



Roj: **STS 1466/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1466**

Id Cendoj: **28079110012024100375**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2024**

Nº de Recurso: **6722/2019**

Nº de Resolución: **334/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 334/2024

Fecha de sentencia: 06/03/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6722/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCIÓN 1.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6722/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 334/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 6 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª María Angeles , representada por el procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco, bajo la dirección letrada de D.ª Montserrat Téllez Álvarez, contra la sentencia n.º 473/19, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia



Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 524/18, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 158/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Servei Catala de la Salut, representado por el procurador D. Jordi Fontquerni Bas y bajo la dirección letrada de D. Jaume Olària i Sagrera, y Zurich Insurance P.L.C., Sucursal en España, representada por el procurador D. Miguel Ángel Baena Jiménez y defendida por D. Roberto Valls de Gispert.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Joan Grau Martí, en nombre y representación de D.^a María Angeles , interpuso demanda de juicio ordinario contra Zurich Insurance P.L.C., Sucursal en España, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se condene a la demandada a satisfacer a mi principal la cantidad de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 €) así como los intereses previstos en el art. 20 L.C.S. desde la fecha en que sea notificada la aseguradora y demandada, hasta su completo pago y costas que se devenguen, y todo ello con expresa condena en costas a la demandada".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona y se registró con el n.º 158/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Jaume Gassó i Espina, en representación de Servei Català de la Salut presentó escrito solicitando:

"[...] tingui per personat al Servei Català de la Salut com a intervinent voluntari en condició de demandat en el present procediment".

La intervención de dicho organismo fue admitida mediante auto de 9 de junio de 2015.

El procurador D. Alejandro Font Escofet, en representación de Zurich Insurance P.L.C., Sucursal en España, contesto a la demanda mediante escrito que terminaba suplicando al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que no dando lugar a la demanda formulada por DOÑA María Angeles , se absuelva a ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA de los pedimentos de la misma, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona dictó sentencia de fecha 13 de abril de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimo parcialmente la demanda de reclamación de cantidad mantenida por el procurador Sr. Grau Martí en nombre y representación de D.^a María Angeles contra la entidad Zurich Insurance PLC Sucursal en España y en la que ha intervenido voluntariamente la entidad Servei Català de la Salut, y condeno a la referida demandada a pagar a la actora la cantidad de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 € de principal), más los intereses devengados por la referida cantidad computados según lo prevenido en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre y desde la fecha de la presentación de la demanda, absolviendo a la entidad demandada del resto de los pedimentos contenidos en la demanda. Y todo ello, asumiendo cada interviniente las costas causadas por su intervención".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Servei Catala de la Salut, y Zurich Insurance P.L.C., Sucursal en España.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 524/18 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 17 de julio de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

"Estimar els recursos d'apel·lació interposats per Servei Català de la Salut i Zurich Insurance Plc, Sucursal en España contra la sentencia dictada pel Jutjat de 1.^a Instància núm. 5 de Barcelona en data 14 d'abril de 2018 en el procediment del qual deriven aquestes actuacions, revocar aquesta resolució i en el seu lloc desestimar la demanda formulada per la Sra. María Angeles i absoldre l'aseguradora Zurich Insurance Plc Sucursal en España de les pretensions contra ella exercida en el present procediment.

"Les costes causades en la primera instancia son a càrrec de la demandant.

"No es fa imposició de les costes que deriven de l'apel·lació".



Con fecha 28 de octubre de 2019, por dicho órgano judicial se dictó auto con el siguiente fallo:

"Aclarim el fonament de dret 5º i la parte dispositiva de la sentència en el sentit que la condemna de la demandant al pagament de les costes de la primera instància no inclou les que deriven de la intervenció voluntària del Servei Català de la Salut".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Joan Grau Martí, en representación de D.ª María Angeles , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"I.- Encabezamiento del primer Motivo: Al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración, en el proceso civil, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la 3 Constitución a través de la vulneración de los artículos 326.1 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, existiendo un error de hecho palmario, que conduce a irracionalidad y arbitrariedad de la resolución siendo dicho error verificable de forma incontrovertida. [...].

"II.- Encabezamiento del segundo Motivo del recurso extraordinario por infracción procesal: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1 4º por vulneración en el proceso civil del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución a través de la vulneración de lo 15 dispuesto en el artículo 348 sobre valoración de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica , al no superar la valoración de los informes periciales, el test de razonabilidad exigible para respetar dicho derecho. [...].

"III.- Encabezamiento del tercer Motivo: Al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la LEC , se alega la infracción del artículo 218 de la LEC , denunciando la incongruencia de la sentencia, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, en tanto que se produce una desviación entre la causa de pedir (responsabilidad por pérdida de oportunidad), hasta el punto de que se ha producido una desviación de los términos en que discurrió la controversia".

El motivo del recurso de casación fue:

"Al amparo de lo previsto en el art. 477.1 LEC, al infringirse, por interpretación errónea, o en su caso por inaplicación, de los artículos 1101, 1902 y 1903 del Código Civil, y 1.902 CC y artículo 106.2 conforme a la necesidad de integración en la Jurisprudencia Civil de la desarrollada en el ámbito contencioso administrativo sobre la teoría de "pérdida de oportunidad" en aquellos supuestos en que se ejercita acción directa frente a la aseguradora de la administración pública, que determina la necesidad de análisis de la conducta de dicha Administración asegurada conforme a los parámetros propios del derecho administrativo".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de mayo de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña María Angeles , contra sentencia de fecha 17 julio de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, que resuelve el recurso de apelación n.º 524/2018, dimanante del proceso ordinario n.º 158/2015, seguido en el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"Frente a la presente resolución no cabe interponer recurso alguno".

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 12 de enero de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de febrero del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente proceso partimos de los siguientes antecedentes relevantes.



1º.- D.^a María Angeles formuló una demanda contra la compañía Zurich Insurance PLC, como aseguradora del Servicio Catalán de la Salud, en ejercicio de la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguros (en adelante LCS), en reclamación de una indemnización de 150.000 euros, más los intereses legales del art. 20 de la LCS, por falta de atención, seguimiento y retraso en el diagnóstico de un carcinoma ductal de mama.

Refiere, en síntesis, que existió una actuación negligente por parte del ginecólogo de dicho servicio Dr. Bruno , por no haber solicitado las oportunas pruebas diagnósticas necesarias cuando se le detectó una formación nodular de 3 cm de diámetro en el pecho. Se consideró igualmente que incurrió en negligencia el radiólogo Sr. Candido , así como también del Dr. Casiano , que le mantuvo el DIU del que era portadora, una vez ya se conocía la existencia del tumor, lo cual que estaba contraindicado.

Entiende la demandante, y esa es la razón de su pretensión indemnizatoria, que el retraso en el diagnóstico ha provocado que se le haya tenido que aplicar un tratamiento más agresivo (mastectomía con linfadenectomía homolateral y quimioterapia) con las secuelas que ello conlleva, y el hecho de tener un peor pronóstico vital, lo que le genera el correlativo daño moral.

2º.- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona que la tramitó por los cauces del juicio ordinario 158/2015.

Admitida a trámite la demanda y emplazada la compañía de seguros Zurich, la aseguradora se opuso a la acción directa contra ella entablada. Sostuvo, en primer término, que la normativa material o sustantiva a tenor de la cual se debía solventar el proceso no era la civil, sino la administrativa, prevista en la Ley 30/1992. Negó que se hubiera producido una incorrecta actuación médica y, en cualquier caso, alegó la inexistencia de nexo causal entre el diagnóstico supuestamente tardío y el daño referido por la demandante.

El Servicio Catalán de la Salud compareció como interviniente voluntario al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), alegando, en lo sustancial, los mismos motivos que la aseguradora en relación con la legislación aplicable, la inexistencia de actuación negligente, así como la falta de relación causal entre el comportamiento seguido por los facultativos del centro en donde fue atendida la actora y el resultado que se afirma producido. De dicho personamiento se le dio traslado a la demandante y ésta manifestó no querer dirigir reclamación alguna contra dicho organismo público.

3º.- Seguido el proceso, en todos sus trámites, se dictó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda. Se partió de la base de la conducta negligente del Dr. Bruno , responsable del retraso en el diagnóstico de la patología sufrida por la demandante, lo que supuso una clara pérdida de oportunidades para la Sra. María Angeles quien, de otra forma, hubiera podido ser tratada mucho antes y con intervenciones menos radicales y secuelas notablemente inferiores. Y con remisión al dictamen de la Dra. Lidia concluye la del juzgado que, de haberse intervenido antes, muy posiblemente todo se hubiera solucionado con una tumorectomía que hubiera evitado las secuelas sufridas, días de baja y la posterior intervención reconstructora. Se aprecia, en consecuencia, una responsabilidad del servicio público de salud por la actuación de uno de sus facultativos de acuerdo con el artículo 1903 del CC y se fija la indemnización por daño moral en 50.000 €, más intereses del artículo 20 de la LCS desde la interposición de la demanda, y sin hacer imposición de las costas.

4º.- Contra esta resolución recurrió el Servicio Catalán de la Salud y la aseguradora Zurich.

El Servicio Catalán de la Salud alegó que la responsabilidad de la Administración no se puede dirimir de acuerdo con las normas civiles, sino conforme a la normativa reguladora del régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas regida por el Derecho Administrativo.

Invocó la errónea valoración de la prueba pericial practicada tanto con respecto a la mala praxis médica observada como en relación con el nexo causal. Negó, en síntesis, que se haya producido una mala praxis porque:

(i) Ante la aparición de nódulos en diciembre de 2010, bastaba con hacer un seguimiento con una nueva mamografía a los tres meses, porque era una paciente con importante mastopatía fibroquística. No había habido cambios significativos con las anteriores mamografías y los signos orientaban a una patología benigna. La mención de un nódulo de 3 cm aparece por primera vez en el mes de marzo de 2011 y es a partir de allí que se podría haberse planteado la punción-biopsia. En el mes de julio se piden más pruebas y en agosto se empiezan a hacer. Por lo tanto, no se puede hablar de un retraso de ocho meses.

(ii) Aunque se pudiera apreciar una mala praxis, por no haber pedido el ginecólogo las pruebas en el mes de marzo, no se puede apreciar relación causal porque, incluso, con un diagnóstico más precoz, el tratamiento y el pronóstico de la enfermedad habrían sido los mismos. Se trata de un carcinoma multifocal; y esto es por biología y no se adquiere por el transcurso del tiempo, por lo tanto, igualmente, habría tenido que practicarse la



mastectomía y la quimioterapia aunque el tumor se hubiese detectado antes. El transcurso de estos tiempos sin diagnóstico no determina ningún cambio en la calificación del tumor como T-II.

Por su parte, la compañía Zurich sostuvo, también, que se había reclamado y apreciado la responsabilidad sobre la base del Código Civil, cuando en el presente caso es la legislación administrativa la que procede aplicar (Ley 30/1992), lo que ya, por sí solo, debería determinar la desestimación de la demanda.

En segundo lugar, la prueba ha sido erróneamente valorada, tanto en relación con la existencia de una actuación contraria a la *lex artis*, como el necesario nexo causal. Tras relacionar cronológicamente los hechos, concluye que el retraso en el diagnóstico no se podría computar nunca antes del mes de marzo, por lo que, en el caso de existir, habría sido por poco tiempo y, siendo así, no condicionó la evolución, ni el tratamiento de la patología sufrida que era por el tipo de tumor (multifocal). En agosto, la situación estaba igual que en marzo y casi igual cuando la operaron porque nunca dejó de ser un T2.

Subsidiariamente, impugnó la indemnización concedida. Finalmente, cuestionó la condena al pago de intereses del art. 20 de la LCS, al considerar que concurría causa justificada para su no imposición, dada que, si no se detectara la responsabilidad de la Administración o ésta no es reconocida, la aseguradora no puede indemnizar como ha mantenido con reiteración la Sala 3.ª del Tribunal Supremo.

5º.- El conocimiento del recurso correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia revocatoria de la pronunciada en primera instancia, absolviendo a la compañía de seguros demandada con imposición de las costas de ambas instancias.

La resolución del tribunal provincial partió de la base de que la apreciación de la responsabilidad de la asistencia sanitaria recibida por la actora se debía determinar mediante la aplicación de la legislación administrativa, pero dicha circunstancia, en virtud del principio *novit curia*, no liberaba a la sala del conocimiento de la pretensión resarcitoria ejercitada.

Apreció una mala praxis por diagnóstico tardío de la patología de la actora de unos 5-6 meses, pero descartó la existencia de relación causal entre tal demora y el resultado producido, pues, tanto la mastectomía como la quimioterapia debían practicarse en todo caso, tampoco condicionó la evolución del tumor que se mantuvo en estadio 2.

En definitiva, la sentencia razona, en su fundamento jurídico cuarto, las razones que le conducen a la desestimación de la demanda en los términos siguientes:

"CUARTO.- Análisis del caso. Valoración de la prueba en relación con los presupuestos de la responsabilidad de la Administración sanitaria.

"Como se ha dicho, la demandante, al reclamar la responsabilidad del Servicio Catalán de la Salud, se refiere en concreto al radiólogo Sr. Candido, al Dr. Casiano y, muy especialmente, a ginecólogo Dr. Bruno (pág. 19 de la demanda).

"En cuanto al Dr. Candido, no indica cuál habría sido la actuación que habría llevado a cabo de forma contraria a la *lex artis*. La perito de la demandante tampoco refiere ninguna especial en su informe ni los médicos forenses que informaron en sede penal apreciaron. La sentencia solo se refiere en su razonamiento (antes transcrito) a una actuación negligente del ginecólogo Sr. Bruno, concretamente repetida negativa de visitas y atención insuficiente con el consiguiente retraso en el diagnóstico.

"Tampoco se refiere la sentencia a una inadecuación del DIU Mirena ni a su falta de extracción por parte del Dr. Casiano. Una y otra cosa se puede extraer de la prueba practicada. La Dra. Lidia afirma en su informe que este DIU está contraindicado para una persona con tumor de mama dependiente de progestágenos. Pero cuando se le aconsejó este DIU dados los problemas que le provoca el que llevaba, no se le conocía ningún tumor cancerígeno. Las explicaciones dadas por el Dr. Gervasio y el Dr. Herminio han sido concluyentes en este sentido. Sí que estaba contraindicado una vez diagnosticado el carcinoma.

"Es cierto que la ecografía que se realiza el 26 de agosto muestra dos nódulos compatibles con carcinoma multifocal, pero también lo es que en el análisis del material citológico extraído de la punción no localizaron células malignas (informe de 29 de agosto). Aun así, se aconsejaba la exéresis de la lesión nodular. También el análisis de la secreción del pezón resultó negativo para células malignas (informe de 29 de agosto). Con esta diagnosis se procede a extraer los nódulos (9 de septiembre). Fue al hacer la biopsia de estos nódulos (16 de septiembre) que se llegó al diagnóstico definitivo de carcinoma ductal multifocal. En ese momento, la misma demandante explica que, habiendo perdido la confianza en aquel hospital, pidió el cambio a otro centro hospitalario. Es en ese centro y con ese diagnóstico que le retiran el DIU del que era portadora.



"Es preciso centrarnos, pues, en la actuación del ginecólogo Dr. Bruno . En contra de lo que se razona en la sentencia, no podemos apreciar una actuación contraria a la *lex artis* merecedora de la reprobación que se efectúa a la Administración sanitaria debido a que, finales de diciembre, no la atendiera personalmente cuando la Sra. María Angeles acudió al CAP con molestias (según informe unido en el f. 42) o dolor en las mamas. El Dr. Bruno explicó en el acto del juicio que el DIU, del que desde hacía escasos días era portadora, podía producir congestión y dolor en las mamas. La Sra. María Angeles explica que la remitieron a urgencias si quería que la viera un médico, decisión que no se puede considerar en sí misma incorrecta.

"Consta en los autos que el día 29 de diciembre la Sra. María Angeles acudió al servicio de urgencias, donde se la diagnosticó de mastodinia bilateral, es decir, dolor de las mamas, se le prescribió ibuprofeno y se la remitió al servicio de ginecología de su centro. El 11 de enero fue visitada por otra ginecóloga, al estar el Dr. Bruno de vacaciones, la cual entendió que aquel dolor era normal porque era un efecto colateral del DIU (f- 32). El 22 de febrero la visita el Dr. Bruno según se explica porque tenía programada visita de control. Ese día se solicita mamografía que se realiza el 23 de marzo, se entregan los resultados el 14 de abril y, a la vista de los resultados, el ginecólogo prescribe nuevo control ordinario a los 2 años. Cuando el 27 de junio se le practica una ecografía por parte de su ginecólogo privado (la Sra. María Angeles acudía paralelamente desde hacía años; f. 30) pide visita al Dr. Bruno , que la ve el 5 de julio. Ese día le pide nuevas pruebas y desde ese momento es derivada al hospital de referencia.

"De este relato que efectúa la misma demandante, y que resulta de la documentación aportada, lo que no se puede apreciar es aquella negativa de atención médica a la que se refiere la sentencia como actuación anómala, Cuestión diferente es si se puede apreciar por parte de este ginecólogo una actuación contraria a la *lex artis*, en los términos que antes se han referido, al tiempo de solicitar las pruebas necesarias para llegar a un correcto diagnóstico de acuerdo con aquellos parámetros.

"Un nuevo análisis del material probatorio nos lleva a concluir que, efectivamente, el Dr. Bruno no solicitó y, por lo tanto, no proporcionó a la Sra. María Angeles los medios diagnósticos necesarios cuando la visita del 22 de febrero de 2011, al margen del dolor mamario que podía responder al DIU, detectó en la exploración una formación nodular dura y dolorosa de 3 cm. de diámetro en uno de los senos (f. 46) que antes no había sido detectada.

"Habiendo detectado por primera vez esta formación nodular el ginecólogo no se podía limitar a solicitar una mamografía. Al menos, cuando recibió el resultado de la mamografía no podía dejar de solicitar una prueba complementaria como podía ser una ecografía como después pidió (julio). Es conocido que la mamografía es una prueba con menor sensibilidad para detectar lesiones malignas. Además, se daba el caso de que la Sra. María Angeles tenía mamas densas y fibroquísticas que dificultaban la valoración de algunas áreas. Así se venía indicando en las mamografías que se le habían ido haciendo los años anteriores y, de nuevo, se recoge en la que se le hace el 25 de marzo. Según se puede ver en el informe, el radiólogo no hace la menor mención a aquella formación nodular de 3 cm. de diámetro que el ginecólogo había detectado en la exploración. Solo se refiere a la existencia de formaciones microquísticas y/o pequeños nodos fibróticos y microcalcificaciones que nada tienen que ver como explica el Dr. Herminio . Este perito, en su informe pericial, explica que la mamografía en general es una prueba de menor sensibilidad para detectar cáncer de mama en mujeres jóvenes debido a la parénquima, y que un 10 % de los cánceres de mama no son visibles con esta prueba radiológica.

"Pues bien, con el resultado de la mamografía, habiendo detectado una formación nodular de aquella medida, sabiendo la disminución de sensibilidad de la mamografía debido a la densidad de la mama y la inexistencia de cualquier referencia a la mamografía a aquella formación nodular, el ginecólogo no podía remitir a la Sra. María Angeles a un nuevo control ordinario al cabo de dos años, como hizo. La misma Oncoguía de mama de 2008 del Departamento de Salud de la Generalitat establece que, cuando haya sospecha de lesión, el estudio radiográfico se iniciará con una mamografía estándar bilateral y se complementará con proyecciones adicionales, ecografía u otras pruebas, si el caso lo requiere. No obstante, cuando la lesión que se debe estudiar es palpable, las exploraciones radiográficas serán una mamografía y una ecografía.

"En el presente caso, siendo palpable una lesión nodular de 3 cm de diámetro, el ginecólogo no solicitó una ecografía en el primer momento; ni siquiera cuando el resultado de la mamografía fue el explicado. Los dos médicos forenses que informaron en el procedimiento penal informaron de que "frente a un hallazgo mamográfico significativo de baja malignidad (estudio radiológico, IBARDS2) en el contexto de unas mamas densas y una lesión palpable (estudio clínico), se entiende que se debería haber realizado un estudio ecográfico complementario y una PAAF (estudio citológico) de la lesión para ajustarse a los protocolos y poder descartar la malignidad. Se estima que, por lo tanto, la actuación médica no se ajustó a los mencionados protocolos derivando en un retraso del diagnóstico de entre 3-5 meses que pudo haber sido más prolongado, de seguir el curso pautado de control a los 2 años" (f. 120).



"Uno de los peritos de la demandada, el Dr. Gervasio , al hacer la valoración de la praxis asistencial (f. 566) refiere en su informe que "aunque la mamografía de marzo-11 era sin lesiones, si realmente existía un nódulo era aconsejable hacer una biopsia diagnóstica por punción, o dirigida por ecografía" si bien posteriormente añade que "a la práctica habitual en los equipos que tratan la patología maligna de la mama, cuando se hallan frente a una lesión de dudoso diagnóstico a pesar de las exploraciones realizadas, es el realizar un control precoz de la paciente a los 6 meses para así evidenciar cambios en el tamaño o evolución de la enfermedad".

"En el presente caso, no se encuentran ante un caso de diagnóstico dudoso, sino de diagnóstico orientado por una prueba que, en atención a las circunstancias mencionadas, era insuficiente para conseguirlo.

"Cuestión diferente es si esta actuación contraria a la *lex artis* por parte del ginecólogo del servicio público de salud, que supuso un retraso de unos 5 o 6 meses (de febrero/marzo a agosto) en el camino que se debía seguir para conseguir un diagnóstico, ha causado el daño que en este caso la demandante centra en la agresividad del tratamiento que tuvo que seguir y el peor pronóstico de la enfermedad.

"Ante todo, no se puede dejar de constatar que si el retraso solo fue de 5 o 6 meses fue gracias a la propia actuación de la Sra. María Angeles que, lógicamente, angustiada por la presencia de aquel nódulo palpable acudió a su ginecólogo privado que le hizo la ecografía que el Dr. Bruno no había considerado necesario solicitar.

"Dicho esto, sin embargo, y siendo acertada la decisión tomada por la Sra. María Angeles ante la decisión del Dr. Bruno , lo que no es posible apreciar es la necesaria relación de causalidad entre la actuación médica contraria a la *lex artis* y el daño por el que se reclama responsabilidad a la Administración sanitaria.

"Los peritos de la demandada sostienen que el retraso que se haya podido producir en la obtención de la diagnosis (de 5-6 según el Dr. Gervasio , de 2-3 según el Dr. Herminio) no ha tenido ninguna Influencia en el tratamiento que se ha tenido que seguir ni en el pronóstico de la enfermedad. Ambos peritos explican en su informe y han insistido en el acto del juicio que la mastectomía no venía motivada por la evolución del tumor sin diagnosis ni tratamiento, sino por el tipo de carcinoma (multicéntrico o multifocal, según si se encuentran en diferente cuadrante o solo en uno). Del mismo modo, la linfadenectomía era necesaria porque, al tratarse de un tumor multicéntrico, no se podía beneficiar de la biopsia selectiva del ganglio centinela (Dr. Gervasio ; f. 567). De hecho, en el informe del hospital de DIRECCION000 (f. 104) se dice que se decidió realizar mastectomía y linfadenectomía ME al tratarse de un tumor multicéntrico. Según dice el Dr. Gervasio en su informe "esta multicentricidad es una característica inicial de los tumores, no son debidos a su evolución". De forma muy gráfica, el Dr. Herminio afirmó en el acto del juicio que la multicentricidad forma parte de la biología del tumor, no depende de su evolución. Por otra parte, según el Dr. Herminio , por la sensibilidad del tumor al tratamiento hormonal y la edad de la paciente (42 años) era necesaria la manipulación hormonal y la quimioterapia. Finalmente, ambos peritos refieren que, desde el momento en el que se detectó el nódulo, nunca pasó del grado nuclear II (T. II). Realmente, el ginecólogo Dr. Bruno detectó una formación nodular de 3 cm en el mes de febrero, en la ecografía de abril (la hecha por el ginecólogo privado) observa nódulo de 2,3 cm y, en septiembre, era de 3 cm según consta en el informe del hospital de DIRECCION000 (f. 104). Finalmente, los ganglios linfáticos no presentaban malignidad.

"A esta misma conclusión llegaron los médicos forenses. Explican en su informe que la mastectomía, si bien es un tratamiento más agresivo, era necesaria porque el tumor era multicéntrico y era necesario asegurar la no proliferación y dispersión de las células tumorales ante la presencia de afectación de los márgenes quirúrgicos en uno de los nódulos extraídos. La quimioterapia era tratamiento coadyuvante y la ausencia de malignidad en los ganglios linfáticos lo que evidencia es que la patología no se había extendido más allá de la mama. Concluían, así, al igual que los peritos de la demandada "que dicho retraso no condicionó una peor evolución de la enfermedad, viniendo condicionada por el tipo de tumor, multifocal" (f. 123).

"Ante esto, el perito de la demandante en su informe lo que sostiene al respecto es que "el resultado es un retraso de nueve meses, en un cáncer de mama hormonodependiente, en una enferma afecta de una mastopatía fibroquística proliferativa y portadora de un DIU con tratamiento hormonal, que además en el momento del diagnóstico presenta tres tumoraciones malignas, una de ellas con crecimiento en pocos meses que traduce alta agresividad biológica intrínseca de los tumores y necesidad de diagnóstico rápido, precisa por tanto de un tratamiento quirúrgico mutilante y posterior quimioterapia.

"Ello conlleva alcanzar un estado tumoral PT2N0M0 que repercute en disminuir la supervivencia total de una paciente joven con una larga esperanza de vida determinada estadísticamente en nuestro medio" (f. 403-404).

"En el acto del juicio lo que mantuvo esta perito sin mayor explicación es que un retraso de 5-6 meses no es baladí porque el tumor evoluciona, crece, cambia de estadio y eso conlleva peor pronóstico y la necesidad de



tratamiento más agresivo. Asegura que se vuelve multifocal con el paso del tiempo y es seguro que el cáncer, cuando antes se diagnostique, mejor.

"Estas explicaciones de la Dra. Lidia, a criterio de este Tribunal, no desvirtúan las más precisas explicaciones de los peritos de la demandada en el mismo sentido que en su día informaron los médicos forenses. La falta de prueba de la existencia de nexo causal entre (i) la incorrecta actuación médica del Dr. Bruno y el tratamiento que ha sido necesario aplicar a la Sra. María Angeles, así como el pronóstico de que pueda tener la enfermedad y (ii) aquel retraso de 5 o 6 meses en la diagnosis, determina que no se pueda apreciar responsabilidad de la Administración sanitaria y, consecuentemente, la acción directa ejercida contra la aseguradora debe ser desestimada".

6º.- Contra dicha sentencia se interpusieron por la demandante recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Examen de los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal

2.1 Fundamento de los motivos.

Los dos primeros motivos por infracción procesal se fundamentan en la infracción de lo previsto en el artículo 469.1.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración, en el proceso civil, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, por incurrir la sentencia de segunda instancia en un error de hecho palmario, que conduce a irracionalidad y arbitrariedad en la valoración probatoria, constitutivo de un error verificable de forma incontrovertida, todo ello en relación con los artículos 326.1 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primer motivo, y por vulneración del art. 348 de la LEC, el segundo motivo, al no superar la valoración de los informes periciales el test de razonabilidad exigible para respetar dicho derecho.

2.2 Marco jurisprudencial de la interpretación del art. 24 de la CE y valoración probatoria.

A los efectos resolutorios de los presentes motivos del recurso hemos de partir de las consideraciones siguientes:

(i) La casación no constituye una tercera instancia.

A diferencia de lo que sucede con el recurso de apelación que, al constituir una *revisio prioris instantae*, (revisión de la primera instancia), permite al tribunal de apelación abordar la cuestión fáctica y jurídica planteada en la instancia con plena jurisdicción, sin otra limitación o condicionante que no sea el derivado de los propios términos en que fue formulado el recurso de apelación interpuesto según resulta del art. 465.5 LEC (SSTS 269/2016, de 22 de abril, 135/2020, de 2 de marzo; 306/2020, de 16 de junio; 419/2021, de 21 de junio; 611/2021, de 20 de septiembre; 308/2022, de 19 de abril y 1128/2023, de 10 de julio, entre otras muchas), el recurso de casación no conforma una tercera instancia que posibilite una nueva revisión del material fáctico del proceso, sino que cumple una función asaz diferente; por un lado, nomofiláctica o protectora de las normas jurídicas de derecho material o sustantivo, y, por otra, de fijación de doctrina, mediante el establecimiento de criterios uniformes de interpretación y aplicación de la ley, que sirva de orientación y guía para resolver asuntos que guarden identidad de razón.

La técnica casacional exige, pues, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la audiencia (sentencias 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012, de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero; 367/2016, de 3 de junio, o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre; 83/2021, de 16 de febrero; 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

(ii) El error en la valoración de la prueba no constituye un motivo legítimo del recurso extraordinario por infracción procesal

Tampoco es posible instar que se lleve a efecto una nueva valoración de la prueba a través del recurso extraordinario por infracción procesal; toda vez que no figura el error en la valoración de la prueba dentro de los motivos tasados contemplados en el art. 469.1 de la LEC, lo que pone de manifiesto, de nuevo, que el legislador reservó dicha valoración a los tribunales de instancia (sentencias 626/2012, de 11 de octubre; 263/2016, de 20 de abril; 615/2016, de 10 de octubre o 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas).

(iii) Una vulneración manifiestamente irracional, ilógica y arbitraria de la prueba practicada puede ser corregida cuando constituya lesión del art. 24.1 CE



No obstante, lo expuesto no significa que quepa aceptar la consagración de patentes y manifiestos errores fácticos, de constatación objetiva, y de transcendencia acreditada en la decisión del proceso, o resoluciones arbitrarias, fruto de un mero voluntarismo judicial atentatorio a la razonabilidad exigible a las decisiones de los tribunales.

La concurrencia de vicios de tal clase permite realizar, excepcionalmente, un control jurisdiccional al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, que recoge, como concreto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, la vulneración de lo dispuesto en el art. 24 de la CE, que constitucionaliza los derechos fundamentales de naturaleza procesal que conforman las garantías del juicio justo.

Y, de esta manera, la jurisprudencia constitucional ha considerado infringido el art. 24.1 de la Carta Magna cuando, aún constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulte fruto de un proceso deductivo irracional o absurdo (sentencias del Tribunal Constitucional 244/1994, FJ 2; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7; 82/2002, de 22 de abril, FJ 7; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3, 90/2010, de 15 de noviembre, FJ 3 o 56/2013, de 11 de marzo); o sea simple expresión de la voluntad, sin fundamento en razón material o formal alguna (sentencias del Tribunal Constitucional 164/2002, de 17 de septiembre; 45/2005, de 28 de febrero; 164/2005, de 20 de junio; 277/2005, de 7 de noviembre; y 162/2006, de 22 de mayo; y sentencia de esta sala 382/2016, de 19 de mayo), con la admisión incluso de que el canon de la racionalidad, que impone el art. 24.1 CE, se extienda a la temática valorativa de la prueba (sentencias del Tribunal Constitucional 50/1988, 357/1993, 246/1994, 110/1995, 1/1996, de 15 de enero y más recientemente 61/2019, de 6 de mayo, entre otras).

En congruencia con ello, esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrige, al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad que ha de presidir cualquier resolución judicial. En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que:

"Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, "esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)".

De igual forma, las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo; 544/2022, de 7 de julio; 653/2022, de 11 de octubre; 847/2022, de 28 de noviembre y 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas.

(iv) No todos los errores tienen relevancia constitucional

También constituye jurisprudencia asentada la que proclama que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo y 217/2023, de 13 de febrero).

(v) No cabe identificar valoración arbitraria con una valoración antagónica de la prueba practicada mediante una hipótesis alternativa sobre los hechos objeto del proceso

En efecto, la valoración arbitraria no se identifica con una antagónica apreciación de la prueba practicada, y, por lo tanto, no cabe incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos igualmente lógicos (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre; 141/2021, de 15 de marzo y 987/2023, de 20 de junio); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción.



En este sentido, señala la sentencia de 5 de enero de 2007 (en recurso 161/2000), cuya doctrina ratifica la sentencia 141/2021, de 15 de marzo, que:

"Como doctrina general, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la valoración de la prueba pericial corresponde a las facultades del tribunal de instancia, por lo que sólo puede ser impugnada en casación cuando concurre la vulneración de alguna de las normas que integran el régimen de este medio probatorio o cuando la valoración efectuada arroja un resultado erróneo, arbitrario o ilógico contrario a las reglas de la sana crítica, pero no cuando se trata de sustituir el criterio de valoración seguido razonablemente por el tribunal de instancia por el que la parte recurrente estima más adecuado o acertado (SSTS, entre las más recientes, de 27 de julio de 2005, 23 de mayo de 2006, 18 de mayo de 2006, 15 de junio de 2006, 21 de julio de 2006 y 15 de diciembre de 2006)".

(vi) La sana crítica es el criterio valorativo de la actividad probatoria practicada en el proceso

Dicha expresión normativa fue utilizada, por primera vez, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de ahí pasó a las leyes de 1881 y a la vigente LEC 1/2000, en la que se utiliza como criterio valorativo de las pruebas de interrogatorio de partes (art. 316.2), pericial (art. 348), documental (arts. 326.2 II y 334.1), testifical (376), instrumentos de filmación, grabación y semejantes (art. 382.3) o de los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso (art. 384.3).

Pues bien, la STS 141/2021, de 15 de marzo, reproducida en otras posteriores como la sentencia 514/2023, de 18 de abril, explica en qué consisten las reglas de la sana crítica de la forma siguiente:

"Las reglas de la sana crítica no son normas que se encuentren codificadas, sino que están conformadas por las más elementales directrices de la lógica humana. Comprenden las máximas o principios derivados de la experiencia, obtenidos de las circunstancias y situaciones vividas a través de la observación de hechos, conductas y acontecimientos. Implican un sistema de valoración racional y razonable de la actividad probatoria desplegada en el proceso, que permite efectuar un juicio prudente, objetivo y motivado, de corroboración de las afirmaciones fácticas efectuadas por las partes mediante el examen de las pruebas propuestas y practicadas, todo ello con la finalidad de huir de los riesgos derivados del acogimiento de meras hipótesis intuitivas o conclusiones valorativas absurdas, y prevenir, de esta forma, decisiones arbitrarias.

"La sana crítica se concibe pues como un sistema integrado por las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, entendida la primera de ellas como sistema que permite verificar la corrección de los razonamientos humanos, con sometimiento a las pautas por las que debe discurrir el pensamiento condigno al ejercicio de la función jurisdiccional. La valoración probatoria llevada a efecto por medio de tales reglas exige que no conduzca al absurdo como límite infranqueable de la lógica jurídica. En definitiva, lo que se pretende es la consagración de una concepción racionalista de la valoración de la prueba, que permita dictar una sentencia motivada que adopte una decisión justificada conforme a los postulados de la razón".

(vii) No se puede atacar una valoración conjunta de la actividad probatoria desplegada en el proceso a través de la impugnación de concretos elementos de prueba

Por otra parte, es jurisprudencia de esta sala expresada en las sentencias 330/2013, de 25 de junio de 2014; 208/2019, de 5 de abril, 141/2021, de 15 de marzo, la que sostiene:

"(i) que no es posible atacar la valoración conjunta de la prueba, o lo que es igual, que la parte no puede pretender una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia a quien corresponde esta función soberana (SSTS de 13 de noviembre de 2013, rec. n.º 2123/2011; 8 de octubre de 2013, rec. 778/2011; 30 de junio de 2009, rec. 1889/2006 y 29 de septiembre de 2009, rec. 1417/2005); (ii) que tampoco puede atacar esa valoración conjunta mediante la impugnación de pruebas concretas ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional (SSTS de 11 de diciembre de 2013, rec. 1853/2011 14 de noviembre de 2013, rec. 1770/2010; 13 de noviembre de 2013, rec. 2123/2011 y 15 de noviembre de 2010, rec. 610/2007, que cita las de 17 de diciembre de 1994, rec. 1618/1992 16 de mayo de 1995, rec. 696/1992; 31 de mayo de 1994, rec. n.º 2840/1991; 22 de julio de 2003, rec. 32845/1997; 25 de noviembre de 2005, rec. 1560/1999) pues "el hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio (STS de 8 de julio de 2009, rec. n.º 13/2004) a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto" (SSTS de 15 de noviembre de 2010, rec. n.º 610/2007 y 26 de marzo de 2012, rec. n.º 1185/2009)".

(viii) La valoración de la prueba pericial conforme a los postulados de la sana crítica



Con respecto a lo que significa la valoración de la sana crítica en relación a la prueba pericial se expresa la STS 471/2018, de 19 de julio, cuando señala al respecto:

"Aplicando estas reglas, el tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones:

"1.º.- Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro: STS 10 de febrero de 1.994.

"2.º.- Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: STS 4 de diciembre de 1.989.

"3.º.- Otro factor a ponderar por el tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes: STS 28 de enero de 1.995.

"4.º.- También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes: STS 31 de marzo de 1.997.

"La jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

"1.º.- Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS de 17 de junio de 1.996.

"2.º.- Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1.996.

"3.º.- Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS de 7 de enero de 1.991.

"4.º.- Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.

"Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: STS de 11 de abril de 1.998.

"Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: STS de 13 de julio de 1995".

(ix) Valoración de la prueba documental

La STS 351/2021, de 20 de mayo, proclama:

"En contra de lo que afirma el motivo, la valoración de la prueba documental no está sometida a un sistema tasado. Al contrario, la valoración de los documentos, tanto públicos como privados, debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (sentencias 458/2009, de 30 de junio, 163/2016, de 16 de marzo, y 642/2016, de 26 de octubre), puesto que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de valoración conjunta de la prueba (sentencia 356/2016, de 30 de mayo).

"Una cosa es el valor probatorio de los documentos en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación acerca del contenido de los documentos (por todas, sentencia 235/2018, de 23 de abril), puesto que la expresión "prueba plena" de los arts. 319.1 y 326.1 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido de los documentos de acuerdo con las reglas de la sana crítica y conforme al conjunto de las pruebas aportadas (sentencia 507/2019, de 1 de octubre)".

2.3 Examen de los motivos del recurso interpuesto

Los motivos del recurso por infracción procesal interpuesto pretenden de este tribunal que asuma la inadmisibles función de constituirse en una tercera instancia y que proceda, en consecuencia, a una nueva valoración de las pruebas periciales y documentales practicadas ante el juzgado y apreciadas por el tribunal provincial, al abrirse la segunda instancia como consecuencia el recurso de apelación interpuesto; y, además, que aceptemos como irrefutables las conclusiones del dictamen de la perito propuesta por dicha parte recurrente, pese a entrar en contradicción con los otros dos informes periciales practicados a instancia de la



parte demandada, que coinciden, por otra parte, con los prestados por los médicos forenses, que dictaminaron en la causa penal seguida por estos mismos hechos y que fue sobreseída al no apreciarse indicios de responsabilidad criminal; todo ello, además, cuando el principio de la mayoría coincidente es un criterio amparado por la sana crítica en los supuestos en que los informes de tal naturaleza sean contradictorios entre sí.

Tampoco, cabe admitir que la sentencia del tribunal provincial incurra en un error manifiesto, patente, evidente o notorio en la valoración de la prueba obrante en autos, evidenciado, de forma incontrovertible, a través de la simple lectura de los autos; puesto que, incluso, en la propia prueba documental aportada por la parte actora, consistente en el acta del comité de patología mamaria del Hospital DIRECCION000 (documento 1, hoja 36, folio 65 de los autos), consta que "al tratarse de un tumor multicéntrico se decide realizar mastectomía linfadenectomía ME". Y a la existencia de un tumor multicéntrico se refiere también el informe médico forense (pág. 122).

Por consiguiente, la consideración del tumor como multifocal o multicéntrico no conforma un error probatorio y menos con los calificativos antes expuestos, máxime cuando aparecen localizaciones de la tumoración en distintos cuadrantes mamaros. Por otra parte, los peritos, tras revisar el historial clínico y las pruebas diagnósticas practicadas, obtienen la conclusión de que, en este caso, el diagnóstico tardío no supuso pérdidas de expectativas vitales en la demandante, ni tampoco hubiera alterado el tratamiento recibido que era el pertinente para evitar complicaciones y recidivas que, al día de la fecha, transcurridos más de 10 años, no constan producidas.

En cualquier caso, en el informe de los médicos forenses, consta como conclusión tercera de que el retraso en el diagnóstico no condicionó una peor evolución de la enfermedad, y que tanto los tratamientos aplicados, como el seguimiento posterior diagnóstico, fueron los adecuados.

En su informe, el perito Dr. Gervasio, especialista en Cirugía General y Digestiva, ex coordinador de la Unidad de Patología Mamaria del HOSPITAL000 de Barcelona y redactor de la oncoguía de cáncer de mama de la Generalitat de Cataluña, señala que la mastectomía era obligada por la multicentricidad (más de un foco tumoral en distintos cuadrantes de la mama), que es una característica inicial de los tumores, que no son debidos a su devolución, así como la linfadenectomía.

Y concluye su informe:

"[...] el tratamiento y el pronóstico hubiera sido el mismo con la enfermedad diagnosticada en marzo de 2011 como agosto de 2011, y el tratamiento realizado no estuvo condicionado por el intervalo diagnóstico, sino por las características propias e inherentes del tumor que presentaba la paciente".

Con respecto al nexo causal entre los anticonceptivos, que liberan progestágeno como el DIU Mirena, según la Sociedad Española de Obstetricia y Contracepción "[...] no se ha demostrado aumento de riesgo de cáncer de mama con los anticonceptivos con sólo gestágenos (píldora, inyectable, implante y DIU)". En la guía del DIU Mirena se señala ligero aumento del riesgo relativo (1,24 de RR), advertencia que se refiere a los anticonceptivos orales combinados con estrógenos y progestágenos, pero no al que libera solo gestágeno (informe Dr. Gervasio).

Las mismas conclusiones se recogen en el informe del médico especialista en oncología Dr. Herminio, que descarta igualmente la conexión entre el cáncer padecido y la colocación de un DIU liberador de progestágenos.

En definitiva, es evidente que la valoración probatoria que se contiene en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia del tribunal provincial, no podemos considerarla arbitraria, ilógica o irracional, cuando se fundamenta en dictámenes de especialistas que obtienen las mismas conclusiones, sin que dichos informes sean tergiversados o alterados en su contenido, mediante la obtención de conclusiones contrarias o extrañas a lo indicado en ellos.

La circunstancia de que la resolución de la audiencia haya optado por los dictámenes de la parte demandada, que coinciden sustancialmente con los de los médicos forenses, en vez del apartado por la parte actora en sentido contrario, que se valora también por la audiencia, no implica que la sentencia haya incurrido en los defectos denunciados en el recurso interpuesto, de manera que suponga una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la demandante que reconoce el art. 24.1 CE; precisamente, seguir el criterio de la mayoría coincidente es una regla de la lógica en los supuestos de que sea preciso optar por informes divergentes de especialistas, como antes se expuso mediante la oportuna cita jurisprudencial.

TERCERO.- Tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal



El tercero, y último motivo del recurso por extraordinario por infracción procesal, se interpone al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 de la LEC, y se alega la infracción del artículo 218 de la precitada ley procesal, denunciando la incongruencia de la sentencia, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, en tanto en cuanto se produjo una desviación entre la causa de pedir y términos por los que discurrió la controversia sometida a consideración judicial (responsabilidad por pérdida de oportunidad) y el fallo de la sentencia.

El motivo tampoco debe ser estimado.

En la interpretación y aplicación del art. 218 de la LEC hemos declarado que la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 580/2016, de 30 de julio; 548/2020, de 22 de octubre; 87/2021, de 17 de febrero; 562/2021, de 26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre; 751/2021, de 2 de noviembre, 141/2022, de 22 de febrero; 341/2022, de 3 de mayo y 646/2023, de 3 de mayo, entre otras muchas).

En consecuencia, una sentencia es incongruente si concede más de lo pedido por las partes (*ultra petita*); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por los litigantes (*extra petita*); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitum*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte (sentencias 604/2019, de 12 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 267/2020, de 9 de junio; 526/2020, de 14 de octubre; 37/2021, de 1 de febrero; 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo; 364/2022, de 4 de mayo; 509/2022, de 28 de junio y 511/2023, de 18 de abril, entre otras muchas).

La obligada correlación entre las pretensiones deducidas por los litigantes, basadas en el *petitum* y la *causa petendi* y lo resuelto en las sentencias judiciales, impuesta por el deber judicial de congruencia, adquiere una relevancia y dimensión constitucional, toda vez que resulta lesionado el principio de contradicción, protegido por el art. 24 CE, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes que, al no tener conciencia del efectivo alcance de la controversia, no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses (por todas, sentencias 69/2020, de 3 de febrero; 207/2022, de 15 de marzo, y 509/2022, de 28 de junio).

En cualquier caso, como señala la sentencia 1759/2023, de 19 de diciembre:

"[...] el Tribunal Constitucional ha declarado que para que pueda considerarse que existe una incongruencia vulneradora del art. 24 de la Constitución es necesario que la desviación del fallo judicial respecto de los términos en que las partes formularon sus pretensiones ha de ser de tal naturaleza que suponga una modificación sustancial de los términos en que discurrió la controversia procesal".

Por otra parte, si se considera que nos encontramos ante una incongruencia omisiva, al no resolver las pretensiones formuladas, fundadas en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades, se debió instar el complemento de la sentencia (sentencias 538/2014, de 30 de septiembre, 405/2015, de 2 de julio; 135/2019, de 6 de marzo; 1624/2023, de 22 de noviembre y 1747/2023, de 18 de diciembre).

También, es pronunciamiento reiterado que, en principio, las sentencias desestimatorias no resultan incongruentes cuando vienen a desestimar la demanda deducida, si bien lo sea de forma implícita. En este sentido, la sentencia 77/2021, de 15 de febrero, señala que difícilmente cabe hablar de incongruencia en los casos de sentencia absolutoria:

"[...] de acuerdo con la doctrina de la sala, "las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada, salvo supuestos muy concretos, que no son del caso, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (SSTS 29 de septiembre de 2003; 21 de marzo 2007; 16 de enero 2008; 5 de marzo 2009), sin necesidad de que exprese la desestimación de cada una de las peticiones formuladas y menos aún de todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y con independencia también de que la desestimación de una petición puede ser implícita como consecuencia de lo razonado en general (SSTS 23 de marzo de 2007; 16 de enero 2008)".

En este caso, se desestima la demanda por ausencia del nexo causal entre el diagnóstico tardío, que sería la pérdida de oportunidad alegada, y el daño que se afirma sufrido, como es la disminución de expectativas vitales; difícilmente apreciable, una vez transcurridos más de diez años desde el diagnóstico y tratamiento de la tumoración sin que consten recidivas, al menos nada de ello se sostuvo por los litigantes; por otra parte, el tratamiento dispensado y las lesiones inherentes al mismo generadas por la exéresis de la mama izquierda reconstruida, eran irremediables, al ser el tratamiento indicado para el tipo de tumor sufrido por la demandante.



En consecuencia, al desestimarse la demanda por tales causas, no cabe considerar que la sentencia dictada sea incongruente, sino que resuelve la controversia, dando la oportuna respuesta a la pretensión indemnizatoria de la demandante, sin que ésta hubiera sufrido indefensión alguna en su posición jurídica que deba ser corregida mediante la estimación de dicho motivo por infracción procesal.

Recurso de casación

CUARTO.- *El motivo único del recurso de casación*

Se formuló de la manera siguiente:

"Al amparo de lo previsto en el art. 477.1 LEC, al infringirse, por interpretación errónea, o en su caso por inaplicación, de los artículos 1101, 1902 y 1903 del Código Civil, y 1.902 CC y artículo 106.2 conforme a la necesidad de integración en la Jurisprudencia Civil de la desarrollada en el ámbito contencioso administrativo sobre la teoría de "pérdida de oportunidad" en aquellos supuestos en que se ejercita acción directa frente a la aseguradora de la administración pública, que determina la necesidad de análisis de la conducta de dicha Administración asegurada conforme a los parámetros propios del derecho administrativo".

Tienen razón las partes recurridas de que el derecho material o sustantivo por el que ha de regirse la controversia es el propio del ordenamiento jurídico administrativo, en tanto en cuanto el éxito de la pretensión resarcitoria entablada depende de la apreciación de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria asegurada; por consiguiente, si no existe dicha responsabilidad no cabe la condena de la compañía de seguros en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS, ya que Zurich únicamente responde si concurre la responsabilidad patrimonial del Servei Català de la Salut, que es el objeto de cobertura.

Esta aplicación del derecho administrativo, por parte de los tribunales civiles, no es una cuestión extravagante al orden jurisdiccional civil, sino que se encuentra expresamente prevista en la regulación de las cuestiones prejudiciales en el art. 42.1 de la LEC, que expresamente señala que "[...] a los solos efectos prejudiciales los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén reservados a los tribunales del orden contencioso administrativo" (sentencias 1519/2023, de 6 de noviembre y 169/2024, de 12 de febrero).

Ahora bien, la doctrina de la pérdida de oportunidades es común a ambas jurisdicciones y el recurrente admite que la resolución del litigio implica acudir a las leyes administrativas, por lo que abordaremos tal motivo del recurso, lo que no produce indefensión alguna a la contraparte.

En efecto, la jurisprudencia civil ha considerado indemnizable la pérdida de oportunidades (sentencias de la Sala 1.ª de 10 de octubre de 1998, en recurso 1496/1994; 25 de octubre de 1997, en recurso 427/1995; 504/2003, de 27 de mayo; 948/2011, de 16 de enero; 227/2016, de 8 de abril y 105/2019, de 19 de febrero, entre otras), como igualmente lo ha hecho la jurisprudencia contencioso administrativa en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria (sentencias de la Sala 3ª de 7 de septiembre de 2005, rec. 1304/2001; 26 de junio de 2008, rec. 4429/2004; 23 de septiembre de 2010, rec. 863/2008; 13 de enero de 2015, rec. 612/2013; 24 de abril de 2018, rec 665/2018, 665/2018, de 24 de abril; o más recientemente 407/2020, de 14 de mayo).

Por consiguiente, exigir la aplicación de tal doctrina jurisprudencial conforma un supuesto específico de interés casacional (art. 477.2.3.º y 3 LEC).

En principio, hemos de aceptar que la detección tardía de una patología cuando se contaba con medios diagnósticos para apreciarla y éstos estaban indicados, conforma un supuesto de mala praxis médica en tanto en cuanto constituye una vulneración de los parámetros exigidos por la *lex artis ad hoc*. Como regla general las patologías no son estáticas sino dinámicas, de manera tal que, en su proceso natural, cursan en el tiempo desde cuadros clínicos más livianos, susceptibles de tratamientos más eficaces, a otros graves e irreversibles o incluso mortales. Es por ello por lo que, por regla general, el diagnóstico precoz de una enfermedad adquiere trascendencia jurídica en el ámbito resarcitorio del daño cuando la demora de alguna lo causa o agrava.

Ahora bien, para que el diagnóstico tardío sea indemnizable es preciso que haya producido un menoscabo efectivo en la salud del paciente, bajo la forma de pérdida de expectativas de vida, calidad de ésta, producción de lesiones permanentes o incluso el fallecimiento del paciente en función de las cuales debe ser indemnizado.

Es evidente, también, que constituye presupuesto indeclinable para la apreciación de la responsabilidad civil o patrimonial de la administración la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de un sujeto de derecho y el resultado producido, y tal requisito opera tanto en los casos de responsabilidad subjetiva como objetiva, pues la diferencia entre ambas radica en el título de imputación jurídica, pero no en el vínculo que ineludiblemente debe existir entre acción u omisión y el resultado dañoso causado, pues como señala la sentencia de esta sala primera 1122/2006, de 15 de noviembre, "[...] si no hay causalidad no cabe hablar, no



ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad objetiva u objetivada" y añadimos nosotros y patrimonial de la administración.

De igual forma se expresa, como no podía ser de otra forma, la sentencia 1423/2021, de 1 de diciembre, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo cuando señala que:

"Y, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, respecto de los requisitos para la indemnizabilidad del daño, esto es, antijuridicidad y existencia de nexo causal, también nos recuerda la doctrina jurisprudencial, expresando que conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, Rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido".

Esta relación de causalidad también se exige, como no podía ser de otra forma, en los casos de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades, de esta manera se pronuncia la sentencia de la sala 3ª 1177/2016, de 25 de mayo, al establecer que:

"En el presente litigio concurren todos los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria demandada, bajo la perspectiva de la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues existe un daño antijurídico que no existe el deber de soportar por el menor Cirilo, está acreditada la relación de causalidad entre la pérdida de oportunidad por la opción adoptada por los profesionales que asistieron el parto -que implicó desechar la opción de realizar la cesárea que también estaba indicada-, y ese daño se ha producido en el ámbito de un servicio público como es la asistencia sanitaria pública, sin que exista ninguna causa de fuerza mayor ni otros elementos que alteren, influyan o desvirtúen el nexo causal".

La casuística forense nos ofrece casos en los que se da una situación de incertidumbre con respecto a cuáles son las consecuencias derivadas de un diagnóstico tardío de una patología imputable a una mala praxis médica, pero en las que existe una probabilidad razonable de que el curso de la enfermedad hubiera sido más beneficioso para el enfermo, con mayores oportunidades de curación, expectativas vitales, calidad de vida o cuadro residual de lesiones permanentes irreversiblemente instauradas.

Esta incertidumbre sobre la posibilidad de haber obtenido un resultado más ventajoso es uno de los elementos sobre los que se asienta la doctrina de la pérdida de oportunidades aplicable a la responsabilidad médica ya sea ésta la civil de los sujetos privados o patrimonial de la administración pública; pero, en cualquier caso, es preciso que concurra un elemento adicional de naturaleza probabilística determinante de que la chance frustrada no sea meramente quimérica, ilusoria o remota, sino, por el contrario, fundada en posibilidades serias, reales o razonables de obtener un resultado más beneficioso para el paciente de no haber mediado el diagnóstico erróneo, tardío, o demorada la aplicación de los tratamientos pautados.

En este sentido, en la sentencia de la sala 1ª 105/2019, de 19 de febrero, señalamos que:

"Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

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

Ahora bien, en el caso presente, constatado el diagnóstico tardío de unos cinco o seis meses, no resulta probado que tal demora haya producido un menoscabo en las expectativas de curación de la paciente intervenida quirúrgicamente en 2011, sin que, desde entonces, conste ninguna clase de recidivas, con lo que, dado el tiempo transcurrido, se puede considerar que la tumoración ha sido superada. Tampoco afectó a la agresividad del tratamiento recibido pues la exéresis de la mama izquierda y la terapia recibida a base de quimioterapia hubieran sido igualmente las mismas. Tampoco el diagnóstico tardío es el responsable de la patología sufrida.

En definitiva, a la demandante no se le privó de expectativas de curación y mejoría, puesto que, en este concreto caso, como resulta de la sentencia del tribunal provincial, la demora fue inocua para la salud de la paciente y sus expectativas vitales, así como tampoco le produjo repercusiones físicas derivadas del tratamiento dispensado,



dado que éste era el mismo, con sus secuelas innatas a la mastectomía practicada y reconstrucción de mama izquierda.

Por todo ello, en las circunstancias concurrentes, el recurso interpuesto no puede ser estimado.

QUINTO.- Costas y depósito

La desestimación de los recursos interpuestos conduce a la imposición de las costas a la parte recurrente (art. 398 LEC), así como a la pérdida del depósito constituido para recurrir (disposición adicional 15.ª. 9 LOPJ).

La condena en costas no comprende las generadas por la intervención voluntaria, que no necesaria, del Servei Catalá de la Salut, contra el que no se dirigió la acción.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos por D.ª María Angeles , contra la sentencia 473/2019, de 17 de julio, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 524/2019.

2.º- Imponer a la recurrente las costas procesales de los recursos interpuestos, con exclusión de las generadas como interviniente voluntaria por el Servei Catalá de la Salut.

3º.- Se decreta la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.