



Roj: **STS 3823/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3823**

Id Cendoj: **28079110012018100624**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2018**

Nº de Recurso: **1250/2016**

Nº de Resolución: **635/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1174/2016,**  
**STS 3823/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 635/2018**

Fecha de sentencia: 16/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1250/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCIÓN N. 14

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1250/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 635/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 16 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de infracción procesal y de casación interpuesto por doña Tatiana, representada por el procurador don Antonio Nicolas Vallengano, bajo la dirección letrada de doña Luisa Fernanda Naharro Carrasco, contra la sentencia dictada con fecha 29 de febrero de 2016 por la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en los autos de juicio n.º 985/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona. Han sido partes recurridas Servei Catalá de la Salut (Catsalut), representado por la procuradora doña Rosa Sorribes Calle, bajo la dirección letrada de don Jaume Olària i Sagrera, y Compañía de Seguros Zurich Insurance, PLC, representada por la procuradora doña María Granizo Palomeque, bajo la dirección letrada de don Roberto Valls de Gispert.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- 1.º- La procuradora doña María Francesca Bordell Sarró, en nombre y representación de don Daniel, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Compañía de Seguros Zurich Insurance, PLC y Servei Catalá de la Salut (Catsalut) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

"se condene a la entidad aseguradora demandada a satisfacer al Sr. Daniel la cantidad de cuatrocientos noventa y cinco mil setecientos sesenta y nueve con doce euros (495.779,12 euros) más los intereses previstos por el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros todo ello con expresa imposición de las costas devengadas en este juicio".

Por decreto de fecha 10 de octubre de 2012, se admitió la demanda y se emplazó a los demandados por término de 20 días, contestando a la demanda compareció a los solos efectos de proponer declinatoria, previos los tramites oportunos por auto de fecha 16 de noviembre de 2012, se resolvió la declinatoria presentada, en el sentido de desestimarla.

En fecha 12 de noviembre de 2012, por Servei Catalá de la Salut se presentó escrito solicitando su intervención voluntaria en el presente proceso, como demandada, lo que tras los trámites oportunos, fue admitido mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2012.

2.º- El procurador don Jaume Guillen Rodríguez, en nombre y representación de Compañía de Seguros Zurich Insurance, PLC, contestó a la demanda y, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"se absuelva a Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros de los pedimentos de la misma, con expresa imposición a la parte actora de las cotas causadas".

**SEGUNDO.**- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

"Que, con estimación parcial de la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña María Francesca Bordell Sarro, como demandante y en nombre y representación de Don Daniel, y dirigida contra ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA, y en la que ha intervenido voluntariamente el SERVEI CATALA DE LA SALUT,

"DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada en este juicio ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA, a que indemnice al citado actor Don Daniel, en la cantidad total de DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO EUROS CON SESENTA Y SEIS CÉNTIMOS (271.694,66 EUR), por los conceptos de esta Sentencia; y

"DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada en este juicio ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA, a que abone al citado actor Don Daniel, el interés legal del dinero, incrementado en el 50 por ciento, interés que no será inferior al veinte por ciento si han transcurrido dos años desde la producción del siniestro, anual sobre la cantidad indicada desde la fecha del 12 de SEPTIEMBRE DE 2011, y hasta el completo pago; y,

"DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO, el resto de pretensiones formuladas por la parte actora; y,

"NO DEBO EFECTUAR Y NO EFECTUÓ, una expresa imposición en las costas de este juicio".



**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Tatiana , (sucesora por fallecimiento de don Daniel ). La Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 29 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que ESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de los apelantes SERVEI CÁATALA DE LA SALUT y ZURICH ESPAÑA, CÍA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., desestimar la impugnación de la sentencia dictada en fecha nueve de diciembre de dos mil trece por el Juzgado Primera Instancia 43 Barcelona en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos revocar la misma, absolviéndose libremente a la codemandada de los pedimentos en su contra, sin expresa condena de las costas causadas en ambas instancias.

"Se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir".

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Tatiana con apoyo en los siguientes: Motivos: Único.- Al amparo del motivo 4.º del artículo 469.1. de la LEC, por infracción del artículo 24.1. de la Constitución Española al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva: concretamente vulneración de las normas jurídicas: manifiestamente errónea y falta de razonabilidad que ha supuesto afectación al derecho a la tutela judicial efectiva de esta parte.

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos. Primero.- Infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil por inaplicación de los mismos en un supuesto de negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza extracontractual, a la luz de la doctrina jurisprudencial que los interpreta en relación a la responsabilidad civil médica y, por ello, en implicación de la doctrina de la *lex artis ad hoc*, por el hecho de no haber puesto a disposición del paciente todos los medios adecuados al caso concreto para evitar la peritonitis que sufrió el paciente y que es la causa de los daños y perjuicios sufridos por el mismo (entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 2015, de 30 de marzo de 2012, de 31 de enero de 2008, de 18 de diciembre de 2006 y de 23 de septiembre de 2004, cuyos textos se acompañan). Segundo.- Infracción del artículo 1903 Código Civil, en relación con el artículo 1902 del mismo cuerpo legal y de la doctrina jurisprudencial que aplica responsabilidad civil por hecho de otro: el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios es susceptible de determinar la responsabilidad, que no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo o *in vigilando* respecto de las personas por quienes se debe responder otras, ( Sentencias de 20 de junio de 2008, 14 de noviembre de 2007 y 5 de enero de 2007). TERCERO.- Infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y doctrina jurisprudencial que aplica la llamada doctrina del daño desproporcionado. Se trata de aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como de ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por "o se puede haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas.

Es decir, la teoría del daño desproporcionado permite establecer una presunción de culpa ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se producen si no por razón de una atención negligente, y se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia y omisión puede determinar la imputación por culpa, que ya entonces se presume (entre otras, STS de 14 de noviembre y 23 de mayo de 2007 y 6 de junio de 2014, cuyos textos se acompañan). Cuarto.- Subsidiariamente, infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil por vulneración de la jurisprudencia establecida en la Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2007, y que se remite a las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero, 24 de mayo y de 25 de septiembre de 1999 y 10 de octubre de 1998, que recogen la llamada doctrina de la "pérdida de oportunidad", por cuanto que, dada la certeza probatoria del nexo causal, basta con cierta probabilidad de que la actuación medica pudiera evitar el daño, aunque quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización.

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 16 de mayo de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradoa doña Rosa Sorribes Calle, en nombre y representación de Servei Catalá de La Salut, y la procuradora María Granizo Palomeque, en nombre y representación de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, presentaron escritos de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de octubre de 2108, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Daniel reclama en la demanda la suma de 495.779,12 euros, fundada en la responsabilidad por mala praxis médica y/o daño desproporcionado. La demanda se dirige contra la compañía aseguradora



Zurich en su calidad de aseguradora del Servei Català de la Salut. El Servei Català de la Salut compareció en calidad de demandado, a tenor del artículo 13.1 de la LEC, por ostentar interés directo y legítimo en el asunto, al ser intervenido en el Hospital de Santa Tecla de Tarragona, por la extirpación de un cáncer de recto el día 30 de abril de 2009.

La cuestión controvertida se centra en determinar si el seguimiento efectuado al paciente los días 4 a 6 de mayo de 2009, que dieron lugar a la intervención del día 6 de mayo, fue correcto o se produjo una negligencia médica que conllevó a que no se determinase la existencia de una peritonitis, consecuencia de una perforación intestinal, determinante de la segunda intervención, con las secuelas que padeció y padece el actor el cual falleció durante el procedimiento continuando en el mismo la esposa.

La sentencia del juzgado considera no acreditada la causa de la aparición de la perforación intestinal que dio lugar a la peritonitis, y la invasión de heces de la cavidad abdominal, por lo que no apreció mala praxis en las intervenciones de los cirujanos implicados, pese a lo cual condena a la demandada por entender que se produjo "daño desproporcionado", imputable a los servicios sanitarios prestados, por cuanto el centro hospitalario no gozaba de los "medios suficientes" para paliar o evitar el resultado lesivo (secuelas), en concreto porque prescrita la realización de un TAC, no se pudo realizar, al parecer por estar averiado, y porque de haberse realizado de forma inmediata se habrían minimizado las consecuencias.

Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada impugnando la sentencia la esposa del Sr. Daniel , doña Tatiana , ahora recurrente, por los dos pronunciamientos relativos a la desestimación de "mala praxis" de los facultativos y la valoración en 15 puntos de la secuela "eventración".

La sentencia de la Audiencia estimó el recurso de la aseguradora y desestimó la impugnación. Considera que no hubo daño desproporcionado; rechaza la existencia de mala praxis y descarta la influencia del TAC en las consecuencias lesivas sufridas por el paciente. Oídos los doctores y testigos, así como los Peritos, señala que el TAC "no sólo no es esencial para conocer dónde se encuentra la fuga, por cuanto no es 100% fiable, sino también porque además los demás síntomas conllevan la necesaria información para la inmediata intervención quirúrgica, siendo por todo ello que ha de ser revocada la sentencia con absolución de la codemandada".

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.**- Doña Tatiana ha formulado un primer recurso, extraordinario por infracción procesal, con un único motivo por infracción del artículo 24.1 CE, por vulneración de la prueba de forma manifiestamente errónea y falta de razonabilidad que ha supuesto afectación al derecho a la tutela judicial efectiva. En lo sustancial, cuestiona que la sentencia de apelación confunde los momentos en los que se decidió la práctica del TAC y con ello la relevancia y necesidad de dicha prueba, y confunde asimismo el día de la intervención, que no fue el día 5 de mayo, sino el 6, incurriendo en contradicción al no reconocer el empeoramiento durante los días 3 y 4, a la vez que considera innecesario el TAC.

Se desestima.

1. La sentencia 112/2018, de 6 de marzo de 2018, en relación con los recursos extraordinarios formulados por infracción del artículo 24 CE, dice lo siguiente:

"La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a la casación -y ahora al recurso extraordinario por infracción procesal- ( sentencias 1242/2007, de 4 de diciembre; 196/2010, de 13 de abril; 471/2012, de 17 de julio).

"Igualmente es doctrina de esta Sala que cuando la sentencia recurrida ha establecido los hechos mediante una apreciación conjunta de la prueba -como es el caso de la sentencia impugnada- no es lícito articular un motivo para desarticularla, a fin de que prevalezca un elemento probatorio sobre otros, ni plantear cuestiones que implican la total revisión de la valoración de la prueba efectuada, lo que es impropio de la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción procesal, pues se convertiría en una tercera instancia ( sentencia de 636/2009, 29 de septiembre; 672/2010, de 26 de octubre; 536/2013, de 29 de julio).

"A ello se añade que solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada), verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales ( sentencias 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 235/2016, de 8 de abril, 303/2016, de 9 de mayo, y 714/2016, de 29 noviembre; 16/2018, de 15 de enero, entre otras muchas), cabe la posibilidad



de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC".

2. Nada de eso se produce en este caso, salvo la equivocación de la fecha en que se produjo la intervención, que fue el día 6 y no el 5 de mayo de 2009, sin relevancia alguna para la solución del caso.

En primer lugar, sobre importancia del TAC llega a la conclusión de su irrelevancia "oídos los doctores y testigos, así como las partes", es decir, del conjunto de la prueba practicada.

En segundo lugar, el actor padecía de previa enfermedad grave, tumor que precisaba la intervención quirúrgica inicial, que desembocó en la "peritonitis", que es el motivo de la reclamación por las secuelas, "riesgo que es normal en el tipo de intervención de cáncer de colon, máxime, además, a tenor de las circunstancias personales del paciente".

En tercer lugar, esta perforación no se produjo el día de la intervención, que hubiera sido el hecho esencial, en su caso, para presumir falta de diligencia, que se produjo días después, y el seguimiento llevado a cabo, durante los dos días, mediante medicina conservativa no se puede considerar una decisión negligente o contraria a la ex artis, o bien al estado de la ciencia actual, presentando el actor mejoría durante algunos días. Tampoco, por último, existe falta de diagnóstico.

En cuarto lugar, la parte recurrente no cita ninguna prueba que sirva de contraste a la sala para comprobar o advertir el manifiesto o patente error en que ha incurrido la sentencia en la valoración de la prueba, que el tribunal de apelación tuvo en cuenta para resolver, tanto los informes favorables como los desfavorables a las partes, y ha decidido, en suma, conforme a las reglas de la sana crítica.

#### **Recurso de casación.**

**TERCERO.**-Todos los motivos de casación tienden a señalar que los hechos que se declaran probados, y en especial los que deberían haber sido de no existir error en la valoración de la prueba, deben calificarse como constitutivos de infracción de la lex artis por la tardanza en el tratamiento quirúrgico una vez que empezaron a manifestarse los síntomas de empeoramiento, de los que los facultativos pudieron deducir que el posoperatorio no evolucionaba satisfactoriamente.

Se desestima.

Los cuatro se formulan al amparo de los artículos 1902 y 1903 del CC, y tienen que ver, básicamente, con la inoperabilidad del TAC, algo que ha quedado descartado en la sentencia como criterio de imputación y con los hechos probados de los que no es posible deducir ninguna culpa o negligencia en los médicos que intervinieron al Sr. Daniel, algo que también descartó la sentencia del juzgado. También se relacionan con el daño desproporcionado, confundiéndolo con la responsabilidad por deficiencias asistenciales, que constituye el núcleo esencial de la lex artis de un hospital o centro médico, cuyo incumplimiento puede ser determinante de la evolución negativa del paciente, como también lo confundió el juzgado, para traer finalmente a colación algo novedoso como es la infracción de la doctrina de la pérdida de oportunidad, dando por supuesto que ha habido culpa causalmente vinculada a un daño, sin haberse constatado previamente la existencia de una actuación contraria a la lex artis que privó al paciente de alguna expectativa de curación.

**CUARTO.**- La desestimación de ambos recursos determina que, en cuanto a las costas, se impongan a la parte recurrente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC, salvo las causadas por la intervención voluntaria del Servei de la Salut, sobre las que no se hace especial declaración.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la representación procesal de doña Tatiana, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección 14.ª- de 29 de febrero de 2016, en el rollo de apelación 337/2014, con expresa imposición a la recurrente de las costas causadas por ambos recursos, salvo las causadas por la intervención voluntaria del Servei de la Salut, sobre las que no se hace especial declaración.

Líbrense al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.