



Roj: **STSJ CAT 2004/2013 - ECLI:ES:TSCAT:2013:2004**

Id Cendoj: **08019330042013100226**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **07/03/2013**

Nº de Recurso: **91/2012**

Nº de Resolución: **284/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **LUIS FERNANDO GOMEZ VIZCARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Rollo de apelación nº 91/2012

Parte apelante: INSTITUT CATALA DE LA SALUT

Representante de la parte apelante: ALFREDO MARTINEZ SANCHEZ

Parte apelada: Santiago y Vidal

Representante de la parte apelada: ANA MOLERES MURUZABAL

SENTENCIA Nº 284/2013

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. EDUARDO BARRACHINA JUAN

MAGISTRADOS

D. JOAQUIN BORRELL MESTRE

D. LUIS FERNANDO GÓMEZ VIZCARRA

En la ciudad de Barcelona, a siete de marzo de dos mil trece

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA), constituida para la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente Sentencia.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don LUIS FERNANDO GÓMEZ VIZCARRA, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12/12/2011 el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Barcelona, en el Recurso Ordinario seguido con el número 412/2010, dictó Sentencia estimatoria parcial del recurso interpuesto contra la desestimación presunta por silencio administrativo del Institut Català de la Salut de la reclamación de responsabilidad patrimonial administrativa formulada por los daños y perjuicios ocasionados por la deficiente atención sanitaria recibida. Sin expresa imposición de costas.

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



TERCERO.- Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 5 de marzo de 2013.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, conviene recordar, con cita de la jurisprudencia establecida, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987 , 5 de diciembre de 1988 , 20 de diciembre de 1989 , 5 de julio de 1991 , 14 de abril de 1993 , 26 de octubre de 1998 y 15 de diciembre de 1998 , que:

a) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica razonada y articulada de la sentencia o auto apelado, 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 o auto a su favor.

b) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia o auto apelados 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 vengan ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

c) El recurso de apelación autoriza al Tribunal "ad quem" a revisar la valoración probatoria del Juez "a quo", pero el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia y con respeto a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, determina por regla general, que la valoración probatoria realizada por el Juez de instancia, a quien legalmente le corresponde la apreciación de las pruebas practicadas, debe respetarse en la alzada, con la única excepción de que la conclusión probatoria de que se trate carezca de apoyo en el conjunto probatorio practicado, o bien de que las diligencias de prueba hayan sido practicadas defectuosamente, entendiéndose por infracción aquella que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente apreciable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea, esto es, cuya valoración se revele como equivocada, sin esfuerzo.

SEGUNDO.- En el presente supuesto, la cuestión objeto de debate viene determinada por la pretensión de la recurrente relativa a reclamación patrimonial que formula contra el Institut Català de la Salut (I.C.S.) como consecuencia de daños y perjuicios personales, materiales y morales sufridos por la asistencia médica recibida.

Llegados a este punto, y como antes se ha expuesto en el Fundamento Jurídica Primero, letra b), con referencia a no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, debe hacerse constar que la misión de esta Sala no es la de llevar a cabo un segundo juicio sobre la cuestión objeto de debate, sino la de examinar y analizar la valoración que el Juez "a quo" ha llevado a cabo sobre la actividad probatoria practicada, y si la conclusión a la que ha llegado se halla o no ajustada a Derecho y a la resultancia de dicha prueba, y en tal sentido, y tras el oportuno estudio, se llega a la conclusión de que la Sala, en el caso presente, debe compartir el criterio que se establece en la sentencia apelada, que lleva a cabo un estudio y análisis detallado de la prueba practicada y llega a una conclusión estimatoria parcial que esta Sala comparte plenamente, por lo que todo ello es asumido y reproducido en la presente resolución.

Entrando al estudio de los motivos expuestos en el escrito de apelación, este Tribunal no puede estar de acuerdo con la invocada valoración errónea de la prueba por parte del Juez a quo. Se alega que el perito médico de la Administración, Dr. Romualdo , vió una documentación errónea y correspondiente al primer parto de la actora, y no al Segundo, que es el del caso presente, y se dice también que la perito médico de designación judicial, Dra. Belinda , vió documentación nueva, no obrante en el E.A., lo cual ha producido indefensión a la Administración.

No alcanza esta Sala a determinar el por qué se ha producido esa indefensión. De una parte, si el Dr. Romualdo vió una documentación equivocada, ello era, no sólo perfectamente apreciable, sino plenamente subsanable



por la Administración cuando se percató del error, no pudiendo perjudicar a la actora el hecho de no haberse apreciado a tiempo dicho error; de otra parte, si la perito judicial tuvo acceso documentos nuevos, no obrantes en el E.A., y que le fueron entregados por la actora, resulta obvio que lo mismo pudo hacer el perito de la demandada, por si o a través de la Administración, con posibilidad de requerir la intervención judicial en caso de serle denegados; y de otra parte, la realidad de que el hecho de que estos documentos nuevos no obraren en el E.A., no implica necesariamente la invalidez de los mismos, pues, evidentemente, el haber sido conocidos o no por el perito de parte no cambiaba ni el contenido de los mismos ni la apreciación y valoración que de ese contenido pudiese hacer- e hizo- la perito judicial, a lo que habría que agregar que no se trataba de documentos provenientes de terceros, sino de la propia Administración, que, por ello, podía tener copia o constancia de su existencia y contenido.

En esta segunda instancia, al igual que lo ha sido en la primera, es de capital importancia el informe y aclaraciones hechos por la perito de designación judicial, Doña. Belinda . En este informe, que goza de especial credibilidad, tanto por el carácter de especialista en Obstetricia y Ginecología que tiene tal Dra., como por venir emitido por perito judicialmente designado y presunción de validez, objetividad, imparcialidad, veracidad y certeza que, por ello, reviste- salvo prueba en contrario, aquí no concurrente-, se exponen con toda claridad y precisión las circunstancias que concurrieron en el embarazo y parto, características físicas y personales de la actora y del feto, antecedentes derivados del parto anterior, y causas de la parálisis braquial obstétrica -P.B.O.- que sufrió el feto. Dicho informe aclara que no sólo hubo el debido consentimiento informado para el ingreso en clínica para inducción al parto de la actora, ni de las complicaciones posibles, sino que dicha P.B.O. se debió a la macrosomía no diagnosticada, del feto y maniobra que se llevó a cabo improcedentemente para la expulsión, tracción excesiva y mal verificada sobre la cabeza y cuello del feto, antedicha maniobra(denominada " de Kristeller") que era totalmente contraindicada en el caso de la actora y que provocó el enclavamiento del hombro anterior por encima de la sínfisis púbica y la subsiguiente distocia de hombros al quedar retenido tras haberse logrado la extracción cefálica, con la consecuencia de que al traccionar con fuerza excesiva y mal aplicada sobre la cabeza fetal se produjo el estiramiento del plexo braquial en sus ramas C5-C6.

Señala también el citado informe que no hubo un previo diagnóstico de la macrosomía del feto, que pesó 4'400 Kgs. al nacer, ni se tuvieron en cuenta la obesidad de la actora, con un índice de masa corporal de 33, ni el riesgo de desproporción pélvico- fetal.

Todo lo expuesto hace que deba entenderse por esta Sala la existencia de una mala praxis médica en el presente caso, mencionada en los párrafos anteriores y plenamente explicada en el informe. Ciertamente es que el perito de parte, Don. Romualdo , no está de acuerdo con el citado dictámen, manifestando que no hubo distocia de hombros y que la P.B.O. apareció y se produjo espontáneamente, pero ello no puede ser asumido por este Tribunal, no sólo por la claridad del informe del perito de designación judicial, plenamente creíble, sino por el hecho de ser notoriamente conocido, sin necesidad de especiales conocimientos médicos, que a la vista de las características físicas de la madre y muy elevado peso del feto, que debió apreciarse antes del parto y en el examen previo al mismo, el parto había de revestir dificultades, como así fué, no siendo admisible que con todo ello la distocia de hombros fuere espontánea, y así consta expresamente en el informe de la perito judicial, que lo considera imposible, ni mucho menos que la misma no hubiere tenido lugar. Por ende, no hay constancia de que se hubiere ofrecido a la actora la práctica de cesárea electiva, que según el informe, probablemente hubiere evitado la lesión del plexo braquial del menor, a juicio de la perito emitente.

En virtud de todo ello, y como antes se ha dicho, esta Sala entiende como acreditada una infracción a la lex artis por parte del servicio médico y de asistencia prestada a la actora, y consistente en todas las anomalías que se mencionan en el informe antes mencionado de la perito judicial, y que este Tribunal asume en su totalidad. Ciertamente es que los informes y dictámenes emitidos por la Administración- en este caso, el Don. Romualdo - gozan de presunción de veracidad y certeza, salvo prueba en contrario- presunción iuris tantum-, prueba en contrario que en el caso presente sí que ha existido y que se halla contenida en el dictámen de la Dra. Belinda , que en este caso debe ser apreciada por la Sala con preeminencia sobre la del Dr. Romualdo , dado el provenir de una perito de designación judicial y, por ello, imparcial, frente a la pericia de parte, como es la de la Administración en este caso.

En su virtud resulta procedente la confirmación en un todo de la sentencia apelada, cuyos fundamentos son plenamente ajustados a Derecho en sus argumentaciones, así como en la valoración de la prueba practicada y en la determinación de la indemnización que señala, admitida por la actora apelada, siendo por ello pertinente la desestimación de la apelación interpuesta.

TERCERO.- Que en materia de costas procesales de esta alzada, será procedente su imposición a la parte apelante, a tenor del art. 139.2 de la LJCA , al haber sido desestimada totalmente la apelación interpuesta y no ser de apreciar circunstancia alguna que justifique la no imposición, si bien, en el presente caso, y habida



cuenta de la naturaleza de la cuestión litigiosa planteada, este Tribunal entiende procedente señalar un máximo total de 1.500 Euros.

Visto lo expuesto y preceptos citados de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Institut Català de la Salut(I.C.S.), contra la sentencia nº 336-11, de fecha 12-XII-2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Barcelona , en los autos de recurso de tal clase de que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todas sus partes, por ser ajustada a Derecho, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada hasta un máximo total de 1.500 Euros.

Notifíquese la presente resolución en legal forma, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe interponer recurso de casación ordinario, y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente / la Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 19 de marzo de 2.013, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.