



Roj: **STS 822/2024 -**
ECLI:ES:TS:2024:822

Id Cendoj: **28079110012024100214**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo**
Civil Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2024**

Nº de Recurso: **6010/2019**

Nº de Resolución: **204/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE**

SPIEGELBERG Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6886/2019,**
AAAP B 13703/2019,
STS 822/2024,
AATS 4384/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 204/2024

Fecha de sentencia: 19/02/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6010/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/02/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN 14.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por:

EAL Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6010/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 204/2024

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán



D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 19 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.^a [REDACTED], representada por el procurador D. [REDACTED], bajo la dirección letrada de D. [REDACTED], contra la sentencia n.º 254/2019, dictada por la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 196/17, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 507/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Zurich Insurance, P.L.C., Sucursal en España, representada por la procuradora D.^a [REDACTED] y bajo la dirección letrada de D. [REDACTED].

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a [REDACTED], en nombre y representación de D.^a Esther, interpuso demanda de juicio ordinario contra Zurich Insurance P.L.C., Sucursal en España, en la que solicitaba se dictara sentencia: "[...] mitjançant la qual s'estimi íntegrament la demanda i en què:

"2.a. es ceclari l'existència de responsabilitat civil de la demandada i el dret de l'actora a ser indemnitzada en els danys i perjudicis patits per l'assistència sanitària prestada d'acord amb la valoració que es formula en aquesta demanda;

"2.b. es condemni la companyia aseguradora demandada a indemnitzar l'actora en la suma total d'1.395.000'00 €, més els interessos legals que determina l'article 20 de la Llei de contracte d'assegurança des del dia 1 d'agost de 2009;

"2.c. es condemni la companyia demandada a pagar les costes d'aquest procediment".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Barcelona y se registró con el n.º 507/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a [REDACTED], en representación de Zurich Insurance P.L.C., Sucursal en España, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia desestimando la demanda y condenando a los demandantes al pago de las costas causadas en este procedimiento".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Barcelona dictó sentencia de fecha 7 de octubre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO PARCIALMENTE la demanda formulada por doña Esther contra la aseguradora ZURICH a la que CONDENO a que pague a la actora señora Esther de (sic) la suma de 6000€ con sus intereses legales desde la fecha de interpelación judicial.

"DISPONGO que cada parte afronte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad de las ocasionadas en este primer grado. Significándose que la señora Esther litiga de oficio".

Por dicho órgano judicial se dictó auto de aclaración con fecha 27 de octubre de 2016, en el sentido de hacer constar correctamente, en el hecho primero de la sentencia, el texto de la demanda.



SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Esther e impugnada por Zurich Insurance P.L.C, Sucursal en España.

2.- La resolución de este recurso e impugnación correspondió a la sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 196/15, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación de Doña Esther contra la Sentencia de 6 de octubre de 2016, dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Barcelona.

"DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS la impugnación formulada por la entidad ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA contra la referida Sentencia, y, por ende, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por Doña Esther contra la entidad ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA.

"No se efectúa especial pronunciamiento de las costas causadas en ambas instancias por la actora.

"No se efectúa especial pronunciamiento de las costas causadas por la sustanciación de la impugnación".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a [REDACTED], en representación de D.^a Esther, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4º de la LC por vulneración del derecho fundamental de tutela judicial establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

"Segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC por incongruencia omisiva y falta de exhaustividad de la sentencia".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primer motivo de casación: infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el nexo o relación de causalidad.

"Segundo motivo de casación: infracción del artículo 1.902 del Código Civil, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la valoración de la probabilidad cualificada.

"Tercer motivo de casación: infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre causalidad e imputación objetiva.

"Cuarto motivo de casación: infracción del artículo 1.903.4 del Código Civil, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre su interpretación.

"Quinto motivo de casación: infracción del artículo 148 del Decreto Ley Legislativo 1/2007, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre su interpretación".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 8 de junio de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:



"1.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Esther , contra la sentencia dictada el 7 de mayo de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimocuarta, en el recurso de apelación n.º 196/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 507/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Barcelona.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"De conformidad con lo dispuesto en los art. 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 12 de enero de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de febrero del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los antecedentes siguientes:

1.º- La actora Doña Esther ejercitó la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS) contra la compañía de seguros Zurich, en la que postuló la condena de la referida aseguradora a indemnizar a la demandante con la cantidad de 1.395.000 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha del siniestro acaecido el 1 de agosto de 2009, como consecuencia de la existencia de un error en el diagnóstico, al no apreciarse la mielitis aguda transversal que padecía y confundirse con un trastorno de ansiedad con clínica conversiva, así como por la demora en la instauración del tratamiento adecuado una vez practicada la RMN, lo que le produjo graves secuelas.

2.º- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 24 de Barcelona, que la tramitó por el cauce del juicio ordinario 507/2015, con la oposición de la compañía aseguradora que solicitó su desestimación.

En su escrito de contestación la compañía aceptó su legitimación pasiva como aseguradora, pero consideró que a la demandante no se le había prestado una atención médica negligente.

Señaló, en síntesis, que la mielitis transversa es incurable, de pronóstico infausto, así como que los corticoides son un tratamiento de uso compasivo y, por lo tanto, meramente paliativo. En cualquier caso, el día 2 de agosto se le pauta corticoterapia.

La paciente presentaba una clínica neurológica fluctuante y poco consistente, no estaba indicada la RMN y constaban cuadros conversivos previos. La pérdida de conciencia nada tiene que ver con la mielitis transversa. El TAC y la analítica fueron normales. Es el 3 de agosto, cuando los signos motores y sensitivos se manifiestan como sugerentes de una comprensión medular, y entonces se acuerda la RMN urgente que solo está prescrita en los supuestos en los que se da una focalidad neurológica evidente.

Subsidiariamente, para el caso de que se declarase probado que se había incurrido en un retraso en el tratamiento recibido, nunca podría acreditarse, con absoluta certeza, que se hubiesen evitado las lesiones permanentes sufridas; puesto que la enfermedad era incurable e instauradas las secuelas neurológicas estas son



irreversibles. De modo que, en todo caso, siempre estaríamos hablando de un supuesto de pérdida de oportunidad, lo que implicaría una reducción importantísima del montante indemnizatorio.

La cantidad postulada se impugna por improcedente, se alegó la excepción de pluspetición y se sostuvo que no se tiene en cuenta la patología de base que ya sufría la actora, las concausas concurrentes y los factores predisponentes.

También, se impugnó la imposición de los intereses del art. 20 de la LCS; toda vez que todos los informes de los que ha tenido acceso la aseguradora indican la ausencia de tratamiento negligente, y en un régimen de responsabilidad civil subjetiva nunca podrá hablarse de siniestro hasta que no se prueba la responsabilidad. Los asegurados no tienen constancia de mala praxis por lo que nada trasladaron a la compañía. Subsidiariamente, el cálculo de intereses no puede ser anterior a la fecha en que se le comunicó el siniestro, el 15 de mayo de 2014 (art. 20.6 LCS). Por otra parte, concurre causa justificada para la no imposición de los intereses de demora.

Anunció la aportación de la correspondiente prueba pericial y concluyó solicitando la desestimación de la demanda.

Seguido el procedimiento por todos sus trámites se dictó sentencia en la que se estimó parcialmente la demanda, en su fundamento jurídico tercero se hizo constar:

"[...] al no quedar demostrada la relación de causa a efecto entre la tardanza en la práctica de pruebas diagnósticas e intervención consecuente con corticoides propia de la mielitis, lo que sí existe es la desazón psicológica que puede producir a la paciente el hecho de que hallándose en un hospital no se haya advertido la aparición de esta enfermedad y que lógicamente entienda que una más rápida clarificación de su etiología y comienzo del tratamiento con corticoides (por más que no se ha demostrado su eficacia en todo caso), hubiera supuesto cuando menos un paliativo para las graves consecuencias que se derivaron. Pero ya ha quedado expuesto que a la luz de la prueba practicada valorada en su conjunto la súbita aparición de la mielitis y sus indudables trágicas consecuencias no podría haber sido evitado ni con un diagnóstico más precoz ni con una inmediata intervención dado que incluso estadísticamente sólo logran superar mielitis idiopática sin secuelas un 33 por ciento de los pacientes que la padecen. Y esa pérdida de oportunidad y frustración psicológica del paciente y demandante señora Esther puede individualizarse y valorarse en la suma de 6000 € en que parcialmente se estima la demanda".

Con base en tal argumentación, se condenó a la demandada a que pagase a la actora dicha cantidad de dinero, con sus intereses legales desde la fecha de interpelación judicial.

3.º- Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación por la demandante e impugnación por la compañía de seguros. El conocimiento del recurso correspondió a la sección catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia por la que desestimó íntegramente la demanda.

En la sentencia dictada por la audiencia se apreció negligencia en el diagnóstico del Hospital Parc Tauli, y una demora en la instauración del tratamiento en el Hospital de Terrassa; no obstante, desestima la demanda al no haberse acreditado la relación de causalidad con el daño sufrido por la demandante, puesto que "el retraso en cuatro días (o cinco días) en la administración de los corticoides no suponía una curación, ni tampoco está claro que una mejoría". Así explica en el fundamento jurídico noveno que:

"1. De las pruebas periciales expuestas y de las declaraciones de la médico de la UCI del Hospital de Terrassa, queda meridianamente claro que en el Hospital PARC TAULI hubo una negligencia en el diagnóstico, pues desde las 20,26 horas del



primer día ya se había indicado que debía descartarse una causa orgánica para determinar si existía o no una crisis conversiva, sin que en ningún momento se practicara una prueba médica que permitiera descartar la causa orgánica. En el informe del Dr. Luciano claramente se indica que "la enfermedad neurológica medular, que presentó la paciente, debió ser diagnosticada en la asistencia recibida en el Hospital de Sabadell, el día 1 de agosto. El proceso no fue adecuadamente valorado, ya que se reaccionó, sin pruebas diagnósticas, con los antecedentes psiquiátricos que presentaba, sin que se descartara la causa orgánica -Mielitis Transversa- como responsable, mediante la realización de un RMN urgente". También este Doctor cree "que la patología de la Sra. Esther debía haberse diagnosticado en Urgencias al observarse una afectación medular, proveyendo que podía existir una mielitis o un síndrome de Guillen Barret, si podía haberse podido prever, en segundo lugar, una crisis conversiva, pero siempre después de excluir la primera. Los antecedentes psiquiátricos no tenían nada que ver y, desde luego, no había ningún cuadro de crisis de epilepsia, ni de trastorno de la personalidad. Creo que hubo un retraso de diagnóstico y administración de medicamento. Una crisis que se acompaña es el daño del sistema neurológico autónomo, y puede afectar a los esfínteres, como de hecho sucedió". El efecto de la retención urinaria, como un síntoma de mielitis transversa, ha sido reconocido por los otros peritos. En concreto, el Dr. Nicolas declaró: "Hasta que la paciente empeora, a la 1,32, es cuando se produce la retención urinaria. Yo hubiera hecho un diagnóstico de crisis conversiva. Una mielitis transversa como la que tuvo la paciente es más grave que la crisis conversiva. A las 2 de la noche sufrió una disminución de la conciencia, la tuvieron que atender y la entubaron por una insuficiencia respiratoria. En el momento de la disminución de la conciencia podía haber la sospecha de la inflamación del bulbo raquídeo, de la médula no, porque hasta que no se retira la sedación no se puede averiguar". También manifiesta este perito que "al principio tenía características de un síndrome convulsivo, pues también puede dar lugar a una parálisis de las extremidades. Ahora bien, cuando se cae en la sala del hospital, mientras esperaba la ambulancia, a partir de entonces es cuando ya debía pensarse que no era un cuadro conversivo. Cuando se entuba a un paciente no se puede hacer una exploración, pues no se puede valorar la clínica. En ese momento con las notas de la Mutua de Terrassa sí que hay síntomas de una mielitis; había signos de una mielopatía, pues eran signos objetivos, como el síndrome de Babinski". No obstante, este perito considera que los profesionales del PARC TAULI actuaron conforme a su Lex artis. Por otro lado, el Dr. Porfirio, después de indicar que la clínica en el PARC TAULI no era de mielitis transversa, señala que "en el PARC TAULI estuvo desde las 12,25 de la mañana. En la primera evaluación de urgencias tenía una alteración de la movilidad tal como consta en la historia clínica; había alteración sensitiva y motora; por la tarde seguía presentada (sic) claudicación de las extremidades y eso podía ser una alteración neurológica y fue visitada por un neurólogo. Entre las 20,25 horas hasta la pérdida de conciencia no sabe si se efectuó otra valoración. A la paciente se le efectuó un Tac en el Hospital PARC TAULI, fue un Tac cerebral, pero no sé si podía hacerse una resonancia, pues para ésta se requiere más infraestructura".

"2. Pues bien, de estas periciales se deduce que había varios síntomas para detectar la mielitis: a) la claudicación de una extremidad inferior y de las dos extremidades superiores, que se produjo casi sin solución de continuidad desde la salida de casa de la paciente a las primeras horas en el centro médico PARC TAULI; b) la retención urinaria acaecida posteriormente; c) la recomendación de que debía excluirse una causa orgánica, efectuada a las 20,26 horas, antes de inclinarse por una crisis conversiva; y d) la caída en el Hospital PARC TAULI cuando ya se la iba a dar de Alta. Es evidente que en el PARC TAULI la atención médica no fue diligente, pues no existe dato alguno demostrativo de que se excluyera la causa orgánica. Es evidente, por lo tanto, que en el HOSPITAL PARC TAULI existió un error de diagnóstico, pues cuando se remitió a la paciente al Hospital de Terrassa



se basó en una previsible crisis de ansiedad, con dificultad respiratoria (declaraciones de Doña Gema), sin que se indicaran datos de una posible mielitis transversal, pese a la claudicación de tres extremidades. En el informe final del citado Hospital seguía manteniéndose que existía una causa psiquiátrica, pues todavía se habla de que la acidosis respiratoria es por "un posible componente comicial".

"3. En cuanto a la actuación en el HOSPITAL MUTUA DE TERRASSA ha quedado acreditado por medio del historial clínico y los dictámenes periciales, que el día 3 de agosto, lunes, fue cuando se temió que podía existir una mielitis transversa, sin embargo, la forma de determinar dicha patología, que era mediante una resonancia magnética, no se efectuó hasta el día 4 de agosto. Es cierto que las resonancias se practican de forma más tardía que otras pruebas médicas, pero se podía haber agilizado dicha práctica. Obsérvese que, pese al informe del PARC TAULI, en el Hospital de Terrassa se sospechó rápidamente el día 3 que podía existir una mielitis transversal, abriendo la ventana neurológica, consistente en dejar de sedar a la paciente y examinar su evolución. Al respecto el Dr. Luciano indica que "del mismo modo la enfermedad se diagnosticó tardíamente en el Hospital Mutua de Terrassa, ya que consta en el curso clínico que el día 3 de agosto, a las 24 h del ingreso, se estableció el diagnóstico clínico-neurológico de: <<afectación bulbar y de vía piramidal, con afectación de 2ª motoneurona de la extremidad superior izquierda>> y se ordenó la práctica de un RMN cráneo cervical por la sospecha de patología inflamatoria (Mielitis cervical). Sin embargo, no se realizó la RMN hasta el día 4 de agosto. El retraso en la práctica de la RMN hasta el día 4 de agosto se debe considerar negligente por la sospecha diagnóstica desde el día 3 de agosto y por la imprescindible de aplicar, de inmediato, el único tratamiento recomendado con corticoides a las dosis pautadas. Asimismo, existió un retraso en la aplicación del tratamiento con corticoides (Metilprednisolona), ya que se inició el día 5 de agosto a pesar de la indicación que consta en el Curs Clínic correspondiente al día 4 de agosto. Por tanto, se debe certificar la existencia del retraso de diagnóstico de la severa enfermedad neurológica y de la imprescindible e inmediata aplicación del único tratamiento recomendado con corticoterapia, en ambas instituciones sanitarias". Estas afirmaciones se han probado claramente, salvo la relativa a si la administración de los corticoides fue el día 4 de agosto, después de conocer los resultados de la resonancia, o el día 5 de agosto, pues la mayoría de los peritos y la testigo Doña Gema señalan que los corticoides se administraron el día 4 de agosto. Por lo demás, en cuanto a la primera tanda de corticoides, la administración posterior de inmunoglobulina, y la segunda tanda de corticoides todos los médicos están de acuerdo en que el tratamiento se siguió de este modo.

"4. En conclusión hubo un error en el diagnóstico en el HOSPITAL PARC TAULI y un cierto retraso de diagnóstico en el HOSPITAL MUTUA DE TERRASSA, pues habiéndose observado de forma diligente y rápida ya el día 3 de agosto de que podía existir una mielitis transversal aguda, no se realizó la RMN hasta el día 4 de agosto, lo que supuso que durante 4 ó 5 días se retrasara el tratamiento de corticoides, que es el indicado por la ciencia médica. Este tratamiento según los peritos es el recomendado, aunque no garantiza la curación, sin embargo, es el protocolo que se sigue en la gran mayoría de supuestos de mielitis transversa. Por lo tanto, se ha acreditado que concurrieron un conjunto de conductas y/o causas que determinaron un retraso en el diagnóstico de cuatro días. Ahora bien, cuestión distinta es la acreditación del nexo causal. Ninguno de los médicos, que han intervenido en este proceso, ha mantenido que la paciente, dada la agresividad con que se presentó la enfermedad, se hubiera curado. El Dr. Luciano lo que asevera es que "existió un retraso de diagnóstico de la severa enfermedad neurológica y de la imprescindible e inmediata aplicación del único tratamiento recomendado con corticoterapia, en ambas instituciones sanitarias". Por otro lado, el Dr. Juan Enrique afirma que

<<dada la gravedad del proceso de la Sra. Esther , un paro respiratorio, y el resultado final que tuvo, no nos cabe duda de que se debió tratar de uno de los casos más graves de mielitis transversa que se pueden presentar, de manera que poco debió importar si el tratamiento farmacológico se inició al quinto o al cuarto día, como poco debería importar también si llegó a empezar el tratamiento o no. Se puede considerar que la mielitis transversa es una enfermedad con posibilidades de control, pero ese control no ha quedado demostrado que sea debido al tratamiento farmacológico con corticoides, de manera que dicho tratamiento se aplica más por un supuesto etiopatogénico teórico de la enfermedad que por un conocimiento real de los beneficios clínicos que aporta>>. Por su parte, el Dr. Nicolas entiende que "el único criterio para trasladar a la paciente a otro Centro era sospechar que había una afectación medular. En el PARC TAULI no había signos de presión medular. Esta patología de 8 a 9 casos, 8 pueden curarse, mientras que uno la evolución es fulminante e incluso puede ser mortal. Hay una atmósfera de supuestos muy variables, a veces algunos casos se sospechan que son mielitis y no lo son; el patrón o cuadro definitivo no existe. Sólo el síndrome de Babinski lo indica, pero esa paciente no lo padecía (se refiere a la actuación en el PARC TAULI)". Pues bien, de lo actuado es evidente que la administración de corticoides, una vez acreditada la enfermedad por medio de resonancia magnética, debe realizarse con rapidez, pues el único sistema que puede ser eficaz, aunque por sí mismo los corticoides no tienen por qué curar la enfermedad. En segundo lugar, las probabilidades de curación son de 8 entre 9 casos, habiéndose determinado por la ciencia médica que uno entre 9 casos puede ser fatal e incluso causar la muerte, según se deduce de las manifestaciones del Dr. Nicolas (en uno de cada 9 casos la enfermedad tiene mal pronóstico, afirmó este facultativo). Por lo tanto, el retraso en cuatro días (o cinco días) en la administración de los corticoides no suponía una curación, ni tampoco está claro que una mejoría. De ello se deriva que el daño que sufrió y padece la actora no es imputable a la actuación médica, pues como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo, referida más arriba, 33/2015, de 18 de febrero: "El criterio de imputación resulta del artículo 1902 CC y exige del paciente la demostración de la relación o vínculo de causalidad entre el daño y el equivocado diagnóstico, así como la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado que el acto médico o quirúrgico fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (STS 24 de noviembre de 2005; 10 de junio de 2008), ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, sin lo cual no hay responsabilidad sanitaria". En síntesis, no pudiéndose imputar al retraso en el diagnóstico el daño que padece la actora, no procedía estimar la demanda, lo que implica que deba desestimarse el recurso de apelación de Doña Esther , estimándose la impugnación de la entidad ZURICH INSURACNE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA, interpuestos contra la Sentencia de 7 de octubre de 2016, dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Barcelona".

4º.- Contra dicha sentencia se interpusieron por la demandante recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal* **2.1** *Los motivos del recurso*

El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formuló al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

El segundo motivo, al amparo del artículo 469.1.2.º de la LEC, por incongruencia omisiva y falta de exhaustividad de la sentencia.



2.2 Examen del primero de los motivos del recurso

Este motivo se fundamenta en la vulneración del art. 469.1 4.º de la LEC por valoración incorrecta de la prueba practicada.

La Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrige, al amparo del art. 469.1 4º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad que ha de presidir cualquier resolución judicial. En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que:

"Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, "esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)".

De igual forma, las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo; 544/2022, de 7 de julio; 653/2022, de 11 de octubre; 847/2022, de 28 de noviembre y 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas.

También constituye jurisprudencia asentada la que proclama que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo y 217/2023, de 13 de febrero).

Por otra parte, la valoración arbitraria no se identifica con una antagónica apreciación de la prueba practicada, y, por lo tanto, no cabe incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos lógicos (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre y 141/2021, de 15 de marzo); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción.

En este caso, no podemos considerar que la valoración probatoria llevada a efecto en la sentencia recurrida sobre la inexistencia de un nexo causal entre las secuelas padecidas por la demandante, el error inicial en el diagnóstico de su dolencia y la demora en la instauración del tratamiento, constituya un error de la naturaleza expuesta o una apreciación irracional o arbitraria de las pericias practicadas. Por otra parte, la relación de causalidad no solo alberga una secuencia fáctica, sino también de causalidad jurídica, propia de un recurso de casación igualmente interpuesto; por todo lo cual dicho motivo de infracción procesal no puede ser estimado. **2.3 Examen del segundo motivo por infracción procesal**

El segundo motivo se fundamenta en que la sentencia de la audiencia no ha resuelto la reclamación efectuada con base en la aplicación del art. 148 de la TRLGDCU, por deficiencia en el funcionamiento de los servicios sanitarios, con lo que incurrió en incongruencia con desprecio del requisito de exhaustividad de dichas resoluciones judiciales.

La doctrina jurisprudencial ha circunscrito los "servicios sanitarios" a los aspectos funcionales de los mismos; es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS 475/2013, de 3 de julio y 446/2019, de 18 de julio, entre otras muchas).

Ahora bien, en cualquier caso, para que exista una responsabilidad de tal clase es necesario que concorra el correspondiente nexo causal entre la precitada deficiencia prestacional y el resultado producido (sentencias 943/2008, de 23 de octubre y 340/2011, de 20 de mayo).

Pues bien, en este caso, la sentencia de la audiencia no es incongruente, puesto que sí que resuelve la acción deducida en aplicación de la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, al considerar que no existe relación causal entre el error en el diagnóstico y la demora en el tratamiento médico con las secuelas padecidas por la demandante; por lo tanto, con ello se está desestimando dicha acción, abordándola y no dejándola de resolver como se denuncia en el recurso.

Como hemos declarado, en múltiples ocasiones, la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 548/2020, de 22 de octubre; 87/2021, de 17 de febrero; 562/2021, de 26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre; 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo; 364/2022, de 4 de mayo; 509/2022, de 28 de junio, 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas).

Por otra parte, como señala también la sentencia 77/2021, de 15 de febrero, difícilmente cabe hablar de incongruencia en los casos de sentencia absolutoria:

"[...] de acuerdo con la doctrina de la sala, "las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada, salvo supuestos muy concretos, que no son del caso, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (SSTS 29 de septiembre de 2003; 21 de marzo 2007; 16 de enero 2008; 5 de marzo 2009), sin necesidad de que exprese la desestimación de cada una de las peticiones formuladas y menos aún de todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y con independencia también de que la desestimación de una petición puede ser implícita como consecuencia de lo razonado en general (SSTS 23 de marzo de 2007; 16 de enero 2008)".

En definitiva, si la sentencia recurrida considera que no existe nexo causal entre el error en el diagnóstico, la práctica tardía de la RMN y la instauración del correspondiente tratamiento médico con respecto a las secuelas padecidas por la demandante, tampoco cabe apreciar la responsabilidad prevista en el art. 148 TRLGDCU, pues no basta una supuesta deficiencia en la prestación de los servicios médicos cuando no concurre daño directamente imputable a una deficiencia de tal clase, y comoquiera que la audiencia no la aprecia, la sentencia del tribunal provincial no incurre en el defecto procesal de incongruencia que se le atribuye por la parte recurrente.

Recurso de casación

TERCERO.- *Desarrollo y fundamento de los tres primeros motivos del recurso de casación*

El recurso de casación se interpone por razón de la cuantía de la pretensión al ser ésta superior a los 600.000 euros (art. 477.2. 2.º LEC). Los tres primeros motivos del recurso se fundamentan en la infracción del mismo precepto (art. 1902



del CC), y sostienen respectivamente como vulneradas las doctrinas sobre la existencia de nexo o relación de causalidad, sobre la valoración de la probabilidad cualificada y sobre causalidad e imputación objetiva.

En definitiva, a través de dichos motivos se cuestiona la fundamentación jurídica de la decisión del tribunal provincial, al sostener que no existe relación de causalidad entre el tratamiento médico recibido y las secuelas padecidas; por el contrario, considera la recurrente que dicha conclusión no es coherente con la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, en la que se reconoce el error inicial en el diagnóstico, la tardanza en establecer el correcto y correlativa instauración del tratamiento pautado; y máxime cuando, para dar por acreditado el nexo causal, basta un juicio de probabilidad cualificada, con cita de la sentencia 701/2015, de 22 de diciembre.

Se señala en el recurso que, si seguimos los propios razonamientos de la sentencia de apelación, el juicio correcto debía tener en cuenta que, con la administración del único tratamiento que puede ser eficaz (corticoides), la probabilidad de curación de la mielitis es de ocho de cada nueve casos; es decir, que la curación se consigue el 88,89% de los supuestos en que se presenta la enfermedad; por el contrario, el fracaso del tratamiento sería del 11,11%.

En definitiva, sostiene que concurren los elementos configuradores de la causalidad jurídica tales como la proximidad en la cadena causal, el ámbito de protección de la norma y el incremento del riesgo.

CUARTO.- Estimación de los motivos

La responsabilidad civil de los sanitarios proviene de la infracción de la *lex artis ad hoc*, que constituye el título de imputación jurídica del daño; es decir, el criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en esa obligación de medios de la que son deudores los profesionales de la medicina (sentencias 1342/2006, de 18 de diciembre; 284/2014, de 6 de junio y 680/2023, de 8 de mayo, entre otras).

Este estándar de comportamiento debido (estándar *of care*), propio de las obligaciones de máximo esfuerzo, se utiliza igualmente por la jurisprudencia contencioso administrativa como pauta de determinación de la corrección en la actuación médica, independientemente del resultado que se produzca en la salud o en la vida del enfermo, ya que no es posible, ni a la ciencia ni a la Administración, garantizar, en cualquier caso, la curación de los enfermos que requieren los servicios sanitarios (sentencias de la Sala 3.ª de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008, 29 de junio de 2010, o, más recientemente, 232/2022, de 23 de febrero); por lo tanto, sin abandonar el fundamento de la imputación de la responsabilidad patrimonial propia de la legislación administrativa, se introducen elementos subjetivos o de culpa, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la automática responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva que se pueda producir, convirtiéndola, de esta forma, en aseguradora universal.

Por nuestra parte, en la sentencia 680/2023, de 8 de mayo, nos manifestamos en el sentido de que:

"[...] la *lex artis* abarca la utilización de los medios y técnicas necesarias, que el estado actual de conocimientos de la medicina, posibilita para el diagnóstico de las enfermedades, de manera proporcional al cuadro clínico que presenta el enfermo; seguir las prevenciones aceptadas por la comunidad científica para el tratamiento de la patología padecida; la práctica diligente de las técnicas empleadas en el proceso curativo, comprendiendo las quirúrgicas; la prestación de la información precisa, con antelación temporal suficiente, de manera comprensible, sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, riesgos típicos y prevenciones a seguir en el proceso de curación de la enfermedad; abstenerse de

actuar en contra o al margen del consentimiento informado del paciente, que habrá de obtenerse, con mayor rigor, en el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva; cumplimentar los deberes de la documentación clínica, sin incurrir en omisiones relevantes e injustificadas; y actuar siempre, de forma diligente, mediante el control de las incidencias del curso de la patología, sin incurrir en descuidos inasumibles, hasta el alta del paciente, con las indicaciones correspondientes de seguimiento, si fueran procedentes (prevenciones pautadas y revisiones periódicas en su caso)".

Pues bien, en este caso, la infracción de la *lex artis* deriva de un error en el diagnóstico por no emplear diligentemente los medios que ofertaba la medicina para filiar el cuadro neurológico preocupante que padecía la actora, unido a una demora en la ejecución de las pruebas diagnósticas y en el retraso en la instauración del tratamiento indicado en los protocolos.

Es evidente, también, que otro de los presupuestos para la apreciación de la responsabilidad civil o patrimonial de la administración, que contiene relevancia jurídica y no exclusivamente fáctica y como tal susceptible de fiscalización a través del recurso de casación, es la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de un sujeto de derecho y el resultado producido, y tal requisito opera tanto en los casos de responsabilidad subjetiva como objetiva; pues la diferencia entre ambas radica en el título de imputación jurídica, pero no en el vínculo que ineludiblemente debe existir entre acción u omisión y el resultado dañoso causado, pues como señala la sentencia de esta Sala 1.^a 1122/2006, de 15 de noviembre, "si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad objetiva u objetivada".

En este caso, la sentencia de la audiencia da por justificado el error en el diagnóstico, en tanto en cuanto no fue debidamente atendido el cuadro clínico que presentaba la demandante al ser trasladada de urgencia, en ambulancia, al centro hospitalario Parc Taulí de Sabadell, con opresión torácica, sensación disneica y debilidad generalizada, imposibilidad de mover la extremidad inferior derecha y, más tarde, las extremidades superiores.

De esta forma, con una clínica neurológica se le da el alta con diagnóstico de probable crisis conversiva, en paciente con rasgos de personalidad del grupo B y antecedentes de ansiedad, y se recomienda acuda a seguimiento a su psiquiatra habitual (Dr. Cosme), para valorar derivación a psicología y ajustar medicación si precisa; al tiempo que se pautaba reposo de 1 a 2 días; y todo ello pese a que el servicio de psiquiatría había indicado que, para mantener ese diagnóstico, era necesario descartar la patología orgánica sobre la cual no se practicó prueba diagnóstica que permitiera descartarla y confirmar lo que no era otra cosa que un diagnóstico condicionado sometido a corroboración.

Pues bien, sin someterla tampoco a observación sobre la evolución de su cuadro clínico en el centro hospitalario, se acuerda el traslado de la paciente a domicilio con el cuadro clínico que motivó su presencia hospitalaria.

Es entonces, en esa situación de espera, cuando se desencadena una progresiva disminución del nivel de conciencia, se intubó a la demandante, que presentó vómito y broncoaspiración durante la maniobra. Seguidamente, se le practicó una radiografía del tórax; TAC craneal (examen dentro de la normalidad) y BAS (broncoaspirado selectivo).

Comoquiera que procedía ingreso en la UCI, y no había camas, se la derivó al Hospital Mutua de Terrassa, en el que ingresa a las 3,30 horas del día 2 de agosto (domingo), donde se le practicó intubación orotraqueal, conectándola a ventilación mecánica y también se procedió a realizarle radiografía de tórax (aumento de densidad en todo el hemitórax izquierdo); FBS (fibrobroncoscopia), apreciándose



abundante cantidad de secreciones de aspecto mucopurulento, y urocultivo positivo a enterococcus faecalis.

A la mañana siguiente, ya el lunes, sobre las 9 horas, D.^a Gema , médico de la UCI, decidió desconectar la intubación y sedación, abriendo una ventana neurológica, al sospechar que la paciente tenía un problema de tal naturaleza, que podría ser una mielitis (primera sospecha diagnóstica), dicha facultativa declaró que la paciente "cuando entró en el hospital de Terrasa venía orientada por crisis de ansiedad, aunque las indicaciones eran un poco raras".

Se comunicó dicha sospecha diagnóstica al Servicio de Neurología. El neurólogo sobre las 12 horas de dicho día también entendió que podía tratarse de una mielitis transversa, por lo que ordenó la práctica de una resonancia magnética (RMN), con el siguiente diagnóstico indicativo: "Afectación bulbar y de vía piramidal, con afectación de 2.^a motoneurona de la extremidad superior izquierda, cuadro responsable del proceso".

La resonancia magnética se practicó el día 4 de agosto, confirmándose que existía una patología medular, al diagnosticarse "mielitis transversa desde el bulbo a la D4 no parcheada".

El tratamiento con corticoides se desconoce si se inicia el día 4 de agosto o el día 5 de agosto, pues al respecto lo reflejado en las hojas clínicas es contradictorio con generación de dudas que perjudican a la demandada en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC).

En definitiva, se declara por la audiencia que hubo un error en el diagnóstico y un retraso en la instauración del tratamiento, que el pautado es la indicación de corticoides a altas dosis, no el recibido anteriormente, y que dicha terapia debe iniciarse cuanto antes mejor, pero que, en cualquier caso, no se ha demostrado la relación de causalidad entre el tratamiento tardío y las secuelas padecidas.

El error en el diagnóstico y el consiguiente retraso en el tratamiento terapéutico privó a la paciente de la ocasión de mejorar sus expectativas de curación o las consecuencias asociadas a esta.

La jurisprudencia ha considerado indemnizable la pérdida de oportunidad (sentencias 10 de octubre de 1998, en recurso 1496/1994; 25 de octubre de 1997, en recurso 427/1995; 504/2003, de 27 de mayo; 948/2011, de 16 de enero; 227/2016, de 8 de abril, entre otras).

La sentencia 105/2019, de 19 de febrero, señaló al respecto que:

"Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que, por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

"En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010), y concede toda la indemnización, mientras que en otros (sentencia de 2 de enero de 2012) limita la indemnización "en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado".

Por su parte, la Sala de lo Contencioso de este Tribunal Supremo también ha admitido dicha doctrina, siendo manifestación al respecto en relación con la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, las sentencias de 7



de septiembre de 2005, rec. 1304/2001; 26 de junio de 2008, rec. 4429/2004; 23 de septiembre de 2010, rec. 863/2008; 13 de enero de 2015, rec. 612/2013; 24 de abril de 2018, rec. 665/2018; o más recientemente 407/2020, de 14 de mayo).

En el presente caso, desconocemos lo que le hubiera sucedido a la demandante en el supuesto en el que se hubiera sometido de forma puntual a ese tratamiento indicado y como evolucionaría su cuadro clínico; pero lo cierto es que se le privó, como consecuencia de una infracción de la *lex artis ad hoc* por parte del personal médico que la atendió, de la ventaja que para su salud derivaba de la instauración pronta de la terapia pautada en los protocolos aplicables a su dolencia, lo que constituía un indiscutible interés de la demandante que el derecho debe preservar, salvo que el resultado fatal fuera irremediable.

La mielitis no es una patología incurable e irreversible de pronóstico necesariamente fatal o mortal. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el estado clínico de la demandante no permitía concluir, con un nivel de probabilidad cualificada, que obtendría su curación sin secuelas.

Es más, dado el carácter agudo de la patología padecida por la demandante, con pérdida de conciencia a las pocas horas de ingresar en el hospital e importante afectación respiratoria precisada de ingreso en UCI y sometimiento a respiración asistida, podríamos calificar el cuadro clínico que presentaba como grave, como así resulta de la pericial practicada, con una elevada posibilidad de que le restasen secuelas; pero, desde luego, perdió la oportunidad de que las mismas pudieran resultar menos graves en el supuesto de que fuera inicialmente tratada de la forma indicada en los protocolos médicos, lo que no conformaba tampoco una expectativa vaga o una simple ilusión o quimera que permitiera descartar el beneficio del diligente tratamiento debido.

La medicina obviamente no puede garantizar resultados, pero la demandante tenía derecho a que se empleasen aquellos medios que la ciencia consideraba procedentes para el tratamiento de su grave patología, y que no eran fútiles o inocuos; puesto que, si así lo fueran, como sostiene la parte demandada, no estarían indicados en la unánime literatura médica existente al respecto y en los protocolos correspondientes.

Por todo ello, el recurso de casación debe ser estimado.

QUINTO.- Asunción de la instancia

La estimación del recurso conlleva la asunción de la instancia como resulta del juego normativo del art. 487.3 LEC y, en este cometido, es preciso atemperar la indemnización procedente a las circunstancias concurrentes antes expuestas.

Para ello, partimos de que los estudios realizados, a los que se refieren los peritos informantes, concluyen que la mielitis cura en un tercio de casos totalmente, en otro tercio mejora con secuelas y el último tercio no mejora.

También, sabemos que el diagnóstico y la instauración del tratamiento con mayor prontitud mejora el pronóstico; no obstante, el cuadro clínico de la demandante era grave, con lo que la posibilidad de curación sin secuelas era reducida, aunque probable que fueran de menor gravedad que las padecidas, y es esa la oportunidad perdida.

Por todo ello, consideramos que debe ser resarcida con el 33% de los daños sufridos (mejora con secuelas), lo que exige su cuantificación, mediante la conjugación de tres circunstancias; la curación sin secuelas en el 33% de los casos, con secuelas en el 66% de los casos, y el concreto cuadro clínico que presentaba la demandada, lo que implica un peor pronóstico con respecto a su recuperación. Y todo ello, en ausencia de otros datos concluyentes. La afirmación de que uno de cada nueve casos se cura no ha de prevalecer sobre aquellos porcentajes que recogen los peritos en sus informes antes reseñados.

SEXTO.- Valoración del daño corporal sufrido

La demandante no aportó un informe de valoración de daños corporales a diferencia de la parte demandada. Ahora bien, la existencia de secuelas es incuestionable, así resulta de la documental médica obrante en autos y de la propia pericial de la demandada.

Se reclaman en demanda las siguientes secuelas, sin sujeción a baremo:

Tetraparesia grave C3-D1, que cursa con afectación esfinteriana, disfunción sexual y parálisis diafragmática.

Epilepsia con crisis parciales.

Insuficiencia respiratoria importante (restricción tipo IV == 50%), secundaria a parálisis diafragmática, infecciones respiratorias repetidas y atelectasia.

Síndrome ansioso depresivo.

Perjuicio estético muy considerable, sólo se puede desplazar en silla de ruedas propulsada eléctricamente, cicatrices importantes y ayuda mecánica para respiración Total 655.000 euros.

Días de incapacidad del 1 de agosto de 2009 al 29 de febrero de 2013, de los que 195 son de estancia hospitalaria y el resto improductivos.

Total 80.000 euros.

Gran invalidez: 460.000 euros.

Daño moral complementario: 100.000 euros e indemnización a los familiares: 100.000 euros.

TOTAL: 1.395.000 euros.

En el informe pericial de la Dra. Sofia, forense en excedencia y diplomada en valoración de daño corporal e incapacidades, aportado por la demandada, resulta que la estabilización de las lesiones de la demandante se produce en el momento del alta en rehabilitación en la Clínica Guttmann, el 28 de mayo de 2010, lo que implican 194 días de hospitalización y otros 106 improductivos que, manejando el Baremo de 2010, supondría la suma de 18.491 euros. En ausencia de otra valoración alternativa, consideramos que la estabilización de las lesiones permanentes se produjo tal y como explica dicha facultativa.

En relación con la tetraparesia grave otorga, siguiendo el sistema tabular reseñado, 85 puntos; toda vez que conserva movilidad en extremidad superior derecha, afectada en extremidad superior izquierda y mayor afectación a nivel de extremidades inferiores. La sensibilidad está también afectada y parcheada en niveles inferiores. No existe control voluntario de esfínteres, pero si conserva la sensibilidad detectando la repleción de ampolla rectal. Es posible sedestación y autopropulsa silla de ruedas eléctrica; no obstante, necesita ayuda para transferencias y cambios posturales.

Como quiera que la tetraplejia completa a nivel C5 y C6 se le otorgan 95 puntos considera, dicha perito, correctos 85 puntos. La tetraparesia abarca las afecciones que se derivan de ella, como esfínteres y respiratoria, debida a la parálisis diafragmática, así como infecciones habituales.

Se descarta la epilepsia de afectación medular, pues el sustrato anatómico es diferente y era un padecimiento previo de la paciente, sin que tampoco se constate una agravación de tal dolencia previa.

También padecía antecedentes psiquiátricos como trastorno de ansiedad y depresivo previo en línea con un trastorno de personalidad tipo cluster, si bien la situación patológica existente supone una desestabilización del cuadro previo, sin que los

informes de psiquiatría apunten, no obstante, a una depresión mayor, ni constan ingresos hospitalarios, por lo que entiende procedente una puntuación de 3 puntos.

Se aprecia, también, por la perito, una afectación del patrimonio estético de un 70% sobre el máximo, por lo que de un total de 50 puntos, implica 35 puntos, lo que, conforme a dicho baremo, daría lugar a una cantidad de 54.306,35 euros.

Por todo ello, la indemnización por secuelas se elevaría a la suma de 289.101,83 euros (234.795,48 euros por secuelas concurrentes y 54.306,35 de secuelas estéticas).

Respecto a daños morales complementarios, puesto que existe una secuela única, que supera los 75 puntos, entiende que proceden 40.644,72 euros adicionales, lo que determina por tal concepto una indemnización de 40.000 euros.

En cuanto a incapacidad permanente, en horquilla entre 88.063,52 euros a 176.127,03 euros, supondrían 144.000 euros.

Respecto a la necesidad de ayuda de otra persona en atención a esperanza de vida y nivel de dependencia sobre un total de 352.254 euros, entiende procedente, en aplicación de un criterio de proporcionalidad, 120.000 euros.

Respecto a perjuicios morales familiares del máximo de 132.095,27 euros, considera procedentes, en atención a que la madre la visita diariamente, aunque la demandante reside en un centro y no existe convivencia en familia de origen otros 48.000 euros.

Todo ello hace un total de 659.592,83 euros.

No obstante, el cuadro clínico de la actora, teniendo en cuenta la valoración de su incapacidad de un 91%, la podemos calificar como gran inválida y no como tributaria de una incapacidad permanente absoluta, máxime cuando en el informe ya se le fijan 120.000 euros por ayuda de otra persona dentro de dicha partida. Por sí misma, no goza de autonomía para las prestaciones esenciales de la vida y se encuentra ingresada en un centro asistencia. El baremo de dicho año fija, por tal concepto, un máximo de 352.254,05 euros.

Por todo ello, teniendo en cuenta que el baremo de tráfico no es vinculante, consideramos que la indemnización procedente en este caso, más adecuada a las circunstancias concurrentes, sería la de 900.000 euros, y dado que la oportunidad pérdida la hemos determinado en un 33%, fijamos la indemnización procedente en 297.000 euros.

SÉPTIMO.- *Con respecto a los motivos cuarto y quinto del recurso de casación*

Con respecto a los otros motivos del recurso de casación, una vez establecido que el daño deriva de la deficiente atención médica prestada por los facultativos incorporados al cuadro médico de los hospitales referidos, asegurados en la entidad demandada, la responsabilidad por hecho de otro haría también imputable el resultado dañoso a dichos centros y, en consecuencia, a su compañía aseguradora Zurich.

En cuanto al art. 148 del TRLGDCU, el posible retraso imputable a la práctica de la RMN, deviene de innecesaria valoración por pérdida de interés legítimo, aun cuando no consta proceda de una deficiencia de organización de los servicios y medios materiales del hospital.

OCTAVO.- *Intereses del art. 20 de la LCS*

Esta sala ha proclamado que sólo concurre la causa justificada del art. 20.8 de la LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar; esto es, cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del



siniestro o su cobertura (sentencias 252/2018, de 10 de octubre; 56/2019, de 25 de enero, 556/2019, de 22 de octubre; 570/2019, de 4 de noviembre, 47/2020, de 22 de enero, 116/2020, de 19 de febrero, 419/2020, de 13 de julio, 503/2020, de 5 de octubre y 563/2021, de 26 de julio, entre otras muchas).

También, hemos sostenido que no constituye tal causa justificada las diferencias entre el perjudicado y la aseguradora con respecto al importe indemnizatorio del daño sufrido, pues tales discrepancias plausibles, desde luego, no impiden a la compañía consignar la cantidad que considere debida.

En este sentido, señalamos, por ejemplo, en la STS 110/2021, de 2 de marzo, que:

"La demandada tan solo discrepa de la cuantía de la indemnización postulada en la demanda, lo que no es causa justificada conforme una reiterada jurisprudencia para evitar la aplicación de los mentados intereses (sentencias 328/2012, de 17 de mayo, 641/2015, de 12 de noviembre; 317/2018, de 30 de mayo; 47/2020, de 22 de enero y 643/2020, de 27 de noviembre entre otras muchas)".

En este caso, el aseguramiento y la cobertura no se discuten, ni tampoco la realidad del daño corporal sufrido por la demandante, y existían elementos suficientes para que la compañía ofreciera, al menos, una indemnización a la perjudicada en atención a las circunstancias concurrentes; lejos de ello, optó por negar absolutamente el resarcimiento del daño.

Hemos señalado que la simple pendencia de un proceso no puede constituir, por sí sola, causa justificada para obviar la imposición de los intereses moratorios; pues entonces las compañías de seguros no liquidarían los siniestros y esperarían a que se promovieran acciones judiciales contra ellas, lo que conduciría a la frustración de la finalidad perseguida por el art. 20 de la LCS, que se convertiría en papel mojado en contra de la voluntad del legislador de garantizar la pronta liquidación de los siniestros.

Ahora bien, en este caso, el conocimiento del siniestro por la compañía aseguradora se produce con la reclamación que se le efectúa el 15 de mayo de 2014, por lo que es, desde esta fecha, cuando comienzan a devengarse los intereses del art. 20 LCS, por la aplicación de su numeral sexto.

Los referidos intereses moratorios se calcularán de la forma siguiente, durante los dos primeros años, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20% (sentencia de pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras, por las sentencias 562/2018, de 10 de octubre; 140/2020, de 2 de marzo; 419/2020, de 13 de julio; 503/2020, de 5 de octubre; 643/2020, de 27 de noviembre; 110/2021, de 2 de marzo y 1322/2023, de 27 de septiembre).

NOVENO.- Costas y depósito para recurrir

La estimación parcial de la demanda, del recurso de apelación y casación conlleva no se haga especial pronunciamiento en costas a ninguna de las partes, así como que proceda la devolución de los depósitos para interponer los precitados recursos, todo ello en aplicación de los arts. 394 y 398 LEC y la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la LOPJ.

Procede, desestimar la impugnación de la compañía de seguros Zurich al recurso de apelación interpuesto con preceptiva condena en costas y pérdida del depósito constituido para impugnar (art. 398 LEC y disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la LOPJ).

Se imponen a la parte demandante las costas del recurso extraordinario por infracción procesal con pérdida del depósito correspondiente (art. 398 LEC y disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la LOPJ).

F A L L O



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

:

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la demandante Doña Esther , contra la sentencia 254/2019, de 7 de mayo, dictada por la sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 196/2017.

2.º- Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la demandante, revocamos la sentencia 138/2016, de 7 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario 507/2015, y condenamos a la compañía de seguros demandada Zurich Insurance PLC, Sucursal España, a abonar a D.ª Doña Esther , la cantidad de 297.000 euros, con los intereses del art. 20 de la LCS, desde la reclamación formulada a dicha aseguradora el 15 de mayo de 2014, de la forma indicada en esta sentencia, y se desestima la impugnación al recurso de apelación interpuesta por dicha compañía.

3.º- Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandante con imposición de costas (art. 398 LEC) y pérdida del depósito para recurrir.

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas de primera instancia, ni las correspondientes a los recursos de apelación y casación interpuestos por la demandante. Imponer a la entidad demandada las costas procesales de su impugnación al recurso de apelación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

4.º- Y devolver a la parte demandante los depósitos constituidos para interponer los precitados recursos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.