

Pilar Ibáñez Martí  
Procuradora de los Tribunales  
Notificado 20/06/2017

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 00v**  
**N.I.G.:**

**SENTENCIA Nº 321/17**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA  
COMUNIDAD VALENCIANA  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN 2**

Ilmos. Sres:

Presidente

D/D<sup>a</sup> ALICIA MILLAN HERRANDIS

Magistrados

D/D<sup>a</sup> RICARDO FERNANDEZ CARBALLO CALERO

D/D<sup>a</sup> ANA PEREZ TORTOLA

En VALENCIA a dieciséis de junio de dos mil diecisiete.

**Procedimiento Ordinario 15/2015**

VISTO, por este Tribunal, el presente Recurso Contencioso-Administrativo nº [redacted] promovido por [redacted] en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, en el que han sido partes, la actora, representada por la Procuradora de los Tribunales Pilar Ibáñez Martí, siendo demandada, la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales nº [redacted] a través la Procuradora de los Tribunales [redacted].

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación de la desestimación, entendida por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en nombre y representación de los hoy actores, en fecha 14/3/2014, por la cual se pretendió, previa declaración de responsabilidad patrimonial de la mutua referida el verse indemnizados aquellos en la cuantía de 154.852,15 € € ante los menoscabos que vinculan al fallecimiento de la que fuere esposo y padre de los anteriores, [redacted] por lo que entendieron defectuosa conducta asistencial sanitaria en relación con la prestada a este último.

SEGUNDO.- Interpuesto el recurso con registro 9/1/2015 y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a los recurrentes para que formalizaran la demanda, lo que verificó mediante escrito registrado en 29/5/2015, con ocasión de la cual suplican, tras argumentar, se dicte sentencia por la que "se condene [redacted] al pago de la indemnización solicitada calculada conforme al Real Decreto Legislativo 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 o subsidiariamente(..) en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (..) en ambos casos con intereses legales desde la reclamación formulada y las costas del presente procedimiento".

Contestó a la demanda, [redacted] por escrito registrado en 27/7/2015, y tras alegar oportunamente, suplicó el dictado de sentencia "por la que se desestime el recurso contencioso administrativo por no haber lugar a la responsabilidad patrimonial reclamada en función de la doctrina [redacted]".

de la pérdida de oportunidad o subsidiariamente se estime parcialmente aplicando las deducciones pertinentes en el montante de la indemnización reclamada (..)"

TERCERO.- La cuantía del recurso fue establecida en **154.852,15 €** en virtud de resolución de 1/9/2015.

CUARTO.- Recibido el proceso a prueba, y concedido trámite de conclusiones a las partes quedaron los autos pendientes para votación y fallo, siendo señalado a tal efecto el 13/6/2017.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las sustanciales prescripciones legales.

Ha sido ponente el magistrado Ricardo Fernández Carballo – Calero, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo, como ha quedado parcialmente avanzado, la impugnación de la desestimación, entendida por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en nombre y representación de los hoy actores, en fecha 14/3/2014, por la cual se pretendió, previa declaración de responsabilidad patrimonial de la mutua referida el verse indemnizados aquellos en la cuantía de 154.852,15 € € ante los menoscabos que vinculan al fallecimiento de la que fuere esposa y padre de los anteriores, por lo que entendieron defectuosa conducta asistencial sanitaria en relación con la prestada a este último.

Entiende la parte actora, que concurrió una mala praxis constatada ante un injustificado error diagnóstico de la patología efectivamente padecida por nacido el 22/9/1961 y fallecido el 7/12/2013, el cual supuso la inconveniente posposición del tratamiento adecuado a aquella, y ante ello su fallecimiento, con los consiguientes menoscabos a los recurrentes, cónyuge viudo e hijas de ambos.

La mutua demandada, por su parte, combate lo alegado por la actora, defendiendo, que en la actuación médica sanitaria reprochada, (error diagnóstico vinculado a sus servicios sanitarios, en fecha 6/9/2013) el profesional que actuó lo hizo a con relación a la información que le había sido suministrada por a la postre fallecido. Niega en todo caso deba estarse a la cuantía reclamada, que tilda de excesiva mereciendo, en su criterio, ser valorada la eventual responsabilidad tanto de la Consellería de Sanidad como del servicio de prevención de la empresa en la que el fallecido trabajaba, la propia concurrencia de culpa en el paciente (al omitir datos relevantes en la anamnesis practicada) así como el corto período de tiempo transcurrido entre "la visita" a en 6/9/2013 y el diagnóstico de cáncer de pulmón alcanzado en 10/10/2013 en estadio IV.

SEGUNDO.- En materia de responsabilidad sanitaria, en tanto modalidad de la genérica responsabilidad patrimonial, ha de partirse de lo prevenido en el Art. 43 de la propia CE que, como es sabido, reconoce " el derecho a la protección de la salud" disponiendo a continuación que " Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios"; así, estas precisiones no pueden dejar de ponerse en relación con el Art. 106.2 de la *norma normarum* reza " Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Estas referencias derivan en el desarrollo legal efectuado por la Ley 30/92 de RJAAPP y PAC cuyo Art 139 dispone que " Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" especificando que " En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia partiendo de estos parámetros normativos se ha consolidado en la exigencia de entender que tal responsabilidad es de carácter objetivo y directo y para que surja el reconocimiento de la misma, se exige, además de la interposición conforme al oportuno plazo procesal, que concurren una serie de requisitos que pueden sintetizarse en los siguientes:

- 1) hecho imputable a la Administración,
- 2) lesión o perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas,
- 3) relación de causalidad entre hecho y lesión, y
- 4) que no concorra fuerza mayor.

Junto a ello, se viene exigiendo como criterio jurisprudencialmente introducido, la infracción de la *lex artis ad hoc*, como parámetro para valorar la conducta médica desplegada (vía acción u omisión) lo que, en su caso, permitirá imputar el eventual resultado lesivo a la administración actuante. Así, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de referirse a tal criterio afirmando que "Es así, porque la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración. En este sentido, y por citar sólo algunas, hemos dicho en la sentencia de 26 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4429/2004, que "... es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 20 de marzo de 2007 (Rec.7915/2003), 7 de marzo de 2007 (Rec. 5286/03) y de 16 de marzo de 2005 (Rec. 3149/2001) que " a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente ", o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso " (Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 29-6-2011, rec. 2950/2007. Pte: Menéndez Pérez, Segundo).

TERCERO.- Precisado lo anterior se hace necesario identificar en orden al supuesto que nos ocupa, y en lo estrictamente relevante, que no es propiamente controvertido el que – en fecha **6/9/2013**, el entonces paciente, de 51 años y fumador de 40 cigarillos/día desde los 14 años, soldador de profesión, acudiese a los servicios sanitarios de la mutua demandada con "dolor en pectoral derecho y gran dorsal derecho que aumenta con la movilización del miembro superior derecho (...) tos con secreción y agudización del dolor, ACP roncus en APEX pulmonar derecho (...)" ante lo cual, tras la realización de una prueba de Rayos X digital, fue diagnosticado de dorsalgia con prescripción de omeprazol y didlofenaco" (F.7 Exp.digitalizado). Persistiendo tal sintomatología acudió al Hospital La Fe en fecha **8/10/2013**, donde fue identificada tras la relación de Rx de tórax, carcinoma broncogénico avanzado del lóbulo superior derecho (estadio IV y metástasis suprarrenal) que conllevaría su muerte en fecha **7/12/2013**, a pesar del tratamiento administrado.

Es menester admitir con la demanda que la actuación en la mutua ha de estimarse recusable en cuanto desembocó en un diagnóstico erróneo en forma inexcusable, una vez (ni siquiera es controvertido) cabe tener por acreditado que en la Rx de Torax realizada en 6/9/2013 "ya se apreciaba claramente la existencia de una masa pulmonar con sospecha radiológica de malignidad" (vid Docs. 4 y 11 acompañados al escrito de interposición del recurso).

A partir de aquí, se centra la demandada en considerar recusable la actuación del propio paciente, de su empresa y del Hospital Público La Fe, lo cual habría de minorar en su caso el importe de la indemnización pretendida, mas tales alegatos están lejos de resultar asumibles. Así, sin poder reprocharse al hoy fallecido negligencia alguna en su proceso asistencial ni hallarnos en el enjuiciamiento de la actuación de los servicios de prevención empresariales (hay referencia imprecisa a contacto con amianto indeterminada en su fijación y extensión temporal, sin más referencia que a la "juventud" de aquel, vid Doc.5 acompañado al escrito de interposición) decae en cualquier caso lo argumentado por la demandada, al centrarse en la eventual falta de indagación por parte de la sanidad pública, de sintomatología relevante (hemoptisis) que el paciente no habría advertido a sus servicios y sí con anterioridad a los propios del Hospital La Fe (hemoptisis); pues, ni siquiera demandada la administración sanitaria autonómica en el proceso, de la prueba desplegada ha quedado certificado que la primera asistencia médica recibida en tal Hospital Público lo fue en octubre de 2013 (vid oficio registrado en Sala en 5/1/2016) y por ende, no anterior, a la propia recibida en la Mutua demandada.

CUARTO.- A partir de aquí, sí ha de compartirse con la demandada la necesidad de moderar notablemente la indemnización pretendida, en cuanto la cantidad reclamada se basa la circunstancia del fallecimiento del esposo y progenitor de las recurrentes (vid hecho quinto de la demanda), lo cual implica, erróneamente, minimizar la naturaleza e importancia de la patología efectivamente padecida por

el a la postre fallecido (carcinoma no microcítico escasamente diferenciado en estado avanzado) y con ello la del propio tratamiento a precisar (con especial énfasis en el propio quimioterápico con esquema cisplatino-docetaxel de intención paliativa). Ello, quede expuesto, sin alcanzar a asumir tampoco plenamente lo dictaminado a instancias de la demandada (Dr. ) en cuanto implicaría neutralizar la posibilidad de que el adelanto diagnóstico pudiere haber condicionado un curso menos desfavorable de la enfermedad, lo cual tampoco cabe considerar incondicionadamente acreditado.

Como dice la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación num. 5893/2006), y reitera la de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación num. 2755 / 2010) "la denominada "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 mismo". Tal perspectiva, considerando la posibilidad de adelantar el diagnóstico y tratamiento en un aproximadamente un mes, de la patología a la postre diagnosticada, (cuya morbilidad y agresividad ha quedado asimismo constatada), y una vez ponderadas las restantes circunstancias objetivas y subjetivas del caso, permiten el establecimiento de una indemnización de 30.000 € en favor del cónyuge superviviente y de 5000 € en favor de cada una de sus hijas, y ello al ponderar la posibilidad de que el resultado de muerte (acaecido en diciembre de 2013, pese al tratamiento dispensado), pudiere asimismo haberse derivado, no obstante haberse seguido un diagnóstico y actuación médica más anticipados. Tal cuantía, en fin, se entiende convenientemente actualizada por todos los conceptos a la fecha del dictado de la presente sentencia.

QUINTO.- Sin especial pronunciamiento en materia de costas, conforme el Art.139.1 LJCA.

En atención a lo expuesto

## FALLAMOS

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por y y frente a la desestimación, entendida por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en nombre y representación de los hoy actores, en fecha 14/3/2014.

2º) Declarando la responsabilidad patrimonial de reconocemos como situación jurídica individualizada el derecho de los actores a resultar indemnizados en las respectivas cuantías de 30.000 € y 10.000 € (a repartir por mitad entre los exclusivos intereses que resulten, conforme el Art. 106 de la LJCA.

3º) Sin costas.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016). A su tiempo, y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma, certifico. Valencia, en la fecha arriba indicada.

