



Roj: **STS 1578/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1578**

Id Cendoj: **28079110012012100136**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2012**

Nº de Recurso: **343/2009**

Nº de Resolución: **45/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1833/2008,**
STS 1578/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario 745/2002, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Granada, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal don Antonio , el procurador don Luis María Carreras de Egaña. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Anibal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Bostón Scientific Ibérica S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña María Paz García de la Serrana Ruiz, en nombre y representación de don Antonio , interpuso demanda de juicio ordinario, contra S.A.S. Servicio Andaluz de Salud, contra la compañía de seguros St Paul Insurance, contra la entidad Bostón Scientific S.A y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la cual estimándose íntegramente los pedimentos de la demanda, se condene a los demandados a abonar solidariamente a mi representado en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de doscientos cuarenta mil cuatrocientos cuatro euros con ochenta y cuatro céntimos (240.404,84 euros) , más los intereses moratorios y las costas.

2.- El procurador don Carlos Alameda Ureña, en nombre y representación de Insurance España, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda absolviendo de la misma a ST Paul Insurance España y ello por estimación de las alegaciones planteadas por esta parte en el presente procedimiento y con expresa imposición de costas a la actora .

Por el Letrado del Servicio Andaluz de Salud, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se inhíba del conocimiento del mencionado asunto y remita a las partes ante la jurisdicción Contenciosa-administrativa en su caso.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granada, dictó sentencia con fecha 20 de febrero de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando*



la excepción de prescripción formulada por Entidad Bostón Científicos S.A, se ha de desestimar la demanda interpuesta por don Antonio , condenando a la demandante en costas.

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Antonio , la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 15 de diciembre de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Se declara la falta de jurisdicción para conocer de la acción ejercitada frente a la entidad demandada Saint Paul Insurance España. Se declara la nulidad de la sentencia recurrida y lo demás actuado, retrotrayéndose las actuaciones a la presentación de la demanda, a fin de que se requiera al actor para que en el plazo legalmente establecido en el artículo 73.4 LEC , se pronuncie sobre el mantenimiento de la acción dirigida contra la entidad Boston Scientific España S.A., y todo ello sin perjuicio del principio de conservación de los actos procesales a que se refiere el artículo 230 de la LEC y sin pronunciamiento en cuanto a las costas hasta ahora causadas en ambas instancias.*

SEGUNDO .- Con fecha 16 de noviembre de 2007 se dictó sentencia el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Granada , cuya parte dispositiva es como sigue: *Estimar en su integridad la demanda inicial de estas actuaciones, y en consecuencia, condenar a la entidad Bostón Científicos S.A. a que abone a Antonio la cantidad de doscientos cuarenta mil cuatrocientos cuatro euros con treinta y cuatro (240.404,34 euros), más el interés legal de dicha suma desde la fecha de la demanda hasta su completo pago, y al pago de las costas procesales de esta instancia.*

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte don Antonio , la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 14 de noviembre de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Se revoca la sentencia, desestimando la demanda, condenando a la actora al pago de las costas de primera instancia y sin efectuar pronunciamiento respecto de las del recurso.*

TERCERO .- **1.-** Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de don Antonio con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO.**- Se alega infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil , argumentando en esencia, que la resolución recurrida vulnera los citados preceptos, así como la jurisprudencia que los desarrolla, al declarar prescrita la acción ejercitada, fijando como fecha para iniciar el cómputo del plazo prescriptivo el momento del alta médica, cuando lo pertinente es iniciar el cómputo en el momento en que se produce la resolución por el INSS en la que se declara al lesionado una incapacidad permanente absoluta, no pudiéndose iniciar con anterioridad dicho plazo al encontrarnos ante un supuesto de daños continuados. **CUARTO.**- Infracción de la jurisprudencia sobre la yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual, por cuanto ejercitada en la demanda tanto acciones de responsabilidad civil por culpa contractual como extracontractual contra los demandados, la acción no estaría prescrita por cuanto el plazo para ejercitar la acción contractual es de quince años. **QUINTO.**- Infracción del art. 12 de la Ley de Responsabilidad por Productos y del art. 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios , así como la jurisprudencia sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre esta materia.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de Mayo de 2010 se acordó:

1º) No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Antonio , contra la sentencia dictada con fecha 14 de noviembre de 2008, por la Audiencia Provincial de Granada sección quinta, en el rollo de apelación 314/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Granada, respecto a las infracciones alegadas en el motivo quinto del escrito de interposición.

2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Antonio , respecto a las infracciones alegadas en los motivos primero, segundo , tercero y cuarto del escrito de interposición.

Desde traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Anibal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Boston Scientific Ibérica S.A, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de enero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Antonio formuló demanda en reclamación de los daños y perjuicios sufridos (240.404,34 euros) a consecuencia de la rotura de la prótesis implantada en la vena subclavia izquierda -stent-, para el



tratamiento de su enfermedad, trombosis subclavia y síndrome del desfiladero. La demanda la formula contra Boston Scientific España S.A, distribuidora del producto, fundando su pretensión en la doctrina general del incumplimiento de obligaciones - artículos 1101 y ss del CC -; normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual - artículos 1902 y 1903 CC - y Ley de Consumidores y Usuarios -artículos 25 y siguientes -.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la demandada al abono de la suma 240.404,34 euros. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la del Juzgado en el sentido de absolver a la demandada de los pedimentos contra ella formulados, al entender que la acción ejercitada estaba prescrita. En concreto considera que el *dies a quo* del plazo prescriptivo viene determinado por el informe del alta médica del paciente aunque con posterioridad se declarara su incapacidad permanente mediante resolución del INSS, por ser aquel momento en el que la parte actora tuvo conocimiento del alcance de sus lesiones.

La parte actora interpuso recurso de casación.

SEGUNDO.- El escrito de interposición de la recurrente se articula en cinco motivos, de los cuales no ha sido admitido el quinto. En los tres primeros se alega la infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil, argumentando que la resolución recurrida vulnera los citados preceptos, así como la jurisprudencia que los desarrolla, al declarar prescrita la acción ejercitada. Como fecha para iniciar el cómputo del plazo prescriptivo estableció el momento del alta médica, cuando lo pertinente es iniciar el cómputo en el momento en que se produjo la resolución dictada por el INSS en la que se declara al lesionado en situación de incapacidad permanente absoluta, además de que no es posible iniciar con anterioridad dicho plazo al encontrarnos ante un supuesto de daños continuados.

Se estiman.

Sostiene el recurrido que no es admisible el motivo que impugna la apreciación de la prescripción porque la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es una cuestión de hecho confiada a la apreciación de los órganos de instancia en función de la valoración de las pruebas practicadas, de suerte que la vía adecuada para impugnar esta apreciación no sería el recurso de casación sino el extraordinario por infracción procesal.

No es lo que sucede en este caso. Dice la sentencia de 11 de febrero 2011 que "Aunque la prescripción, como otras muchas materias, tenga componentes puramente de hecho, como por ejemplo la fecha en que se interpuso la demanda o la fecha del día inicial del plazo si éste se determina en función de cuándo fue conocido el hecho dañoso por el luego demandante, también tiene componentes puramente jurídicos como es, en este caso, si la determinación invalidante de las secuelas, en cuanto día inicial del cómputo del plazo, debe hacerse coincidir con una fecha concreta entre varias posibles que hayan sido objeto de debate por las partes litigantes en función de la jurisprudencia de esta Sala sobre el efectivo conocimiento por el perjudicado del alcance o grado del quebranto sufrido. Así lo entendió la sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 2009 (rec. 1207/05, FJ 2º) y así lo entiende también su sentencia de 25 de mayo de 2010 (rec. 2036/05, FJ 3º) cuando señala que "junto al aspecto fáctico, la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción presenta una dimensión eminentemente jurídica, relacionada con la correcta aplicación e interpretación normativa y jurisprudencia aplicables".

La sentencia valora dos fechas: una, la de 17 de junio de 1999 en que se produce la situación de incapacidad permanente; otra, la de 28 de marzo de 2000 en que terminó el expediente del INSS con la declaración de incapacidad permanente y total. Sin embargo, atiende a aquella y no a esta fecha para declarar prescrita la acción. Este planteamiento no puede ser acogido. Es doctrina reiterada esta sala que, cuando, como aquí sucede, se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador, el día inicial del cómputo coincide con la terminación del expediente, pues sólo entonces se dispone de un dato -incapacidad- que afecta esencialmente al daño padecido (SSTS 24 y 25-5-2010 ; 20 de septiembre 2011), lo que le permitirá detallar en su demanda el definitivo quebranto sufrido (STS 7 de octubre de 2009).

TERCERO.- La estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada determina que la Sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda. Los hechos son los siguientes: D. Antonio, que tiene el síndrome de salida torácica bilateral ó síndrome de desfiladero torácico, aunque es más relevante en el lado izquierdo que en el derecho, sufrió en el mes de abril de 1.995 una trombosis venosa del miembro superior izquierdo por afectación de la vena subclavia, consecuencia de dicho síndrome y debido a la presión que sobre ella ejercía la primera costilla con fibrosis y estenosis de la referida vena, y dada la edad del paciente (29 años), se tomó la decisión de seguir un tratamiento que le permitiera incorporarse a su actividad habitual, para lo cual se le efectuó resección de la referida costilla a fin de evitar la presión sobre el citado vaso sanguíneo y, posteriormente, a fin de reconducir la estenosis y restaurar la luz del vaso citado y



prevenir futuras trombosis, se le implantó una prótesis denominada stent fabricada por la entidad demandada Boston Scientific España S.A. en una aleación de cromo, cobalto y acero de forma helicoidal y que mantenía la vena operativa, lo que se llevó a cabo con éxito por el Servicio de Radiología Intervencionista del Hospital Universitario Santa Cecilia de Granada, recomendándosele al paciente evitar hacer esfuerzos con el brazo hasta la próxima revisión que se efectuó el día 11 de septiembre de dicho año, observándose buena evolución aunque con un leve síndrome posttrombótico, y citándolo para nueva revisión dentro de 4/5 meses.

El actor se incorporó a su vida normal y trabajo habitual como peón de obra, pasando en el año 1.997 a trabajar como encofrador de carreteras hasta que en marzo de 1.998 sufrió una nueva trombosis en el brazo izquierdo, motivada por el esfuerzo habitual que desempeñaba en su trabajo en concurrencia con la fatiga del material con que estaba fabricado el stent, lo que provocó la fractura de este y la aparición de la trombosis, la cual fue tratada dándosele de alta el 1 de abril de 1.998 con revisión a los tres meses. En marzo de 1.999 la situación se estabilizó aunque persistía un síndrome postflebítico con edema moderado y desarrollo de colateralidad y la aparición de una nueva secuela consistente en la afectación del plexo braquial por el stent, habiéndose valorado la retirada del material fracturado presentando más riesgos que beneficios por lo que se rechazó por el servicio dicha retirada. En junio de 1.999 sufrió un fuerte hematoma en el brazo derecho, motivado por el uso de anticoagulantes a los que estaba sometido indefinidamente, evaluándose la extirpación de la costilla derecha para evitar posible trombosis, si bien se desechó, dándosele de alta el 17 de junio de dicho año y emitiéndose informe a su instancia en el que se hacía constar que se encuentra mermado en su capacidad física por presentar dolor e hinchazón en el miembro superior izquierdo que aumenta al realizar esfuerzos lo que le impide realizar sus actividades cotidianas. Como su baja laboral se mantenía desde febrero de 1.998, dado que no había podido trabajar desde entonces, reclamó nuevos informes a fin de solicitar su incapacidad, informes que se emitieron en octubre y noviembre de 1.999, terminando el expediente del INSS con la declaración de incapacidad permanente y total el 28 de marzo de 2.000, por "síndrome de salida torácica bilateral. Trombosis venosa profunda axilosubclavia izquierda. Sinupatía maxilar crónica. Hiperreactividad bronquial y con las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Esfuerzos físicos intensos realizados con miembro superior síndrome posttrombótico y en Miembro superior izquierdo irritación de plexo braquial por restos de Stent metálico".

El 19 de julio de 2.000 el actor se dirigió a la entidad Isaza S.A. distribuidora del stent al tiempo de su implantación, la que le comunicó que se debía dirigir a la actual distribuidora, la hoy demandada Boston Scientific, a quien remitió telegrama el 7 de febrero de 2.001 reclamándole los años derivados de la rotura del stent, telegrama remitido igualmente al Servicio Andaluz de Salud el 5 de abril de dicho año, y posteriormente acto de conciliación frente a la entidad Boston Scientific España S.A. el 7 de febrero de 2.002, que se celebró el 25 de abril de dicho año, sin avenencia, formulándose la demanda el 20 de septiembre de 2.002.

Para hacer valer estos hechos frente a la ahora recurrida (inicialmente se formuló también demandas frente el Servicio Andaluz de Salud y la aseguradora St. Paul Insurance), en la demanda se ejercitaron las acciones que resultan de los artículos 1101, 1902 y 1902, reguladores de la culpa contractual y extracontractual, además de las propias de la Ley de Consumidores y Usuarios 26/1984 (artículos 2, 25, 26 y 28), sobre las cuales debe precisarse lo siguiente:

En primer lugar, un stent no es un medicamento, ni una especialidad farmacéutica, sino un "producto sanitario" dirigido a los profesionales sanitarios para su implantación con fines paliativos en cuanto disminuye la posibilidad de que se produzcan nuevas acumulaciones de placas en la arteria, sin excluirlas permanentemente. Como tal lo define el artículo 8 de la Ley 25/1990 de 20 de diciembre, del Medicamento, como "cualquier instrumento, dispositivo, equipo, material u otro artículo, incluidos los accesorios y programas lógicos que intervengan en su buen funcionamiento, destinados por el fabricante a ser utilizados en seres humanos, sólo o en combinación con otros, con fines de: -Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad o lesión. - Investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico. -Regulación de una concepción. Cuya acción principal no se alcance por medios farmacológicos, químicos o inmunológicos, ni por el metabolismo, pero a cuya función puedan concurrir tales medios".

La regulación específica de productos sanitarios se encuentra en el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, sobre Regulación de Productos Sanitarios (vigente hasta el 21 de diciembre de 2010 -Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre-), de acuerdo con lo previsto en la Directiva 93/42 CEE del Consejo sobre Productos Farmacéuticos, que lo define del mismo modo en su artículo 3.

En segundo lugar, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no resulta de aplicación en el presente caso. La Disposición Final Primera de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos dispone que "Los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, incluidos en el artículo 2 de la presente Ley", mientras



que el artículo 2 de la misma, modificado por la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, sobre Política Económica . Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, señala que "A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble. También se considerarán productos el gas y la electricidad". En lo que aquí interesa supone que, tratándose el stent de un producto incluido en el artículo 2 de la Ley, no es de aplicación la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios , que se invoca en la demanda, y sí las acciones propias de la responsabilidad civil extracontractual, sobre las que se resuelve la prescripción, a partir de la concurrencia de un daño causalmente vinculado a una acción o omisión culposa, en este caso del fabricante del producto; requisitos que han de ser objeto de prueba suficiente.

Pues bien, en el caso hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones del demandante están vinculadas a la rotura del stent, y también causalidad jurídica. No se niega que había un riesgo de que el stent se pudiera romper debido a ejercicios continuados durante el trabajo, y que este riesgo priva al producto de la seguridad que legítimamente cabría esperar cuando se implanta, y lo que no es posible es poner a cargo del paciente las dudas sobre la resistencia del material con el que está fabricado cuando es el fabricante el que dispone de los datos sobre la fatigabilidad. El juicio de reproche subjetivo recae sobre la entidad demandada -fabricante del producto-, y, por consiguiente, la que incurrió en la falta de diligencia, conforme resulta de los hechos probados de la sentencia del Juzgado, puesto que la colocación del stent se hizo para que el actor pudiera seguir con su vida normal, sin que en ningún momento se le prohibiera continuar con el trabajo habitual porque el mecanismo de rotura por compresión muscular no está descrito en la literatura médica -Dr. Eusebio - y la posibilidad de rotura por sobre esfuerzo se habría materializado mucho antes de cuando ocurrió, como precisó el Dr. Jacobo . Se trataba, en suma, de valorar la edad del paciente y devolverlo a su trabajo habitual, desde la idea de que como portador de un stent, el ejercicio físico no sólo podía realizarlo sino que debía realizarlo, con o sin la supervisión médica correspondiente, y, sin embargo, se rompió tres años después de haberse colocado.

CUARTO.- La rotura del stent originó daños al demandante que deben ser objeto de indemnización si bien de forma distinta a como se cuantificaron en la sentencia del Juzgado (240.404,34 euros), sin más justificación que "las circunstancias concurrentes" de edad, trastornos síquicos, necesidad de tomar medicamentos toda su vida, dificultad para encontrar trabajo y el lucro cesante que va a dejar de percibir durante toda su vida laboral al no poder volver a desempeñar el mismo puesto de trabajo que antes desempeñaba.

Desde que le fue diagnosticada la rotura del stent, Don Antonio , tuvo que ser ingresado en varias ocasiones. Si bien las secuelas de la rotura coinciden con las ya apreciadas en un principio, a efectos de fijar el momento del alta definitiva se puede valorar a favor del paciente que durante los meses que siguieron a la rotura estuvo pendiente de un tratamiento que permitiera la curación o al menos, que posibilitara una mejoría (se llegó a valorar la sustitución del stent, lo que finalmente se rechazó por comportar más riesgos que ventajas), de forma que la fecha del alta definitiva, momento en que las secuelas quedaron definitivamente consolidadas sin posibilidad de tratamiento, fue en el momento en que se le reconoció la incapacidad laboral (29 de marzo de 2000) por el equipo de valoración de incapacidades. De ahí que proceda aplicar la actualización de las cuantías publicada por DGS para el año 2000, con base en lo siguiente;

(i) El siniestro tiene lugar el día 9 de marzo de 1998 (cuando se le diagnosticó la ruptura del stent endovenoso implantado en vena axilosubclavia izquierda); dato que resulta de la pericial de parte -Dr. Samuel -, en atención a la documentación clínica acreditativa de que el paciente ingresó el 9 de marzo de 1998 en Hospital Universitario San Cecilio de Granada, donde permaneció hasta el 1 de abril. De conformidad con la jurisprudencia sentada por las SSTS de 17 de abril de 2007 y siguientes, esta fecha determina el régimen aplicable para la determinación del daño, que ha de ser el contemplado en la Ley 30/95, en su redacción original.

(ii) En el momento del siniestro el Sr. Antonio tenía 29 años de edad, como resulta de la documental obrante, informe de ingreso hospitalario de 9 de marzo de 1998.

(iii) El alta definitiva se produjo el 29 de marzo de 2000, con lo que ha estado de baja desde el 9 de marzo de 1998 al 29 marzo de 2000 (750 días, de los cuales 77 improductivos y 23 con hospitalización).

Si bien el perito señala 100 días, todos improductivos, de ellos 23 hospitalarios, resulta procedente fijar la incapacidad temporal hasta el momento en que se concretaron definitivamente las secuelas (año 2000) al valorarse la incapacidad, porque el hecho de que pudiera haber estado trabajando mientras recibía tratamiento solo implica que estuvo de baja no improductiva, pero no que estuviera curado. Es posible, como dice el perito, que a los 100 días se reanudara la circulación colateral, pero eso no implica que no siguiera sometiéndose a tratamiento para ver si era posible solucionar o paliar su problema con un nuevo stent.

En aplicación de las cuantías del año 2000 (Resolución 2-3-2000, BOE 24 de marzo), resultan las siguientes cantidades:



A) Indemnización básica:

Días de hospitalización: $23 \times 49,475$ euros = 1.137,925 euros.

Sin hospitalización:

- Impeditivos: $77 \times 40,195$ = 3.095,015 euros.

- No impeditivos: $650 \times 21,648$ = 14.071,2 euros.

Total: 18.304,14 euros.

B) Factor corrector por perjuicios económicos:

Dado que la víctima está en edad laboral, pero no acredita ingresos, hasta el 10% (por analogía de lo previsto para las lesiones permanentes), STS de 18 de junio de 2009 (RC n.º 2775/2004], se le indemniza conforme al máximo de la escala (10%= 1.830,414 euros).

Indemnización total: 20.134,554 euros.

En cuanto a las lesiones permanentes o secuelas. Según pericial de parte e informe de invalidez, las secuelas exclusivamente ligadas a la rotura del stent serán los siguientes:

1. Restos metálicos en vena subclavia izquierda -equiparable a material de osteosíntesis húmero- (2-4 puntos). El perito adjudica 4 puntos.

2. Irritación de plexo braquial -equiparable a parestesias partes acras en extremidades superiores- (3-7 puntos). El perito da 5 puntos.

Es evidente que las patologías previas que dieron lugar a la implantación del stent (trombosis, insuficiencia venosa axilsubclavia izquierda, tratamiento anticoagulante oral), no pueden valorarse como secuelas derivadas de la rotura, pues existían antes y hubieran existido sin su colocación. Se acepta la prueba pericial para solo dar una puntuación intermedia respecto de la irritación del plexo braquial (su escasa proximidad con la vena subclavia puede comportar unas molestias no tan graves como para darle la puntuación máxima de la horquilla):

A) Indemnización básica por lesiones permanentes:

$[(100-5) \times 4 / 100] + 5 = 8,8$ se redondea a 9 puntos.

$9 \text{ p} \times 637,337$ euros (para víctima de 29 años) = 5.736,033

B) Factor corrector de invalidez

Invalidez permanente total (impiden totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado). Su determinación parte de considerar que el paciente trabajó después de que se le implantó el stent y dejó de hacerlo después, porque no pudo darse solución al problema derivado de su extracción, o lo que es igual, no pudo recuperar la situación anterior, recuperando también la capacidad laboral que perdió. Se le indemniza por la suma máxima para este factor de 66.011,016 euros.

C) Factor corrector de perjuicios económicos.

Hasta 10% de la indemnización básica, para víctima en edad laboral que no justifica ingresos 573,60 euros.

Total $(5.736,033+66.011,016+573,60) = 72.320,649$

Todo lo cual hace una indemnización de 92.455,203 euros. Esta cantidad devengará los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia de primera instancia puesto que en la misma ya había sido condenado al pago de una cantidad líquida superior, soluciones todas ellas acordes tanto con la naturaleza procesal o sancionadora de los intereses en cuestión como con las facultades que al tribunal del recurso le atribuye el párrafo segundo del artículo 576 LEC para el caso de revocación parcial de la condena.

QUINTO.- En aplicación del artículo 394.1, en relación con el artículo 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede la imposición de costas de este recurso ni de las de ninguna de ambas instancias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Antonio contra la sentencia de 14 de noviembre del 2008, dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada .



2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3.- En su lugar, estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Boston Scientific España S.A contra la sentencia dictada con fecha 16 de noviembre de 2002, en el procedimiento de juicio ordinario núm. 745/2002 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Granada . Revocamos esta sentencia y confirmamos en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de fijar en 92.455,203 euros la indemnización que Boston Scientific España S.A hará efectiva a Don Antonio , con más los intereses legales del artículo 576 desde la sentencia de 1ª Instancia.

4.- No se hace especial declaración en cuanto a las costas de la 1ª y 2ª instancia, como tampoco de las del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Roman Garcia Varela Xavier O'Callaghan Muñoz Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.