



Roj: **STSJ CL 491/2022 - ECLI:ES:TSJCL:2022:491**

Id Cendoj: **47186330012022100076**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2022**

Nº de Recurso: **501/2020**

Nº de Resolución: **137/2022**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA DE LA ENCARNACION LUCAS LUCAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD**

**VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00137/2022**

-

Equipo/usuario: MGC

Modelo: N11600

C/ ANGUSTIAS S/N

**Correo electrónico:**

**N.I.G:** 47186 33 3 2020 0000513

**Procedimiento:** PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000501 /2020 /

**Sobre:** RESPONS. PATRIMONIAL DE LA ADMON.

**De D./ña.** Porfirio

**ABOGADO** GABRIEL BLANCO ALVAREZ

**PROCURADOR D./D<sup>a</sup>.** ANDRES CUEVAS GOMEZ

**Contra D./D<sup>a</sup>.** CONSEJERIA SANIDAD, SEGURCAIXA ADESLAS, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS

**ABOGADO** LETRADO DE LA COMUNIDAD, TELESFORO JAVIER MORENO ALEMAN

**PROCURADOR D./D<sup>a</sup>.** ANA ISABEL CAMINO RECIO

**SENTENCIA N.º 137**

ILMA. SRA. PRESIDENTA:

DOÑA ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA

ILMA. SRA. MAGISTRADA e ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid, a dos de febrero de dos mil veintidós.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, el presente recurso nº 501/2020 en el que se impugna:



La Orden de la Consejería de Sanidad de 25 de febrero de 2020 por la que se estima parcialmente la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada por Don Porfirio con fecha 22 de diciembre de 2017

Son partes en este recurso:

Como recurrente DON Porfirio representado por el Procurador Sr. Cuevas Gómez y asistido por el Letrado Sr. Blanco Álvarez

Como demandadas: ADMINISTRACION DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CASTILLA Y LEON representada y asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos y

SEGURCAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS representada por la Procuradora Sr. Camino Recio y asistida por el Letrado Sr. Moreno Alemán

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Encarnación Lucas Lucas

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - Interpuesto y admitido a trámite el presente recurso, y una vez recibido el expediente administrativo, la parte recurrente dedujo demanda el 30-9-2020 en la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, solicitó de este Tribunal que se dicte sentencia por la que "(...) *estimando el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Consejería de Sanidad de la JCyL, del pasado día 25 de febrero de 2020, acuerde la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la administración y la condena al pago de ciento once mil setecientos setenta y cinco euros con setenta y ocho céntimos (111.775,78 €) a la Junta de Castilla y León (SACYL), y a la compañía de seguros Segurcaixa Adeslas S.A. de seguros y reaseguros, de manera solidaria, declarando el derecho de mi representado a ser indemnizados por los daños y perjuicios causados a mis representados en dicha cuantía, más los intereses legales oportunos, siendo además aplicable lo dispuesto en el art.20 de la ley del contrato de seguro al ser codemandada la compañía aseguradora o subsidiariamente, a indemnizar en la cantidad que se concrete y razone la Sala como ajustada a derecho del resultado de la prueba que se practique; o, se fije en ejecución de sentencia, en los términos fijados por el art.71.1 d) de la LJCA, más intereses, que para la aseguradora serán los del art. 20 de la ley del contrato de seguros, con expresa condena en costas, tanto por la estimación de la petición principal como de la subsidiaria, en su caso, por las consecuencias de la actuación de los servicios médicos de la Junta de Castilla y León, debidas a una falta de asistencia adecuada en el paciente, por hechos acaecidos todos ellos en el ámbito de la prestación de asistencia sanitaria de un beneficiario de la seguridad social con expresa imposición de costas a la demandada*".

**SEGUNDO.** - En el escrito de contestación la Administración demandada con base en los hechos y fundamentos de derecho en ella expresada, solicitó de este Tribunal que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso. La Compañía de seguros, SEGURCAIXA, también se opuso a la demanda.

**TERCERO.** - Recibido el recurso a prueba y practicadas las pertinentes propuestas por las partes, fueron presentadas las conclusiones por las partes y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de día para votación y fallo lo que se ha llevado a cabo el día 19 de enero de 2022.

**CUARTO.** - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Se plantea en el presente recurso jurisdiccional la impugnación de la Orden de la Consejería de Sanidad de 25 de febrero de 2020 estimatoria parcial de la reclamación presentada por Don Porfirio, con fecha 22 de diciembre de 2017, por la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital El Bierzo con ocasión de la intervención quirúrgica de cataratas en ojo derecho a que fue sometido el día 5 de noviembre de 2015.

En la resolución impugnada se reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por haberse producido una pérdida de oportunidad (cuantificada en un 50%) para el paciente de obtener la recuperación total de su salud (recuperación de la visión de su ojo derecho) debido al tratamiento incompleto de la complicación surgida (endoftalmitis) tras la intervención quirúrgica de cataratas en ojo derecho el día 5 de noviembre de 2015.

En coherencia con esta declaración de la indemnización que se estima procedente y que cuantifica en 43.892,88 euros (4.921,52 euros por lesiones temporales y 38.971,37 euros por secuelas) aplica una reducción del 50% al importe de las secuelas considerando que este es el porcentaje en que el daño sufrido se hubiera producido de igual modo, aunque la asistencia sanitaria se hubiera prestado correctamente.



Frente a dicha resolución el demandante, tras narrar los hechos acontecidos, mantiene que no estamos ante un supuesto de pérdida de oportunidad sino de infracción de la *lex artis*, la intervención quirúrgica a que debió ser sometido para el correcto tratamiento de la complicación aparecida en el postoperatorio -endofalmitis aguda- era la vitrectomía posterior, no anterior, y con carácter urgente. Sostiene que la práctica de la intervención quirúrgica procedente en el momento adecuado le hubiera permitido recuperar la visión del ojo derecho. Por ello concluye que ha existido infracción de la *lex artis* que hace a la Administración y a su aseguradora responsables de la totalidad del daño sufrido y que cifra en 111.775,78 euros.

Frente a dicha pretensión se opone la Administración demandada y la compañía de seguros sosteniendo la conformidad a derecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Lo que se suscita en el presente procedimiento es la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por el demandante a consecuencia, en síntesis, de lo que se reputa en la demanda como deficiente asistencia sanitaria prestada en cuanto que, como la propia resolución recurrida reconoce, existió un defectuoso tratamiento de la complicación surgida tras la intervención quirúrgica a la que fue sometido en el Hospital El Bierzo el día 5 de noviembre de 2015, si bien se considera en dicho acto administrativo que no todo el daño derivado de esta deficiente asistencia es imputable a la Administración pues acaecida la complicación -endofalmitis- aunque se hubiera instaurado el tratamiento adecuado para resolverla ello no garantizaba la recuperación de la visión en el ojo derecho, por lo que pondera la indemnización desde la óptica de la pérdida de oportunidad reduciendo la indemnización en un 50%.

De este planteamiento discrepa la parte actora al considerar que lo que ha existido es una infracción de la *lex artis* y que de todo el daño sufrido debe responder la Administración pues de haber sido tratado adecuadamente no habría sufrido la pérdida de visión en el ojo derecho.

Para la resolución de esta cuestión debemos partir de los antecedentes fácticos que se desarrollan en la resolución recurrida, la cual en términos fundamentales recoge la etiología en que se produjeron las dolencias y su tratamiento. Se expresa en dicha resolución:

1.- D. Porfirio, nacido el NUM000 de 1955, fue visto el 13 de febrero de 2015 en consulta de Oftalmología del Hospital del Bierzo, por pérdida de agudeza visual en ojo derecho desde hace aproximadamente 6 meses. En la exploración se apreció una catarata corticonuclear y subcapsular posterior en ojo derecho, con agudeza visual de 0,3 (movimiento de manos), correspondiente a una catarata avanzada. Se incluyó en lista de espera quirúrgica para intervención de catarata de ojo derecho, firmando ese mismo día el documento de consentimiento informado para la intervención.

2.- El día 22 de julio de 2015 el paciente fue visto en la Unidad de Cirugía Mayor Ambulatoria (CMA) para realizar los cálculos biométricos de la lente y nueva exploración antes de la intervención quirúrgica. Firma nuevamente la autorización de cirugía ambulatoria con las recomendaciones pertinentes.

3.- El día 5 de noviembre de 2015 se realizó la intervención de catarata de ojo derecho en el Hospital del Bierzo, mediante facoemulsificación del cristalino, que presentaba catarata dura, produciéndose una desinserción zonular pequeña de 2 a 5 horas y realizando implantación de una lente intraocular en saco capsular. En la revisión postquirúrgica del día siguiente el paciente refirió dolor nocturno, que había remitido.

4.- El día 7 de noviembre de 2015 el paciente acude nuevamente Servicio de Oftalmología del Hospital del Bierzo para consulta de revisión postquirúrgica. En la exploración se aprecia una presión intraocular en ojo derecho de 23 mmHg. La agudeza visual en este ojo es de percepción de luz. Se le realiza una ecografía que es compatible con endofalmitis postquirúrgica. Con el diagnóstico de "endofalmitis aguda de ojo derecho postquirúrgica" es ingresado para tratamiento. Al día siguiente, continúa solo con visión de luz en ojo derecho, fusión corneal positiva con hipopion en la mitad de la córnea y resto de la córnea opaca. Se explica al paciente el mal pronóstico, y que el objetivo es conservar el ojo.

5.- El día 12 de noviembre de 2015 se realiza biomicroscopia corneal, decidiéndose limpieza urgente de cámara anterior en quirófano. Se realiza una vitrectomía anterior y extracción de la lente intraocular.

6.- Al día siguiente, 13 de noviembre de 2015, el paciente presenta hipertensión arterial postquirúrgica en el contexto de tratamiento con antiinflamatorios/corticoides. Previa consulta con Oftalmología de guardia, se aconseja retirar AINEs y continuar con corticoterapia.

7.- El lunes 16 de noviembre de 2015 el paciente solicitó el alta en el Hospital del Bierzo, para acudir a consulta privada en el Instituto Oftalmológico Fernández-Vega, para segunda opinión. En el centro privado se le aconseja realizar al menos dos inyecciones intravítreas antes de realizar vitrectomía, que se programa para el 23 de noviembre de 2015, y se le informa de que debido al estado de la córnea es posible que sea necesario realizar



una queratoplastia asociada, y que el tratamiento médico antibiótico pautado en el Hospital del Bierzo es correcto y debe continuar. El pronóstico visual es muy malo.

8.- Reingresado en el Hospital del Bierzo, el 17 de noviembre de 2015 se le administran dos inyecciones intravítreas de vancomicina- ceftacídima.

9.- El 18 de noviembre de 2015 se realiza biomicroscopia corneal, en la que se observa una córnea totalmente opacificada, con magma de fibrina.

10.- El 20 de noviembre de 2015 se administran dos inyecciones intravítreas de vancomicinaceftacídima.

11.- En la exploración oftalmológica del día 22 de noviembre de 2015 se observa percepción de luz en ojo derecho. Se aplica lentilla terapéutica. En la biomicroscopia se aprecia edema corneal con escasos pliegues y cámara anterior con restos blanquecinos que opacifican el mismo excepto en la zona de las 12 horas.

12.- Al día siguiente, 23 de noviembre de 2015, D. Porfirio es dado de alta médica a las 9 horas, para consulta en el Instituto Oftalmológico Fernández-vega, donde el paciente fue intervenido quirúrgicamente ese mismo día, realizándose una vitrectomía con trasplante corneal e inclusión de aceite de silicona intraocular. La evolución fue favorable, si bien se encuentra en un estado de hipotonía y sin capacidad visual por atrofia del nervio óptico.

TERCERO.- En cuanto a la responsabilidad de las administraciones públicas, hay que resaltar que con arreglo al 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en la actualidad, con arreglo artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, añade el apartado 2, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

El indicado precepto constituye el trasunto legislativo de la previsión contenida al respecto en el artículo 106.2 de la Constitución Española y configura el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que tiene como presupuestos o requisitos, conforme a una reiterada jurisprudencia, los siguientes:

a) Que el particular sufra una lesión de sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; b) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; c) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y d) Que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Para que sea antijurídico el daño ocasionado a uno o varios particulares por el funcionamiento del servicio basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. En este caso no existirá deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable. Finalmente es requisito esencial para exigir dicha responsabilidad el que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea esta consecuencia de un caso de fuerza mayor (por todas, STS, Sala 3ª, de 10 de octubre de 1998, 14 de abril de 1999 y 7 de febrero de 2006).

Por eso, en aplicación de la remisión normativa establecida en el artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe tenerse en cuenta que rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1214 del Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho así como los principios consecuentes que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios y los hechos negativos.

Así, este Tribunal ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra ( Sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).



CUARTO.- En concreto, en lo que hace a la responsabilidad derivada de asistencia sanitaria, la jurisprudencia ha matizado la aplicación del instituto en dicho ámbito poniendo de manifiesto al respecto, la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, recurso de casación 6595/2001, en su FJ 4º, que: *"...como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexa causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar", debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc*".

En consecuencia lo que resulta exigible a la Administración Sanitaria " ... es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" ( STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia ( SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexa causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente.

QUINTO.- Al objeto de llegar a la conclusión de la existencia de mala praxis en el caso analizado, se ha de dilucidar si nos encontramos ante un supuesto de pérdida de oportunidad, o si propiamente las dolencias existentes, pérdida de visión en el ojo derecho, tienen su origen en la asistencia sanitaria prestada en su integridad.

La resolución recurrida considera que es aplicable la doctrina de la pérdida de oportunidad por cuanto que reconoce que el tratamiento de la complicación infecciosa surgida (endofalmitis postquirúrgica) fue con retraso e insuficiente lo que determinó un peor pronóstico en cuanto a la posibilidad de recuperación de la visión del ojo intervenido ya disminuida por la complicación indicada. Cuantifica en un 50% las posibilidades de haber recuperado la visión del ojo derecho de haberse actuado pronta y correctamente.

Efectuado el planteamiento precedente hemos de comenzar por aludir a la doctrina sobre la pérdida de oportunidad.

Dicha doctrina se concreta en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo, 11 de junio, 9 de octubre y 21 de diciembre de 2012, para las cuales <<la "pérdida de oportunidad", como señala la STS de 19 de octubre de 2011, «se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo». Así pues ( STS de 3 de diciembre de 2012), en la fijación de la indemnización a conceder, en su caso, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que sea posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de



la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente. La STS de 27 de noviembre del 2012, con cita de la de 19 de junio de 2012, reitera dicha doctrina sobre que la información acerca de las posibilidades reales de curación constituye un elemento sustancial en la doctrina denominada "pérdida de oportunidad" por lo que, en su caso, la suma indemnizatoria debe atemperarse a su existencia o no.">>.

En el presente caso, se ha de considerar que diagnosticada la complicación surgida (endofthalmitis) esta no fue debidamente tratada conforme a la *lex artis* al no ser tratada a tiempo ni a través de la técnica adecuada.

No lo fue a tiempo ya que según refieren todos los informes periciales obrantes en autos (a los que posteriormente nos referiremos) fue tratada quirúrgicamente con retraso; al ser la agudeza visual en el ojo intervenido de percepción de luz el 7 de noviembre (lo que significa que la infección estaba muy extendida) debió ser intervenido inmediatamente y lo fue hasta el 12 de noviembre. Y tampoco se realizó en forma adecuada ya que lo procedente hubiera sido haber extendido la limpieza quirúrgica a la cámara posterior y lo cierto es que se realizó de la cámara anterior.

Así en el informe realizado por la Inspección médica se concluye que en los pacientes con endofthalmitis que en el evolutivo presentan una agudeza visual de solo percepción luminosa (cual era este caso) se debe realizar una vitrectomía posterior inmediata urgente. En el mismo sentido el informe pericial aportado por la compañía de seguros, elaborado por el Doctor Luis , especialista en oftalmología, concluye que en estos casos debe realizarse una vitrectomía posterior de forma urgente cuando la visión del paciente sea, inicialmente o el evolutivo, de percepción luminosa. E igualmente el informe pericial aportado por la parte actora elaborado por el Doctor Maximino , con apoyo en la Guía Clínica de la Sociedad Española de Retina y Vitreo, y en las Guías de la Sociedad Europea de Cataratas y Cirugía Refractiva, concluye que en los casos de endofthalmitis infecciosa por cirugía de catarata se recomienda realizar la vitrectomía posterior de forma urgente cuando la visión del paciente sea de percepción luminosa.

En base a lo expuestos consideramos que no estamos ante un supuesto de pérdida de oportunidad de las posibilidades de recuperación por una actuación médica omitida o demorada, sino que la actuación sanitaria llevada a cabo en este caso no fue conforme a la *lex artis* pues no solo se realizó tarde sino también de modo inadecuado. Podrán en su caso discutirse las posibilidades que el paciente tenía de recuperar la visión total del ojo tras el padecimiento de la endofthalmitis, pero lo que ha quedado acreditado es que existió una incorrecta asistencia sanitaria (por insuficiente y demorada) de la que se ha derivado un daño para el actor (pérdida de visión del ojo).

Por último debemos rechazar la existencia de insuficiencia en el consentimiento informado en su día firmado por el recurrente, y respecto del que nada se decía en el escrito de demanda, ya que consta en las actuaciones el firmado por el recurrente en el que se especifica la intervención a la que iba a ser sometido y los riesgos que podían derivarse de la misma, entre ellas la posible infección que requiera de una segunda intervención, consentimiento que no consta que fuera revocado a pesar del tiempo transcurrido entre su firma y la intervención quirúrgica y sin que sea preciso la concreta indicación de los medios de que dispone el hospital para la atención de las posibles complicaciones. El documento de consentimiento informado ha de ser comprensible en lo que expone por lo que no puede exigirse que sea tan exhaustivo que contemple todas las opciones posibles en cuanto a los tratamientos y medios para afrontarlos.

#### SEXTO. - Cuantificación de la indemnización

En la resolución impugnada se fija la indemnización procedente de los daños sufridos por el actor en **43.892,88 euros** correspondientes a 4.921,52 euros por lesiones temporales y 38.971,37 euros por secuelas consistentes en pérdida de visión en el ojo derecho (25 puntos 29.676,75 euros), factor corrector por perjuicio económico, hasta 10% (Tabla IV), víctima en edad laboral sin ingresos acreditados (2.967,68 euros), factor corrector por daño moral complementario por incapacidad permanente parcial, 33% (6.326,94 euros).

En la demanda se reclaman 111.775,78 euros correspondientes a 28.318,83 € por lesiones temporales; 42.434,04 € por secuelas (Ptosis palebral ojo derecho, afaquia ojo derecho por fracaso quirúrgica, y pérdida de visión ojo derecho más perjuicio moral por lesiones permanentes valorado en 1.285,88); 12.858,80 € por perjuicio estético moderado, 13.273,30 euros por incapacidad permanente parcial con un 33%, y 8.362,49 euros por factor de corrección. A ello añade 6.500 euros por la factura de la intervención quirúrgica en el Instituto Oftalmológico Fernández-Vega.

Ambas partes aplican para el cálculo de la indemnización al baremo establecido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, vigente en la fecha de producción de la lesión.

Para la fijación de la indemnización debemos partir de las siguientes circunstancias:



. el baremo aplicado por las partes no es vinculante para los Tribunales sirviendo únicamente de guía o criterio orientador a la hora de fijar la indemnización que se estima adecuada. Cabe citar a este respecto la Sentencia de la Sala Tercera, Sección Quinta, del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2016 que declara: *" en relación con la posible aplicación del baremo al ámbito de la responsabilidad patrimonial, éste tiene un carácter meramente orientativo, no vinculante, ni obligatorio, con la única finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del "quantum" indemnizatorio, pero no puede citarse como de obligado, exacto y puntual cumplimiento, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime procedente para procurar la indemnidad del perjudicado en atención a las concretas circunstancias que concurran."*

En el mismo sentido las sentencias de la Sala Tercera, Sección Sexta, del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2016, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2012, que se remite a las anteriores de 17 de noviembre de 2009, recurso 2543/2005, de 24 de noviembre de 2009, recurso 1593/2008, de 22 de diciembre de 2009, recurso 4109/2006, 9 de febrero de 2010, recurso 858/2007 y de 23 de marzo de 2010, recurso 4925/2005.

. en cuanto a las lesiones temporales esta carente de justificación el periodo reclamado de 459 días impositivos (hasta el 29 de mayo de 2017) pues no hay dato alguno en autos -siendo carga de la parte actora- que corrobore esta reclamación a salvo de la consideración del perito informante a su instancia en este sentido con apoyo en el informe de 29 de mayo de 2017 del Instituto Oftalmológico Fernández-Vega ya que este se refiere a la irreversibilidad de la pérdida de visión pero nada expone sobre la situación del actor hasta dicha fecha. Por ello esta se fija en 16 días de hospitalización (del 7 de noviembre al 23 de noviembre) y 100 días no impositivos según el informe de la demandada. Por este concepto se reconocen 8.000 euros.

. en cuanto a las secuelas estimamos la consistente en pérdida de visión del ojo derecho pues aunque no se puede conocer con seguridad la agudeza visual que el recurrente hubiera alcanzado de haber sido tratado adecuadamente lo que no se cuestiona es que las probabilidades de mantener la visión del ojo, de haber sido tratado adecuadamente, eran elevadas (según el informe de la aseguradora en el 20% se produce una amaurosis). A esta secuela estimamos deben añadirse las reclamadas consistentes en ptosis palpebral de ojo derecho y afaquia de ojo derecho, así como perjuicio estético moderado, todas ellas apreciadas por el perito Sr. Maximino único que ha visto al recurrente. Por este concepto se estima procedente fijar una indemnización de 42.000 euros.

. además, deben valorarse los factores de corrección reconocidos en la resolución impugnada por perjuicio económico y por daño moral complementario por incapacidad permanente parcial, con indemnización de 12.000 euros.

. y finalmente también estimamos procedente el reintegro de los gastos sufragados por el recurrente para ser intervenido en el Instituto Oftalmológico Fernández-Vega pues no consideramos que pueda calificarse de voluntaria la decisión de acudir a este centro pudiendo optar por permanecer en la sanidad pública cuando en esta última llevaba varios días sin mejoría alguna y sin que la complicación posquirúrgica surgida fuera tratada.

Por lo tanto, fijamos una indemnización de 68.500 euros actualizada a esta fecha y de la que deberá descontarse el importe de la indemnización percibida.

Esta indemnización devengará los intereses previstos en el art. 106.2 de la LJCA. Y sin que procedan intereses ex art. 20 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, por el periodo previo desde que se interpuso la reclamación, dado que el rechazo por la Administración aseguradora de la reclamación de responsabilidad patrimonial no carecía de todo fundamento, por lo que no cabe apreciar una actitud de la aseguradora elusiva, injustificable, del pago de la indemnización.

SEPTIMO. - De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede hacer expresa declaración en materia de costas procesales al ser la demanda parcialmente estimada.

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

## FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso interpuesto por DON Porfirio representado por el Procurador Sr. Cuevas Gómez contra la Orden de la Consejería de Sanidad de 25 de febrero de 2020 por la que se estima parcialmente la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada declarando la nulidad de la misma y reconociendo al actor el derecho a ser indemnizado en la cantidad 68.500 euros (cantidad de la que debe descontarse la reconocida en la resolución administrativa) condenado al pago de esta cantidad a las



demandadas solidariamente. Esta cantidad devengara los intereses previstos en el art. 106.2 de la LJCA. Todo ello sin hacer expresa declaración en materia de costas procesales.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación en los términos expuestos en el artículo 86 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que en ella se expresa, en el mismo día de su fecha, estando, celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO