

Expediente 45384

Cliente... : G M A
Contrario : FREMAP
Asunto... : RECURSO DE APELACIÓN 47/17
Juzgado.. : T.S.J.C. SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 4 BARCELONA

Resumen**Términos****17.11.2017****FINE REC. CASACION**

SERVICIOS
JURÍDICOS
VERDÚN S.L.

JOSÉ AZNAR LUISA BLANCO MATILDE BARRABÉS

Barcelona - L'Hospitalet de Llobregat - Cornellà - El Prat - Esplugues - Gavà - Martorell - Sant Boi - Sant Feliu



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Rollo de apelación nº 47/2017

Parte apelante: FREMAP MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES
PROFESIONALES DE LA S.S..

Parte apelada: G M A

S E N T E N C I A N º 629/2017

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. E B J

MAGISTRADOS

D^a M L P B

D^a M F N Z

En la ciudad de Barcelona, a quince de septiembre de dos mil diecisiete

**VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA)**, constituida para
la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en el nombre del
Rey, la siguiente Sentencia para la resolución del presente recurso de apelación,
interpuesto por FREMAP MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y
ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA S.S., representado por el Procurador
de los Tribunales D. P M. A L , y asistido por el Letrado D.

JOSÉ AZNAR LUISA BLANCO MATILDE BARRABÉS

F S B contra la sentencia nº218/2016, de fecha 8 de junio de 2016, recaída en el Procedimiento ordinario 404/2015 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de Barcelona, al que se opone D. G M A, representado por el Procurador D. J S L, y defendida por la Letrada D^a. Luisa Blanco Delgado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Doña M F N Z, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 08/06/2016 el Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de Barcelona, en el Procedimiento ordinario seguido con el número 404/2015, dictó Sentencia Estimatoria del recurso interpuesto contra desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial. Con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección.

TERCERO.- Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 4 de septiembre de 2017.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fremap interpone recurso de apelación contra la sentencia de 9 de noviembre de 2.016 dictada por el Juzgado contencioso-administrativo nº 3 de los de Barcelona que acuerda: " Estimar el recurso deducido por, G M A contra la MUTUA FREMAP en concepto de responsabilidad patrimonial y le condeno a pagar al actor la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, determinándose en ejecución de sentencia la cuantificación del periodo de sanidad, con expresión de los días improductivos y no improductivos. Secuelas acreditadas en la Sentencia del Juzgado nº 32 de lo Social de Barcelona, Secuelas estéticas y los factores de corrección a aplicar concretando que la cantidad resultante devengará el interés legal desde el día 27 de septiembre de 2013 con

costas."

SEGUNDO.- Conviene recordar, que:

a) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica razonada y articulada de la sentencia apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una Sentencia a su favor.

b) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengán ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

c) Por otro lado el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquellas, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, entendiendo por infracción aquella que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo.

TERCERO.- Como esta Sala ya ha declarado, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de

responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, resulta preciso fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento o a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.

Y para ello el criterio básico utilizado por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la «Lex artis», ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto.

La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es *de medios* y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la «Lex artis» es un criterio de *normalidad* de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida («lex artis»).

Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha «Lex artis»; de exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la «Lex artis».

El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 7 de junio de 2001 (RJ 2001, 4198) (citando otras anteriores como las de fechas 3 [RJ 2000, 8616] y 10 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9370]) habla de que «El título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no sólo en la realización de una actividad de riesgo, como parece suponer la parte recurrente, sino que también puede radicar en otras circunstancias, como es, singularmente en

el ámbito de la asistencia sanitaria el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo. Esta inadecuación, como veremos que sucede en este proceso, puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la "lex artis ad hoc" o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de los que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada».

Otra sentencia, también de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, identifica el criterio de la «lex artis» con el de «estado del saber» y sólo considera daño antijurídico aquel que no supera dicho parámetro de normalidad, entendiendo que la nueva redacción del artículo 141, 1 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (procedente de la Ley 4/1999 [RCL 1999, 114 y 329]) ha tenido como único objeto consagrar legislativamente la línea jurisprudencial tradicional.

CUARTO.- La sentencia de instancia estima el recurso formulado al entender que queda probada la existencia de responsabilidad patrimonial dado que:

a. Analizando la prueba, y la ratificación a presencia judicial, llega a la conclusión que la rotura del tendón de Aquiles se produjo ya con la primera caída. Y para ello apunta a dos datos: en primer lugar, que la testifical de la Dra G no permite afirmar con rotundidad que ésta explorara la zona, procediendo por el contrario a inmovilizar la zona tras constatar fractura del maleo tibial, y que la rotura del tendón de Aquiles no se puede explicar en otro momento dado que éste es el tendón más grueso del cuerpo y no lo puede romper una simple entorsis tras la retirada del vendaje, entorsis que no queda acreditada, por lo que nada apoya esta explicación y si la primera, atendida la propia historia clínica que sitúa la rotura en aquella caída del 29.2.12 con la existencia de la gran fibrosis que presentaba el paciente.

b. En cuanto a la indemnización no fija ésta y se limita a su determinación en ejecución de sentencia.

QUINTO.- El análisis de las alegaciones de las partes en relación a la sentencia dictada permite afirmar:

1. Existe una declaración de responsabilidad de la Mutua por retraso en la atención, que ha ocasionado la necesidad de dos operaciones, unas secuelas y la declaración de incapacidad permanente parcial. Se remite para ello al reconocimiento de éstas en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 32.

2. Aunque es cierto que en el fundamento segundo habla de pérdida de oportunidad este fundamento se observa meramente genérico, es decir plantea la responsabilidad patrimonial en términos jurídicos. Pero al descender sobre la aquí pretendida responsabilidad no afirma que estemos ante un pérdida de oportunidad. Antes al contrario, imputa a la demora la retracción de los extremos del tendón y la necesidad de las dos intervenciones quirúrgicas.

3. Con todas las dificultades que plantea la responsabilidad patrimonial, cuando los dictámenes periciales son contradictorios, ello no implica que la prueba no pueda ser apreciada en su conjunto y determinada la responsabilidad, argumentando las razones que llevan al juzgador a apreciar como mas fundada la tesis sostenida por una de las partes.

Y en este sentido, aún siendo cierto que de la sospecha del radiólogo en el TAC de 13 de marzo no es posible extraer conclusión alguna determinante dado que la rotura lo es del tendón de Aquiles y no de los tendones peroneos, la sentencia llega a la conclusión de la responsabilidad tras varios argumentos que sintéticamente han quedado expuestos en el fundamento anterior, y cuyo detalle queda expresado en la sentencia.

Frente a ello nada se expone por la Mutua que permita destruir aquella apreciación recogida con inmediación tras la práctica de las diversas pruebas.

Y ello es así, porque como expone la actora no cabe escudarse en que aquella fractura no es propia de la mecánica de la caída, pues precisamente ello podría sostener la propia conclusión de la sentencia, que de inicio ya no se consideró aquella posibilidad y quizás por ello no se tuvo constancia de aquella manifestación clínica. Y en segundo lugar, que mientras no se retiró el vendaje el problema pudo estar relativamente oculto ya que no se produjo carga sobre el pie afectado. Que los médicos que le atendieron no sospecharan el problema ni tampoco en la rehabilitación y que ello no constituye un argumento para rechazar la afectación del tendón de Aquiles pues entre la retirada de la inmovilización y la evidencia pudo

producirse no ya la rotura, atendido lo expuesto en la sentencia, sino el agravamiento de una rotura previa al tener que cargar el pie en el suelo. La explicación sobre la gran fibrosis y la propia imputación de la historia clínica son elementos que dan apoyo a la conclusión de la sentencia, que en este extremo no se muestra irrazonable al valorar las pruebas practicadas en instancia.

Por ello debemos rechazar el recurso en este extremo.

4. Distinta consideración ha de merecer la impugnación relativa a la fijación de la indemnización porque efectivamente se observa un déficit en la sentencia dado que bajo la apariencia de fijar unos parámetros no se puede determinar cual es la indemnización que procederá. Por ello el recurso será estimado parcialmente, pero sin dejar sin efecto la apreciación de la responsabilidad dado que aquella ausencia en la determinación no puede llevar a una declaración de ausencia de responsabilidad.

Por ello, y a la vista de las alegaciones de las partes habrá de fijarse como mínimo aquellos parámetros que esta instancia permite fijar:

- La cuantía máxima de la indemnización no puede superar lo pedido en vía administrativa y judicial, pero esta cuantía no son los XX.XXX euros que por todos los conceptos (excluidos los intereses y las costas que son aparte) son fijados prudencialmente antes de demanda a requerimiento del órgano judicial, dado que esta fijación se realiza solo de forma prudencial y ya en demanda fija en el suplico la cuantía como indeterminada. Ahora bien, no podrá superar la indemnización la cuantía solicitada en vía administrativa dado que de otro modo se produciría desviación procesal y en consecuencia la vía de ejecución se halla obligada a respetar este límite previo que ya queda determinado con arreglo al documento dos que acompaña la actora a su escrito de interposición del recurso.

- De los días impositivos o no impositivos habrán de detraerse aquellos que aún con un tratamiento no tardío se habrían producido.

- La existencia de secuelas y de su alcance ya queda determinada por relación a las establecidas en la sentencia del Juzgado nº 32 de lo social, por lo que sin perjuicio de su determinación, su alcance no ha quedado desvirtuado, por lo que procede desestimar el recurso en este extremo y confirmar la sentencia al establecer unos parámetros concretos que permitirán su concreta y debida fijación en ejecución.

Procede pues la estimación parcial en este extremo con las precisiones que quedan formuladas y que serán objeto de concreción en ejecución de sentencia, que habrá de atenerse a los citados parámetros.

SEXTO.- No son de apreciar méritos en orden a un pronunciamiento sobre el pago de las costas procesales a la parte apelante a tenor de lo expuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional habida cuenta la estimación parcial.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el presente recurso de apelación en el extremo relativo a la responsabilidad patrimonial, y estimar parcialmente la pretensión en el relativo a la fijación de la indemnización en los términos del fundamento quinto.

Segundo.- Sin imposición de costas.

Al amparo de lo establecido en los arts. 86 y demás concordantes de la LJCA, en su redacción dada por la LO 7/2015, de 21 de julio y conforme establecen los Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016 (BOE de 6 de julio de 2016) y 22 de julio de 2016 (del que se ha dado la oportuna publicidad a través de la sede electrónica del Consejo General del Poder Judicial y de la Oficina de Prensa del Tribunal Supremo), se informa a las partes que contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación por interés casacional por las partes legitimadas el cual deberá interponerse en el plazo máximo de TREINTA DÍAS a contar desde la notificación de la presente resolución o, en su caso, del auto de aclaración o integración de la misma, dictado al amparo del art. 267 de la LO 6/1985, sin perjuicio de lo establecido en el art. 135 de la LEC.

De este recurso conocerá, el Tribunal Supremo cuando el recurso se fundare en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora (art. 86.3 del LJCA).

En todo caso, el escrito de preparación, que se presentará ante la Sala de instancia, deberá ajustarse a los requisitos formales y sustantivos establecidos en los artículos 87 bis; 88 y 89 (en especial apartado 2º de este último artículo) de la LJCA.

El escrito de preparación deberá, además, ajustarse a lo establecido en los Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016 y de 22 de julio de 2016, dictados al amparo del art. 87 bis de la LJCA, en aquello que sea aplicable.

A tales efectos, se informa a las partes de que no es posible la presentación del escrito por medios telemáticos ante este Tribunal.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes en la forma prevenida por la Ley. Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SERVICIOS
JURÍDICOS
VERDÚN S.L.

JOSÉ AZNAR LUISA BLANCO MATILDE BARRABÉS

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 29 de septiembre de 2.017, fecha en que ha sido firmada la sentencia por los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.

SERVICIOS
JURÍDICOS
VERDÚN S.L.

JOSÉ AZNAR LUISA BLANCO MATILDE BARRABÉS