



**Sección nº 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluis Companys, 14-16, pl. baixa - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866303

FAX: 934867115

EMAIL:aps19.barcelona@xij.gencat.cat

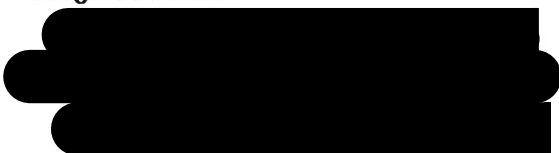
N.I.G.: 0801942120158214034

**Recurso de apelación 907/2018 -B**

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 1106/2015

**SENTENCIA Nº 258/2020****Magistrados:**

Barcelona, 17 de septiembre de 2020

**Ponente:****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 10 de diciembre de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 1106/2015 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Barcelona a fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por ZURICH COMPAÑIA DE SEGUROS y por SERVEI CATALÀ DE LA SALUT e impugnación interpuesta por [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ( sucesora procesal de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ) contra sentencia de fecha 30 de julio de 2018.





**SEGUNDO.-** El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

*" Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ contra ZURICH, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., y condeno a ZURICH, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., a abonar a ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ la cantidad de CIENTO OCHENTA MIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS DE EURO (180.739´50 euros), correspondiendo a ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ la cantidad de CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE (55.817´00)EUROS; a ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ la cantidad de SESENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA Y UN EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS DE EURO (61.161´50 euros) y a ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ ~~XXXX~~ la cantidad de SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y UN (63.761´00) EUROS, así como al pago de los intereses del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro respecto de estas cantidades desde la fecha de comunicación del siniestro, el 17 de abril de 2015. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."*

**TERCERO.-** El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 10/09/2020.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Asunción Claret Castany .







### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La sentencia dictada en la instancia estima en parte la demanda interpuesta ab initio por [REDACTED] frente a la entidad aseguradora ZURICH de la responsabilidad civil del servicio prestado por el Servei Català de Salut (Catsalut) en reclamación de la suma de 513.950€ desglosado en: 155.000€ por la necesidad de tratamiento paliativo continuado y secuelas, gran invalidez, 250.000€, pérdida de oportunidad daño moral complementario, por reducirse en más del 50% las expectativas de supervivencia ante la falta de detección precoz del cáncer de parótida, 95.000€, y el coste de tratamiento experimental de quimio terapia, 13.950€, desgraciadamente fallecido el 16 de agosto de 2016, y sucedido por su esposa y viuda [REDACTED] que reclama modificando el petitum inicial en nombre propio y de sus hijos menores por el fallecimiento de su esposo a los 43 años de edad la suma de 361.479€ y ello con base a la negligente prestación de servicios médicos por el Servei Català de la Salut en cuanto al error en el diagnóstico de su dolencia tras la intervención quirúrgica practicada en el Hospital [REDACTED] el 13 de marzo de 2013 consistente en un cervicotomía lateral izquierda por una tumoración de lóbulo profundo de parótida izquierda, error de diagnóstico en el dictamen anatomo-patológico lo que provoca que no se amplíen los márgenes quirúrgicos ni el tratamiento complementario adecuado ni seguimiento adecuado con radiología y analíticas, pues tanto en las dos punciones PAF realizadas el 15 de febrero y 27 de febrero de 2013 como tras la biopsia realizada de la pieza o muestras







tras la operación se concluye por el servicio de anatomo-patología de dicho Hospital que se trata de un adenoma pleomorfo-tumor mixto de glándula salival-benigno cuando al cabo de poco mas de un año, fines julio de 2014, ante el empeoramiento y cuadro clínico del paciente se solicitan pruebas complementarias y se comprueba que el tumor sin recidiva local ha metastatizado en hígado(12x9cm en segmentos IV y VII y adenopatía hipermetabolica) y riñón derecho(masa renal en polo inferior riñón derecho con diámetros de 3,7x3,2cm) no siendo posible ya en su estado ni la posibilidad de trasplante ni la resección quirúrgica solicitándose entonces por la responsable del servicio de anatomopatología del Hospital [REDACTED] la revisión y reevaluación del caso desde el Hospital de [REDACTED] por una especialista del Hospital [REDACTED] la [REDACTED] que concluye, tras el examen de las muestras histológicas remitidas, como diagnostico un adenocarcinoma de células basales esto es tumor maligno. La sentencia concluye a tenor de la prueba que hubo un error inicial de diagnostico al considerar que el tumor que padecía era un adenoma pleomorfo cuando en realidad era un adenocarcinoma de células basales, y aun tratándose de dos categorías muy parecidas eran distintas no se agotaron los profesionales del Hospital de Mataró todos los medios para averiguar la verdadera naturaleza y concretar el tumor que padecía así como la falta de un estudio histoquímica, y dicho error inicial comportó que no se realizara actuación alguna tendente a averiguar si había metástasis del tumor inicial originario lo que influyó en el tratamiento posterior, conllevando una perdida de oportunidad, si bien sin poder tampoco afirmar que un diagnostico a tiempo hubiere evitado el fatal desenlace, por lo que modera la indemnización pedida al 50%, mas los intereses del art.20LCS, y sin





condenar al interviniente SERVEI CATALA SALUT(CATSALUT) al oponerse la actora a su intervención y no haber ampliado la demanda frente a la misma.

Frente a la misma recurre en apelación de un lado la entidad ZURICH sobre la base de error en la valoración de la prueba, incongruencia en la determinación de la responsabilidad respecto a la existencia y evitabilidad del error de diagnóstico; error en la valoración de la prueba respecto a la existencia de pérdida de oportunidad por el tratamiento recibido; improcedente imposición de los intereses del artículo 20LCS y subsidiario incorrecta fijación del dies a quo. CATSALUT también recurre en apelación sobre la base de incorrecta valoración de la prueba en cuanto a la mala praxis; incorrecta valoración de la prueba en la relación causal entre el error inicial de diagnóstico y el daño reclamado. La actora impugna también la sentencia en síntesis sobre la base de un error en la valoración de la prueba en lo relativo al quantum indemnizatorio por pérdida de oportunidad pues entiende debe ser concedida la integra cantidad pedida en su escrito de mayo de 2017 pues no cabe reducir la indemnización por la deficiente asistencia médica y subsidiaria la indemnización no podría ser inferior al 80% a tenor del Protocolo de "Tumores glándula parótida" aportado a los autos en la A. Previa.

SEGUNDO.- El primer motivo de apelación de sendos recurrentes descansa en el error en la valoración de la prueba y error en aplicación del derecho y jurisprudencia en cuanto a la sentencia concluye mala praxis en definitiva al etiquetar la tumoración que presentaba el fallecido [REDACTED] como adenoma pleomorfo cuando luego resultó que se trataba de un adenocarcinoma de células basales lo que

34HG6

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/justicia/ga/ga.html>

Data i hora 01/10/2020 07:35







comportó que no se realizara ninguna actuación posterior o tratamiento adecuado para el tumor maligno, es decir cuestiona la existencia y en su caso la evitabilidad del error de diagnóstico.

Prima facie señalar que en materia de responsabilidad médica cuando se ejercita la acción con base a la culpa Aquiliana (artículo 1.092 del Código Civil), la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2015 declaró: "2. Dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009, y reiteran las de 3 de marzo de 2010, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014, que "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la







realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la lex artis, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual ( SSTS 12 de marzo 2008 ; 30 de junio 2009 )".

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997 , 7 de abril de 2004 , 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 , 23 de mayo de 2007 , 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014)". En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016.

Por otro lado, respecto a la acreditación de la relación de causalidad, relacionada con el criterio de la imputación objetiva, la Sentencia del Tribunal Supremo 33/2015, de 18 de febrero, declaró: "En una medicina de medios y no de resultados - STS 10 de diciembre-, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena.





Implica por tanto un doble orden de cosas:

En primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS 15 de febrero de 2006; 19 de octubre de 2007; 3 de marzo y 10 de diciembre de 2010)".

Pues bien es incontrovertido que tras la intervención quirúrgica practicada en marzo de 2013 al [REDACTED] (q.e.p.d) en el Hospital de Mataró se calificó la tumoración que presentaba por el anatomopatologo del H. [REDACTED] Dr. [REDACTED] como un adenoma pleomorfo-tumor mixto que se califica como benigno, si bien finalmente se revalorizó la clasificación dada de tumoración tras el examen de las laminillas histológicas por exeresis de la intervención de marzo del año 2013 por la experta del Clínico al que se le remitieron las muestras del año 2013, en concreto las 9 preparaciones histológicas fer.B13-2412 y 4 preparaciones histológicas del bloque celular de la citología fer.C14-5952y un bloque de parafina fef.B13-2412-2, vid folio 58, eso sí tras las







metástasis hepáticas y renales producidas y diagnosticadas en julio-agosto del año siguiente 2014 por la Dra. [REDACTED] experta en tumoraciones de cuello y cabeza- y se estableció como diagnóstico final que se trataba por el contrario de un adenocarcinoma de células basales. En concreto el estudio anatomopatológico del Hospital de [REDACTED] realizado tras la intervención quirúrgica practicada el 12-04-13, vid folios 60 y 58, ref.B13-02412 establece que se trata un adenoma pleomorfo, tumor mixto de glándula salival, multifocal, dos nódulos de 4 y 4,1cm, el mayor focalmente encapsulado y con infiltración de tejido adiposo adyacente, tumoración que contacta focalmente con los márgenes quirúrgicos, identificando tres ganglios linfáticos con hiperplasia reactiva. No consta se realizase el estudio inmunohistoquímico el 13 de abril de 2013.

Aun la dificultad extrema que presenta el caso que nos ocupa, pues existen evidentes similitudes de las dos entidades tumorales -adenoma pleomorfo-tumor mixto-y adenocarcinoma de células basales- si bien el primero se trata según la calificación médica de un tumor benigno aun cuando puede malignizarse y por el contrario el segundo de un tumor maligno, tanto a nivel morfológico como biológico-histológico, pues se solapan mucho histológicamente a nivel de poblaciones celulares, y aun cuando no se pueda conocer a priori si un adenoma pleomorfo es o no metastatizante cuando se extirpa el tumor primario en la carótida hasta que metastatiza, y que en este caso aun sin recidiva local se produjo metástasis a distancia en hígado y riñón, como lo evidencia la tecnicidad de las cuestiones debatidas a tenor de las declaraciones de los tres testigos que depusieron doctores todos ellos: el anatomatólogo Dr. [REDACTED] que realizó los informes tras las







punciones PAAF realizadas al extinto los días 15 y 27 de febrero de 2013 concluyendo se trataba no de una adenopatía sino que parecía corresponder a una lesión de glándula salival posiblemente un tumor mixto del tipo adenoma pleomorfo o mono formo, folios 52 y 53; la Dra. [REDACTED] anatomopatóloga del H [REDACTED] patóloga responsable siendo la patóloga consultora la Dra. [REDACTED] del informe anatómico patológico de 12 de abril de 2013 con el diagnóstico de adenoma pleomorfo en los términos ya destacados, folio 60 y 59, y que remitió las muestras a la experta del Clínico para su revalorización antes el comportamiento de la tumoración con presencia de metástasis hepática y renal; y la propia experta Dra. [REDACTED], y las propias discrepancias en las periciales practicadas a instancia de las partes por la Dra. [REDACTED] especializada en radiología oncológica, y el Dr. [REDACTED] especializado en oncología; aun las evidentes similitudes de las dos entidades tumorales a nivel morfológico y biológico, y que se trate inclusive de un caso excepcional en el que no existe recidiva local sino metástasis a distancia en hígado y riñón, no puede tampoco soslayarse que se trata de dos entidades tumorales diferenciadas y así descritas en la literatura científica y en cuanto al adenocarcinoma de células basales de la parótida se incluye como categoría diferenciada desde el año 2005.

Como declaró de un modo diáfano la testigo-perito Dra. [REDACTED] en realidad se trata de dos tipos de tumores aun cuando resulten poco diferenciados y compartan patrones morfológicos. Como detalló en su informe el perito Dr. [REDACTED] el diagnóstico final fue el de adenocarcinoma de células basales de parotídea, y ello aun la calificación que se hizo en los informes del año 2016 del Hospital [REDACTED] y dicho tipo de tumor fue introducido por primera vez en la





clasificación de tumores de la OMS en el año 2005, tumor que se considera el equivalente maligno del adenoma de células basales, al que es muy similar (lo que significa de contrario no idéntico), citológica y histológicamente pero es infiltrativo y por ello con una capacidad aun mínima de dar metástasis; con tendencia a recaer localmente hasta un 35% de los casos y de producir metástasis aun en menos del 10% de casos, siendo su tratamiento de exéresis total con un margen de seguridad y con tratamiento de radioterapia complementaria solo en los casos de tumores de gran tamaño, con márgenes afectos o extensa invasión vasculo-linfática. También resulta del informe anatómico patológico dentro de la historia clínica del paciente realizado el 12 de abril de 2013, muestra de biopsia B13-02412 -tras la intervención quirúrgica practicada al extirpado en fecha 13 de marzo de 2013, cuando contaba cuarenta años de edad- en la que se hizo una exéresis de la tumoración vía cervicotomía practicando una parotidectomía parcial izquierda- siendo el diagnóstico patológico de adenoma pleomorfo de glándula parótida (tumor mixto) multifocal con dos focos de 4 y 4,1 cm de diámetro, el mas grande encapsulado que había infiltración en el tejido adiposo adyacente, y que la tumoración contacta focalmente con los márgenes quirúrgicos. Las muestras remitidas por el Hospital de Mataró, servicio de anatomopatología para la reevaluación del caso a la doctora experta del [REDACTED] Dra. [REDACTED] son las mismas analizadas al hacer el diagnóstico anatomopatológico en abril de 2013 tras la intervención, y se remiten por el comportamiento clínico de la tumoración por metástasis hepática y renal a fin de proceder a su revisión y reevaluación de la tumoración parótida y ampliación del estudio inmunohistoquímico, en concreto se remiten las 9 preparaciones histológicas ref. B13-2412-2 y 4 del bloque







celular de citología ref. C14-5952 y un bloque de parafina B13-2412-2 del fallecido.

El estudio microscópico realizado por la experta del Clínico describe: " La neoplasia constitueix nius sòlids amb presencia de abundant material eosinòfil tipus membrana basal. Està mal encapsulada, es distingeixen signes d'infiltració en teixit adjacents. Esta constituida per proliferació bifásica amb cel.lules monoformes i cel.lúles amb diferenciació ductal. Les cel.lules monoformes mostren lleu pleomorfisme nuclear i baix índex mitòtic (1 mitosi per camp de gran augment x400)...Les tincions immunohistoquímiques confirmen la naturalesa mioepitelial de la població predominant.

L,antígeno de proliferación Ki-67 muestra positividad de la celularidad entre un 5 i un 20% ..."concluyendo el diagnostico como adenocarcinoma de células basales, con metástasis de adenocarcinoma de células basales de origen parotideo. Ciertamente que la Dra. [REDACTED] dijo en su interrogatorio que se decantó por etiquetarlo como adenocarcinoma porque tenía la metástasis junto al tumor primario, que estos tumores se solapan tanto que es muy difícil distinguirlos, que se trataba de un caso excepcional al no haber recidiva local sino metástasis a distancia siendo dijo el diagnostico una diferencia de criterio. Pero hay que destacar en primer lugar que la recalificación o reevaluación se hizo sobre las muestras extraídas el día de la intervención 12 de marzo del año 2013 y no en otras muestras posteriores y por ello no puede afirmarse que el nexo de causalidad se basare en el regreso a episodios anteriores a partir de la metástasis producida a distancia sin recidiva local, esto es no se funda tan solo en la evolución posterior del paciente sino que ésta no hizo sino reafirmar el error en el diagnostico





inicial . Y además el diagnostico inicial erróneo de la enfermedad catalogando el tumor como adenoma pleomorfo cuando el correcto era de adenocarcinoma como se comprobó a posteriori al someter el caso a reevaluación enviando las mismas muestras extraídas de la intervención al paciente ,sin que conste se hiciera un estudio histoquímico en el año 2013 a pesar de las evidencias de que solo uno de los dos nódulos estaba encapsulado, y con infiltración con el tejido adiposo adyacente como resulta del propio informe anatomo patológico de abril de 2013, esto es tras la intervención quirúrgica practicada, lo que pone de manifiesto que no se hicieron todas las pruebas diagnosticas necesarias, atendido el estado de la ciencia medica en ese momento esto es no se adoptaron todas las comprobaciones que el caso requería.

Además la documentación acompañados por la actora en la A.Previa evidencia -como dijo el perito de la aseguradora- que el adenoma pleomorfo es uno de los tumores mixtos benignos de las glándulas salivares, si bien entre el 3-5% de los casos puede malignizar; que desde el año 2005 el adenocarcinoma esta descrito en la literatura científica como un tumor de tipo maligno. Que aunque no sea tan simple diferenciar las dos entidades tumorales lo cierto es que no son idénticas aun las similitudes a nivel morfológico e histológico existiendo por ello las dos figuras tumorales, lo que denota y evidencia que aun las similitudes no son idénticas, y por ello que debían extremarse todos las pruebas y medios para un diagnostico acertado. Que como explico de modo taxativo, claro y diáfano la perito de la actora tanto en su dictamen como en el interrogatorio el examen de la pieza quirúrgica de parotirodectomía extraída en marzo de 2013 evidenciaba que : solo la lesión de mayor







tamaño estaba encapsulada y los adenomas pleomorfos poseen capsula ; que era infiltrante pues se describe en el propio informe del Hospital de [REDACTED] de abril de 2013 la infiltración al tejido adiposo cuando los adenomas pleomorfos no lo son; y que en los adenomas pleomorfos el estudio inmunohistoquímico es positivo para VC-1 en el 60% de los casos y para V-9 en el 87%, resultando que no se hizo dicho estudio en abril de 2013 tras la intervención; y como se recoge en el informe de reevaluación de septiembre de 2014 hecho por la Dra. [REDACTED] resulta que la neoplasia esta mal encapsulada, se distinguen signos de infiltración en el tejido adyacente, las tinciones inmunohistoquímicas confirman la naturaleza mioepitelial de la población predominante, el antígenos de proliferación Ki-67 muestra positividad de células entre un 5 y un 20% según las áreas tumorales. Ninguno de los otros expertos ya fuere el perito de la demandada como los testigos peritos pusieron el énfasis en describir las diferencias, aun las similitudes a nivel biológico y morfológicos, de los dos tumores cuando la perito de la actora lo describe de modo minucioso y los resultados sobre las mismas muestras esto es la descripción macroscópica muestra que hay infiltración en el tejido adiposo adyacente y solo uno de los dos nódulos esta encapsulado , vid informe de abril de 2013 y luego tras el reexamen y reevaluación el del 2014 en la descripción microscópica. La historia clínica del fallecido del Hospital de [REDACTED] a los folios 378 ss., en especial los folios 414, 422 con la reevaluación realizada de la tumoración parotídea por el Hospital Clínico y valoración del Hospital del Valle Hebrón, folios, 87 y 88 y 483 junto con las testificales y periciales acreditan el diagnostico tras la revisión en cuanto a la tumoración parotídea como adenocarcinoma de glándula parotídea de células basales, con metástasis luego





en hígado y riñón derivado del tumor originario o primario, aun el informe de alta del Hospital de Bellvitge de junio-julio de 2016. Sin que tampoco desvirtué lo anterior la posibilidad de que un adenoma pleomorfo pueda malignizar y metastatizar por cuanto el diagnostico aun las similitudes a nivel histológico o de poblaciones celulares como dijo la testigo Dra. [REDACTED] es diferente en uno y otro supuesto. En parecidos términos declaro la Dra. [REDACTED] cuando reconoció que estamos en presencia de dos tipos de tumores aun cuando resulten poco diferenciables y compartan -que no identifiquen podemos por ello afirmar- patrones morfológicos. No de entiende sino el porqué de su diferente catalogación por los criterios médicos de la OMS.

Y si la diferencia entre una y otra entidad patológica no estaba claramente diferenciada debieron extremarse todos los protocolos y pruebas conducentes para la correcta diagnosis del tumor desde el inicio lo que no se evidencia se hiciera por el Hospital de Mataró en el año 2013 siendo el seguimiento durante un año tan solo por el servicio de ORL. Pues aun la dificultad en el diagnostico correcto se trataba de dos entidades patológicas en modo alguno idénticas aun las similitudes a nivel morfológico y biológico por lo que debieron hacerse cuantas pruebas se precisaran para un diagnostico acertado de la tumoración. Mas en un campo como el oncológico donde los avances médicos son constantes e importantísimos tanto en la descripción del diagnostico o catalogación del tumor como en su control, evolución y tratamientos a aplicar al paciente siendo de todos sobradamente conocido, y el adenocarcinoma de la parótida fue incluido dentro de la clasificación de tumores de la OMS ya en el año 2005 como tumor maligno, destacando el perito Dr. [REDACTED] en su informe que es el equivalente maligno del







adenoma de células basales pero es infiltrativo y por ello con capacidad de dar metástasis, con tendencia a recidiva en un 35% de los casos y de metastatizar en hasta un 10% de los casos .

Por todo ello hemos de concluir ,y coincidir con la valoración del todo punto adecuada, ajustada y ponderada del material probatorio, que nos encontramos ante dos entidades patológicas distintas- el adenoma pleomorfo aun mestatizante y el adenocarcinoma de células basales siendo que el Sr. [REDACTED] (q.e.p.d) fue diagnosticado erróneamente en el año 2013 de un tumor benigno, adenoma pleomorfo-tumor mixto multifocal-, cuando en realidad se trataba de un tumor maligno según la clasificación de la OMS aportada en el acto de A.Previa, adenocarcinoma de glándula parotídea células basales como lo evidenciaba el estudio anatomopatológico de la biopsia ya del año 2013 pues estaba sin encapsular uno de los dos nódulos, y con márgenes afectos e infiltración en el tejido adyacente adiposo lo que derivó aún sin recidiva local en metástasis a nivel hepático y renal un año mas tarde y desgraciadamente el óbito en agosto de 2016.

Hubo un diagnostico erróneo del tumor ab initio por lo que concurre mala praxis no justificable además por todo lo expuesto a tenor de la valoración de la prueba conjunta dado el error de diagnostico del tumor de la glándula parotídea realizado en el año 2013.

Los motivos perecen.

**TERCERO.-** Analizaremos también de modo conjunto a continuación sendos motivos de los recurrentes en cuanto se denuncia la errónea valoración de la prueba y en la





normativa y jurisprudencia aplicables respecto a la pérdida de oportunidad por el tratamiento recibido, pues entienden tanto ZURICH como el SERVEI CATALÁ DE LA SALUT que aun en el supuesto de error en el diagnóstico el tratamiento hubiere sido prácticamente el mismo en uno y otro caso, y por ello la falta de relación causal entre un diagnóstico precoz y el daño desgraciadamente acaecido.

Pues bien el reexamen de la prueba practicada nos lleva a concluir concurre pérdida de oportunidad por el tratamiento recibido pues de haberse diagnosticado ab initio el tumor como maligno el tratamiento y/o controles o seguimiento del paciente se hubiere extremado y realizado en todo caso por un equipo multidisciplinar no derivando al servicio de oncología al paciente hasta finales de julio mas bien agosto de 2014, vid folios 406 y 414 a petición de cirugía, siendo tratado desde la intervención a dicha fecha por el servicio de O.R.L del Hospital de [REDACTED], no siendo por ello el tratamiento idéntico al recibido al calificarse como tumor benigno en vez de maligno. En definitiva, concurre relación de causalidad entre el error y retraso en el diagnóstico correcto de la tumoración y la pérdida de oportunidad en cuanto a la pérdida de expectativas de salud /tratamiento del paciente fallecido desgraciadamente de no concurrir el error en el diagnóstico del tumor.

Sin desconocer que el acierto en el diagnóstico y por ende en los adecuados controles y seguimiento y tratamiento del paciente no puede tampoco conllevar con certeza que no se produjera ni el fatal ni desgraciado desenlace ni tampoco la metástasis en los otros órganos a distancia del tumor original o primario como se produjo en riñón e hígado aun sin recidiva local, lo que no puede ignorarse tampoco es que







de haberse establecido un correcto diagnostico del tumor como maligno ab initio, de un lado a la hora de la intervención, tras los dos informes del PAAF realizados en febrero de 2013 por el Dr. [REDACTED] catalogando el tumor como tumor pleomorfo, la exeresis hubiere sido total o con márgenes mas amplios, como reconoció el propio perito Dr. [REDACTED] y la Dra. [REDACTED], esto es con márgenes limpios cuando por el contrario el estudio de biopsia revela que la tumoración contacta focalmente con los márgenes quirúrgicos y que había infiltración en el tejido adiposo adyacente. Y aun cuando discrepan los doctores de la conveniencia de realizar pruebas radiológicas de control en el supuesto de diagnostico de adenomacarcinoma, o radioterapia, afirmándola la perito de los actores y negándola los otros doctores, menos a distancia del cuello pues no hubo recidiva local sino metástasis a distancia del tumor primario, no puede tampoco ignorarse que aun cuando no se produjo recidiva local el adenocarcinoma es un tumor maligno en la clasificación de los tumores de las glándulas, que como resulta de la biopsia había infiltración en el tejido adiposo adyacente, con lo que los controles y seguimiento de la tumoración se hubieran extremado y realizado por un equipo multidisciplinar, aun cuando ello no hubiere impedido con certeza por desgracia la metástasis a distancia ni el fatídico desenlace pero sí unas expectativas de salud distintas a las que se describen con detalle en la sentencia de instancia y resulta de toda la historia clínica del extinto, que damos por íntegramente por reproducidas en aras a reiteraciones innecesarias, vid oficios del [REDACTED]

[REDACTED] Y por ello el empleo de un tratamiento medico y de control mas adecuado y no idéntico al empleado como se dice por los recurrentes, como evidencian las declaraciones practicadas en el acto del





juicio en especial la del perito Dr. [REDACTED] que reconoce que se habrían ampliado los márgenes quirúrgicos con márgenes de seguridad o empleado otro tratamiento eso sí dice para controlar las recidivas locales que no metástasis a distancia; y en igual sentido declara la Dra. [REDACTED] la cual afirma además que ha de hacerse el diagnóstico diferencial entre el adenoma pleomorfo y el adenocarcinoma pues están dentro del mismo espectro tumoral; y Dra. [REDACTED] fue poco clara o dubitativa a la hora de determinar si el tratamiento de uno y otro tumor hubiera sido el mismo puesto que si bien reconoce la excepcionalidad del caso al no existir recidiva local y sí metástasis a distancia también afirma que si el diagnóstico a priori hubiere sido de adenocarcinoma en principio se hubiere hecho una ecografía de los ganglios linfáticos -que en el caso no estaban afectados- respondiendo de modo dubitativo cuando fue preguntada si el tratamiento hubiere sido el mismo para uno y otro tumor pues respondió que si a priori se hubiere diagnosticado como adenocarcinoma quizás se hubiere hecho un estudio regional de los ganglios linfáticos pero que no creía se hubiere realizado un estudio sistémico dado la excepcionalidad de que metastaticen a distancia, afirmando también que no son dos tumores idénticos aunque se solapan mucho histológicamente, concluyendo no obstante que al estudiar el tumor primario su criterio fue el de adenocarcinoma de células basales. Y aun cuando el perito [REDACTED] afirma que el tratamiento quirúrgico, aunque insuficiente no hubiere cambiado el diagnóstico final porque no hubo recidiva local sino metástasis a distancia como explicó la perito [REDACTED] la diseminación se produjo a través de los vasos sanguíneos porque los ganglios no estaban afectados, y de la biopsia resulta que había infiltración en el tejido adiposo adyacente y que la tumoración contactaba focalmente







con los márgenes quirúrgicos. El propio perito Dr. [REDACTED] lo clasifica como tumor en estadio o fase II. Y del documento nº 3 aportado por la actora en la Audiencia Previa resulta que dentro de los tumores malignos de la glándula parótida se describe el adenocarcinoma, que representa el 4% de los tumores de ésta y en conjunto tiene gran tendencia a metastatizar. Y aunque no se produjere recidiva local sino metástasis a distancia no puede soslayarse se trata de dos categorías tumorales diferentes siendo tumor maligno el adenocarcinoma y por ende los controles y seguimiento con arreglo al buen hacer profesional o lex artis ad hoc de éste hubiere aconsejado un seguimiento o controles mas completo de hacerse el diagnostico a priori correcto.

Por todo ello hemos de concluir que de descubrirse y diagnosticarse al inicio el tumor como maligno, de un lado la exeresis hubiere sido total o radical con márgenes de seguridad para evitar la infiltración, mas cuando la biopsia describe que hay infiltración en el tejido adiposo adyacente; y el tratamiento a seguir hubiere extremado los controles como en su caso el empleo de otro tratamiento medico-curativo, que no paliativo como tuvo que aplicarse, con una detección cuanto menos mas temprana de la metástasis a distancia sin recidiva local, aun cuando no la hubiere evitado, la cual no era imprevisible de hacerse un diagnostico correcto como resulta de la literatura científico-medica acompañada y explica la Dra. [REDACTED], lo que no se pudo realizar cuando se descubrió la metástasis en riñón e hígado en el mes de agosto de 2014 dada la extensión y afección de los dos órganos a distancia en los que metastatizó el tumor originario maligno sin que se pudiera desde luego proceder a la intervención quirúrgica o resección quirúrgica para su extracción ni desde luego al





trasplante. No es que se pudiese prevenir la metástasis ni desde luego tampoco el fatal desenlace con el tratamiento adecuado de haberse hecho el diagnostico correcto de malignidad en el 2013, vistas las tablas del Protocolo "Tumores glándula parótida" adjuntado en la A. Previa, pero sí la expectativa de salud y tratamiento a recibir y/o controles o seguimiento del paciente desgraciadamente fallecido en agosto de 2016 de haberse diagnosticado desde el inicio como adenocarcinoma de células basales con un diagnostico cuanto menos mas precoz de la metástasis a distancia o el retraso en su aparición con lo que ello conlleva en el tratamiento a seguir y la expectativa de salud y calidad de vida del paciente.

El error en el diagnostico durante mas de un año- de marzo de 2013 a julio-agosto o septiembre de 2014- conlleva en relación causal una perdida de oportunidad en el tratamiento a recibir y/o controles o seguimiento de la tumoración y en consecuencia en la expectativa y calidad de vida del paciente hasta que se produjo el fatal desenlace en agosto de 2016.

Por todo ello los motivos perecen.

**CUARTO.-** A continuación se examinará la impugnación formulada por la actora en cuanto discrepa sobre la aplicación a la teoría de perdida de oportunidad de la reducción del 50% aplicada en la instancia pues discrepa del calculo de la indemnización en la que se utiliza porcentajes de curación , pues el paciente por dicho error -culpa exclusiva por mala praxis- en el diagnostico perdió toda oportunidad de curación ; y de modo subsidiario entiende se ha hecho una aplicación errónea del Protocolo acompañado en







la A.P. siendo que al encontrarse el paciente en un Estado II de la enfermedad en el año 2013 según el Protocolo la expectativa de vida a los 5 años de los tumores malignos de la glándula parótida era del 80% por lo que la indemnización no debería ser inferior a dicha proporción esto es la reducción del 20%.

La STS de 19 de febrero de 2019 se refiere a la pérdida de oportunidad en los términos que siguen:

"1.- La llamada perdida de oportunidad se ha consolidado en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil de abogados, procuradores y médico- sanitaria.

Vamos a detenernos en esta última porque es la que más se compadece con el supuesto enjuiciado.

2.- Las doctrinas de la imputación objetiva y causalidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre a la de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado.

Ahora bien tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta





por parte del agente profesional.

Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la "pérdida de oportunidad o chance".

Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización.

Su aplicación es un paliativo del radical principio del "todo o nada" a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización.

En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que







permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se residencia esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo ( STS 27 de julio de 2006 ).

Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado.

Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

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

No pueden acogerse ninguno de los motivos ni principal ni subsidiario en cuanto al calculo indemnizatorio por la perdida de oportunidad generada tras el error en el diagnostico inicial en cuanto al tratamiento y/o controles a





recibir por el paciente. Pues aun acreditado el nexo causal entre el error de diagnostico y la ausencia de tratamiento y/o controles de la enfermedad tumoral maligna por dicho error en el diagnostico inicial y por ello la perdida de oportunidad como se dijo en el tratamiento adecuado y completo de la enfermedad desde la intervención practicada en marzo de 2013 y el informe anatomopatológico de abril de 2013 hasta mas de un año mas tarde-agosto de 2014- en que se hizo el diagnostico correcto con lo que ello conllevo en el seguimiento y/o control de la enfermedad y por ende en la privación de expectativas del paciente desgraciadamente fallecido a los tres años y medio casi desde la intervención y diagnosis del tumor, el desgraciado desenlace no existe la certeza de que hubiere podido ser evitado. Ni tampoco que de aplicar el tratamiento/seguimiento adecuado hubiere certeza de que el tumor primario aun sin recidiva local hubiere metastatizado de otro lado siguiendo el curso de la enfermedad tumoral maligna; sin perjuicio de que como dijimos la evolución de la enfermedad y por ende la expectativa y calidad de vida del paciente no hubiere sido la misma. Nadie afirma ni puede afirmar que de haberse actuado de otra manera el paciente por desgracia no hubiere fallecido o se hubiera evitado el fatal desenlace sin perjuicio de los antes dicho; si bien también resulta que nos encontramos ante un tumor maligno lo que es una gravísima patología, que metastatizo a distancia sin recidiva local, y en todo caso el tratamiento de haber sido adecuado al tumor que padecía en todo caso hubieren permitido un diagnostico mas temprano de las metástasis y por ello la expectativa de vida y calidad de la misma hubiere sido otra, pero por desgracia no hubieren impedido su aparición. La prueba acredita que el tumor maligno padecido fue la de un tumor muy agresivo, esto es con un







alto grado histológico de malignidad al debutar sin recidiva local y metastatizar a hígado y riñón con gran y grave afectación.

Solo quizás pero solo eso sin certeza causal de la evolución de la enfermedad en cuanto a la aparición de las metástasis y su control y evolución posterior, y la expectativa de vida del extinto nos situaría en un calculo de probabilidades en el termino medio de las franjas, esto es sin alcanzar la reparación del daño integro se superaría el umbral inferior no siendo las oportunidades perdidas ilusorias.

En tales circunstancias, y sin desconocer que la cuantificación del daño tras la modificación del petitum hecho por la sucesora tras el luctuoso y desgraciadísimo desenlace, se hizo cuantificando el daño sobre el óbito producido, petición a la que dio su conformidad ZURICH, vid folios 539 y ss., 545 y ss. en cuanto al motivo subsidiario si atendemos al mismo Protocolo citado por la recurrente y acompañado en la A.P resulta de un lado que los resultados en cuanto a una supervivencia a los 5 años de los tumores malignos de la glándula parótida, como era el caso de autos al padecer el extinto un adenocarcinoma de células basales, atendiendo al estadio de la enfermedad tumoral para un Estadio 2 como dijo en su dictamen el perito Dr. [REDACTED] padecía el Sr. [REDACTED], la proporción era del 80% de supervivencia, si bien se fijan en el mismo capitulo otros parámetros a tener en cuenta como son : 1) según el grado histológico de malignidad indicándose una supervivencia del: Bajo, 90-95%, Medio de 65-70% y Alto de 30-35%; 2) según el tipo histológico del tumor primario señalando para un adenocarcinoma el 55% . Todos estos parámetros valorados en el caso de autos nos llevan a ratificar la proporción





señalada en la instancia.

Por todo ello los motivos perecen.

**QUINTO.** - Por último analizaremos sendos motivos de la apelante ZURICH en cuanto a que no proceden los intereses del artículo 20 de la LCS, y subsidiario incorrecta fijación del dies a quo entiende se fije en la fecha de comunicación del óbito del extinto, esto es el 3 de octubre de 2016 y no la fijada en la sentencia de 17 de abril de 2015 fecha de la reclamación formulada en su contra pues se esta reclamando una indemnización por el fallecimiento del esposo.

Alega en primer lugar ZURICH que la actora no reclamó unos daños y perjuicios concretos hasta que presentó la correspondiente demanda, y en su defecto, si se aprecia que proceden dichos intereses debería estarse a lo dispuesto por el párrafo sexto del propio artículo, conforme al cual no se producirá el devengo de intereses cuando el asegurador no haya tenido conocimiento del siniestro con anterioridad al ejercicio de la acción directa al haber actuado como aseguradora de la Administración.

Como dice la STS de 4 de junio de 2009: "En segundo lugar, esta Sala ha seguido una línea interpretativa caracterizada por un creciente rigor en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS 16 de julio y 9 de diciembre 2008; 12 de febrero 2009 ). La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las







partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso. Admitir, sin más, que no se pagan intereses cuando la obligación y el pago se fijan en la sentencia supone tanto como dejar sin contenido una norma que es regla de aplicación y no excepción, habiendo declarado esta Sala -STS 19 de junio 2008 - que "la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación, no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario" - Sentencia de 14 de marzo de 2006 -, y que tampoco puede ampararse en la iliquidez de la deuda, ya que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el "quantum" tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho "ex novo" sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. No se trata, en definitiva, de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, que ya le pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor (SSTS 29 de noviembre de 2005; 3 de mayo de 2006 )."

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 5-11-2019 dice : "La sentencia núm. 743/2012, de 4 de diciembre detalla la interpretación y aplicación de la regla del art. 20.8 LCS, que se ha reiterado después por la sentencia núm. 206/2016, de 5 de abril, la núm. 214/2016, de 21 de julio, la núm. 456/2016, de 5 de julio, la núm. 36/2017, de 20 de enero, la núm. 73/2017, de 8 de febrero y la núm. 523/2017, de 27 de septiembre, entre otras:





"Si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8° LCS , la existencia de ca a justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en que consisten los intereses de demora, en la apreciación de esta causa de exoneración, esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa .para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados [...].

"En atención a esa jurisprudencia, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica para integrar los presupuestos de la norma aplicada.

"Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, el Mero hecho de acudir al mismo constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar [...]. En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al perjudicado o asegurado a un proceso cuando la resolución







judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura [...].

"Con carácter general, en fin, e invocando un modelo de conducta acrisolado, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho".

Por lo tanto, cuando no se justifique la existencia de una causa suficiente o bien se trate de una discusión sobre el origen o causa del siniestro, graves divergencias entre las partes respecto su cobertura u otro tipo de circunstancias que permitan considerar relevante el retraso en el pago o consignación de la cantidad reclamada, la aplicación de los intereses del artículo 20 LCS debe ser procedente.

En el presente caso, consta que la aseguradora tuvo conocimiento del acaecimiento del hecho que motivo la presente demanda, a tenor de la reclamación formulada y que resulta del documento 5 de la demanda, folio 147 del que resulta que se le reclama en calidad de aseguradora de los profesionales que asumieron la prestación asistencial al fallecido Sr. [REDACTED] en el Hospital de [REDACTED], concretándose la deficiencia asistencia medica en el diagnostico erróneo de la tumoración al diagnosticarle erróneamente un adenoma pleomorfo lo que provocó una





ausencia de tratamiento adecuado al tumor maligno que realmente padecía de tumoración adenocarcinoma de células basales durante los años 2013 a 2014 reclamando la correspondiente indemnización; posición en la que luego se subrogó su esposa e hijos continuando con la misma acción por el defecto asistencial si bien modificando el petitum indemnizatorio reclamando la indemnización como perjudicada por el fallecimiento de su esposo, subrogación que fue aceptada por ZURICH. Y pese a dicho conocimiento de los hechos no manifestó ni la intención de ofrecimiento de pago ninguno, ni desde luego pago o consignación de la cantidad que incluso tuviere por pertinente desde que se le requiere por el defecto asistencial defectuoso por error de diagnóstico realizado en el año 2013 y base de la presente reclamación aun tras el fallecimiento del Sr. [REDACTED] pues lo único que se varia es el quantum de la reclamación tras el desgraciado y fatal desenlace, pero no la base de la reclamación por el error en el diagnóstico padecido y retraso en el correcto diagnóstico de adenocarcinoma y por ello la privación de tratamiento adecuado ya fuere curativo y/o paliativo, ni tan siquiera designa perito sino con ocasión de los autos para emitir dictamen de valoración de daños y perjuicios, por lo que los intereses del artículo 20 de la LCS son del todo punto procedentes, pues no debe olvidarse que se trata de una medida punitiva para evitar dilaciones en el pago de las cantidades legalmente reclamadas, razones por las que perecen los motivos formulados tanto principal como subsidiario.

**SEXTO.** - Conforme al principio del vencimiento objetivo, establecido en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede condenar a las apelantes e impugnante al pago de las costas de esta alzada.





F A L L A M O S

**LA SALA ACUERDA:** Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por la entidad ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA y el SERVEI CATALÀ DE LA SALUT, así como la impugnación formulada por la parte actora contra la sentencia de 30 de julio de 2018, dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona en los autos de los que deriva el presente rollo de apelación, y, por ello, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia. Todo ello con expresa condena de las costas de la alzada.

Respecto al depósito que ha constituido las partes recurrentes, debe acordarse lo que proceda conforme a lo dispuesto en la DA 15ª de la LOPJ.

**Modo de impugnación:** recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se





debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo







y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

Codi Segur de Verificació: 7XXAGK79YZ6S9Y91QV/K04DKD34HGf6

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 01/10/2020 07:35





## Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 02/10/2020 10:49

## Mensaje

|                   |                                                                                                                                                                         |
|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| IdLexNet          | 202010358215636                                                                                                                                                         |
| Asunto            | Notifica resolució <sup>3</sup> apel·lació <sup>3</sup> de sentència   Recurs d'apel·lació <sup>3</sup>                                                                 |
| Remitente         | Órgano<br>SECCION Nº 19 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL de Barcelona, Barcelona [0801937019]                                                                                 |
| Destinatarios     | Tipo de órgano<br>AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)<br>[Redacted]<br>Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona                                                       |
| Fecha-hora envío  | 02/10/2020 09:43:15                                                                                                                                                     |
| Documentos        | 0801937019_20201001_1056_17718908_00.pdf (Principal)<br>Hash del Documento: 1fe9c365c9f5068fd7133f374839d08f1bcd7935fbc6bb4de94170ef17a9f58                             |
| Datos del mensaje | Procedimiento destino<br>Recurso de Apelación[RPL] Nº 0000907/2018<br>Detalle de acontecimiento<br>Notifica resolució <sup>3</sup> apel·lació <sup>3</sup> de sentència |

## Historia del mensaje

| Fecha-hora          | Emisor de acción                                             | Acción       | Destinatario de acción                           |
|---------------------|--------------------------------------------------------------|--------------|--------------------------------------------------|
| 02/10/2020 10:49:00 | Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona             | LO RECOGE    |                                                  |
| 02/10/2020 09:43:18 | Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona) | LO REPORTE A | Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona |

(\*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.