



Roj: **STSJ GAL 7668/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:7668**

Id Cendoj: **15030330012023100834**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2023**

Nº de Recurso: **656/2022**

Nº de Resolución: **830/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MONICA SANCHEZ ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00830/2023

Ponente: Dña. Mónica Sánchez Romero

Recurso: Recurso De Apelación núm. 656/2022

Apelante: D. Imanol

Apeladas: Servizo Galego de Saúde (SERGAS) y XL Insurance Company S.E Sucursal en España

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmo/as. Sr/as.

D. Benigno López González, Presidente.

Dña. María Amalia Bolaño Piñeiro

Dña. Mónica Sánchez Romero

A Coruña, a 14 de noviembre de 2023.

El recurso de apelación núm. **656/2022** pendiente de resolución ante esta Sala fue promovido por D. Imanol , representado por la procuradora Dña. Raquel Ceinos Real, dirigido por el letrado D. Alfonso Iglesias Fernández contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2022 dictada en el Procedimiento Ordinario núm. 2/2021 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 2 de los de Santiago de Compostela, siendo partes apeladas el Servizo Galego de Saúde (SERGAS), representado y dirigido por el letrado del Sergas y de la Xunta de Galicia y XL Insurance Company S.E, Sucursal en España, representada por la procuradora Dña. María Soledad Sánchez Silva y dirigida por el letrado D. Iñigo Cid-Luna Clares.

Es ponente la Ilma. Sra. Dña. Mónica Sánchez Romero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Se estima, parcialmente, el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por D. Imanol , representado por la Procuradora D^a. Raquel Ceinos Real, sobre impugnación de la desestimación presunta de la solicitud de responsabilidad patrimonial presentada ante la Consellería de Sanidade, el 29-03-2019, en el expediente RP- NUM000 , en consecuencia, se declara la responsabilidad patrimonial de la



Administración demandada, condenándola a indemnizar al demandante, en la cantidad de 64.466,90 euros, en concepto de daños y perjuicios por el mal funcionamiento de la Administración Sanitaria, todo ello con la imposición de los intereses legales correspondientes, desde la interposición de la reclamación patrimonial, 29-03-2019, y sin efectuar expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Objeto del recurso de apelación.

El recurso de apelación se interpone contra la sentencia nº 171/22, de 18 de julio de 2022, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Santiago de Compostela.

En la citada sentencia se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Imanol contra la desestimación por silencio de la Reclamación Patrimonial presentada con fecha 29/3/2019 y que dio lugar al expediente de responsabilidad patrimonial nº NUM000, en relación a daños y perjuicios causados por asistencia sanitaria recibida.

Por la parte recurrente se interesaba en el suplico de su demanda que se declarase la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, condenándola a indemnizar al demandante en la cantidad de 300.000€, en concepto de daños y perjuicios por el mal funcionamiento de la Administración Sanitaria (conforme se desglosa en el hecho octavo de la demanda), todo ello con la imposición de los intereses legales y contractuales correspondientes, desde la interposición de la reclamación patrimonial y con expresa imposición de costas.

En la sentencia apelada se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, y condenándola a indemnizar al demandante, en la cantidad de 64.466,90 euros, en concepto de daños y perjuicios por el mal funcionamiento de la Administración Sanitaria, con la imposición de los intereses legales correspondientes desde la interposición de la reclamación patrimonial, y sin efectuar expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes.

En la referida sentencia se apreció, por un lado, pérdida de oportunidad en relación al retraso en el diagnóstico del carcinoma renal, indicando *"tanto el perito de la parte demandante como los peritos de la parte codemandada coinciden en afirmar que en 2015, cuando el demandante acudió al servicio público de salud con un cuadro de hematurias como consecuencia de un traumatismo, debió realizársele un TAC, en el que, muy probablemente, se hubiese detectado el tumor en su fase inicial, dado el estadio en que se encontraba al ser detectado en el año 2018. A lo anterior se une que, como reconoció la Dra. Miriam, en el año 2017 tendría que haberse realizado un estudio dirigido de las hematurias que presentaba el paciente, para descartar alguna patología tumoral, lo que pudo suponer un retraso en el diagnóstico de la neoplasia de riñón izquierdo. Es cierto que la facultativa anteriormente mencionada afirmó que dicho retraso (de entre 1 año y 1 año y medio) no tendría influencia alguna puesto que el paciente no presentaba signos de recidiva por lo que no se habría producido una pérdida de oportunidad, sin embargo, en este extremo se acoge el criterio del perito de la parte actora, puesto que, en buena lógica, no es lo mismo la intervención quirúrgica de un tumor de 2 cms. que de un tumor de 11 cms., y es probable que si se diagnosticara antes el tumor de riñón no sería necesario realizar una nefrectomía total, sino parcial; es cierto que nos movemos en el terreno de la incertidumbre causal, puesto que no se tiene la certeza absoluta de en qué estadio se encontraba el tumor 3 años antes de que fuera diagnosticado en el año 2018, precisamente por eso, debe considerarse que nos encontramos ante un supuesto de incertidumbre causal que debe ser indemnizado"*.

Y, por otro lado, en cuanto a las intervenciones quirúrgicas realizadas al demandante, nefrectomía radical izquierda y reintervenciones posteriores, señala el juzgador que *"lo cierto es que en dichas intervenciones se causó al demandante una lesión iatrogénica del cuerpo del páncreas, una fístula, que derivó en una pancreatitis necrótico-hemorrágica, con presencia de una significativa colección retrogástrica que pudo y debió haber sido drenada percutáneamente y que provocó, como secuelas, una colección intraabdominal, una pancreatectomía corporo-caudal, una esplenectomía y una hernia incisional de la laparotomía"*, y se añade a ello que *"la lesión iatrogénica del cuerpo del páncreas no es una lesión típica de la nefrectomía radical, y no consta expresamente en el consentimiento informado, puesto que no puede entenderse como tal la posibilidad de que fueran dañados durante la intervención los órganos vecinos del riñón, y todo indica que los tres puntos de sutura que se aplicaron no eran la sutura ideal y que se tendría que haber realizado una pancreatectomía corporo-caudal. En*



consecuencia, entiende este juzgador que se causó al demandante un daño antijurídico, como consecuencia del funcionamiento del servicio público de salud, que debe ser indemnizado".

Se cuantificó la indemnización debida, aplicando el baremo existente para daños causados en accidentes de vehículos a motor en 71.629,89 euros, y se efectuó una reducción del 10% a esa cantidad, en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad e incertidumbre causal, fijándose finalmente la indemnización a favor del demandante en 64.466,90 euros.

Se recurre en apelación por el demandante D. Imanol .

SEGUNDO: Alegaciones del recurso de apelación.

Por la representación de D. Imanol se interpuso recurso de apelación contra la sentencia nº 171/22, de 18 de julio de 2022, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Santiago de Compostela, y se interesa que se revoque la sentencia apelada en cuanto al importe indemnizatorio, y se estime íntegramente la demanda.

Se alega para ello que en la sentencia apelada se ha valorado incorrectamente el daño irrogado al demandante, con la consiguiente vulneración del principio de reparación íntegra del daño.

Se indica que en la demanda, se solicitaba la cuantificación del daño de conformidad a la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y en la sentencia, el Juzgador a quo acepta que el sistema de valoración del daño de aplicación al presente caso, sea el aplicado por la aseguradora codemandada, esto es, el RDL 8/2004, por ser el que señala el perito (Valorador del daño corporal), Dr. Jose Miguel , haciendo suyos la totalidad de los criterios de valoración que en el informe de aquel valorador se recogen y omitiendo la realidad de las circunstancias del demandante, los datos objetivos sobre el daño irrogado que constan en la Historia Clínica, el conjunto de la prueba practicada y creando incongruencias y contradicciones dentro del texto y fundamentación de la propia Sentencia.

Se considera que la sentencia adolece de contradicciones en su fundamentación que llevan a una Resolución injusta, por ser insuficiente en relación al daño causado la cuantía indemnizatoria de 64.466,90€.

Se indica que en la propia sentencia se establece cuál ha sido el daño ocasionado al demandante, y que, por lo tanto, habrá de ser indemnizado, al relacionar como secuelas, una colección intraabdominal, una pancreatectomía corporo-caudal, una esplenectomía y una hernia incisional de la laparotomía, y manifiesta que existió mala praxis en la asistencia prestada, lo que supone un daño antijurídico que debe ser indemnizado, y lo cual se encuentra en abierta contradicción con la manifestación de la misma sentencia de la aplicación de un factor reductor de la indemnización otorgada por la teoría de la pérdida de oportunidad e incertidumbre causal.

Se añade que además se han dejado sin indemnizar perjuicios personales del demandante como la incapacidad permanente total o el perjuicio por pérdida de calidad de vida, de forma que hay una vulneración del principio de reparación integral del daño, que sin embargo manifiesta aplicar, pues según el citado principio, la reparación de los daños y perjuicios habrá de comprender todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente o el lucro cesante, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como secuelas, el daño moral o el periodo de incapacidad, el denominado pretium doloris y el perjuicio personal por pérdida de calidad de vida.

Se alega que yerra el Juzgador a quo al acoger la aplicación del sistema del RDL 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, para establecer el cálculo indemnizatorio, por ser el que utiliza el perito en Valoración del Daño Corporal incorporado al proceso por la mercantil aseguradora de la Administración sanitaria (Dr. Jose Miguel), afirmando que daño se produjo en el año 2015, por lo que aplica el referido baremo. Cuando, es lo cierto que las intervenciones quirúrgicas que han originado el daño -a las que se ha sometido el demandante y que se enjuician en el presente proceso- se han acometido en el año 2018 y la estabilización secuelar de D. Imanol , se produjo en el año 2019 (el 18/9/2019), fecha en la que el INSS le reconoció en situación de incapacidad permanente total secundaria al cuadro incapacitante derivado del daño que aquí se reclama.

Se señala, en cualquier caso, un error en el cálculo de la incapacidad temporal, pues entre el mes de septiembre de 2015, en que el perito de la codemandada dice que se debió de haber establecido el diagnóstico correcto -existencia de un tumor renal- hasta el alta del INSS por Incapacidad Permanente Total, han transcurrido un total de 1478 días, pero el perito sólo reconoce un total de 1340 días, por lo que no se recoge todo el periodo en que el demandante ha permanecido en situación de incapacidad temporal. Se considera que la estabilización lesional la ha fijado el INSS -órgano público objetivo e independiente- el día 7/10/2019, por lo que habrán de



fijarse en 1.497 los días de incapacidad temporal, lo que ha de dar lugar a una modificación, al alza, de dicho periodo de incapacidad.

Además, se defiende la aplicación a la valoración del daño la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, por ser el vigente al momento de la realización de las intervenciones quirúrgicas en las que se produjo el daño iatrogénico reclamado. No obstante, con carácter subsidiario, de aplicarse el sistema previsto en el RDL 8/2004, se solicita que se realice una correcta aplicación de la valoración del daño irrogado. En concreto, por pérdida temporal de calidad de vida, aplicando la Ley 35/2015 se fijan 36.795,8€, y aplicando el RDL 8/2004 77.246,97€.

En cuanto a las secuelas, se alega la contradicción existente en la sentencia, pues, aunque reconoce determinadas secuelas, después a la hora de establecer la indemnización la fija en 8 puntos por secuelas psicofísicas (5 por esplenectomía y 3 por pancreatometomía coporo-causal) y en 7 puntos por secuelas estéticas, por lo que, a pesar de reconocer su existencia, la sentencia no recoge indemnización por la totalidad de las secuelas, dejando parte de las mismas sin indemnizar. Se desglosan las cantidades que se consideran debidas por secuelas, ya sea aplicando la Ley 35/2015, o ya sea aplicando el RDL 8/2004.

Se indica también que no es ajustado a derecho equiparar la pérdida del páncreas (pancreatometomía corpocaudal), que viene recogido en el Baremo del año 2004 con una horquilla de puntos entre 1 y 15 puntos, en tan sólo 3 puntos cuando ha de merecer la máxima puntuación. Y, del mismo modo, ante la existencia de la extracción del bazo (esplenectomía), que exige al demandante someterse a controles periódicos y vacunación exhaustiva, entre una horquilla de 10 a 15 puntos, ha de ser valorada en el máximo previsto (15). Asimismo, la nefrectomía izquierda está debidamente justificada y no aparece como daño a indemnizar, pese a que razonó el Juzgador a quo que " *no es lo mismo la intervención quirúrgica de un tumor de 2 cms. que de un tumor de 11 cms., y es probable que si se diagnosticara antes el tumor de riñón no sería necesario realizar una nefrectomía total, sino parcial*".

Se alega además error por falta de valoración del perjuicio personal particular y perjuicio patrimonial, en la consideración de que existe una indudable pérdida patrimonial derivada del estado de invalidez permanente en un hombre joven, trabajador autónomo, con una familia a su cargo; consta acreditado que ha perdido su fuente de ingresos económicos y de desarrollo personal, pues era para lo que se había formado, careciendo de otras habilidades profesionales que le permitan otra ocupación compatible con su cuadro secuelar, teniendo 46 años; se indica que se aprecia en el informe del EVI, que las limitaciones que el demandante presenta y que le han privado de seguir desempeñando su profesión son las derivadas de las complicaciones iatrogénicas sufridas y no por la enfermedad que presentaba el paciente. Se señalan las cantidades indemnizatorias que corresponderían por este concepto según la Ley 35/15, y según el RDL 8/2004. Y se añade que las limitaciones existentes originan que se valore, de forma independiente, los daños y perjuicios irrogados, con la pérdida de calidad de vida personal, familiar, social, daño moral, pretium doloris, etc., en la cantidad de 43.000 €.

Manifiesta la apelante que, además el Juzgador introduce un porcentaje corrector de un 10% que ha de incrementar la indemnización, por la pérdida de esperanza de vida -al dejar evolucionar un cáncer durante tres años sin ser diagnosticado-lo que denomina el Juzgador a quo "incremento del riesgo de muerte", lo que aplicado sobre la cifra indemnizatoria, la incrementa hasta alcanzar el total solicitado en la demanda y que ahora se impetra a la Ilma. Sala: 300.000 €.

Por otro lado, se recuerda que no resulta aplicable la reducción del 10% sobre la cantidad que aplica el juzgador por entender la existencia de una pérdida de oportunidad. Y, subsidiariamente dicha reducción se habrá de establecer tan sólo respecto de la secuela de nefrectomía -que la sentencia no recoge-, puesto que sobre el resto de secuelas (esplenectomía, pancreatometomía corpocaudal y perjuicio estético) la incertidumbre en cómo hubiese evolucionado el tumor y su incidencia en el tamaño del mismo, no guarda relación alguna, dado que se trata de secuelas por daño iatrogénico originado en las intervenciones quirúrgicas, sin relación a la demora en establecer el diagnóstico de la existencia de un tumor renal.

TERCERO:Alegaciones en oposición al recurso de apelación.

Por el Letrado del SERGAS se formula oposición al recurso de apelación interpuesto.

Se alega para ello que ha de rechazarse la pretensión de la apelante respecto al incremento de la cuantía indemnizatoria, pues ha de partirse de que el juez de instancia para la valoración del daño corporal contó únicamente con la valoración emitida por el perito especialista en valoración del daño corporal, D. Jose Miguel , y se acogió tal valoración y se realizó el cálculo en base a lo informado por un perito especialista que cuenta con un plus de capacitación para efectuar una valoración de las secuelas, y sin que la parte actora aportara



prueba pericial al respecto que desvirtuara la valoración efectuada por dicho perito, por lo que la indemnización que se pretende de adverso, carece del más mínimo sustento probatorio.

Por tanto, se considera que la valoración y cuantificación efectuada en la sentencia no es arbitraria, sino que se apoya en el informe pericial indicado, por lo que la misma puede no compartirse, pero que no resulta ni ilógica, ni irracional.

Por su parte, la representación de la entidad aseguradora XL Insurance Company SE, presenta también escrito de oposición al recurso de apelación.

Se alega, en primer lugar, en cuanto a la solicitud de aplicación de la Ley 35/2015, en atención a que el daño se produjo al momento de la intervención quirúrgica practicada el 4/5/2018, que, como se dice en la sentencia, el juzgador no está vinculado por el baremo, y simplemente, a título orientativo, adopta una valoración del daño emitida por un Perito especialista en la materia y en un importe que considera adecuado.

Se indica que los demás motivos no son más que la impugnación punto por punto de la valoración del daño corporal que se hace en la Sentencia, siguiendo el Informe Pericial aportado por la aseguradora, y se señala que tratándose de trámite de apelación, el tribunal, para llevar a cabo la revisión integral de la sentencia, ha de tener en cuenta la prevalencia de la apreciación de la prueba realizada en la instancia, salvo en aquellos casos en los que se revele de forma clara y palmaria que el órgano a quo ha incurrido en error al efectuar tal operación o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la prueba contradice las reglas de la sana crítica.

Se manifiesta que, en este caso, como se ha expuesto, la apreciación de la prueba se ha regido por una valoración del daño recogida en un Informe Pericial, que fue el único aportado en autos que estudia ese extremo, frente a la valoración de la actora, a tanto alzado y sin más fundamentación que la mera voluntad de ser indemnizada.

Se hace a continuación una valoración sobre el perjuicio por incapacidad temporal, al hilo de lo impugnado por la apelante. Y se indica que si se considera que realmente hubo un retraso diagnóstico desde el año 2015 (cuando tuvo el episodio de hematuria por traumatismo y no se le hizo prueba de imagen) entonces esa sería la fecha de inicio del cómputo (2.9.2015), y la fecha final sería el 3.5.2019 cuando quedaron resueltas las colecciones. Pero, en cualquier caso, atendiendo a que, según ha quedado acreditado, el único retraso posible sería desde el año 2017 -fecha en la que sí que se constatan episodios de microhematurias-, en su caso, los días no improductivos habrían de reducirse considerablemente.

En cuanto a las secuelas, el Dr. Jose Miguel valora la esplenectomía en 5 puntos porque no tiene ningún tipo de repercusión hematológica ni inmunológica, ya que para prevenir infecciones se le han puesto las vacunas correspondientes que no han de mantenerse toda la vida, y en todo caso, estas vacunas ya fueron consideradas por el perito para fijar la valoración de esta secuela. Asimismo, valora la pancreatectomía corporocaudal en 3 puntos conforme a la clasificación del baremo, explicando que el páncreas tiene una función endo y exo endocrina, y en este caso, no está constatado en la historia clínica que esté paciente se haya vuelto diabético ni que necesite complementos alimenticios para digerir los alimentos. En cuanto a las secuelas estéticas, se valora en 7 puntos porque parte de la cicatriz era inherente a su proceso tumoral y a la intervención a la que se vio sometido para la nefrectomía total, y porque además, el lugar de la cicatriz (no visible ni accesible generalmente al público) también ha de influir en su valoración.

Se señala que, para la determinación de los daños y atendiendo a la fecha de los hechos, es correcta la aplicación que hace el Dr. Jose Miguel del baremo legal que sería, por disposición legal, el del año 2004.

Se añade que el citado perito no contempla la hernia porque si bien aparece una mención a esta en una nota de urología del día 4.12.2018, no vuelve a aparecer posteriormente; existen pruebas de imágenes posteriores que no la indican y también hubo dos visitas a urgencias (21.2.2019 y 2.6.2019) donde se le hace exploración abdominal sin que aparezca ninguna referencia a ninguna hernia. Explicó este perito que en este tipo de intervenciones no es extraño que el abdomen pueda quedar sin tono lo que pudo confundirse, en la consulta puntual del 4.12.2018, con una hernia. En la Resolución del INSS donde se reconoce una Incapacidad permanente al Sr. Imanol no se menciona ninguna hernia, sino "Debilidad muscular de los rectos anteriores del abdomen". Tampoco incluye ni cuantifica ninguna secuela psicológica, pues, como señala el Dr. Jose Miguel el tratamiento por ansiedad era por causas variadas (multifactorial), ya que consta que tenía problemas para la reincorporación al trabajo y también con un hijo, lo que no tiene nada que ver con los hechos que son objeto de este procedimiento. Asimismo, la ansiedad inherente al propio proceso oncológico tampoco es valorable a los efectos de la indemnización que se reclama en este proceso.

Por último, se señala que el perito, Dr. Jose Miguel, partiendo de la hipótesis de la demanda señala que, si se entendiera que el retraso fue desde el año 2015 al 2018, la pérdida de oportunidad (incremento del riesgo de



muerte) debería ser fijada en un 10%. Ahora bien, al declarar indicó que si lo que debía prevalecer era la tesis de la codemandada de que el único retraso diagnóstico habría sido desde el año 2017 al 2018, sin repercusiones oncológicas, la pérdida de oportunidad sería de un 0% porque el estadio del tumor en uno y otro año sería el mismo.

Se añade que tampoco se valora una incapacidad permanente total para su trabajo a los efectos de calcular la indemnización desde el punto de vista de responsabilidad patrimonial, porque como señaló el perito Dr. Jose Miguel, el paciente al que se le extirpa el riñón de forma total y queda definitivamente curado -como ocurre en este caso- puede trabajar sin ningún problema. Lo único que tiene son controles periódicos que no le impiden trabajar en absoluto. No está incapacitado para ninguna actividad laboral; no tiene ninguna incapacidad física ni mental, y sin que pueda confundirse el momento de estabilización de las secuelas con el tiempo de baja laboral.

CUARTO.- Sustento de la declaración de responsabilidad patrimonial según la demanda.

A la vista de las alegaciones de apelante y apeladas en relación a lo que resulta el objeto de controversia en esta alzada, resulta oportuno fijar los términos del debate, pues no ha de desconocerse que en la sentencia apelada se efectúa una declaración de responsabilidad patrimonial sobre unos concretos fundamentos, y se cuantifica la indemnización que se estima procedente, siendo únicamente sobre esta última cuestión, la de la fijación de la cuantía indemnizatoria, sobre la que versa el recurso de apelación interpuesto por D. Imanol, y sin que ni el Sergas ni la entidad aseguradora codemandada hayan interpuesto recurso de apelación o adhesión para impugnar a su vez aquello en lo que, en su caso, puedan estar disconformes con la sentencia.

Lo anterior implica que no puede ser ya objeto de debate la existencia de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria recibida por D. Imanol, y la consecuente obligación de indemnizar para la demandada; e, igualmente, tampoco cabe entrar a discutir los motivos o títulos de imputación de esa responsabilidad, que son aceptados por la parte apelante en su recurso, y respecto a los que no han efectuado impugnación alguna las demandadas en la instancia.

A tal efecto, y como resulta de lo transcrito en el primer fundamento de esta sentencia, ha de valorarse que el juez de primera instancia consideró la existencia de responsabilidad patrimonial derivada del proceso asistencial de autos por dos títulos.

Por un lado, se estimó que había existido un retraso o demora para realizar el diagnóstico de carcinoma renal de enormes proporciones, en concreto tres años, pues se consideró que ya en 2015 cuando el demandante presentaba hematuria debería haberse hecho una prueba de imagen para descartar lesión, y que ya entonces se habría podido constatar la existencia del tumor en su fase inicial, y no haciéndose así, no fue hasta el año 2018, cuando el 9 de abril acudió ya con dolor cólico en fosa renal izquierda irradiado a hemiabdomen izquierdo con vómitos y hematuria, que se le efectúa un TAC donde ya se aprecia la voluminosa masa sólida, con la conclusión de hallazgo compatible con proceso neoplásico en riñón izquierdo, tras lo cual se indica nefrectomía izquierda abierta, procediéndose a la inmediata intervención. Por esa demora en el diagnóstico, consideró el juzgador la existencia de una pérdida de oportunidad, pues aunque alguno de los facultativos informantes señaló que el retraso no habría sido relevante, y que de hecho no consta que se hubiera dado recidiva tras la intervención, consideró el juez que no era lo mismo la intervención de un tumor de 2 cms que uno de 11 cms, y que es probable que si se hubiera diagnosticado antes no se hubiera tenido que hacer una nefrectomía total, sino únicamente parcial; y en esa incertidumbre sobre cómo habría sido el proceso de tener un diagnóstico anterior, basó la pérdida de oportunidad.

Por otro lado, de la sentencia resulta un segundo título de imputación de responsabilidad patrimonial al SERGAS, pues, tras el diagnóstico certero y la intervención de nefrectomía total realizada, se consideró por el juzgador, a la luz de la prueba practicada, que se derivó un daño antijurídico para el paciente, ya que en las intervenciones efectuadas " se causó al demandante una lesión iatrogénica del cuerpo del páncreas, una fístula, que derivó en una pancreatitis necrótico- hemorrágica, con presencia de una significativa colección retrogástrica que pudo haber sido drenada percutáneamente y que provocó, como secuelas, una colección intraabdominal, una pancreatectomía corporo-caudal, una esplenectomía y una hernia incisional de la laparotomía". Ha de considerarse que, aunque no se dice literalmente, sí se infiere de la resolución judicial que este segundo título de imputación es una mala praxis en el curso de las intervenciones realizadas para atacar el carcinoma renal. Así, se razonó por el juzgador "lo cierto es que la lesión iatrogénica del cuerpo del páncreas no es una lesión típica de la nefrectomía radical, y no consta expresamente en el consentimiento informado, puesto que no puede entenderse como tal la posibilidad de que fueran dañados durante la intervención los órganos vecinos del riñón, y todo indica que los tres puntos de sutura que se aplicaron no eran la sutura ideal y que se tendría que haber realizado una pancreatectomía corporo-caudal. En consecuencia, entiende este juzgador que



se causó al demandante un daño antijurídico, como consecuencia del funcionamiento del servicio público de salud, que debe ser indemnizado".

Por tanto, junto a una responsabilidad por pérdida de oportunidad, relativa a la fase de diagnóstico del paciente, ha de valorarse la responsabilidad por mala praxis en la ejecución de las intervenciones quirúrgicas necesarias tras diagnosticar la neoplasia en el riñón izquierdo. Y ello tiene su consecuencia a nivel indemnizatorio.

QUINTO.- Cálculo de la indemnización debida.

Dicho lo anterior en relación a los títulos de imputación de responsabilidad patrimonial que fueron declarados en primera instancia, y que no pueden ser aquí discutidos, al referirse el recurso de apelación únicamente a la cuantificación de la indemnización, han de analizarse los motivos de impugnación que plantea la apelante.

La primera cuestión que plantea es la vulneración del principio de reparación integral del daño, considerando que la cuantía indemnizatoria fijada no tiene en consideración el real daño causado al demandante por la actuación con mala praxis, y discrepando tanto de los conceptos que son tenidos en cuenta por el juez para fijar la cantidad, como el baremo de Tráfico utilizado (el del RDL 8/2004).

Pues bien, ha de valorarse que en la sentencia el juzgador hace cita de la necesidad de reparar el daño íntegro causado, y alude a la jurisprudencia según la cual la utilización de los baremos regulados para la valoración de daños causados en accidentes de circulación no son vinculantes en este ámbito, sin perjuicio de que puedan utilizarse a título meramente orientativo. Sin perjuicio de ello, en este caso hace uso el juzgador del baremo para fijar la cantidad, y en concreto acoge lo que para el cálculo de esa cuantía expuso el perito de la codemandada, Dr. Jose Miguel, perito valorador del daño corporal. Y razona que acoge el citado informe por que *" resulta que el único informe pericial que realiza una valoración del daño causado al demandante es el del Dr. Jose Miguel, puesto que el demandante se limita a reclamar una cantidad a tanto alzado (300.000 euros) sin desglosar los diferentes conceptos reclamados"*.

En la línea que se indicó en la sentencia de instancia, ha de recordarse que, como ya se indicó por esta Sala y Sección, en reiteradas sentencias, el baremo utilizado para valorar daños derivados de accidentes de tráfico no es vinculante, pudiendo en su caso utilizarse a efectos meramente orientativos; así, se indicaba en sentencia nº 525/23, de 21 de junio de 2023, en rec. 588/22), *" Y es, en este punto, donde corresponde analizar el recurso de apelación planteado en relación a la cuantía indemnizatoria fijada en la sentencia, que considera escasa en atención al baremo utilizable en estos casos (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (EDL 2004/152063)). (...) no esté de más recordar a la parte actora que el tan manido baremo de tráfico carece de carácter vinculante para esta Sala, no siendo más que un criterio orientativo al que poder asirse que, en modo alguno, puede contradecir el sentido común y el conocimiento de la realidad económica del lugar y momento en que se vive, que los Magistrados de esta Sala, por el simple hecho de ser unos ciudadanos más y hallarse en esa realidad, conocen perfectamente. El baremo de tráfico no es de obligada aplicación al ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, ya que una cosa es un baremo nacido para regular la indemnización por perjuicios sufridos por una persona sana y otra, distinta, la indemnización a percibir por individuos que acuden a un centro público asistencial por presentar patologías previas o por repentina pérdida de salud. Distinto será el día en que se publique un baremo sanitario diferente, obviamente, del aludido de tráfico"*.

Por tal razón, el motivo de impugnación basado en la aplicación de un baremo determinado y no otro, no puede ser acogido como razón suficiente para revocar lo resuelto por el juez de primera instancia, quien utilizó el baremo del RDL 2/04, tal y como él mismo explica, por ser el utilizado por el perito de la aseguradora codemandada, único que efectuó una valoración desglosada de la indemnización procedente.

De lo que resulta de la demanda presentada por D. Imanol, al referirse en la fundamentación jurídica a la cuantía indemnizatoria, se señalaba *" Se habrá de indemnizar a los recurrentes por los daños y perjuicios ocasionados hasta lograr la REPARACIÓN INTEGRAL del daño ocasionado en razón del daño irrogado al demandante"*. Y refiriéndose en el hecho octavo al montante indemnizatorio, indicando los conceptos que se consideraba habrían de incluirse en el cálculo de la indemnización, siendo categorías incluidas en la Ley 35/15 (perjuicio personal básico, perjuicio personal particular; perjuicio patrimonial; pérdida temporal de calidad de vida).

Se relacionan en la demanda los concretos conceptos indemnizatorios en este caso. Así, se indica perjuicio por las secuelas de: - Nefrectomía izquierda ante proceso tumoral dejado a su libre evolución durante años. -Lesión iatrogénica del páncreas que dio lugar a una extirpación del cuerpo y cola del páncreas, con adrenalectomía. -Una esplenectomía por rotura iatrogénica del bazo. -Cuadro de severas adherencias peritoneales. -Cuadro de eventraciones. -Existencia de hernia postquirúrgica. -Riesgo severo en las zonas de los segmentos atroficados de litiasis, estenosis, colangitis o cirrosis biliar. Resección hepática. -Intolerancia alimentaria. -Trastorno ansioso-depresivo reactivo). También perjuicio estético, considerado medio, derivado de las cicatrices abdominales



derivadas de las intervenciones quirúrgicas efectuadas. Se incluye asimismo razonamiento sobre el perjuicio personal particular, en relación a la pérdida temporal de calidad de vida (valorando días de estancia hospitalaria, días de baja), cantidad por intervención quirúrgica. Por perjuicio patrimonial, ante la pérdida de ingresos y carrera profesional de un hombre joven, profesional autónomo que se ha visto abocado a un estado de incapacidad permanente total para su profesión. Y perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionado por las secuelas, considerado grave. Todo ello hasta alcanzar un total indemnizatorio de 300.000,00€.

Pues bien, ante lo indicado por el demandante en su escrito de demanda, ha de considerarse que lo que manifestó el juzgador sobre la falta de valoración desglosada de los daños y perjuicios ha de considerarse referido a las cuantías concretas de cada concepto indemnizatorio, pues, en efecto, no consta en la demanda ese desglose de cantidades por cada concepto hasta llegar a la cuantía reclamada de 300.000 euros; es decir, que tal suma se indicó a tanto alzado en la demanda, no siendo hasta el recurso de apelación, con el fin de impugnar la forma de fijar la indemnización que acoge el juzgador de primera instancia, cuando el perjudicado intenta cuantificar concretamente los conceptos o categorías que incluye en el cálculo de su indemnización.

Lo anterior, es decir, el mismo hecho que el demandante fijase a tanto alzado la cuantía reclamada, lleva a reforzar el criterio indicado de este tribunal sobre la no vinculación al baremo y sus concretas categorías más que con carácter orientativo, y por tal razón, sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá, ha de rechazarse la primera alegación de la parte apelante relativa a la improcedencia de aplicar uno u otro baremo (en atención al momento en que se causan los daños, o se estabilizan las lesiones), pues se insiste en que ninguno de ellos vincula al tribunal.

Cuestión distinta es que pueda acogerse en parte lo alegado por la apelante sobre la forma en que se cuantificó la indemnización por el juzgador en relación con las causas o títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial que él mismo indicó, y en cuanto a valorar si la concreta cantidad fijada puede considerarse suficiente para resarcir el daño causado.

Así, se recuerda que la sentencia reconoce la existencia, por un lado, de una pérdida de oportunidad por la demora en el diagnóstico, y, por otro lado, una mala praxis con un concreto resultado (secuelas que recoge la propia sentencia como colección intraabdominal, una pancreatectomía corporo-caudal, una esplenectomía y una hernia incisional de la laparotomía).

Sin embargo, a la hora de fijar la indemnización, se basa en la reparación integral del daño para considerar las secuelas y días de incapacidad temporal que señalaba el perito Dr. Jose Miguel, además de aplicar un factor de corrección por perjuicios económicos y otro por incremento de riesgo de muerte, pero no aclara en qué medida está indemnizando la pérdida de oportunidad considerada. E incluso, tras fijar la indemnización según los conceptos dichos aplica sobre el resultante una reducción de un 10% "en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad y la incertidumbre causal".

Al respecto, antes de valorar la cantidad fijada como reparación integral por los daños y perjuicios derivados de mala praxis en la ejecución de las intervenciones quirúrgicas, procede recordar que se consideró, en atención a la prueba practicada, que durante la cirugía de nefrectomía radical se produjo una importante lesión iatrogénica del cuerpo pancreático que fue tratada de forma insuficiente, sin avisar a ningún especialista de cirugía general, y que requirió de una segunda cirugía por no haber actuado en la primera conforme a la *lex artis*; así, señalaba el Dr. Marcial en su informe " *Durante las maniobras de disección y extirpación del riñón izquierdo se produjo una lesión iatrogénica del cuerpo pancreático que se trató mediante sutura y colocación de un hemostático. No hay constancia de que se avisara a ningún especialista en cirugía general para el tratamiento de la lesión. La anatomía patológica confirma que se trata de un carcinoma de células renales, pT2B. 3. En el postoperatorio desarrolla una fistula pancreática tratada inicialmente de forma conservadora, pero posteriormente desarrolla una pancreatitis necrótico hemorrágica diagnosticada por TAC al 10º día de postoperatorio. 4. Se realizó cirugía urgente en la que se apreció una pancreatitis severa con absceso peripancreático producido por una sección a nivel del cuerpo del páncreas, con trombosis de la arteria y vena esplénica que obligo a una resección pancreática corporocaudal con esplenectomía asociada. De haberse consultado con cirugía éste hubiera sido el tratamiento de elección de la complicación. Se trataría por lo tanto de un verdadero trauma pancreático producido de manera iatrogénica*".

Pues bien, el perjuicio sufrido por esa lesión iatrogénica durante el curso de la nefrectomía, y las intervenciones posteriores que soportó el paciente para su solución, así como consecuencias de ellas, lo cuantifica el juez de primera instancia en la cantidad de 71.629,89 euros, siguiendo al perito Dr. Jose Miguel que informó a instancia de la aseguradora codemandada, señalando días de incapacidad temporal requeridos para la curación (hospitalarios, impeditivos y no impeditivos), secuelas psicofísicas valoradas en 8 puntos, estéticas en 7 puntos, y añade un factor de corrección por perjuicios económicos y otro por incremento del riesgo de muerte.



Al efecto, para valorar lo que realmente ha de indemnizarse como perjuicio derivado de esa actuación por mala praxis - distinta a la pérdida de oportunidad anterior-, han de concretarse las consecuencias que para el paciente tuvo esa lesión iatrogénica causada durante la nefrectomía, es decir, el hecho de que tuvo que ser reintervenido para solucionar los efectos de esa lesión, y por tanto el tiempo de más que requirió para su estabilización, así como las secuelas que se derivaron de ello. No se trata por tanto de indemnizar en este apartado el tiempo de incapacidad desde que acude al servicio para ser diagnosticado y tratado de su dolencia de base, y tampoco desde que se le efectúa la intervención quirúrgica de nefrectomía, sino el tiempo de incapacidad que a mayores se deriva de esa lesión causada y hasta que se estabilizan las lesiones, o se llega a un estado de secuelas que derivan de esas últimas incidencias que se calificaron de mala praxis.

Por otro lado, en cuanto a las secuelas a valorar por la actuación sanitaria con mala praxis, ha de considerarse lo indicado por el Perito Dr. Marcial en su informe, tal y como determinó el juzgador, y que hacía referencia a que le quedó al demandante una colección intraabdominal que no se ha resuelto en el último TAC del que se tiene constancia, una pancreatectomía corporo-caudal, una esplenectomía que necesita de vacunaciones periódicas y una hernia incisional de la laparotomía. Del mismo modo, la Dra. Miriam, que informó a instancia de la aseguradora codemandada valoró que *"Como consecuencia del inadecuado manejo diagnóstico y terapéutico del tumor renal izquierdo se ha producido: una severa pancreatitis aguda hemorrágica que finalizó con la extirpación del cuerpo y cola de páncreas, una esplenectomía tras rotura iatrogénica del bazo, y una hernia laparotómica media, así como cuadro de severas adherencias peritoneales"*. Por último, el Dr. Jose Miguel, Máster en Valoración del Daño Corporal, que emitió informe también a instancia de la entidad aseguradora, señaló en las secuelas psicofísicas la esplenectomía y pancreatectomía corpocaudal, y en cuanto a estéticas valora que se le realiza abordaje anterior transperitoneal (incisión hemiChevron) en nefrectomía, que se amplía a Incisión subcostal bilateral en la cirugía de pancreatectomía.

Pues bien, ante las secuelas indicadas, no cabe obviar la situación de mayor vulnerabilidad en la que se encuentra el demandante tras extirpación de bazo y parte de páncreas, y que no puede considerarse solventada por el hecho de que se le pongan más vacunas; igualmente, como señala la parte apelante, ha de valorarse que esa situación supone una mayor intolerancia alimentaria a la mayor parte de comidas grasas, algunas verduras, con problemas digestivos y molestias abdominales (a lo que se hace referencia en el informe para la resolución de incapacidad permanente del INSS); tampoco puede desconocerse la existencia de hernia postquirúrgica, que es reconocida por todos los facultativos, aunque el Dr. Jose Miguel no lo haya recogido al valorar las secuelas; por último, aunque tampoco lo valoró el Dr. Jose Miguel como secuela, resulta indudable la existencia de un trastorno ansioso-depresivo reactivo a la situación por parte del paciente, que se refleja en la historia clínica que el propio perito recogió, y que también se valoró al reconocer la incapacidad permanente total. En cuanto a las secuelas de carácter estético, habría que considerar no la cicatriz derivada de la nefrectomía, pues ésta existiría, aunque no se hubiera dado la mala praxis ahora enjuiciada, al ser la intervención quirúrgica adecuada para actuar contra el carcinoma renal, sino la cicatriz a mayores por las intervenciones posteriores para solventar la lesión iatrogénica sufrida durante la nefrectomía.

Además de lo anterior, no puede obviarse que se reconoció también una responsabilidad patrimonial ante el manejo con demora en el diagnóstico del carcinoma renal, debiendo tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial en la materia, pues viene señalando el Tribunal Supremo, que en el caso de la pérdida de oportunidad el daño que se indemniza 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; por tanto, ha de valorarse la pérdida de una alternativa de tratamiento, lo cual se asemeja en cierto modo al daño moral, que es el concepto indemnizable.

Se indicaba en sentencia 418/18 de 15 de marzo de 2018, del Tribunal Supremo, que *"La pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste (STS de 19 de octubre de 2011, recurso de casación num. 5893/2006). Es decir, recuerda que hay dos aspectos esenciales a valorar cuando intentemos demostrar la posible existencia de un supuesto de actuación médica en la que no se han aplicado los medios, modos o formas ordinarios o protocolizados para evitar un mal que, finalmente, se produjo y que podía haberse evitado con carácter previo si se hubiera actuado de forma diferente a como se hizo, pero que no se aplicó en el momento oportuno: 1º. Grado de Probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior. 2º. Grado o entidad del daño ocasionado."*



Habiendo exigido en la sentencia de 25 de mayo de 2016 que la doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética.

En definitiva, la pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos: el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo".

Como se ha indicado, aunque se apreció pérdida de oportunidad, no consta que por el juzgador se hubiera tenido en cuenta ninguno de los factores a considerar según la jurisprudencia para indemnizar, a modo de daño moral, por esa incertidumbre sobre lo que hubiera pasado de haberse diagnosticado antes el tumor; es más, la consideración de la doctrina de la pérdida de oportunidad fue utilizada como factor de reducción de la indemnización por la mala praxis. En tal sentido, ha de valorarse lo que sí se indicaba en la sentencia sobre la posibilidad que, de ser cogido con anterioridad el tumor, y ser por tanto menor, podría no haberse requerido la nefrectomía total, sino únicamente parcial; y ello sin perjuicio de que, en cuanto a la probabilidad de ese resultado distinto, dado el tiempo de retraso en el diagnóstico, han de considerarse también las manifestaciones de Dra. Miriam en relación a que la influencia de esa demora en este caso no habría sido relevante, y constanding en la historia que hubo una curación sin que en controles tras la intervención ser haya evidenciado recidiva ni enfermedad metastásica.

De todo lo anterior, esto es, considerando la indemnización debida por las consecuencias lesivas derivadas de la actuación con mala praxis, a lo que ha de añadirse la indemnización que como daño moral procede por esa pérdida de oportunidad, se considera que la cantidad de 64.466,90 euros que se había reconocido en la sentencia de primera instancia es insuficiente, y ha de ser incrementada hasta los 90.000 euros.

Por tanto, ha de ser estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Imanol contra la sentencia nº 171/22, de 18 de julio de 2022, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Santiago de Compostela, pues si bien no se acoge su pretensión de incrementar la cuantía hasta la que se venía reclamando en la demanda (300.000) euros, sí procede aumentar la cantidad fijada en sentencia de primera instancia hasta la suma de 90.000 euros, por los conceptos de mala praxis y pérdida de oportunidad; cantidad a la que ha de añadirse la correspondiente a los intereses legales desde la reclamación administrativa.

SEXTO.- Costas procesales.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, al haberse estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto, no procede la condena en costas de esta alzada.

En el mismo sentido, tampoco cabe la imposición de costas en la primera instancia, confirmándose este aspecto de la sentencia apelada.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Raquel Ceinos Real, en representación de D. Imanol , contra la sentencia nº 171/22, de 18 de julio de 2022, del Juzgado de lo contencioso- administrativo nº 2 de Santiago de Compostela, la cual, en consecuencia se revoca en cuanto a la cantidad fijada como indemnización, que ha de ser incrementada hasta la de 90.000 euros, con los intereses legales correspondientes desde la fecha de la reclamación administrativa.

No se efectúa condena en costas en ninguna de las instancias.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0656-22), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.