

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

**Rollo de apelación nº 255/2019**

Parte apelante: INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT y ZURICH  
INSURANCE PLC,SUCURSAL EN ESPAÑA.

Parte apelada: , Institut Català de la Salut y Zurich Insurance PLC  
Sucursal en España

*En aplicación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, a fin de adaptar el ordenamiento jurídico español al reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se hace saber a las partes que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier procedimiento, debiendo ser tratadas única y exclusivamente a los efectos propios del mismo procedimiento en que constan.*

**S E N T E N C I A   N º 3288 /2020**

**Ilmos. Sres.:**

**PRESIDENTE**

**D. EDUARDO BARRACHINA JUAN**

**MAGISTRADAS**

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> LUISA PÉREZ BORRAT**

**D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> FERNANDA NAVARRO DE ZULOAGA**

En la ciudad de Barcelona, a veinticuatro de julio de dos mil veinte

**VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCION CUARTA),**

constituida como figura al margen, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente sentencia para la resolución del presente recurso de apelación, interpuesto por ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA representada por la Procuradora de los Tribunales y defendida por el Abogado y el INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT, representado por el Procurador de los Tribunales y defendida por el Abogado, contra D<sup>a</sup>, representada por el Procurador D. RAFAEL ROS FERNÁNDEZ y asistida por el Abogado D. Jorge Fuset Domingo.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra., quien expresa el parecer de la SALA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 14 de marzo de 2019 el Juzgado Contencioso Administrativo nº 7 de Barcelona, en el Procedimiento ordinario seguido con el número nº 183/2017, dictó Sentencia estimatoria del recurso interpuesto contra la resolución del Institut Català de la Salut de fecha 24 de marzo de 2017, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la recurrente por los daños y perjuicios sufridos. 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 13 de julio de 2020.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

## **PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación y posición de las partes apelantes**

Es objeto de este recurso de apelación la Sentencia nº 60/2019, de 14 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Barcelona en el recurso ordinario nº 183/2017, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución del Director Gerente del ICS, de 24 de marzo de 2017, y declaró la responsabilidad patrimonial de ambas partes apelantes en los hechos enjuiciados, condenando a indemnizar a la recurrente en la cantidad de 70.847,27 euros.

A- La compañía aseguradora de la Administración apela la sentencia por los siguientes motivos:

1. Inexistencia de pérdida de oportunidad y falta de responsabilidad porque la asistencia se ajustó a la praxis médica adecuada. La Sentencia considera que la demora en la intervención quirúrgica constituye una pérdida de oportunidad a pesar de que el tiempo transcurrido entre el ingreso y la intervención no afectó ni alteró la situación clínica de la paciente, pues según resulta del EA su situación era idéntica en uno y otro momento. Por lo demás, considera, como recoge la Sentencia que no hubo infracción en el consentimiento informado.

Considera que no hubo infracción de la lex artis ad hoc en la medida en que desde el momento en que acudió al servicio de urgencias al presentar una alteración de la visión del ojo derecho, se procedió a pautar en primer lugar su ingreso en el hospital y en segundo lugar el tratamiento adecuado a su finalidad de proceder a la intervención quirúrgica para solucionar el desprendimiento de retina que padecía y que se basaba en guardar reposo y aplicar unos colirios a fin de evitar el aumento del desprendimiento y la fijación del mismo, tratamiento preoperatorio que tenía la finalidad de llegar a la intervención quirúrgica en las mejores intervenciones. De ahí que el hecho de que la intervención tuviera lugar ocho días después no tiene repercusión en el resultado final pues la historia clínica acredita que cuando llegó al hospital presentaba un desprendimiento que afectaba a la parte superior de la retina y con amplitud de una hora (anotación “macula on”) y dicha situación es la misma que la que se apreció al iniciar la intervención porque se describe la lesión de retina en la misma franja horaria ocular y también consta que la mácula seguía intacta, haciéndose constar “macula on” (también en el momento del alta hospitalaria la mácula no estaba afectada por el desprendimiento sufrido por la actora) de modo

que persistía en ese momento la visión en idénticas características a las preexistentes. Luego dicho lapsus temporal no tiene incidencia ni en el tratamiento ni en la evolución postquirúrgica, en cuanto al resultado final y ambos peritos reconocieron que la pérdida de visión fue exclusivamente consecuencia de la afectación de la mácula. Y si después de la intervención ésta permanecía en situación “on”, la visión del ojo intervenido persistía, por lo que no hubo pérdida de oportunidad por realizar la intervención 8 días después, ya que la atención postquirúrgica se desarrolló de forma totalmente acorde con la normopraxis y con resultado satisfactorio.

Significa que en la historia clínica consta en el EA que fue visitada no solo por personal de enfermería sino por los médicos especialistas en oftalmología, estando prescrito el reposo y aplicándose tratamiento a los efectos de preparar a la paciente para la intervención quirúrgica. Por lo tanto el tratamiento quirúrgico aplicado se hizo con plena eficacia y dentro de los parámetros exigibles en cuanto a la praxis médica, sin que concurriera en el mismo ningún elemento al que se pudiera imputar una deficiente ejecución causante de la pérdida de visión.

A pesar de la profilaxis tanto durante el ingreso como en la intervención, se produjo una infección, riesgo que se contempla en el consentimiento informado como posible ante la intervención, la cual -como reconocieron los peritos- puede derivar en la afectación directa de la visión en el ojo afectado y máxime en un caso como el que nos ocupa que la bacteria causante de la misma es muy agresiva y con una evolución aguda y muy rápida causante de la resolución final totalmente insatisfactoria en relación a la visión del ojo afectado. Se trata de una bacteria que se encuentra presente en nuestro propio cuerpo y no es de origen hospitalario. Y la endoftalmitis, después de una intervención ocular con incisión, y en el caso concreto de la vitrectomía, es una complicación cuya incidencia ha disminuido pero que está descrita en la literatura médica y aparece pese a que se haya realizado el tratamiento profiláctico al que se refiere la SERV en la guía práctica de la endoftalmitis, que no se puede prevenir ni evitar y por ello se hace constar como complicación que puede derivarse de la intervención. Luego, teniendo en cuenta que la mácula no estaba afectada ni en el ingreso, ni en el momento de la intervención ni cuando se dio el alta, ha de concluirse que la pérdida de visión del ojo fue consecuencia directa de la infección lo que excluye el nexo causal entre la patología que sufría el desprendimiento de la retina y la demora en la realización de la intervención quirúrgica y la propia realización quirúrgica con la pérdida de visión y posterior evisceración ocular sufrida finalmente por la paciente.

Como motivo subsidiario, en primer lugar cuestiona también tanto que se haya producido algún hecho que provoque la pérdida de oportunidad que señala la Sentencia (demora en 7 días entre el ingreso y la intervención) porque las fatales consecuencias solo son atribuibles a la existencia de la endoftalmitis postquirúrgica que sufrió la paciente (bacteria localizada en la analítica) por lo que el diagnóstico, tratamiento, evolución y resultado hubiese sido el mismo si se hubiera realizado la operación en un ámbito temporal distinto.

En segundo lugar, cuestiona la valoración que hace de la indemnización teniendo en cuenta que aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad que la jurisprudencia ha derivado hacia la valoración del daño moral que supone el hecho de que una posible modificación en la forma de actuar o tratar una determinada patología, pueda derivar la duda de cuál hubiese podido ser el resultado que se hubiese podido obtener y por ello, la valoración del daño no puede estar ligada a la valoración del resultado sino que hemos de movernos en el ámbito de la compensación del daño moral que pueda generarse por esta hipotética posibilidad de un resultado distinto. En este caso, la actora hizo una petición concreta de los daños morales en 50.000 euros (frente a los 70.847,27 euros) por lo que es incongruente que la Sentencia reconozca una cantidad superior -que tampoco acepta. La Sentencia, en cambio acoge el informe de valoración del Dr. [redacted] y aplicando los mismos parámetros llega a las conclusiones finales sobre los conceptos a indemnizar y sus importes, valorando la situación final de la actora reconociendo una indemnización total de la situación clínica de la recurrente cuando el concepto a indemnizar era la pérdida de oportunidad y no la indemnización de daños y perjuicios por el resultado obtenido, ya que no existió mala praxis por lo que no se puede indemnizar por tal concepto lo que no es acorde con el pronunciamiento de la Sentencia.

Por todo ello, aun negando la existencia de una pérdida de oportunidad, y para el caso de que debiera reconocerse indemnización por dicho concepto ésta debería ser reducida en razón a la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber obrado de forma distinta, de tal manera que debería aplicarse el porcentaje de probabilidad referido.

Por todo ello, solicita que se dicte Sentencia revocando la de instancia y dando lugar a lo solicitado en el escrito de oposición a la demanda.

2. Disconformidad con la valoración que se hace en la propia Sentencia que fija una indemnización en relación con la pérdida de oportunidad, pues tiene que ser

determinada en términos estrictos de lo que significa el concepto de daño moral y no que está ligada a la valoración del resultado en el que haya devenido el tratamiento efectuado.

B. El ICS apela la sentencia por los siguientes motivos:

1. Error en la valoración de las pruebas periciales con infracción de los requisitos exigidos en materia de responsabilidad patrimonial y, en especial, del nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño que se reclama, ya que la Sentencia efectúa una valoración parcial y no conjunta de las pruebas lo que ha determinado una conclusión errónea.

Por lo demás y en esta materia, el Tribunal Supremo considera que si la actuación de los profesionales sanitarios es adecuada a la *lex artis ad hoc* y no ha habido deficiencias en los medios materiales e instalaciones, se rompe el nexo causal y no se puede imputar responsabilidad a la Administración (SSTS de 4 de abril de 2000; 27 de noviembre de 2000, 22 de diciembre de 2001 y STSJ de 9 de diciembre de 1998 y 1 de octubre de 2001).

También se exige que la lesión sea antijurídica, lo que no se da en este caso porque la actuación sanitaria se desarrolló con total corrección desde el punto de vista técnico y científico, no siendo exigible en todo caso la curación del paciente ni que se produzca sin secuelas de ningún tipo (SSTS de 9 de junio de 1997; 22 de diciembre de 2001; 25 de abril de 2002).

En definitiva, cuando el funcionamiento de los servicios ha sido el adecuado, el TS exige que exista una actuación negligente en la actuación de los profesionales sanitarios para que pueda declararse la responsabilidad. Además se precisa el nexo causal entre la actuación médica y daño soportado que ha de ser antijurídico porque el perjudicado no tiene el deber de soportarlo, pues la obligación no es resultado sino de medios según el estado de la ciencia, de modo que no descansa solo en una actividad generadora de riesgo sino en el carácter inadecuado de la prestación médica realizada que puede producirse por incumplimiento de la *lex artis* o por defecto, insuficiencia o falta de servicio. Y no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse y, por lo tanto, si la técnica fue la correcta conforme al estado del saber, el daño no sería indemnizable por no constituir una lesión

antijurídica.

Sostiene que la afirmación de la sentencia referida a que el tiempo que medió entre el ingreso de la paciente y la intervención quirúrgica debió reducirse considerablemente y que debieron practicarse más pruebas específicas e incluso asepsia con cambio de vendaje y limpieza del ojo (que solo consta el día antes de la intervención) lo cual podría haber supuesto un resultado distinto se basa en la pericial de la parte actora que contiene irregularidades que afectan a sus conclusiones y que, a su entender, contrastan tales afirmaciones con el curso clínico pues fue visitada en dos ocasiones por especialistas en Oftalmología (el 4 y 5 de septiembre) que prescribieron reposo. Y el periodo de una semana no es excesivo y no influyó en el resultado final. Invoca el dictamen del ICAM que establece que la mayoría de pacientes con desprendimiento de retina requieren de cirugía, pero que no es una urgencia sino un tratamiento preferente y así resulta de las guías de la SERV que indican que el hecho de resolver un desprendimiento de retina entre el primer y el séptimo día no modifica ni incide en la agudeza visual final.

Examina también la prueba pericial del Dr. \_\_\_\_\_, perito del ICS que considera correcta la actuación e imputa errores a la prueba pericial de parte porque sostiene que cuando la paciente fue intervenida presentaba un desprendimiento macular, lo que no es cierto como resulta de la historia clínica. En ningún informe de la historia clínica consta dicho desprendimiento, sino todo lo contrario (informe de 4 de octubre de 2013 y apunte del curso clínico, de dicha fecha, folio 110 del EA). También se demuestra por el hecho de que la paciente recibió el alta pocas horas después de la intervención quirúrgica, lo que es incompatible con una macula off o un desprendimiento total de retina. En la historia clínica solo se localizó un desgarro en la zona del DR sin mencionarse que la mácula estuviese afectada ni que hubiesen de tratar otras zonas del globo ocular. El perito de la actora presupone el empeoramiento a partir del informe de alta, de 26 de noviembre de 2013, que refiere un desprendimiento de retina total o subtotal y por la aplicación de laser 360° durante la intervención, cuando ello no se corresponde con el resto de documentación clínica y, en especial, el informe de 21 de noviembre de 2011, folio 126 del EA, en el que se habla de desprendimiento de retina parcial, que fue lo que sufrió la actora y que motivo la intervención.

El Dr. \_\_\_\_\_ también refirió la anotación de un código del hospital que pretende agrupar los diferentes diagnósticos de las patologías para unificar los citados informes de alta, pero que la paciente presentaba un desprendimiento de retina superior, es decir, parcial.

Tampoco la utilización de láser 360° es indicativo de un desprendimiento de retina

total ni es indicativa de que la lesión hubiera empeorado (folio 134 del EA) sino que es práctica habitual ni el Dr.                    manifestó lo que dice la Sentencia que se aplicara el láser porque había más lesiones.

El hecho de que no fuera revisado el fondo del ojo mientras estuvo ingresada -y aunque el Dr.                    consideró que era recomendable- ello se produce en el caso de que sea preciso controlar la mácula, pero, en este caso, la mácula estaba on, cuando la paciente ingresó y cuando se fue por lo que no tiene ninguna trascendencia práctica.

En consecuencia: (i) el plazo de 10 días entre el ingreso y la intervención no provocó ningún agravamiento del desprendimiento de retina y las consideraciones del perito de la actor no se corresponden con la realidad ni con la historia clínica; (ii) Aunque la Sentencia dice que se tendrían que haber practicado más pruebas específicas antes de la intervención, no se concreta qué pruebas. Lo que se hizo fueron las pruebas preoperatorias habituales y no estaba indicado hacer ninguna otra prueba en los casos de desprendimiento de retina; (iii) la Sentencia entiende que deberían haberse aplicado medidas de asepsia, con cambio del vendaje y limpieza del ojo pero no se acredita que dichas supuestas medidas de asepsia hayan tenido ninguna trascendencia en las comunicaciones posteriores como se desarrollará posteriormente. Sobre la limpieza ojo a la que se refiere la Sentencia que solo se hizo el día anterior de la intervención, en realidad lo que se hizo fue la higiene pre intervención quirúrgica, que no tiene nada que ver con la limpieza de ojo que ninguno de los peritos afirmó que se tenía que hacer antes de la intervención; (iv) la causa de las complicaciones fue una endoftalmitis, que es una de las complicaciones más graves de estas intervenciones y temidas y que se causó por una bacteria que está presente en la piel y las mucosas. Su incidencia, según el dictamen del ICAM es baja y se ha ido reduciendo durante los últimos años, pero a pesar de todos los avances no es totalmente evitable y sigue sucediendo después de una intervención ocular con incisión abierta. Ambos peritos concluyeron que no es una infección nosocomial, es decir, que no es hospitalaria y que es imposible de evitar al 100% aunque se cumplan todas las medidas de asepsia y que se presenta después de cirugía intraocular entre el 0,04 y 0,13% de casos. En la historia clínica consta que se practicó un estudio microbiológico de exudado nasal, el 3 de septiembre, con resultado negativo y las higienes preoperatorias el día anterior a la cirugía. Se desinfectó con povidona yodada, que es práctica obligatoria y protocolizada por lo que normalmente no se constata explícitamente en las hojas operatorias porque se sobreentiende dicho acto.



La intervención se realizó sin complicaciones por lo que no se puede determinar el origen de la endoftalmitis que padeció la paciente, que no fue hospitalaria. En consecuencia, el resultado habría sido el mismo porque las complicaciones acaecidas no son consecuencia de la asistencia prestada.

2. Infracción de la jurisprudencia relativa a la cuantificación económica en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad.

En este punto, nos recuerda la STS de 24 de noviembre de 2009, recurso 1593/2008, la cual es acogida por la Sentencia aunque en el momento de valorar los daños valora el daño material correspondiente a secuelas y días de baja aplicando el baremo correspondiente, valoración que se aparta de la jurisprudencia que cita la propia Sentencia y que, en estos casos, establece que la valoración no es el daño material sino la incertidumbre del resultado de haberse seguido otra conducta que se asimila al daño moral y que es el concepto indemnizable porque lo que se indemniza es la privación de determinadas expectativas de curación por lo que la indemnización ha de reducirse en base a la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haberse observado otra conducta (STS 3 de diciembre de 2012).

Por todo ello, solicita que se dicte Sentencia, revocando la Sentencia de instancia y se desestime el recurso interpuesto por la actora.

### **SEGUNDO.- Oposición de la parte apelada al recurso de apelación de ZURICH y oposición y adhesión al recurso de apelación del ICS.**

1. La parte apelada se opone al recurso y se adhiere al recurso de apelación de la Compañía aseguradora.

En relación con el motivo de apelación relativo a la praxis y a la relación de causalidad que surgen de la valoración de las periciales de la actora y de la codemandada, recuerda la conocida jurisprudencia sobre la valoración de la prueba y la necesidad de evidenciar la irracionalidad o arbitrariedad de la misma para que le Tribunal ad quem pueda examinar dicha valoración, lo que no hace la parte apelante. Del mismo modo, en la valoración de pruebas periciales el Juzgador es libre de valorar una u otra conforme a la sana crítica y la Sentencia acoge la del Dr.

(especialista en Retinología) porque es quien dio una explicación más clara sobre el retraso y la pérdida de la mácula que se basa en datos objetivos como la documentación médica del expediente donde se advierte la macula on en el

momento del ingreso.

Destaca que (i) la paciente acude al Hospital el 2 de septiembre de 2013, donde se le diagnostica un desprendimiento de retina y que la mácula estaba intacta (folio 149 del EA). Según el Dr. [redacted] en estos casos en que la mácula está intacta existe una situación de urgencia que no se puede diferir; (ii) la contraria pretende negar el abandono en el que se encontró la paciente del 2 al 10 de septiembre, primero en el pasillo y luego en una planta distinta, con el ojo tapado y sin ningún tipo de control de la evolución de su patología, siendo incapaz de señalar en la historia clínica una sola visita del especialista (la historia clínica no refiere revisiones periódicas por especialistas ni exámenes); (iii) según el Dr. [redacted], el 10 de septiembre, día de la intervención, la mácula ya se había desprendido y así constaba acreditado en el propio informe del alta donde se dice que se practicó por “desprendimiento retinal reciente, total o subtotal”, término que según el especialista quiere decir que la mácula está también desprendida y que implica pérdida de visión (hecho corroborado por la paciente). Además, no constan en el historial datos de exploración del ojo que debía hacerse antes de la intervención y que debían revelar el estado de la retina, mácula, etc., lo cual implica una inversión de la carga de la prueba; (iv) el Dr. [redacted] expuso que la pérdida de visión se produjo con el desprendimiento de la mácula por una falta de actuación y (v) en relación con las complicaciones, no constaban en la historia clínica la acreditación de las medidas de asepsia antes y después..

En relación con la valoración del daño recuerda la SSTS de 3 de diciembre de 2012 y la de 27 de septiembre de 2011, entre otras que cita que define la doctrina de la pérdida de oportunidad junto con la STSJ de Madrid, de 2 de marzo de 2016, que en parte transcribe.

En este caso, añade, el Dr. [redacted] expuso claramente la previsibilidad de lo acaecido y la posibilidad de evitar la pérdida en causa de actuación inmediata y la adversa no acreditó la evaluación negativa en caso de actuarse a tiempo o el escaso porcentaje de éxito de haberse intervenido inmediatamente o hecho seguimiento, por lo que debe indemnizarse el daño causado; en cualquier caso los daños son de una entidad importante (pérdida de visión y del globo ocular) que ha de comportar la aplicación íntegra del baremo incluso para indemnizar el daño moral.

Por todo ello, solicita que se desestime el recurso de apelación.

2. En su oposición al recurso de apelación del ICS y adhesión al recurso de

apelación parte de que ninguno de los dos motivos puede prosperar.

En relación con la mala praxis y relación de causalidad refiere también la necesidad de que se motive la irrazonabilidad o arbitrariedad de la valoración efectuada por el Juez a quo, en los términos antes dichos.

En relación con la oposición al motivo relativo a la indemnización por pérdida de oportunidad, se opone en los mismos términos en su oposición al recurso formulado por la compañía aseguradora.

Sobre la adhesión al recurso de apelación, sostiene que procede la estimación de la totalidad de los días de baja, secuelas y gastos previsibles. La Sentencia atiende a la pericial aportada por la parte contraria para atender a las divergencias de las partes entre el alcance y valoración de la incapacidad y las secuelas, aunque el perito de la parte contraria no ha visitado nunca a la paciente. Pese a que el Dr. no es especialista en daño corporal y no efectuó en su informe una valoración sí lo explicó en el acto del juicio.

En este punto, afirma que existe un error en la valoración de la prueba y aplicación del precepto sustantivo porque (i) la Sentencia acoge 80 días improductivos, cuando consta en la historia clínica que son 455 pues el alta definitiva fue dada en enero de 2015 (fecha de estabilización) al exigir una intervención de evisceración del ojo derecho con prótesis interna en octubre de 2014 y colocación de prótesis externa el 2 de diciembre del mismo año; (ii) respecto al trastorno depresivo reactivo, las anotaciones de la historia clínica evidencian el perjuicio evidente por la nueva situación de la paciente ante las dificultades de su nueva situación funcional y estética y la problemática añadida de no poder cuidar a su padre, siendo correcto y ajustados los 5 puntos acreditados en su día y (iii) en cuanto al perjuicio estético, la Sentencia otorga 5 puntos cuando se trata de la pérdida de un ojo, considerando ajustado atribuir 10 puntos.

Por todo ello, solicita que se dicte Sentencia estimando el recurso de apelación con expresa condena en costas a la adversa.

### **TERCERO.- Oposición a la adhesión del recurso de apelación por las partes apelantes**

La Entidad Zurich se opone a la adhesión puntualizando que se refiere exclusivamente a la solicitud de que le sea reconocida una indemnización superior y que se corresponde con la que reclamó en su día.

Entiende que dicha petición no está basada en parámetros y datos objetivos sino que es totalmente aleatoria y sin justificación a diferencia de la examinada en la Sentencia que se basa en parámetros objetivos que resultan de la pericial del Dr. \_\_\_\_\_, razón por la que estos argumentos han de ser descartados.

Reitera lo expuesto en su recurso de apelación y solicita que se desestime el recurso de apelación interpuesto por la actora.

También el ICS se opone a la adhesión de contrario partiendo de que el Dr. \_\_\_\_\_ es especialista en valoración del daño corporal y que justifica por qué razón no acepta el criterio de la recurrente que pretendía un periodo de curación de 455 días (10 de ellos de hospitalización) considerando que las lesiones estaban estabilizadas desde el mes de noviembre de 2013 por lo que a partir de dicho momento, incluyendo la ablación del globo ocular, tuvo un carácter meramente paliativo, fijando el plazo en 80 días.

También se rechaza el trastorno depresivo porque no se aporta ningún documento que acredite la existencia de dicha secuela. En cambio sí consta un cuadro previo de fibromialgia y crisis de ansiedad que habitualmente están íntimamente ligados a trastornos de humor. No hace referencia a ningún documento concreto de la historia clínica y en el folio 50 del EA consta una derivación al Psiquiatra en noviembre de 2013, sin que haya constancia documental del seguimiento de dicha visita. Además se tendría que demostrar que la actora todavía padece dicha patología.

Sobre el perjuicio estético, el Dr. \_\_\_\_\_ lo considera de tipo moderado (de 7 a 12 puntos) y valora su rango medio (10 puntos) con la dificultad que supone no haber explorado a la paciente y con la premisa de que el perjuicio estético no es un criterio médico (no de forma exclusiva), por lo que apreciando una buena adaptación a la prótesis cosmética entiende que es altamente probable que no haya perjuicio estético o que sea mínimo, considerando suficiente un tipo de perjuicio estético ligero (1 a 6 puntos) en su rango medio-alto, de 3 a 5 puntos. Frente a ello, la actora apelante pretende una valoración de 10 puntos, sin justificación alguna.

En lo demás, reitera su recurso de apelación y solicita que se desestime el recurso de apelación de la parte recurrente.

#### **CUARTO.- Resolución de la controversia**

Vistas las alegaciones de las partes y teniendo en cuenta la prueba que consta en las actuaciones y en el expediente administrativo ya podemos avanzar que el recurso de apelación formulado por las demandadas ha de prosperar en parte y que ha de ser rechazado el recurso de apelación de la parte recurrente.

En cuanto a los recursos de apelación de ambas demandadas descansan en una errónea valoración de las pruebas al entender, en lo sustancial, la Juez a quo ha dado prevalencia al informe del Dr. (Retinólogo) y no al del Dr. (Oftalmólogo).

Pues bien, a pesar de las alegaciones de ambos recursos el Tribunal entiende que dicha valoración que en absoluto puede calificarse de arbitraria, irracional o contraria a la sana crítica. En primer lugar, porque el informe del Dr. descansa en datos objetivos de la historia clínica. De hecho, el propio Dr. se ve en la necesidad de explicar la contradicción del informe de alta (código hospitalario), apreciando que no dice lo que dice, lo cual además de no corresponder a la realidad, resulta parcial y subjetivo.

Coincidimos con la Juez a quo en que ha de darse prevalencia al informe del Dr. por su especialidad en la materia y, en consecuencia, mantener la estimación del recurso que se sustenta en un retraso en la práctica de la intervención, retraso que constituye una mala praxis ad hoc sin que se haya justificado que dicha intervención tardía no provocó un empeoramiento de la situación. Resulta significativo que no se dejara constancia en la historia clínica de cuál era la situación de la mácula al iniciarse la intervención y ya hemos dicho que el informe de alta dice lo que dice y se corresponde con lo apreciado en el informe del Dr. , razón por la que no cabe tildar de falta de justificación objetiva dicha prueba pericial, pues la historia clínica es la que refleja exactamente cuál ha sido la asistencia dispensada y recibida por la paciente y permite emitir el dictamen de acuerdo con los datos objetivos que resultan de la misma.

En consecuencia, como correctamente resuelve la Sentencia de instancia se produjo una pérdida de oportunidad en los términos que resultan de la doctrina del Tribunal Supremo, en concreto de las SSTS de 24 de noviembre de 2009 (RJ\ 2009\ 8082); de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013\ 582); de 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\ 939); de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009\ 8082) y de 7 de julio de 2008, (RJ 2008\ 6872).

De acuerdo con dicha doctrina; que se recoge también la mantenida en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082), recurso de casación 1593/2008:

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8846), como en las recientes de 4 (RJ 2007, 6617) y 12 de julio de 2007 ( RJ 2007, 4993), configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente" (STS de 27 de septiembre de 2011 citada)

En consecuencia, el primer motivo de impugnación no puede prosperar.

Por el contrario, entendemos que asiste la razón a las demandadas cuando alegan que la Juez a quo no ha aplicado correctamente dicha doctrina en el momento de valorar los daños.

Como continúa diciendo la STS de 27 de septiembre de 2011 ante una pérdida de oportunidad "Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de \_\_\_\_\_, esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes cabe sostener que, en este caso, el retraso en la práctica del "estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral", una vez acreditada "la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm", unido a las especiales circunstancias del

paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes orgánico, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano”.

Es decir, que al aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad no se está indemnizando como si la lesión fuera consecuencia de una mala praxis ad hoc por falta de aplicación de los medios que el estado de la ciencia ofrece o por una negligencia en la actividad asistencial sino que lo que persigue dicha teoría es compensar una pérdida de expectativas de curación que no conocemos si se hubieran producido de haberse actuado de otro modo pero que, en términos de probabilidades, es factible que el resultado de la asistencia hubiera sido otro más satisfactorio, ya que la obligación de la Administración en la asistencia sanitaria es de medios y no de resultado.

En este punto, resulta relevante que la propia actora valorara los daños morales en 50.000 euros, por lo que ya nos ofrece una valoración del daño moral que hay que indemnizar. En consecuencia, entendemos que debe reducirse la indemnización reconocida en la Sentencia de instancia a 50.000 euros.

Estos motivos ofrecen ya una respuesta al recurso de apelación de la parte recurrente que pretende incrementar la valoración del daño y conseguir así un resarcimiento o indemnización como el que hubiera conseguido si hubiera acreditado la mala praxis, que no es el caso, de modo que lo que ha de valorarse es el daño moral. Teniendo en cuenta que la propia actora ya solicitó de forma individualizada una partida de daños morales que valoró en 50.000 euros, entendemos que esta valoración es la que se corresponde con la indemnización.

En consecuencia, hemos de desestimar en este punto el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente por los mismos motivos que nos llevan a estimar el recurso de apelación de ambas demandadas.

#### **QUINTO.- Costas**

La estimación parcial del recurso de apelación de las demandadas no comporta no imposición de costas.

Por lo que se refiere al recurso de apelación de la parte actora, su desestimación ha de comportar la imposición de costas a dicha parte que ha visto desestimadas sus pretensiones si bien con el límite máximo de 2.000 euros a razón de 1.000 euros

para cada parte apelada, IVA incluido en ambos casos (art. 139 de la LJCA)

## FALLAMOS

1º) Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA e INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT contra la resolución judicial arriba indicada, la cual revocamos exclusivamente en lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria que se fija en CINCUENTA MIL EUROS (50.000 euros), cantidad a la que se añadirán los intereses legales desde la fecha de la reclamación en vía administrativa, condenando solidariamente a ambas demandadas al pago de la misma.

2º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de \_\_\_\_\_, contra la resolución judicial arriba indicada.

3º) Imponer a la parte apelante \_\_\_\_\_ las costas causadas en esta segunda instancia por el recurso de apelación interpuesto que ha sido desestimado, en los términos que resultan del último fundamento de derecho de la presente.

4º) Sin imponer las costas en relación con los recurso de apelación de ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA e INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT porque sus recursos se estiman parcialmente.

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

El ingreso de las cantidades se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado concertada con el BANCO SANTANDER (entidad 0049) en la Cuenta de Expediente núm. 0939.0000.01.0255 19 o bien mediante **transferencia bancaria** a la cuenta de consignaciones del BANCO DE SANTANDER en cuyo caso será en la Cuenta núm. ES5500493569920005001274, indicando en el beneficiario el TSJ SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Sección 4ª, NIF S-2813600J, y en el apartado de observaciones se indiquen los siguientes dígitos 0939.0000.01.0255 19 en ambos casos con expresa indicación del número de procedimiento y año del mismo.



Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo, de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Firme la presente líbrese certificación de la misma y remítase juntamente con el respectivo expediente administrativo al órgano demandado, quien deberá llevarla a puro y debido efecto, sirviéndose acusar el oportuno recibo.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos principales, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.

## **PUBLICACIÓN**

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 24 de julio de 2.020, fecha en que ha sido firmada la sentencia por los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.