilidad sería del 0,0015 % (1 caso por cada 68.329 pacientes). El doctor De Miguel Vielba señala en su informe (pág. 54 doc. 1 demanda) que esta complicación es de baja frecuencia, añadiendo que su hospital se han hecho más 1.000 actos quirúrgicos sobre discos lumbares y esta es la primera vez que pasa. Tan infrecuente y excepcional es esta complicación que no está detallada en el documento de consentimiento informado para laminectomía más discectomía por hernia discal. Es más, llama la atención que el doctor De Miguel Vielba da a entender que en el caso de autos el daño se produjo al traccionar el disco para su extracción, cuando en este caso ha quedado claro que la causa fue la perforación de la zona intestinal con la pinza. El perito de la actora señala también que hay servicios médicos que realizan miles de actos





quirúrgicos discales sin que se produzca ninguna lesión intestinal. De lo anterior se desprende que una lesión como de la de autos tras una cirugía discal constituye un hecho extraordinario, excepcional e infrecuente, es decir, muy poco habitual, y también debe reseñarse que se desconocen las circunstancias concretas en que se produjeron los otros sucesos.

Así las cosas, de lo anterior se desprende que no se ha acreditado que se hubiera agotado la diligencia que era exigible a los servicios médicos conforme a la lex artis en un supuesto como el de autos con el fin de evitar que pudiera ocurrir lo que al final tuvo lugar. Y, además, se estima que los datos expuestos con anterioridad acreditan suficientemente la falta de buena praxis por parte del facultativo responsable que no hizo un adecuado control y análisis del paciente (estado del anillo fibroso y del ligamento) antes de la intervención; que colocó al paciente en una postura que no era la más adecuada en un caso como el de autos por la obesidad de la paciente y que favorecía la posibilidad de lesión; que utilizó instrumental sin medidas adecuadas para asegurar que la profundidad alcanzada en la introducción no fuera excesiva; que utilizó el instrumental sin el exigible cuidado y que no consta que efectuara una buena y adecuada visualización del espacio del disco. Por tanto, no se actuó con toda la diligencia necesaria para evitar el daño. Y en todo caso, es evidente que se produjo en este caso un resultado final claramente desproporcionado (peritonitis que tuvo que ser operada de urgencia) cuando la actuación realizada (intervención de hernia discal) no es en principio de gran dificultad y cuando no consta la lesión intestinal como una consecuencia habitual y frecuente de este tipo de operaciones sino claramente excepcional (rara). Por tanto, no se acredita por la demandada que los facultativos actuantes hayan agotado toda la diligencia exigible para prevenir y evitar el daño.

**NÓVENO.-** Una vez expuesto todo lo anterior, procede a continuación analizar la indemnización que debe corresponder a la demandante por el daño sufrido. En este sentido, las partes se muestran conformes en que debe aplicarse como criterio orientativo el baremo de la LSRCCVM actualizado para el año de la sanidad (2009). A partir de esta premisa, la actora reclama por 101 días de curación (de ellos 11 hospitalizado y el resto improductivos) y por dos secuelas (resección parcial de intestino delgado y adherencias peritoneales) que valora en 25 puntos. Además se reclaman 8 puntos por perjuicio estético. A lo anterior añade el factor de corrección por ingresos del 10 %. Por su parte, la entidad Zurich acepta un período curativo de 101 días (11 hospital y 90 improductivos) pero descuenta el período que se habría producido como consecuencia de la operación de hernia discal; y admite también 5 puntos por 1 secuela (resección intestinal). Admite el perjuicio estético en 3 puntos. Y admite el 10 % de factor de corrección por ingresos en secuelas. Así las cosas, la primera cuestión que se plantea en este procedimiento es la determinación del período de curación del que precisó la actora por la lesión intestinal. Pues bien, al abordar la resolución de la cuestión planteada, lo primero que ha de dejarse claro es que no necesariamente han de coincidir los días totales de curación (improductivos o no) con todo el período en que el paciente haya recibido algún tipo de atención facultativa y ello por una razón básicamente: se estima que los días que el perjudicado tarda en sanar son aquellos durante los cuales la actuaciones y tratamientos médicos tienen por finalidad la curación de la lesión sufrida. Ahora bien, cuando la lesión ya está curada o consolidada (estabilizada) de modo que respecto de ella nada pueda hacerse ya desde el punto de vista médico, pero siga el tratamiento para tratar de paliar la sintomatología que la lesión ha dejado como dolores, mareos, rigideces o deficiencias musculares, vértigos u otro tipo de molestias, entonces se





entra ya en el campo de la rehabilitación funcional y, por ello, la valoración en este momento debe hacerse en todo caso en base al baremo de secuelas siempre que esas molestias sean permanentes. Lo contrario supondría que en todos aquellos casos en que se reclama por días de curación y por secuelas, los períodos en que las lesiones ya están curadas y la rehabilitación y asistencia médica solamente tienen por objeto paliar la sintomatología que la lesión ha dejado se indemnizarían doblemente ya que serían considerados días de curación y, al mismo tiempo, secuelas. Por otra parte, también debe reseñarse que el alta médica que acuerda el facultativo que trata al paciente no se basa en consideraciones médico-legales de modo que la finalización del período curativo con estabilización de las lesiones no tiene necesariamente que coincidir con el momento en que se produce ese alta. Y, por último, indicar que el tiempo de baja laboral tampoco tiene que coincidir necesariamente con el período de curación de las lesiones porque aquélla puede deberse durante cierto tiempo a las secuelas o a otros padecimientos del afectado que no traigan causa del accidente de autos.

En el caso de autos, lo primero que debe reseñarse es que las dos partes están en principio conformes en el período de curación total (así consta en los informes del doctor Cazorla Ruiz y de la doctora Romay López). La discusión se centra en el hecho de si debe descontarse o no el período de curación que la mujer hubiera precisado igualmente en razón de la operación de hernia discal. En este sentido, el doctor Cazorla Ruiz admite en la vista que el período que él valora transcurre hasta el alta laboral (a partir de ese momento se iniciaría la rehabilitación funcional en razón de la hernia operada) y que la lesión intestinal se detectó en el postoperatorio inmediato de la primera intervención que fue la de hernia discal. Por tanto, admite que se solapan los períodos generados por la curación de las dos lesiones (discal e intestinal). Entiende este perito que la operación de hernia discal generaría entre 2 y 5 días de ingreso hospitalario y que el período impeditivo podría ser de un mes ya que los valores que fija la Seguridad Social se basan en la estadística y, por tanto, constituyen una media. Por su parte, la doctora Romay López considera que el período de curación debe reducirse (en 5 días hospitalarios y 75 días curativos) porque parte del tiempo de curación lo habría tenido que asumir igualmente la paciente en razón de la operación de hernia discal de modo que no puede considerarse que traiga causa de la lesión intestinal. Así las cosas, se estima razonable y racional la explicación ofrecida por la señora perito de Zurich de modo que se conceden 6 días de hospitalización. Ahora bien, en cuanto al período no hospitalario de curación de una hernia, es cierto que los valores que fija la SS son medias estadísticas de modo que el período de curación variará en cada caso según la concreta situación del paciente. En este caso, se trata de una mujer joven (35 años) sin graves antecedentes médicos y que sufre una lesión discal pequeña como ya se ha dicho aunque con irradiación radicular. Por tanto, se estima que un período de un mes (30 días de media) de curación es adecuado y razonable, de modo que el período por la lesión intestinal se valora en 60 días. En conclusión, se conceden 6 días de hospitalización y 60 días de curación.

**DÉCIMOSEGUNDO.-** A continuación se procederá a analizar las secuelas que le han quedado al actor:

1º Resección Intestinal: Supone esta secuela la pérdida de 3 cm, del intestino delgado. Según el baremo, la yeyunoilectomía parcial de intestino delgado se valora entre 5 y 60 puntos. La valoración concreta se debe fijar atendiendo a la repercusión funcional de la





lesión.

La parte actora solicita 10 puntos y la demandada ofrece 5 puntos. Pues bien, en este caso el fragmento extirpado del intestino es de 3 cm según el informe anatomopatológico ya citado, y este órgano puede tener 5 o 6 metros en una persona normal. El perito de la actora afirma en la vista que el fragmento afectado puede ser de mayores dimensiones pero no consta prueba alguna en este sentido. Por otra parte y en cuanto a la repercusión funcional, el señor Cazorla Ruiz exploró personalmente a la paciente y detectó dolor leve abdominal a la palpación, molestias en el ritmo intestinal cuya causa serían las adherencias (otra secuela) y, finalmente, trastornos intermitentes de mala absorción intestinal no limitante. Se trata de dolor y trastornos sin duda muy leves porque no consta que la mujer haya precisado de tratamiento médico ni farmacológico desde el alta a finales del 2009 y hasta el informe en el 2014, es decir, durante 5 años, y tampoco con posterioridad hasta este momento. Y en buena medida la causa son las adherencias que es una secuela independiente. Por su parte, la doctora Romay López no consta que explorase a la paciente. Así las cosas, se estiman excesivos los 10 puntos reclamados e insuficientes los 5 ofrecidos. Se conceden 7 puntos (5 por la simple resección y 2 por molestias muy leves e intermitentes).

2º Adherencias peritoneales: en el baremo se valoran entre 8 y 15 puntos. El perito de la actora solicita el mínimo. La de la demandada niega esta secuela. Pues bien, las adherencias son tejidos cicatrizales que se forman en las zonas intestinales después de cualquier intervención en la zona abdominal. Los protocolos del Instituto de Medicina Legal Forense indican que esto suele ocurrir en un 80 % de los pacientes intervenidos. Los peritos señores Ladero Álvarez y Riquelme García confirman que en las intervenciones peritoneales es muy frecuente que se generen adherencias si bien afirman que pueden cursar de forma sintomática o asintomática. El señor Cazorla Ruiz exploró a la paciente y detectó molestias en el ritmo intestinal que atribuye a las adherencias. Así las cosas, se estima que esta secuela queda suficientemente acreditada y se conceden los 8 puntos pedidos que es el mínimo.

3º Perjuicio estético. La parte actora reclama 8 puntos como perjuicio estético moderado en nivel bajo. Y la demandada ofrece 3 puntos como perjuicio estético ligero de nivel medio. Pues bien, según el doctor Cazorla Ruiz el perjuicio lo ocasiona una cicatriz de 12 cm por debajo del ombligo y encima del pubis, amplia y ancha, curvilínea y visible a cierta distancia. El doctor Cazorla Ruiz exploró a la mujer mientras que la doctora Cazorla Ruiz no lo hizo. La zona afectada es visible buena parte del año (por ejemplo en bikini y con cierto tipo de ropa porque una mujer joven puede dejar al aire la zona del ombligo o visible –transparencias-). Además, la cicatriz afecta a una zona muy relevante, por ejemplo, en las relaciones íntimas. Por tanto, la valoración del perjuicio como moderado se considera correcta y adecuada pero en su nivel más bajo, por lo que se conceden 7 puntos.

Así las cosas, aplicando el baremo de la LSRCCVM del 2009 (año de sanidad de la mujer), se concede la cantidad de 26.486,67 euros. No se aplica el factor de corrección por ingresos en la incapacidad temporal porque no se acreditan los ingresos percibidos por parte de la afectada y el Tribunal Constitucional determinó que este punto del baremo no era de aplicación automática.

**DÉCIMOTERCERO.-** Por último y en cuanto a la cobertura del seguro, Zurich afirma que su responsabilidad solamente es posible dentro de los límites de cobertura de la póliza y añade que la demanda está fuera del ámbito temporal de la póliza. Pues bien la





póliza consta en los docs. 5 y 6 de la demanda. Se pactó en el año 2003 con una duración de 1 año renovable por pacto de las partes (incluso tácito si no hay preaviso con el plazo pactado). Constan renovaciones hasta mayo del 2010, es decir, con posterioridad al siniestro. La actora admite que la póliza se extinguió en ese momento. La actora reclamó en vía administrativa al SMS (al que cubre solidariamente Zurich) el 17-9-2010, y el 23-12-2010 se dio traslado a Zurich (página 48 doc. 1 demanda) a través de una correduría de seguros, lo que consta efectuado el 13-1-2011 (doc. 1 página 51). Además, se remite copia del expediente a la demandada el 14-2-2011 y lo recibe el 24-2-2011 (folios 287 y 287 bis del expediente). Según la cláusula 2.3 de la póliza, el daño cubierto es el que se produce durante la vigencia del contrato y se reclama como máximo hasta un año después de su extinción. Esto es lo que ocurrió en el caso de autos. Por otra parte, la actora decide en el 2014 apartarse del expediente administrativo y actuar en sede jurisdiccional civil contra la aseguradora.

**DÉCIMOCUARTO.-** Resta por resolverse la cuestión relativa a los intereses de demora. La actora reclama los del art. 20 LCS a la aseguradora. Por su parte, Zurich se opone a la reclamación considerando que no ha sabido de la reclamación del actor hasta la demanda. Pues bien, sobre esta cuestión deben realizarse las siguientes consideraciones:

1º Debe reseñarse en primer lugar que la mera existencia de un proceso judicial no puede determinar sin más la exención justificada del deber de indemnizar por parte de la aseguradora al amparo del art. 20.8 LCS. De aceptarse lo contrario, se abriría claramente la puerta al abuso de derecho no permitido en nuestro ordenamiento porque para las entidades de seguros sería bien fácil negarse a indemnizar en todo caso obligando al perjudicado a acudir a la vía judicial y provocando así la inaplicación automática del art. 20 LCS. Y de este modo, quedaría también sin efecto la sanción legal que el precepto establece con la finalidad de incentivar el cumplimiento rápido por las aseguradoras de su deber de reparar el daño. En este sentido, la reciente STS 17-5-2012 señala que "Por otra parte, si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8.º LCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en que consisten los intereses de demora, en la apreciación de esta causa de exoneración esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados ( SSTS 17 de octubre de 2007, 18 de octubre de 2007, 6 de noviembre de 2008, 7 de junio de 2010, 1 de octubre de 2010, 17 de diciembre de 2010, 11 de abril de 2011, y 7 de noviembre de 2011)". Y añade la sentencia citada que "Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar ( SSTS 7 de junio de 2010,; 29 de septiembre de 2010, 1 de octubre de 2010, 26 de octubre de 2010, 31 de enero de 2011, y 1 de febrero de 2011). Por este motivo, la jurisprudencia no aprecia justificación cuando, sin cuestionarse la realidad del siniestro ni su cobertura, la incertidumbre surge únicamente en torno a la concreta cuantía de la indemnización, o respecto de la influencia causal de la culpa del asegurado en su causación, incluso en supuestos de posible concurrencia de conductas negligentes. En el primer caso, porque es relevante que la





indeterminación se haya visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido ( SSTS de 1 de julio de 2008, 1 de octubre de 2010, y 26 de octubre de 2010), sin perjuicio de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado, y porque la superación del viejo aforismo in illiquidis non fit mora (no se produce mora cuando se trata de cantidades ilíquidas) ha llevado a la jurisprudencia a considerar la indemnización como una deuda que, con independencia de cuándo se cuantifique, existe ya en el momento de producirse el siniestro, como hecho determinante del deber de indemnizar (entre las más recientes, SSTS de 1 de octubre de 2010, 31 de enero de 2011, 1 de febrero de 2011, y 7 de noviembre de 2011).

2º La STS 22-10-2004 señala: “ Cuando la mora esté fundada en una causa justificada, como acontece si no están determinadas las causas del siniestro (determinación necesaria para saber si está o no comprendido dentro de la cobertura del asegurador), si se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador, si determinadas las causas del siniestro (por ejemplo, que el incendio ha sido provocado), surgen claras sospechas de que puede haber sido ocasionado por el propio asegurado etc.

Se está ante casos en los que no puede aplicarse la normativa de la mora del asegurador.

A estos efectos cabe recordar la opinión que estima que no puede imputarse al deudor responsabilidad por los daños y perjuicios que, actuando de manera objetivamente razonable y en virtud de un error de carácter excusable, haya ignorado la existencia de la obligación o pueda discutir, de forma no temeraria, la validez del acto de constitución de la relación obligatoria.

En esta línea de pensamiento ha de tenerse en cuenta la dificultad que en el régimen del contrato de seguro se produce en ciertos casos para precisar si el siniestro por el que reclama el asegurado cae o no dentro de la cobertura prevista en el contrato, pues el contrato de seguro ofrece una acusada problemática superior a la de los demás contratos mercantiles.

El rígido sistema legal del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , no obstante, se ha visto moderado por los Jueces y Tribunales ante la justicia del caso concreto, bien mediante la estimación de que concurría un supuesto en el que el retraso del asegurador estaba fundado en una causa justificada o que no le fuera imputable o bien retrasando el cómputo de los intereses a la interposición de la demanda, a la fecha de la sentencia de la primera instancia o al de su firmeza.

Dejando a un lado estos últimos casos, la jurisprudencia de esta Sala nos ofrece algunos supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios.

Como es el supuesto referido a que cuando la determinación de la causa de la obligación del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la pertinencia o la realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas de un siniestro y esto es determinante de la indemnización por su cuantía, cuando





exista discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización, sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro". Por su parte, la STS 11-11-1991 reseña: "sin embargo la aplicación de tal interés no es procedente cuando, como en el presente caso ocurre, la cuantía indemnizatoria tiene como base una causa alegada no predeterminada con exactitud en cuanto a su origen, alcance y efectos, que en consecuencia requiere su previa determinación judicial, a fines de precisar también los exactos origen, alcance y efectos patrimoniales de índole indemnizatoria, pues que entre tanto no se determine adecuadamente la causa generadora de efectos indemnizatorios, y con ello el quantum indemnizatorio que, determine, se da causa justificada de impago que los citados arts. 20 y 30 de la Ley de Seguro de 8 de octubre de 1990, consideran, a sensu contrario, para no estimar aplicable el mencionado interés del 20 por 100".

Esta doctrina no resulta de aplicación en el caso de autos sino la del punto 1º. En efecto, desde finales del 2009 se conoce la existencia del siniestro (lo sabe el hospital y los facultativos) y los datos fundamentales para poderse determinar la responsabilidad del facultativo actuante y la indemnización. Posteriormente, finales del 2010 y principios del 2011, el SMS y Zurich conocen la reclamación de la actora. Así las cosas, se estima que desde ese mismo momento ya pudo la aseguradora fijar la posible indemnización a través de sus peritos lo mismo que hace en el proceso o, por lo menos, el importe mínimo que podría adeudar, y efectuar una oferta, consignación o pago a la demandante por un importe. Pero Zurich no realiza ninguno de esos actos y se opone a pagar y solicita la desestimación de la demanda en su contestación. Se muestra totalmente pasiva mientras la reclamación está en sede administrativa.

3º Zurich supo del siniestro y de la reclamación de la actora al menos desde el 2011. El art. 20.6 LCS establece que "No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número (devengo de intereses desde la fecha del siniestro) quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa". En el caso de autos, Zurich nada ha acreditado en el sentido expuesto.

Por todo lo anterior, se estima de aplicación el art. 20 LCS desde el 13-1-2011.

**DÉCIMOQUINTO.-** En cuanto a las costas, de conformidad con el art. 394 LEC 2000, no se hace especial pronunciamiento ya que se estima parcialmente la demanda.

En su virtud, VISTOS los preceptos citados, los alegados por las partes, y los demás de pertinente aplicación,





### **FALLO:**

Que debo ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda principal interpuesta por doña MARÍA ISABEL MARTÍNEZ VIDAL, representada en juicio por el Procurador Don/Doña ÁNGEL JOANQUET TAMBORINI, y defendida por el Letrado Don/Doña PEDRO A. GARCÍA-VALCÁRCEL ESCRIBANO, contra ENTIDAD DE SEGUROS ZURICH, y, en consecuencia, acuerdo condenar a la aseguradora a abonar a la actora la cantidad de 26.486,67 euros más el interés legal incrementado en un 50 % desde el 13-1-2011 y al tipo del 20 % desde el 13-1-2013.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Comuníquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de apelación en este Juzgado para ante la Audiencia Provincial en el plazo de 20 días desde su notificación mediante presentación de escrito de interposición en los términos del art. 458 LEC 2000.

Así por esta su sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncia, manda y firma SS<sup>a</sup>, DON JUAN IGNACIO CALABUIG ALCALA DEL OLMO, JUEZ DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 54 DE BARCELONA Y SU PARTIDO.

**De acuerdo con la Disp. Adicional 15 de la LOPJ (LO 1/2009 de 3 de noviembre), se recuerda a las partes que, en el momento de preparar la apelación, debe constar consignada por el apelante la cantidad de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el Banesto.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la presente por el sr. Juez que la dictó hallándose SS<sup>a</sup> en audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.

