

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN CUARTA.

Recurso de apelación contra sentencia. Recurso de Sala número 1253/2020 (recurso de Sección número 184/2020).

Partes demandadas apelantes: Servei Català de la Salut, representado por el Procurador [REDACTED] y defendido por la Letrada [REDACTED] Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, representada por el Procurador [REDACTED] y defendida por el Letrado [REDACTED] t.

Parte actora apelada y apelante por adhesión: [REDACTED], representado por el Procurador [REDACTED] y defendido por la Letrada Luisa Blanco Delgado.

En aplicación de la normativa española y europea de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación aplicable, hágase saber que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier medio, debiendo ser tratados única y exclusivamente a los efectos propios del proceso en que constan, bajo apercibimiento de responsabilidad civil y penal.

Sentencia número 1008 de 2022.

Ilustrísimos/as Señores/as Magistrados/as:

Presidenta [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

En la ciudad de Barcelona, a veintitrés de marzo de dos mil veintidós.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida para la resolución de este recurso de apelación contra sentencia, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de Sala número 1253/2020 (recurso de Sección número 184/2020), en que es parte

demandada apelante Servei Català de la Salut, representado por el Procurador [REDACTED] y defendido por la Letrada [REDACTED] compareciendo asimismo Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, representada por el Procurador [REDACTED] y defendida por el Letrado [REDACTED], siendo parte actora apelada y apelante por adhesión [REDACTED], representado por el Procurador [REDACTED] y defendido por la Letrada Luisa Blanco Delgado.

Ha sido ponente [REDACTED], Magistrado de esta Sala, quien expresa el parecer de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- La sentencia apelada contiene el fallo del tenor literal siguiente: *"ESTIMAR EN PARTE el presente recurso contencioso administrativo, anulando y dejando sin efecto la resolución administrativa recurrida y reconociendo al recurrente, como situación jurídica individualizada, el derecho a ser indemnizado en la cantidad total de CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EURO (188.660,36 Euros), más los intereses legales desde el día la reclamación en vía administrativa". "Sin costas".*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación, siendo admitido por el juzgado *a quo* con remisión de lo actuado a este tribunal *ad quem* previo emplazamiento de las partes procesales, personándose las partes apelantes (principal y por adhesión) y apeladas en este órgano judicial en tiempo y forma.

TERCERO.- Desarrollada la apelación, se señala día para deliberación y votación del fallo, lo que tiene lugar en la fecha fijada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Objeto, pretensiones y motivos.**Primero.- Sobre el objeto del recurso de apelación y de la adhesión al mismo.**

Se impugna en la presente alzada por la parte demandada, Servei Català de la Salut, la sentencia número 244/2019, de 24 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de los de Barcelona y su provincia en su recurso contencioso-administrativo número 266/2016 seguido por los trámites del procedimiento ordinario entre [REDACTED] y aquella Administración ahora apelante y su aseguradora Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, siendo dicho actor también aquí apelante por adhesión. En el fallo de dicha resolución judicial se expresa:

"ESTIMAR EN PARTE el presente recurso contencioso administrativo, anulando y dejando sin efecto la resolución administrativa recurrida y reconociendo al recurrente, como situación jurídica individualizada, el derecho a ser indemnizado en la cantidad total de CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EURO (188.660,36 Euros), más los intereses legales desde el día la reclamación en vía administrativa Sin costas".

En su antecedente de hecho primero expresa la sentencia:

"Primero.- En fecha 22 de julio de 2016 la representación procesal de la actora interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución que se dirá. Admitido a trámite el recurso por la vía del procedimiento ordinario y reclamado el expediente a la Administración demandada, ésta compareció, aportándolo. Compareció también la codemandada. Se confirió el trámite de demanda a la parte actora, quien lo formuló fijando sus pretensiones. Conferido traslado a la parte demandada, ésta formuló contestación. Solicitada la apertura del recurso a prueba, ésta se practicó con el resultado obrante en autos, tras lo cual se formularon conclusiones por las partes.

Como diligencia final se requirió a la actora a fin de que concretara la cuantía económica de su pretensión. Diligenciado el anterior requerimiento, quedaron los autos conclusos para Sentencia".

La sentencia apelada delimita el objeto del recurso contencioso-administrativo, expone las pretensiones de las partes y precisa sobre la cuantía del recurso y los conceptos indemnizables sostenida por la parte actora como sigue en su fundamento de derecho primero:

"PRIMERO.- La parte actora impugna en su escrito de interposición la desestimación presunta de su reclamación por responsabilidad patrimonial médica dirigida contra el Servei Català de la Salut.

Obra a los folios 417 y ss. del expediente administrativo la resolución expresa de 12 de mayo de 2016, notificada a la actora con anterioridad a la interposición del presente recurso, por lo que debe entenderse que el acto recurrido es precisamente la desestimación expresa, debiéndose entender interpuesto el presente recurso contencioso administrativo dentro del plazo de dos meses del art. 46.1 de la LRJCA. La recurrente solicita en su escrito de demanda la estimación del recurso, así como que se condene a la Administración demandada y a su aseguradora Zurich a indemnizar por los daños y perjuicios sufridos, y reconozca el derecho de mi mandante conforme al artículo 71.1.d) de la Ley 29/98 a ser resarcido por los daños y perjuicios sufridos, y señalando como obligados a indemnizar a la Administración sanitaria y a su aseguradora de modo solidario, valoración cuya concreción quedara diferida al período de ejecución de sentencia. Asimismo procede la condena a los intereses moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, más los intereses de demora desde la fecha de la presentación de la reclamación previa.

Solicita igualmente la condena en costas de las demandadas.

A requerimiento del Juzgado, fijó la cuantía de su reclamación insistiendo en la de indeterminada y, subsidiariamente, en la cantidad de 394.120,13 Euros, que desglosó en:

"1) Incapacidad temporal: 11.978, 56 Euros, a razón de 51 días de hospitalización a 67,98 Euros día (3.466,98 Euros) y 154 días improductivos a razón de 55,27 Euros cada uno (8.511,58 Euros).

2) Factor corrector: 10% respecto a la indemnización básica por incapacidad temporal: 11.197,86 Euros.

3) Secuelas: 181.393,52 Euros, por 77 puntos a 2.355,76 Euros por punto, que desglosa en:

- Tronco. Apartado abdomen: Gastrectomía total: 45 puntos; duodenectomía total y primera porción del duodeno: 30 puntos; pancreatomectomía total: 15 puntos.

- Trastornos endocrinos: diabetes secundaria de difícil control: 30 puntos.

4) Factor corrector: 10% sobre la indemnización por secuelas, 18.139,35 Euros.

5) Daño moral complementario por incapacidad absoluta (factor corrector para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes), 181.410,84 Euros.

Las partes demandadas se oponen a las pretensiones de la actora".

En su fundamento de derecho segundo la sentencia concreta los hechos que se consideran relevantes:

"SEGUNDO.- De lo actuado no resulta controvertido que el recurrente, con 52 años, ingresó en abril de 2011 en el Hospital de Sant Joan Despi, Moisés Broggi por un cuadro de malestar, náuseas y pérdida de 20 kg de peso en el período de dos meses. Con anterioridad, según la documentación aportada por la actora, durante el último trimestre de 2010 y primer trimestre de 2011 había acudido al servicio de urgencias por dolor epigástrico de evolución de tres días, practicándosele una ecografía abdominal que diagnosticó una hepatopatía crónica (septiembre de 2010); más tarde, en octubre del mismo año, acudió de nuevo a urgencias por dolor abdominal en el hipocondrio derecho, practicándosele una prueba analítica e indicándose control con el médico de cabecera; en enero de 2011, en concreto el día 2 acudió a una nueva consulta en la que se le diagnosticó gastritis, recomendándose visita con el médico para probable endoscopia ambulatoria, transcribiéndose los

resultados analíticos, que revelan alteración de la proteína C reactiva y alfa amilasa. En 17 de marzo de 2011 le fue practicada gastroscopia, diagnosticándose una duodenitis no erosiva y obteniéndose con la prueba biopsia para estudio patológico a nivel de duodeno y muestra para práctica de Clotest, que dio como resultado negativo.

En 24 de marzo de 2011 el recurrente fue derivado al servicio de gastroenterología y el 31 de dicho mes acudió de urgencias por dolor en epigastrio irradiado a espalda, anorexia intensa y pérdida de unos 15-20 Kg en los últimos 4-6 meses, anotándose, según refiere la propia actora, antecedente de enolismo importante y tinte icterico. Se le practicó nueva prueba analítica. Fue dado de alta con tratamiento farmacológico y con programación de visita al servicio digestivo.

Finalmente, en abril de 2011 consultó con el especialista de aparato digestivo. Se le realizó una exploración radiológica TAC abdominal y una exploración TC torácica. A partir del TAC abdominal le fue diagnosticado de un tumor pancreático y el comité médico indicó la procedencia de una duodenopancreatectomía cefálica con biopsia intraoperatoria de márgenes quirúrgicos, que se llevó a cabo el 26 de abril de 2011. El resultado provisional de ambas biopsias de consulta interoperatoria practicada en el lecho quirúrgico de páncreas fueron: "Distorsión del parénquima pancreático con marcada fibrosis, compatible con afectación tumoral. Diagnóstico definitivo en secciones permanentes de parafina" y "Cambios de fibrosis y distorsión glandular sugestivos de malignidad. Diagnóstico definitivo en secciones permanentes de parafina."

A tenor de la consulta intraoperatoria se completó la pancreatectomía y se extirpó la vesícula biliar, epiploon mayo y ganglios linfáticos loco-regionales. Sin embargo, en el estudio diferido de dichas piezas se constató la ausencia de un carcinoma pancreático invasor.

Días después los diagnósticos definitivos, emitidos días después de la cirugía, fueron de pancreatitis crónica e hiperplasia epitelial ductal, sin evidencia de malignidad".

En los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia se exponen los motivos con que las partes actora y demandada sustentan sus pretensiones:

"**TERCERO.-** La parte actora alega la existencia de un error en el diagnóstico que ha conllevado un tratamiento excesivo, con -entre otros- extirpación del páncreas, del duodeno y reconstrucción de la continuidad digestiva.

Estima la parte recurrente que no se realizó diagnóstico diferencial antes de proceder a la extirpación de partes del sistema digestivo.

A raíz de la operación quirúrgica a la que fue sometido, el recurrente alega la existencia de efectos secundarios que concreta en:

- la insuficiente secreción de enzimas digestivas que conlleva dificultades digestivas y que le hace precisar de continuo control médico, así como la toma de enzimas pancreáticos.
- Una diabetes insulino dependiente
- Déficit de absorción de nutrientes, que le provoca menor tolerancia al esfuerzo y fatiga precoz.
- Mayor vulnerabilidad al desarrollo de infecciones del árbol biliar con potencial desarrollo de insuficiencia hepática.
- A raíz de la extirpación del duodeno, alega una mayor disminución del tamaño del intestino que le repercute negativamente en la capacidad de absorción de nutrientes.

- Finalmente, alega el perjuicio estético, si bien en la valoración que le ha sido requerida en fase de diligencia final no se concreta suma reclamada alguna en tal concepto.

Alega en su demanda la existencia de daño desproporcionado y la falta de consentimiento informado, al entender que el firmado por él fue de carácter genérico, no indicándose la patología padecida ni de la que se le va a intervenir.

Apoya sus pretensiones, además de en la prueba documental practicada, en el dictamen que aporta a su escrito de demanda de la Dra. [REDACTED].

CUARTO.- Por su parte la Administración demandada alega que no ha existido infracción de la lex artis, señalando que el ICAMS (Institut Català d'Avaluacions Mèdiques i Sanitàries) concluye que no ha existido tal infracción y que la atención prestada se halla dentro de la norma praxis asistencial. Aporta también al respecto pericial de la Dra. [REDACTED], así como pericial, respecto a la valoración de los daños, del Dr. [REDACTED], quien valora los daños producidos en:

- Páncreas, 15 puntos (el máximo).

- Diabetes insulín dependiente, según la repercusión sobre la actividad general del paciente, de 15 a 20 puntos.

- Estima que no hay plazo de sanidad imputable a negligencia médica alguna, señalando que no puede determinar el perito el grado de discapacidad / incapacidad imputable de forma exclusiva a la extirpación del páncreas, debiéndose estar a la prueba. En fase de aclaraciones el perito señala que aportada resolución de la Dirección General del INSS de Barcelona de 19 de enero de 2012, se acredita que al paciente le ha sido reconocida una incapacidad permanente en grado de absoluta, sin que en la citada resolución pueda descartar la presencia de otra patología concurrente y que debe tenerse en cuenta que una diabetes bien tratada y sin patología sistémica no es causa de incapacidad en ningún grado.

- Entiende por lo demás que al encontrarse el paciente en rango de edad laboral, si se utiliza el sistema de valoración de daños corporales de la tabla VI de la Ley 34/03, se entiende que en este caso sería aplicable el factor de corrección por perjuicios económicos por ingresos netos anuales".

En el fundamento de derecho quinto se exponen una serie de consideraciones jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria:

"QUINTO.- Según doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada - por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, 10 de diciembre de 2009, 23 de febrero de 2010, y las que en ellas se citan-, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño o lesión patrimonial sufridos por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal, siendo indiferente la calificación, de los servicios públicos - a lo que se ha homologado "toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo"-, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) Ausencia de fuerza mayor; y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño, señalándose al efecto que, como la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado "lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión", de forma que, si existe el deber jurídico de soportar el daño, decae la obligación de la Administración

de indemnizar.

Según las sentencias citadas, "a la Administración no es exigible nada más que 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 materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente." Y así se concluyó también en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, en la que se declaró que, "a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios", así como en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007, al declararse en ella que "cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente".

Por ello, y con invocación del criterio jurisprudencial expresado en las dictadas con fechas de 3 de octubre de 2010, 21 de diciembre de 2001, 10 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005, en la sentencia precitada se continúa declarando que "(...) la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible. La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico".

De otra parte, se ha de señalar que, conforme a lo dispuesto en el art. 217 LEC, corresponde al demandante "la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda", y corresponde al demandado "la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior". Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se "deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio", regla de gran relevancia en el caso presente".

El juzgado concluye error en el diagnóstico y la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada en el fundamento de derecho sexto de la sentencia:

"SEXTO.- En el presente caso debe declararse la existencia de un error de diagnóstico, pues el recurrente no presentaba el tumor maligno del que fue operado, aun cuando las pruebas que le fueran practicadas pudieran confundir a los facultativos que le operaron.

Estamos, por ello, ante un supuesto de responsabilidad de la Administración sanitaria, que por ello debe ser declarada".

Una vez declarada la responsabilidad patrimonial, entra el juzgado a examinar y se pronuncia sobre la determinación de los daños que han de repararse y el quantum indemnizatorio en el fundamento de derecho séptimo:

"SÉPTIMO.- La cuestión que queda por fijar es la relativa a la cuantificación de los daños sufridos que, a tenor de la prueba practicada en autos, y en una valoración global de la misma, llevada a cabo según las reglas de la sana crítica, debemos fijar en:

- Los días de incapacidad que comportó la intervención quirúrgica, al no haber quedado acreditado por parte de la Administración que la verdadera dolencia que sufría el recurrente era acreedora de una intervención de ese tipo.

- La pérdida del páncreas y del duodeno.

- La diabetes insulino dependiente que la extirpación del páncreas ha conllevado, al no haber quedado acreditado que, de no haberse extirpado el páncreas, el paciente hubiera devenido igualmente insulino dependiente; así como los trastornos digestivos derivados de ello.

No queda acreditado que la incapacidad en grado de absoluta del paciente se funde en la extirpación del páncreas y del duodeno derivada de la cirugía practicada, planteándose por lo demás en la demanda como un daño moral, que, como tal, no queda suficientemente acreditado.

Tampoco resulta admisible el factor corrector pretendido, toda vez que los baremos utilizados por las partes no son de aplicación directa a los daños que nos ocupan, no hallándose el órgano judicial de lo contencioso administrativo sujeto a los mismos. Por otro lado, dicho factor está ordenado a la reparación del lucro cesante, como demuestra el hecho de que se fije en función del nivel de ingresos de la víctima y se oriente a la reparación de perjuicios económicos, sin que en el presente caso se haya justificado el nivel de ingresos del recurrente a los efectos de su aplicación.

Igualmente consta en el expediente administrativo la existencia de consentimiento informado, por lo que no cabe reclamación alguna en ese sentido.

De lo anterior se concluye que procede reconocer una indemnización al recurrente en los siguientes términos:

- Por los días de incapacidad y hospitalización, 11.978, 56 Euros.

- Por la pérdida del duodeno y del páncreas, 106.009 Euros (equivalente a 45 puntos, a razón de 2.355,76 Euros/punto).

- Por la diabetes inducida y los trastornos digestivos, 70.672,80 Euros (equivalente a 30 puntos, a razón de 2.355,76 Euros /punto).

Todo ello arroja un total de 188.660,36 Euros.

A dicha cantidad debe añadirse el interés legal desde el momento en que se realizó la reclamación en vía administrativa, en 29 de noviembre de 2011".

Finalmente, en relación con las costas procesales indica la sentencia en su

fundamento de derecho octavo y último:

"OCTAVO.- En materia de costas, a tenor del contenido del art. 139.1 LRJCA vigente al momento de la interposición del recurso, no procede su imposición a ninguna de las partes litigantes al tratarse de una estimación parcial, sin que, atendidas las diferencias entre lo solicitado y lo fijado en Sentencia, pueda entenderse que las pretensiones sustanciales de la demanda han sido totalmente estimadas".

Segundo.- Sobre las pretensiones y los motivos de las partes en esta alzada.

1.- Las partes demandadas apelantes.

La parte demandada apelante Servei Català de la Salut interesa de la Sala que *"dicti sentència revocatòria de la sentència d'instància, desestimant íntegrament el recurs contenciós administratiu interposat per la contrària, amb expressa imposició de costes a l'adversa o, subsidiàriament, revoqui la sentència d'instància en el sentit de reduir la indemnització a la quantitat que la Sala estimi adient"*. Fundamenta la apelación en las dos alegaciones, principal y subsidiaria, que rubrica y desarrolla en síntesis como sigue.

"Primera.- Primer motiu d'impugnació: manca de valoració de la prova i de motivació pel que fa a la praxis mèdica". En el fundamento de derecho sexto de la sentencia no se entra a valorar las discrepancias entre las conclusiones a las que llegan los peritos Dra. [REDACTED], Dr. [REDACTED] Dra. [REDACTED] y Dr. [REDACTED]. Y al no valorar la extensa prueba practicada, tampoco se ha motivado el porqué concluye la asistencia sanitaria defectuosa. La sentencia no examina objetivamente si la asistencia prestada al paciente era la correcta teniendo en cuenta el resultado del TAC y de las biopsias preoperatorias, conforme al resultado que arrojan las periciales practicadas a instancia de la demandada concluyentes de que la actuación y las pruebas médicas fueron las correctas de acuerdo con la sintomatología que presentaba el paciente en cada momento. La juez a quo debió realizar, como señala la jurisprudencia, una valoración "ex ante" que tuviera en cuenta la decisión tomada en atención a la situación del momento, y no "ex post" no con base en el resultado final.

"Segona.- Segon motiu d'impugnació: Incorrecta valoració de la prova practicada en

relació amb la determinació del dany indemnitzable". Si bien el baremo de accidentes de tráfico no resulta de aplicación obligatoria en la jurisdicción contencioso-administrativa para los casos de mala praxis médica, no ha de pasarse por alto que los Tribunales suelen aplicarlo por analogía. La juez *a quo* ha realizado una aplicación errónea de aquel baremo de accidentes de tráfico al conceder la indemnización por importe de 188.660,36 euros. 1. Respecto de los días de baja, contrariamente a lo sustentado en sentencia, es a la parte actora quien debe acreditar la realidad de los días de sanidad que reclama, no la demandada. En cualquier caso, conforme a lo acreditado con las periciales practicadas a su instancia no procede otorgar cantidad alguna en concepto de días de sanidad imputable a negligencia médica. 2. En cuanto a las secuelas, la sentencia concluye que procede reconocer como secuelas la cantidad de 106.009 euros por pérdida del duodeno y del páncreas y de 70.672,80 euros por la diabetes inducida y los trastornos digestivos. Pero con base en el dictamen del Dr. [REDACTED] no procede valorar la diabetes, por lo que aplicando el baremo entonces vigente establecido en el Real Decreto Legislativo 8/2004 sólo resultaría procedente la cuantía de 15.041,85 euros (15 puntos x 1.002,79 euros) en concepto de extirpación del páncreas. Además, la sentencia aplica erróneamente el baremo al establecer una duplicidad de secuelas, aplicando una valoración no prevista en el baremo. Se ha expuesto que la pérdida o extirpación completa del páncreas debe valorarse en 15 puntos, según el dictamen del Dr. [REDACTED]. Dicha extirpación del páncreas comporta el déficit secretor de esta glándula que es la insulina con la consiguiente diabetes, motivo por el que la secuela de la diabetes inducida y trastornos digestivos que otorga la juez *a quo* y que valora en 30 puntos es una duplicidad de la secuela de extirpación del páncreas. Respecto de la pérdida del duodeno, no hay constancia de la extirpación de ningún segmento del duodeno, por lo que no resulta procedente otorgar indemnización por dicho concepto.

En su oposición a la adhesión a la apelación formulada por la parte actora interesa de la Sala que "*dicti l'oportuna resolució desestimatòria de la impugnació de la sentència feta per l'actora, amb expressa imposició de costes a l'adversa*". Discrepa la actora apelante por adhesión de la valoración hecha en sentencia en lo relativo a las secuelas y la incapacidad permanente. Frente a ello se opone que respecto de las primeras, no procede valorar la gastrectomía total (45 puntos), por no ser cierto

que al paciente se le extirpara el estómago, de ahí la corrección de la sentencia al no otorgar indemnización por dicho concepto. Y en lo que toca a la incapacidad absoluta, no viene acreditado que dicha incapacidad derive de la extirpación del páncreas y del duodeno, al no haber aportado la actora el texto completo de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de enero de 2012 que declara la incapacidad. De ahí la corrección de la sentencia al sostener que *"No queda acreditado que la incapacidad en grado de absoluta del paciente se funde en la extirpación del páncreas y del duodeno derivada de la cirugía practicada"*.

La demandada Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, interesa de la Sala que *"teniéndome por comparecido como parte apelante y apelada en la condición de aseguradora del Servei Català de la Salut que ostentada mi representada, teniendo por efectuadas las anteriores manifestaciones y haciendo nuestras la totalidad de las argumentaciones contenidas en los escritos de apelación y de oposición a la impugnación presentados por el Servei Català de la Salut"*. Se adhiere a la alegación principal del recurso de apelación sobre la incorrecta valoración de la prueba y la no determinación de los motivos de imputación más allá de lo indicado en el fundamento de derecho sexto de la sentencia. Comparte asimismo la alegación subsidiaria del recurso de apelación sobre la errónea valoración de la prueba en cuanto a la cuantía indemnizatoria. Asimismo, haciendo suya la argumentación del Servei Català de la Salut se opone a la impugnación de la sentencia que efectúa la parte actora apelante por adhesión.

2.- La parte actora apelada y apelante por adhesión.

La parte actora apelada y apelante por adhesión interesa de la Sala que *"dicte sentencia en la que desestimándose el recurso de apelación interpuesto por la demandada, y estimándose la impugnación que se efectúa en la presente impugnación por esta parte, se dicte sentencia que confirme como la de instancia la Responsabilidad de la Administración y reconozca el derecho de mi patrocinado a ser indemnizado de conformidad con la valoración económica que realizó esta parte en su escrito de 6 de junio de 2019 y con expresa condena en costas de la presente apelación, o en su caso subsidiariamente mantenga la indemnización fijada en la sentencia de primera instancia"*.

En primer lugar, se opone al recurso de apelación con base en los motivos que ordena, rubrica y desarrolla en síntesis como sigue. Primero. Frente a la alegación de que las biopsias intraoperatorias no constituyen un diagnóstico definitivo y solo sirven para que el cirujano tome una decisión en el mismo acto quirúrgico, sostiene 1) *"Hubo un estudio radiológico previo erróneo. Se interpretó erróneamente el TAC, y se trató de un error de diagnóstico inexplicable y evitable"*. 2) *"Existían medios diagnósticos previos a la cirugía y seguros para evitar un error diagnóstico"*. Segundo. Frente a la alegación de que la anatomía patológica definitiva evidenciaba signos de malignidad, afirma que *"No cabe admitir un diagnóstico de lesiones premalignas que no existe ningún informe de la historia clínica, que no ha sido debidamente acreditado, que nunca se le ha informado al paciente y que únicamente se sostiene en base al informe de una perito de parte y que trata de <maquillar> la actividad médica para justificar el error"*. Tercero. Frente a la valoración económica por los conceptos de días de baja y algunas secuelas (diabetes inducida y trastornos digestivos) cuestionados en apelación, comparte lo sostenido por la sentencia.

En su adhesión a la apelación impugna la sentencia en lo que le perjudica, concretamente, el fundamento de derecho séptimo en cuanto a la valoración económica del cuadro de secuelas, incapacidad y factores correctores. Primero. Por lo que respecta al cuadro de secuelas, no se valora la gastrectomía (45 puntos), pese a haberse acreditado. Segundo. Corresponde reconocer la indemnización reclamada por incapacidad absoluta (daño complementario moral por incapacidad absoluta: 181.410,84 euros). Tercero. Es contradictorio que la sentencia aplique el baremo de accidentes de circulación para la cuantificación de los días y secuelas, y rechace su aplicación para la indemnización de los factores correctores, aquí procedente del 10% tanto de la indemnización básica por incapacidad temporal (1.197,86 euros) como de la indemnización básica por lesiones permanentes (18.139,35 euros).

SEGUNDO.- Decisión de la controversia planteada en esta alzada. La naturaleza jurídica del recurso de apelación y de la adhesión a la apelación. Algunas determinaciones normativas y jurisprudenciales sobre los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial, también en

materia sanitaria. La valoración judicial de las pruebas practicadas en instancia concluyente de la existencia de responsabilidad patrimonial. La determinación y la cuantificación de los daños.

Primera. La naturaleza jurídica del recurso de apelación y de la adhesión a la apelación.

De entrada, sobre la naturaleza y la finalidad del recurso de apelación no sobra recordar que:

1) 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.

2) 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.

3) 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 aquéllas, 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.

Por lo que respecta a la adhesión a la apelación, por ejemplo, por reciente y por contener precisiones sobre la naturaleza jurídica de la llamada adhesión a la apelación del artículo 85.4 de la Ley 29/1998, se trae seguidamente parte de la fundamentación contenida en la sentencia número 185/2021, de 11 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación número 7636/2019 (aunque relativa a la cuestión de interés casacional consistente "en determinar: si la fijación de la *summa gravaminis* ex artículo 81.1.a) de la Ley Jurisdiccional opera o no de forma independiente entre el apelante y el adherido a la apelación", se trae como se ha dicho por versar sobre la naturaleza jurídica de ese mecanismo procesal ex artículo 85.4 de la Ley 29/1998). Por lo que aquí interesa, expresa en su fundamento de derecho sexto:

"SEXTO. La cuestión que presenta interés casacional objetivo. (...)

Y esta doctrina se aplica con naturalidad a la adhesión a la apelación regulada en el art. 85.4 LJCA dada su naturaleza de recurso de apelación independiente o autónomo cuya única especialidad deriva del momento en el que se formula, tal y como se recuerda en las sentencias de la Sala Primera de este Tribunal citadas por el

recurrente (sentencias 18 de enero de 2009, y de 16 de octubre de 2019, rec. 2363/2017). También el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de esta configuración de la apelación adhesiva como recurso de apelación independiente al explicar en su sentencia 199/1988, que <<la apelación adhesiva sólo es subordinada de la apelación principal en lo que concierne a la oportunidad de su planteamiento, pero, como acertadamente sostiene el Mº Fiscal, se configura autónomamente en punto a la posibilidad de integrar el contenido del recurso sometido a la decisión judicial con motivos propios referidos a los extremos en que la resolución recurrida pueda resultar específicamente perjudicial para el apelado>>.

Su denominación como apelación "adhesiva", tradicional por otra parte en nuestras leyes procesales, no la convierte en una apelación vinculada a la apelación originaria de la contraparte en el sentido que parecen pretender las recurridas que entienden obligada su admisión para el apelado siempre que el límite cuantitativo se cumpla por el apelante originario ("sin que sea exigible una cuantía expresa" para poder

formular la apelación adhesiva, afirma la Administración recurrida en su escrito de oposición). La apelación adhesiva sólo se subordina a la originaria en lo que concierne a la posibilidad misma de formularla, con la correspondiente incidencia en el momento de plantearla, pero no en los requisitos para su admisibilidad. Precisamente para evitar estos o similares equívocos la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001, ha prescindido de esta denominación de apelación "adhesiva" al regular esta misma figura impugnatoria en su art. 461, y así lo reconoce en su Exposición de Motivos: <<Cabe mencionar que la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable.>>.

Se trata, en definitiva, de una fórmula que, en los supuestos de estimación parcial, permite al apelado, que en principio no interpuso recurso de apelación acomodándose a lo resuelto en la sentencia, convertirse en apelante a la vista del recurso interpuesto por la contraparte. Pero el hecho de que la adhesión a la apelación se

interponga en el escrito de oposición a la apelación de la contraparte no altera su naturaleza jurídica de recurso de apelación en el que se ejercita una pretensión impugnatoria autónoma e independiente de la ejercitada por el apelante originario que debe cumplir, asimismo, al igual que aquélla, los requisitos legales de admisibilidad de la apelación entre los que se encuentra el de la cuantía mínima fijada por el legislador para acceder a este recurso y, por ello, debe ser cuantificada en función del perjuicio que en ella se impugne, en definitiva, de su propia summa gravaminis.

Así se infiere, además, de la redacción misma del art. 85.4 LJCA, cuando faculta al apelado a adherirse a la apelación en el escrito de oposición, "razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia", es este perjuicio el que le permite acceder a la apelación, el que constituye su objeto y el que debe ser valorado. La consecuencia que de todo ello se sigue es que, al igual que en los supuestos en los que ambas partes interponen recurso de apelación al serles notificada la sentencia, también en la apelación adhesiva la fijación de la summa gravaminis ex art. 81.1.a) LJCA opera de forma independiente entre el apelante originario y el adherido a la apelación".

La naturaleza jurídica de la adhesión a la apelación, en los términos expuestos, permite que a través de ésta se ataquen aspectos de la sentencia perjudiciales para quien la plantea con independencia de lo sostenido en el recurso de apelación.

Centrado el objeto de esta alzada en los términos antes expuestos, y partiéndose aquí de la naturaleza y la finalidad del recurso de apelación y de la adhesión a la apelación que acaban de referirse, procede significar que, ciertamente, por un lado, la parte demandada recurrente en alzada combate la resolución judicial por entender que incurre en falta de valoración de las pruebas y ausencia de motivación de la mala praxis médica declarada, con carácter principal, también a título subsidiario por

incorrecta valoración de las pruebas en relación con la determinación de los daños indemnizables (días de baja y secuelas), y, por otro lado, la parte actora que formula la adhesión a la apelación sostiene que la resolución judicial incurre en error al valorar la pruebas en lo que concierne a los conceptos que han de indemnizarse (secuelas, incapacidad absoluta y factores de corrección). Así las cosas, procede descartar derechamente carencia de fundamento tanto del recurso de apelación como de la adhesión a la apelación. Cosa distinta es que la parte demandada apelante y la parte actora que se adhiere a la apelación tengan razón en sus críticas a la sentencia, lo que se trata más abajo.

Segundo.- Algunas consideraciones generales normativas y jurisprudenciales sobre los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial, también en materia sanitaria.

Tampoco sobra traer unas consideraciones generales sobre el marco normativo regulador del vigente sistema de responsabilidad patrimonial extracontractual establecido por nuestro ordenamiento jurídico en relación con las administraciones públicas, con especial mención a la materia sanitaria, así como algunas determinaciones, también generales, que sobre el mismo efectúa la jurisprudencia.

A partir del principio de responsabilidad de los poderes públicos constitucionalmente reconocido (por mandato expreso del artículo 9.3, como elemento expresivo de los valores superiores del ordenamiento jurídico propugnados por el Estado social y democrático de derecho *ex* artículo 1.1), el particular sistema de responsabilidad patrimonial referido a las administraciones públicas tiene su fundamento constitucional expreso en el artículo 106.2, que reza: *"Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos"*.

Sobre esa base constitucional, y en el ejercicio de las competencias normativas plenas reservadas al Estado por el artículo 149.1.18º de la Constitución española respecto del sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas

(atendido el carácter unitario, además de objetivo y directo, que actualmente define la configuración legal de dicho sistema de responsabilidad extracontractual administrativa), la ordenación legal de la institución de la responsabilidad administrativa patrimonial vino dispuesta por el "Título X. De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio", "Capítulo I. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", esencialmente, artículos 139 a 132, de la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y en el plano procedimental por el también hoy derogado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, a la sazón vigentes, y en la actualidad viene regulada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, en su "Título Preliminar. Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público", "Capítulo IV. De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", artículos 32 y siguientes, y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, artículos 65, 67 y concordantes.

De acuerdo con el sistema normativo expuesto, y conforme viene estableciendo una reiterada y constante doctrina jurisprudencial en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo (desde la positivización en nuestro ordenamiento jurídico administrativo del sistema de responsabilidad administrativa extracontractual a través de los artículos 121 y siguientes de la Ley de expropiación forzosa de 1954 y de los artículos 40 y concordantes de la posterior Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957), son tres los requisitos o presupuestos que deben necesariamente concurrir simultáneamente en el caso para el nacimiento efectivo del derecho a la indemnización resarcitoria por razón de responsabilidad patrimonial de la administración pública, requisitos que seguidamente se enumeran y exponen.

1. La existencia y realidad de un daño, el cual para transformarse de un simple daño o perjuicio en una auténtica lesión indemnizable requiere, a su vez, de: A) la concurrencia simultánea de tres circunstancias o requisitos fácticos: a) certeza o

efectividad; b) individualización con relación a una persona o grupo de personas; y c) evaluabilidad económica; B) amén de una circunstancia o requisito de orden jurídico: la antijuridicidad del daño, esto es, que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo.

2. La lesión antijurídica ha de ser imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendidos éstos en la acepción amplia que abarca a la entera situación administrativa y bajo cualquiera de las poliédricas formas de la actividad administrativa previstas por nuestro ordenamiento jurídico, lo que incluye desde el punto de vista de su formalización tanto la eventual responsabilidad por hechos como por actos, lícitos o ilícitos, así como por acción o inactividad administrativa.

3. La relación de causalidad entre los dos elementos anteriores (lesión en sentido técnico y título de imputación), esto es, el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño o lesión producidos que presente a éste como consecuencia de aquél, sin que aparezca roto por las causas de exoneración de la responsabilidad administrativa conocidas como la falta o culpa de la propia víctima o sujeto dañado, los hechos o conducta de terceras personas o la fuerza mayor.

Concretamente, en relación con el nexo causal puede añadirse lo siguiente. Frente a la exigencia tradicional y más restrictiva de una antigua jurisprudencia identificada con la *teoría de la causalidad exclusiva* (entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero, 24 de marzo y 20 de junio de 1984, 30 de diciembre de 1985, 20 de enero y 2 de abril de 1986, 20 de junio de 1994, 2 de abril y 23 de julio de 1996, 1 de abril de 1997, etc.), que exige la prueba plena de una intervención directa, inmediata y exclusiva de la administración en la producción del daño y que comporta la desestimación sistemática de todas las pretensiones de indemnización cuando interfiere en la relación causal, de alguna manera, la culpa de la víctima o de un tercero, se ha venido consolidando en los supuestos de concurso de causas otra línea jurisprudencial más identificada con la *compensación de culpas* que enfrentada a la selección del conjunto de circunstancias causantes del daño ya no exige la exclusividad (sentencias del Tribunal de 12 de febrero, 30 de marzo y 12 de mayo de 1982 y 11 de octubre de 1984, entre muchas otras), particularmente

en los supuestos de funcionamiento anormal del servicio público, y, por tanto, no excluye la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando interviene en la producción del daño, además de ella misma, la propia víctima (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero, 7 de julio y 11 de octubre de 1984, 18 de diciembre de 1985, 28 de enero de 1986, 23 de noviembre de 1993, 18 de noviembre de 1994 y 4 de octubre de 1995) o un tercero (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1974, 23 de marzo de 1979 y 25 de enero de 1992), salvo que la conducta de uno o de otro sean tan intensas que el daño no se hubiera producido sin ellas (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1980, 16 de mayo de 1984 y 5 de diciembre de 1997). Supuestos éstos en los que procede hacer un reparto proporcional equitativo del importe de la indemnización entre los distintos agentes que participaron de forma concurrente en la producción del daño (sentencias de Tribunal Supremo de 17 de marzo y 12 de mayo de 1982, 31 de enero y 11 de octubre de 1984, entre otras). A su vez, y siempre para los supuestos de concurso causal, lo que constituye el supuesto normal que presenta habitualmente la realidad de las cosas en relación con los daños sufridos por un ciudadano en sus relaciones con la administración y que se manifiestan habitualmente como efecto de una pluralidad de causas, encadenadas o no entre sí, la jurisprudencia y la doctrina han venido imponiendo soluciones de justicia del caso concreto más inspiradas en la intuición y la equidad, que además conviven entre sí, identificables con la denominada *teoría de la equivalencia de condiciones*, que ante la pluralidad de causas y ante la constatación de que la ausencia de cualquiera de ellas hubiera evitado el daño otorga prioridad a la reparación del daño sobre cualquier otra consideración, sin discriminar la dispar relevancia de las diferentes causas concurrentes en el proceso y estableciendo una suerte de solidaridad tácita entre todos los causantes del daño (entre muchas otras, sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1983 y de 23 de mayo de 1984), o con la *teoría de la causalidad adecuada o causalidad eficiente*, que lleva a seleccionar entre el conjunto o cadena de circunstancias causantes del daño aquella que por sí sola sea idónea y decisiva en el caso concreto, cargando la obligación de soportar las consecuencias del daño a uno sólo de los causantes del mismo (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1982, 28 de octubre o 28 de noviembre de 1998).

Junto a lo anterior, y para los supuestos específicos, como así lo es el aquí considerado, de exigencia de responsabilidad patrimonial por actos derivados de asistencia sanitaria resulta siempre necesaria, según una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial sentada por los órganos de esta jurisdicción contencioso-administrativa, además de la concurrencia de los requisitos antes enumerados, la presencia de un elemento de evidente sesgo subjetivo, puesto que en materia de asistencia médica o sanitaria no se puede dar la responsabilidad en función del resultado sino en función de la utilización o no de los medios adecuados según el estado de la ciencia en aquel momento y lugar, la llamada *lex artis ad hoc*, en consideración al caso concreto y a la complejidad de la patología del paciente, y por referencia a la posibilidad de previsión del daño o de su evitabilidad según el estado de los conocimientos científicos o técnicos disponibles en el momento, siempre sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que puedan prever las normas para tales supuestos (entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986, de 7 de febrero de 1990, de 23 de febrero de 1994, de 4 de febrero, de 12 de marzo y de 11 de mayo de 1999, de 22 de diciembre de 2001, de 14 de octubre de 2002, de 11 de noviembre de 2004 y de 11 de abril de 2006). En este sentido, enseña el Tribunal Supremo que:

"la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del resultado, dada la especial naturaleza del cuerpo humano, sino de la adecuación de medios a emplear en el caso y no es menos cierto que en la aplicación de medios subyace una necesaria e imperiosa atención en ello, de suerte que por respeto a la deontología profesional y obediencia a la lex artis ha de extremarse dicha atención."

O en términos sustancialmente coincidentes, con toda claridad sienta en la sentencia de 22 de diciembre de 2001 que:

"Ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando el servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una 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 éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente".

En consecuencia, la administración pública competente al respecto debe responder patrimonialmente por todas las actuaciones médicas o sanitarias efectuadas en

centros de titularidad pública o concertados, cuando éstos actúen apartándose del conocimiento científico o de la *norma praxis* de aquel momento y a su vez causen lesiones al paciente o le ocasionen secuelas. Al respecto, se debe añadir también la consideración de que el diagnóstico es, en definitiva, un dictamen y como tal avanza un parecer, partiendo de unos datos que obtiene por diversos medios y que eleva a categoría a través de lo que el estado de la ciencia y la técnica, así como el saber experimental que posea el médico o el equipo médico actuante, permiten en el momento de emitirlo. De este modo, los mismos datos van evolucionando, los datos pueden ser indicios de diferentes dolencias que deberán descartarse por orden de probabilidad y según el saber y entender usual en la práctica médica. Nunca un dictamen o una intervención, sea jurídico o médico, pueden garantizar un resultado, ya que los conocimientos científicos, técnicos y experimentales ni en la medicina ni probablemente en ningún otro sector o actividad, pueden garantizar la fiabilidad al cien por cien del mismo, y menos aún un resultado. Resultado que en muchos casos incluso no puede ni preverse por la propia singularidad y naturaleza del cuerpo humano. Asimismo, los facultativos, que sólo son científicos y técnicos en su disciplina, no siempre van a poder llegar a obtener unos resultados óptimos o deseables, porque evidentemente es propio de la naturaleza del ser humano que un determinado día se pueda producir un accidente o disfunción en el regular funcionamiento de los órganos del cuerpo humano (incluso el fallecimiento de la persona) por causas inevitables.

Tercero.- La valoración judicial de las pruebas practicadas en instancia concluyente de la existencia de responsabilidad patrimonial y de la determinación y la cuantificación de los daños.

Las pruebas practicadas en instancia son las siguientes. En relación con la concurrencia del nexo causal, los informes médicos periciales de parte: del actor [REDACTED] el informe emitido en fecha 20 de octubre de 2016 por la Dra. [REDACTED], especialista en radiodiagnóstico y experiencia clínica de radiología abdominal (documento número 12 acompañado a la demanda) y el informe emitido en fecha 26 de octubre de 2016 por el Dr. [REDACTED] especialista en cirugía general y del aparato digestivo (documento número 13 acompañado junto a la demanda); de la demandada Servei Català de la Salut, el

informe emitido en fecha 11 de noviembre de 2016 por la Dra. [REDACTED] catedrática de anatomía patológica y experiencia clínica en esa disciplina (documento número 1 acompañado a la contestación a la demanda) y el informe emitido en fecha 5 de diciembre de 2016 por el Dr. [REDACTED] especialista en cirugía general y digestiva y experiencia clínica en dicha especialidad (documento número 2 acompañado a la contestación a la demanda). Y en lo relativo a la determinación y la cuantificación de los daños, a instancia de la parte demandada el informe emitido en fecha 25 de noviembre de 2016 por el Dr. [REDACTED] especialista en cirugía ortopédica y traumatología y valorador del daño corporal (documento número 3 acompañado a la contestación a la demanda); sobre el *quantum* indemnizatorio, asimismo, el informe más arriba referido del Dr. [REDACTED]. Por lo que respecta a la documental, además de los documentos acompañados junto a la demanda (documentos números 1 al 12), consta en el expediente administrativo remitido al juzgado el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial y documentación anexa (folios 1 a 25), la historia clínica del Hospital de Sant Joan Despí Moisès Broggi (folios 34 a 285), el informe valorativo de la asistencia prestada al paciente emitido en fecha 5 de julio de 2013 por la Dra. [REDACTED] médico evaluador del Institut Català d'Avaluacions Mèdiques i Sanitàries (folios 294 a 339), el informe médico presentado por la parte reclamante y emitido en fecha 2 de septiembre de 2014 por el Dr. [REDACTED] que firma como perito médico judicial (folios 372 a 384) y la resolución de 12 de mayo de 2016 del Director del Servei Català de la Salut desestimatoria de la reclamación presentada por la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Sant Joan Despí Moisès Broggi (folios 417 a 432).

No está de más apuntar con carácter general en orden a la valoración de las pruebas periciales, incluso cuando se practica pericial de designa judicial o cuando informa el médico forense, que, conforme sienta nuestro Tribunal Supremo, los textos legales establecen la regla general de valoración de la prueba pericial de acuerdo con el principio de "*sana crítica*", sin distinguir en función de quién haya designado el perito. Naturalmente, al aplicar esa regla de valoración, los órganos jurisdiccionales tenderán en la práctica y como regla general a conferir más valor a la prueba emitida por perito designado por el propio órgano que a la elaborada por perito designado por las partes, al ofrecer generalmente mayores garantías de

imparcialidad. Pero ese mayor peso de la prueba "*pericial judicial*" no es, se insiste, una exigencia legal y de necesaria aplicación en todos los casos. De hecho, resulta perfectamente posible que la regla de la "*sana crítica*" conduzca al órgano jurisdiccional a acoger la posición de la prueba pericial "*de parte*" sobre la pericial "*judicial*" cuando aquella ofrezca mayor fiabilidad, por su contenido técnico, prestigio o especialidad de su autor, claridad o por cualquier otra razón.

Se ha reproducido más arriba el fundamento de derecho sexto de la sentencia apelada, donde se declara de forma contundente la existencia de un error en el diagnóstico al no presentar el paciente el tumor maligno del que se interviene quirúrgicamente, por mucho que las pruebas practicadas pudieran confundir a los facultativos que le operan. Dicha motivación ha de ponerse en relación con la descripción más extensa expuesta de forma cronológica de los hechos concernientes a la atención médica prestada al paciente que se contiene en el fundamento de derecho segundo de la sentencia y la exposición de los argumentos centrales de las partes con referencia a pruebas periciales y documentales practicadas que puede leerse en los siguientes fundamentos de derecho tercero y cuarto de la resolución judicial, todos ellos asimismo reproducidos más arriba. Ciertamente, la sentencia no describe expresamente las conclusiones de los pareceres médicos enfrentados y discordantes sobre la concurrencia del nexo causal expresados en los dictámenes, por un lado, emitidos a instancia de la parte actora por la Dra. [REDACTED] (especialista en radiodiagnóstico y experiencia clínica de radiología abdominal) y el Dr. [REDACTED] (especialista en cirugía general y del aparato digestivo), y por otro lado, emitidos a instancia de la demandada por la Dra. [REDACTED] (catedrática de anatomía patológica y experiencia clínica en esa disciplina) y el Dr. [REDACTED] (especialista en cirugía general y digestiva y experiencia clínica en dicha especialidad). Ahora bien, no hay obstáculo para entender que en la sentencia se valoran dichas pruebas periciales al entender la juez *a quo* que viene acreditada en las actuaciones la realidad fáctica consistente en la intervención quirúrgica de un tumor inexistente a partir de un error en el diagnóstico, con independencia de la confusión en que pudieran incurrir los facultativos al interpretar las pruebas diagnósticas previas practicadas. Pese a esa denunciada falta de una mayor concreción o más detalle en la descripción de las periciales y en la valoración de los

parecen médicos discordantes, que *per se* no es determinante de un vicio de nulidad de la misma, lo cierto es que la motivación judicial es breve pero contundente y, en definitiva, atinada al resolver el fondo del asunto concluyendo la concurrencia del nexo causal. En este sentido, pese a las dificultades que acarrea en ocasiones el diagnóstico de un carcinoma pancreático y una pancreatitis crónica sobre todo en las biopsias intraoperatorias y sobre la posible evidencia en el caso de signos de premalignidad de la anatomía patológica definitiva, que sostienen los peritos médicos especialistas en anatomía patológica y cirugía general y digestiva, no ha de pasarse por alto que la perito médico especialista en radiología interviniente a instancia de la parte actora concluye un error de diagnóstico inicial de las imágenes del TAC previo a la intervención quirúrgica, que viene a acoger la juzgadora cuando derechamente considera acreditado aquel error diagnóstico, sin pasar por alto la ausencia de un diagnóstico diferencial de certeza o seguridad a través de otras pruebas indicadas previas a la resección quirúrgica (destacadamente, la biopsia previa), dando por bueno además la juzgadora el diagnóstico definitivo posterior a la intervención quirúrgica de pancreatitis crónica sin evidencia de malignidad, como expone al final del fundamento de derecho segundo, a tenor de la documental obrante en la historia clínica. El argumento significado por la parte demandada apelante consistente en que la valoración judicial se realiza "*ex post*", y no "*ex ante*", no resulta operativa en el supuesto particular de autos para restar consistencia a la sentencia si se atiende a que la juzgadora *a quo*, como se ha dicho, considera acreditado aquel error en el diagnóstico previo a la intervención quirúrgica de un cáncer inexistente. En definitiva, procede confirmar la declaración judicial de existencia de responsabilidad patrimonial de la demandada Servei Català de la Salut por la actuación dispensada al actor en el Hospital de Sant Joan Despí Moisès Broggi.

Sentado lo anterior, deviene necesario pronunciarse ahora sobre el acierto o no de la sentencia de instancia en lo que respecta a la determinación y la cuantificación de los daños que han de repararse, atendidos los términos del recurso de apelación y de adhesión a la apelación dirigidos contra el fundamento de derecho séptimo de la sentencia, más arriba íntegramente reproducido, en el que a la luz de la prueba practicada en autos y valorada según las reglas de la sana crítica se pronuncia por este orden sobre la efectiva indemnización por días de incapacidad y secuelas

(pérdida del páncreas y del duodeno, diabetes inducida y trastornos digestivos) y la denegación de la indemnización pretendida por los conceptos de incapacidad permanente en grado de absoluta y los factores de corrección.

De entrada, acerca de lo sostenido por las partes sobre la aplicación del baremo de accidentes de tráfico, no está de más recordar el criterio reiteradamente sustentado por esta Sala y Sección sobre el carácter orientativo del mismo. Por ejemplo, por citar una reciente, la sentencia número 1095/2020, de 6 de marzo (recurso de apelación número 32/2019), fundamento de derecho segundo (se reproduce en parte):

"SEGUNDO.- (...) Es cierto, que en el principio de responsabilidad patrimonial, quien fija, determina, o solicita la cantidad indemnizatoria, siempre en atención a unos determinados presupuestos fácticos, es la parte que ha sufrido el daño o perjuicio. La delimitación exacta del mismo, a efectos de impedir que se pueda producir un enriquecimiento injusto, se puede realizar de distintas formas, entre ellas, la factura de los gastos ocasionados, por intervención pericial, o bien, cuando se trata de daños físicos causados a la persona accidentada, por medio de la valoración atendiendo a distintos criterios de evaluación, como los que se exponen en la sentencia impugnada, y así también en el recurso de apelación.

En la sentencia se expone con detalle las intervenciones quirúrgicas que tuvo que sufrir la paciente, así como la convicción de que la reclamación económica, en concepto de indemnización, se ajustaba a Derecho y era proporcional al daño o perjuicio causado, esto es, el daño moral de los recurrentes, y por lo tanto se fijó una cuantía indemnizatoria.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2008, (rec. 745/2003), la extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce lo dispuesto en los arts. 106.2 CE y 139.1 L 30/1992, al principio de la reparación integral. De ahí que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o el lucro cesante, artículo 1106 del Código Civil, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado pretium doloris (SsTS 16 de julio de 1984; 7 de octubre o 1 de diciembre de 1989), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SSTS 23 de febrero de 1988 y 10 de febrero de 1998).

A la hora de efectuar la valoración, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 20 de octubre de 1987; 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una "apreciación racional aunque no matemática" pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se "carece de parámetros o módulos objetivos", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados,

aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, "las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas" en una suma dineraria. La STS de fecha 19 de julio de 1997 habla de la existencia de un innegable "componente subjetivo en la determinación de los daños morales".

En todo caso, cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio, claro está, de la incidencia que debe tener la existencia de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso que nos ocupe. Lo que es inadmisibles es la alegación de que el Juzgador está terminantemente obligado a aplicar un baremo, nada menos, de accidentes de tráfico, cuando en función de las circunstancias concurrentes, tanto objetivas, ya indicadas, como subjetivas, es posible y aconsejable llevar a cabo una valoración de conjunto para fijar la cuantía indemnizatoria, que en el presente caso, se ajusta a Derecho en todos sus aspectos.

En el presente caso, en la sentencia se han tenido en cuenta todos los factores y elementos que configuran la determinación de la cantidad indemnizatoria, como son, las lesiones causadas, las secuelas, la falta de curación previsible para el futuro y el daño moral. El fundamento de dicha apreciación se encuentra en la valoración de los informes periciales, que se han tenido en cuenta en la sentencia.

La cuantía indemnizatoria casi coincide con la petición de los recurrentes, que para el juzgador, en atención a las circunstancias que concurrían en el momento de recibir la asistencia sanitaria, fueron consideradas ajustadas a Derecho y también al principio de proporcionalidad. Al no haberse desvirtuado dichas consideraciones, ni tampoco que el importe sea desproporcionado, este Tribunal confirma plenamente el importe indemnizatorio anteriormente indicado, pues aun cuando el razonamiento sea breve y resumido, es más que suficiente para entender el alcance del mismo".

Primero. En lo que concierne al recurso de apelación interpuesto por la demandada Servei Català de la Salut fundado en la "Incorrecta valoració de la prova practicada en relació amb la determinació del dany indemnitzable", procede confirmar la sentencia en los extremos siguientes cuestionados en la alzada por dicha parte.

1) Sobre los días de baja: habiéndose declarado la responsabilidad patrimonial por deficiente asistencia sanitaria, y siendo ésta ajustada a derecho, no cabe sino confirmar derechamente la indemnización por días de Incapacitación y hospitalización (que la sentencia cifra en 11.978,56 euros, cuantía ésta *per se* no impugnada).

2) Acerca de las secuelas, en primer lugar, por los conceptos de la pérdida del duodeno y del páncreas, y a raíz de dichas pérdidas, en segundo lugar, por los conceptos de diabetes inducida y trastornos digestivos: dichas secuelas derivan de la cirugía practicada (pancreatectomía total y duodenostomía primera porción del

duodeno), de ahí su carácter indemnizable fijado en la sentencia (106.009 euros y 70.672,80 euros, respectivamente). Por lo expuesto más arriba sobre la vinculación sólo orientativa del baremo de accidentes de tráfico, procede rechazar la alegación consistente en que *"la sentència apel·lada fa una aplicació errònia del barem ja que estableix una duplicitat de seqüeles, aplicant una valoració no prevista em el barem"*. Además, no viene suficientemente fundamentada la alegada duplicidad, al considerarse acreditado en la sentencia que la diabetes y los trastornos digestivos no son sino consecuencia de la cirugía y susceptibles de valoración autónoma de aquellas pérdidas o extirpaciones, no desvirtuado por la apelante a través de cita del parecer del perito evaluador del daño corporal. Afirma por último la demandada apelante que no procede otorgar indemnización por la pérdida del duodeno al no haber constancia de la extirpación de ningún segmento del mismo, pero como se ha dicho la sentencia considera acreditada a la luz de la documentación obrante en las actuaciones (por ejemplo, así en el informe de médico evaluador del Institut Català d'Avaluacions Mèdiques i Sanitàries) la práctica de duodenostomía primera porción del duodeno, lo que tampoco viene desvirtuado por aquella afirmación categórica de desprovista de fundamentación alguna.

Segundo) Por lo que respecta a la adhesión a la apelación dirigida por la parte actora frente a *"la sentencia en lo que nos perjudica"*, *"el fundamento de derecho séptimo de la sentencia en cuanto a la valoración económica de los daños surgidos, en concreto respecto: cuadro secular, incapacidad y factores correctores"*, procede asimismo confirmar la sentencia en la totalidad de los extremos cuestionados en esta sede por dicha parte.

1) Sobre la gastroctemía total (según la parte actora, 45 puntos en el baremo de accidentes de tráfico): no la valora la sentencia por la sencilla razón de que no hay constancia documental de que al actor no se le extirpa el estómago, es más ni siquiera lo refiere el perito de dicha parte al identificar las secuelas.

2) Acerca de la incapacidad permanente en grado de total (que la actora identifica como *"daño moral complementario por incapacidad absoluta"* que cuantifica en 181.410,84 euros): asiste derechamente la razón a la juzgadora al sostener que no acredita la parte actora que aquella declaración de incapacidad sea consecuencia de

la extirpación del páncreas y del duodeno derivada de la cirugía, habiéndose planteado en la demanda como un daño moral, que no viene como tal suficientemente acreditado. A este respecto, ciertamente, con la aportación de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de enero de 2012 (documento número 14 acompañado a la demanda), donde no figuran las patologías determinantes de dicha declaración, no acredita en modo alguno la parte actora el carácter indemnizable invocado, pese a la facilidad probatoria de ésta sobre dicho extremo fáctico.

3) En torno a los factores de corrección (que la parte actora concreta en el 10% tanto de la indemnización básica por incapacidad temporal -1.197,86 euros- como de la indemnización básica por lesiones permanentes -18.139,35 euros-): la no admisión de dichos factores de corrección establecidos en el baremo de accidentes de circulación viene justificada por el juzgado *a quo* en la no sujeción ni vinculación del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a los mismos, criterio éste más arriba expuesto, entendiendo como ajustada a derecho la indemnización total concedida.

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

Conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998, reguladora de esta jurisdicción, las costas procesales se impondrán en la segunda instancia a la parte recurrente si se desestimara totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen la no imposición, por lo que dicho principio de vencimiento mitigado debe conducir aquí a la no imposición de costas procesales a ninguna de las partes habida cuenta que la singularidad de la cuestión debatida veda estimar que se hallare ausente en este caso *iusta causa litigandi*, concretamente, de dudas de hecho (a partir de la disparidad de criterios médicos) en lo concerniente a la concurrencia del nexo causal determinante del nacimiento de la responsabilidad patrimonial y la determinación y la cuantificación de los daños.

Vistos los preceptos antes citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de Su Majestad El Rey y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo y que nos confieren la Constitución y las leyes, se dicta el fallo

siguiente.

FALLO.

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Cuarta, ha decidido:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Servei Català de la Salut, así como la adhesión a la apelación deducida por [REDACTED], contra la sentencia número 244/2019, de 24 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de los de Barcelona y su provincia en su recurso contencioso-administrativo número 266/2016. Sin imposición de costas procesales en esta segunda instancia.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el artículo 89.1 de dicha Ley 29/1998.

Y adviértase que en el Boletín Oficial del Estado número 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

El ingreso de las cantidades se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales en esta Sección concertada con el BANCO SANTANDER (Entidad 0049) en la Cuenta de Expediente núm. 0939-0000-85-0184-20, o bien mediante transferencia bancaria a la cuenta de consignaciones del Banco de Santander en cuyo caso será en la Cuenta núm. [REDACTED], indicando en el beneficiario el T.S.J. Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 4ª NIF: S-2813600J, y en el apartado de observaciones se indiquen los siguientes dígitos 0939-0000-85-0184-20, en ambos casos con expresa indicación del número de procedimiento y año del mismo.

Luego que gane firmeza, librese y remítase certificación de la misma, junto a los autos originales, al Juzgado provincial de procedencia, acusando el oportuno recibo.

Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio literal al rollo principal de la apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 23 de marzo de 2.022, fecha en que ha sido firmada la sentencia por los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.