



VEREDICTO EJEMPLAR

1. Pretensión ejercitada por los recurrentes:

Doña Eleuteria Frías Carranza, don Gaspar y doña Teodora Ulzama Frías, impugnan la desestimación presunta, por parte de la Administración sanitaria de la Comunidad de Madrid, de la reclamación de la indemnización de 364.779'8 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por el fallecimiento, el día 27 de septiembre de 2017, de don Melchor Ulzama Delgado, de 58 años a la sazón, marido y padre, respectivamente, de los recurrentes, tras la asistencia prestada en el Hospital público madrileño La Faz en los meses anteriores a su óbito.

De la suma total indicada solicita que 319.787'6 euros sean para la esposa y 22.496'1 euros para cada uno de sus hijos.

La pretensión articulada la ejercita frente al Hospital La Faz de Madrid, la Administración territorial de la Comunidad de Madrid y la compañía de seguros Recaredo S.A., en cuanto aseguradora de la responsabilidad patrimonial del Hospital La faz de Madrid.

2. Fundamentos de la pretensión articulada:

Los demandantes fundan su pretensión en la alegación de que los servicios médicos de la Comunidad de Madrid debieron diagnosticar con anterioridad que don Melchor padecía el cáncer de pulmón que terminó con su vida. En concreto, estiman que el servicio de medicina interna del Hospital público La Faz debió hacerlo a finales de 2016 o, al menos, derivar a don Melchor a los servicios de neumología, en los que se habrían interpretado cabalmente las pruebas ya realizadas (radiografía de tórax, TAC torácico y citología) y confirmado con mucha antelación que el paciente padecía cáncer de pulmón.

Con ello consideran los recurrentes que se ha infringido la "*lex artis*", lo cual, en su opinión, se desprende de los siguientes elementos de juicio:

1) las primeras exploraciones realizadas alertaron a los servicios de medicina interna de la posibilidad de que don Melchor padeciera una grave patología pulmonar; por eso ordenaron la realización de nuevas pruebas que nada tenían que ver con la dolencia hepática originaria;

2) estas pruebas, lejos de descartar que el paciente padeciera la grave patología pulmonar, apuntaban a ella: a) la radiografía de tórax reveló derrame pleural derecho, b) el TAC torácico arrojó un nódulo de 12 milímetros en el lóbulo inferior derecho con alta probabilidad de malignidad al tener los bordes irregulares y c) la biopsia transbronquial reveló antracosis y lesiones inespecíficas; 3) los facultativos responsables no tipificaron ni aclararon las lesiones inespecíficas reveladas por la biopsia; 4)

los servicios de medicina interna tenían conocimiento efectivo de los evidentes factores de riesgo de cáncer de pulmón resultantes de los antecedentes personales y profesionales de don Melchor: fumaba más de ochenta paquetes de tabaco al año desde la pubertad y había estado expuesto a asbestos y disolventes hidrocarbúricos aromáticos policíclicos por razón de su profesión; 5) los facultativos responsables no relacionaron los múltiples factores de riesgo del paciente de padecer neoplasia de pulmón con la imagen obtenida del TAC torácico, que orientaba hacia esa patología; 6) la única prueba, de entre las múltiples practicadas, que resulta negativa (citología) es, precisamente, una en la que los falsos negativos ocurren con una frecuencia no desdeñable; 7) los facultativos responsables no contemplaron la posibilidad del falso negativo.

Añaden los demandantes que si se hubiera producido en diciembre de 2016 la derivación del paciente a los servicios de neumología, estos habrían interpretado cabalmente las pruebas ya realizadas (radiografía de tórax y TAC torácico y citología), resultando sintomático a esos efectos que el jefe del servicio de neumología –cuando intervino muchos meses después en razón de la cita solicitada por don Melchor– ordenase y valorase con extrema rapidez nuevas pruebas sin más datos que esas pruebas y antecedentes, de modo que los mismos datos con que contaba la Administración sanitaria cuando cursó el alta a finales de 2016 sustentaron tiempo después la fortísima sospecha de que don Melchor padecía cáncer de pulmón, confirmando las nuevas pruebas el diagnóstico sospechado.

Para deducir que los servicios de medicina interna debieron derivar a don Melchor a los servicios de neumología y que un diagnóstico más temprano era claramente exigible, se apoyan asimismo los demandantes en el dictamen pericial del responsable de los servicios de medicina interna del Hospital de la Universidad de Cantabria, quien argumenta que las pruebas practicadas (radiografía de tórax, TAC torácico, citología y biopsia transbronquial) y los antecedentes personales y laborales de don Melchor (exposición a amianto y disolventes hidrocarbúricos aromáticos policíclicos por razón de su profesión de técnico de calefacción por cuenta propia o autónomo, y severa adicción a la nicotina) eran claramente indicativos de que el paciente sufría neoplasia o cáncer de pulmón.

Consideran los recurrentes que la reparación ha de ser integral y la cuantía de la indemnización no debe ser reducida, pues entienden que no cabe aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad ni la de la culpa de la víctima, pero si se aplica la primera entienden que la indemnización debiera obtenerse en función del 56 % del valor total de los daños padecidos, esto es, 204.276'68 euros, que es el nivel mínimo de probabilidad causal acreditada.

3. Fundamentos de la oposición promovida por la defensa de los demandados:

Se esgrime por los demandados, actuando bajo una misma defensa y representación, que no puede hablarse de actuación negligente en la actuación de los servicios sanitarios del Hospital La Faz, porque, pese a que el diagnóstico inicial resultó erróneo, los facultativos actuaron de modo prudente y razonable al dar el alta al paciente una vez que la citología ofreció un resultado negativo y, en consecuencia, dedujeron que no era maligno el nódulo detectado en el lóbulo inferior derecho del pulmón, por mucho que apareciesen lesiones inespecíficas y existiese la antracosis, pues no puede afirmarse que haya concurrido infracción de la "lex artis" al haber practicado la prueba específica para descubrir la malignidad o no de la tumoración, de manera que se ha realizado la comprobación necesaria, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitir el diagnóstico.

Niegan asimismo los codemandados la concurrencia de la relación de causalidad porque la muerte de don Melchor no ha sido el efecto o la consecuencia de la supuesta negligencia en el diagnóstico del cáncer.

Rebaten asimismo los demandantes la operatividad probatoria del informe pericial aportado por la parte demandante, porque consideran un contrasentido jurídico que se afirme la relación de causalidad que exige la Ley 39/2015 sobre la base de un informe que dice que casi la mitad de los pacientes (el 56 %) a los que se les detecta un cáncer de pulmón en sus primeras etapas fallecen a causa del tumor.

Y aplicando la doctrina jurisprudencial de la certeza del daño, consideran las demandadas que han de excluirse los perjuicios hipotéticos, no bastando con que la probabilidad de que se produzcan rebase el 50 %.

Argumentan asimismo los demandados que si se considerase aplicable la doctrina de la pérdida de oportunidad, lo lógico y coherente es indemnizar no el daño, sino la probabilidad, porque en estos supuestos estamos ante situaciones en las que un demandado omite una conducta debida que el demandante entiende que podía haber evitado el daño.

4. Normativa aplicable al caso enjuiciado:

Dado que se plantea la reclamación frente a la Administración Pública y un Hospital, y, junto a ellos, contra una aseguradora que tiene concertada la cobertura de dicha responsabilidad patrimonial, la normativa aplicable no es la civil de la responsabilidad extracontractual, contenida en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, sino la administrativa que se recoge en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En correspondencia con el artículo 106.2 de la Constitución, el artículo 32.1 de dicha Ley 40/2015 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley"*.

Por su parte, el apartado 2 del propio artículo 32 recoge los requisitos del daño alegado cuando establece que *"habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"*.

La diferencia entre la responsabilidad extracontractual del ámbito civil y la responsabilidad patrimonial en sede contencioso-administrativa es que en esta última no se enjuicia el comportamiento individual del personal médico o de enfermería, sino de la estructura sanitaria pública o concertada, de modo que los medios y conocimientos que han de ponerse a disposición del paciente y que entran en el enjuiciamiento son los correspondientes a todos los componentes e integrantes en todo el proceso asistencial, por lo que puede incidirse en la actuación, no sólo del personal médico, sino también de todos los profesionales, equipo e instrumental, que intervienen.

5. Doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración y relevancia de la "lex artis ad hoc" como factor para detectar la antijuridicidad del daño:

En este punto debemos valernos de la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo interpretativa de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, porque la regulación

que en ellos se contenían es sustancialmente coincidente con la actual, al menos en lo que ahora resulta relevante.

Respecto a los requisitos que se exigen para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 22 de junio de 2012, (recurso de casación 2506/2011), que sigue la línea de las de 7 de febrero 2006 (recurso de casación 6445/2001), 19 de junio de 2007 (recurso de casación 10231/2003), 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005), 11 de mayo de 2010 (recurso de casación 5933/2005), 11 de noviembre de 2011, (recurso de casación 3879/2009) y 7 de diciembre de 2011, (recurso de casación 6613/2009):

“... Hemos de partir de que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexos causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.”

Por lo demás, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, 11 de julio de 2007, 26 de junio de 2008, 25 de febrero de 2009, 29 de junio de 2011 y 5 de junio de 2012, han especificado que la "*lex artis ad hoc*" es el criterio que ha de seguirse para determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los conocimientos y medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales.

Equiparado a la antijuridicidad del daño, dicha "*lex artis ad hoc*" entraña que el paciente no deba tener obligación de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en cada momento.

Al implicar la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, no de resultados (sentencias TS de 9 de diciembre de 1998 y 11 de mayo de 1999), la jurisprudencia (sentencias Sala 3ª TS de 5 de junio y 9 de octubre de 2012, y 20 de mayo de 2014) ha hecho depender la obligación de indemnizar de la vulneración o no de la mencionada "*lex artis ad hoc*". En este sentido las sentencias TS de 22 de diciembre de 2001 y 9 de Octubre de 2012, razonan que cuando del servicio sanitario o médico se trata el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a las propias dolencias del paciente.

En efecto, aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían en principio irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva, mientras que han de ser

inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culposa, sin embargo también tienen trascendencia en orden a una conclusión sobre el nexo de causalidad, pues el correcto enjuiciamiento sobre la vinculación causal entre el funcionamiento de aquel servicio y el resultado producido exige valorar todos aquellos hechos y circunstancias que sean imprescindibles para solucionar el debate y decidir el litigio, de modo que el análisis sobre si la técnica y los medios de diagnóstico y tratamiento empleados han sido idóneos y correctos permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir, si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, pues sólo son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquéllos (artículo 141.1 de la Ley 30/1992). Este planteamiento coincide con el seguido por la más moderna jurisprudencia, así en sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1999, 3 y 10 de octubre de 2000, 14 de julio de 2001, la ya citada de 22 de diciembre de 2001, 14 de octubre de 2002, 24 de septiembre y 19 de octubre de 2004 y 10 de julio de 2007.

En efecto, la tendencia objetivadora no puede, sin embargo, hacernos olvidar que cuando nos encontramos en presencia de una actividad administrativa como la que nos ocupa, esto es una prestación pública en el ámbito sanitario, una traducción mecánica del principio de objetividad en la construcción del instituto resarcitorio puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia sino incluso a la propia y concreta función del instituto indemnizatorio. De hecho, la jurisprudencia ha repetido incansablemente que este instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (sentencias de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001, 26 de febrero de 2002 y 29 de junio de 2011).

En este mismo sentido se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo y 3 de junio de 2008, y 5 de junio de 2012, al declarar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006, sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración. (Ss. 14-10-2003, 13-11-1997).

Puede fácilmente entenderse que la naturaleza de la actividad administrativa que nos ocupa en la que convergen la acción de la propia Administración pero también el estado físico del usuario del servicio y en el mismo el curso natural de procesos que la ciencia o la técnica, en el momento actual de los conocimientos, no puede evitar o minorar con la producción final de un resultado que se nos presenta como inevitable o imprevisible. La exigencia de una responsabilidad patrimonial a la Administración en estos supuestos se nos aparece como una deducción que olvida que, en el ámbito de la acción prestacional sanitaria, la obligación no puede concebirse como una obligación de resultado, la sanación completa del individuo, sino de medios. No pudiendo ampararse esa construcción tampoco en los derechos reconocidos en los artículos 41 y 43 de nuestra norma suprema, pues en esta se consagra un derecho a la protección de la salud no un derecho a la salud, éste último de imposible garantía. Una construcción objetiva que anude la responsabilidad atendiendo a la identificación de una actuación, actividad o inactividad, administrativa en el orden causal fáctico del resultado no parece compatible así ahora con la nueva redacción, por Ley 4/1999, del artículo 141 de la Ley 30/1992. Y si bien pudiera

razonarse, en razón del momento temporal de la producción de la lesión, en contra de la vigencia de esta última disposición en su actual formulación es lo cierto que la misma responde, como ya ha señalado el Tribunal Supremo, así Sentencia de 31 de mayo de 1999, a una interpretación también acogida en nuestra doctrina.

Como se deduce de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio y 20 de noviembre de 2012, para demostrar la vulneración de la "lex artis ad hoc" debe acreditarse que las actuaciones llevadas a cabo no se ajustaron a las que, según el estado de los conocimientos o de la técnica, eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta.

6. Enjuiciamiento del caso presente: no infracción de la "lex artis ad hoc":

Resulta incontrovertida la concurrencia del daño efectivo derivado del fallecimiento del marido y padre de los recurrentes, por lo que, a fin de decidir si cabe declarar la responsabilidad de la Administración, el núcleo de la controversia se ciñe a dilucidar si existe base para apreciar la antijuridicidad del daño, por tener los reclamantes el deber jurídico de soportarlo, y si concurre asimismo la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y aquel daño.

Ya hemos visto que los demandantes derivan dicha antijuridicidad de la infracción de la "lex artis", y también hemos argumentado que en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración lo esencial a estos efectos es comprobar si se han puesto a disposición del paciente todos los medios y conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción del daño, porque no es indemnizable el que derive de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de dichos conocimientos (art. 34.1 Ley 40/2015: cláusula de progreso).

Por tanto, para evaluar el estándar de calidad exigible a que se refieren los recurrentes no hay que atender tanto al modelo de conducta de un médico normal (en esta sede no se enjuicia la actuación de un médico, como en civil, sino de la estructura sanitaria pública), cuanto a la puesta a disposición de los medios o recursos razonablemente adecuados y disponibles en la sanidad pública española.

En este sentido, la medicina no es una ciencia exacta y la sanitaria es una obligación de medios, no de resultado, en la que se cumple el estándar exigible si se ponen a disposición del paciente los medios y conocimientos de que dispone la sanidad pública para perseguir la curación, de modo que aunque el diagnóstico no sea certero desde el principio y la recuperación o restablecimiento no se consiga, en todo caso no puede hablarse de responsabilidad patrimonial de la Administración, porque si así fuera estaríamos en presencia de un sistema providencialista en que se convertiría a la Administradora en aseguradora universal de todos los riesgos sociales. En definitiva, no es el acierto o error en el diagnóstico lo decisivo, sino aquella puesta a disposición.

Para llevar a cabo el control de la actividad sanitaria pública conviene hacer una aclaración previa, cual es que el enjuiciamiento ha de tener lugar, no desde una visión retrospectiva y con el conocimiento actual de los acontecimientos pasados, sino teniendo en cuenta los datos de que disponían los profesionales sanitarios cuando hubieron de tomar la decisión durante la asistencia prestada al paciente. Es decir, hay que tomar en consideración los síntomas, datos y resultado de las pruebas y exploraciones practicadas en noviembre y diciembre de 2016, que es cuando el paciente ingresa en el servicio de medicina interna del Hospital madrileño.

En ese momento todavía no existían los síntomas reveladores de la neoplasia de pulmón que exigirían el diagnóstico de dicha patología, sin que podamos partir para el enjuiciamiento de los datos que después conocimos.

En efecto, es cierto que la radiografía de tórax revelaba derrame pleural derecho, el TAC torácico puso de manifiesto la presencia de un nódulo de 12 milímetros en el lóbulo inferior derecho del pulmón, con altas probabilidades de malignidad al tener los bordes irregulares, y que la biopsia transbronquial dejó ver antracosis y lesiones inespecíficas, e incluso constaban los datos de que don Melchor presentaba como factores de riesgo el ser fumador de más de ochenta paquetes de tabaco al año desde la pubertad, y que había estado expuesto a amianto y disolventes hidrocarbúricos aromáticos policíclicos por razón de su profesión de técnico de calefacción. Indudablemente todo ello era indicativo de un deterioro pulmonar.

Pero ante esos datos los facultativos del servicio de medicina interna ordenaron la práctica de una citología, que es el método idóneo para el estudio y análisis celular correspondiente, ofreciendo dicha prueba un resultado negativo para células malignas.

En ese momento y a la vista de aquellos indicios el resultado negativo de la citología resultó determinante para cursar el alta del paciente, una vez superado el tratamiento de la dolencia hepática que había motivado inicialmente el ingreso hospitalario.

A la vista del informe pericial emitido por el perito judicial señor Montoya no se aprecia que este haya argumentado que las pruebas practicadas y los antecedentes personales y laborales de don Melchor eran indicativos de que el paciente sufría neoplasia o cáncer de pulmón, limitándose a afirmar que, a la vista del tamaño del nódulo, el cáncer de pulmón estaba en los primeros meses de evolución el 24/12/2016, cuando el servicio de medicina interna del hospital de Madrid cursó el alta. Y ello es lógico porque una prueba decisiva, cual la citología practicada, no confirmaba, sino que claramente contradecía, la sospecha derivada de los demás datos.

Al haberse puesto a disposición del paciente en noviembre y diciembre de 2016 los conocimientos y medios de la sanidad pública para alcanzar un correcto diagnóstico, practicando la prueba específicamente dedicada al examen celular, no cabe hablar de infracción de la "lex artis ad hoc", porque en ese momento no existía base para pensar en un falso negativo de la citología ni para derivar al paciente al servicio de neumología, dado que el resultado del examen de las células fue negativo.

Con todos los conocimientos que después se obtuvieron se puede deducir que ese diagnóstico inicial fue erróneo y el certero no se consiguió hasta pasados unos meses, pero si la sanitaria es una obligación de medios, y los medios y recursos disponibles adecuados se pusieron en marcha en noviembre y diciembre de 2016 para lograr el objetivo, ni se puede hablar de negligencia del personal facultativo ni de funcionamiento anómalo de la Administración sanitaria pese a que no se obtuviera el diagnóstico real en el primer momento.

Por lo demás, los indicios eran más reveladores de la neoplasia de pulmón y el resultado de las pruebas más contundente cuando en abril de 2017 don Melchor solicitó una cita a los servicios de neumología del Hospital madrileño, porque: 1º en la nueva radiografía de tórax ordenada con carácter de urgencia el nódulo había aumentado de tamaño hasta los 18 milímetros, 2º tras la práctica de un nuevo TAC se informa al paciente en mayo de 2017 que hay sospecha de neoplasia de pulmón, lo que significa que los datos que ofreció eran más concluyentes para los facultativos del servicio de neumología, y 3º se confirmó dicha sospecha con el resultado de las nuevas pruebas ((broncoscopia, estadificación adenopática, endoscopia respiratoria, PET, mediastinoscopia) que se practicaron las semanas siguientes.

En consecuencia, es lógico que en este segundo momento se obtuviera el diagnóstico certero, en concreto en julio de 2017. Pero ni esos datos eran tan reveladores en diciembre de 2016 ni las pruebas eran tan concluyentes, de modo que no concurre la vulneración de la "lex artis ad hoc" para fundar el elemento de la antijuridicidad.

7. Apreciación de pérdida de oportunidad:

Dado que los demandantes hacen alusión, subsidiariamente, a la posibilidad de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, por cuya vía puede quedar acreditada la antijuridicidad del daño, en ella hemos de centrar el estudio seguidamente.

Tal como se desprende de las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011, recurso de casación núm. 5893/2006, y de 3 de julio de 2012, (RC 6787/2010), la pérdida de oportunidad se presenta como una figura alternativa a la "*lex artis*" que se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente.

Por lo demás, 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 (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 2012, recurso de casación 2755/2010, y 3 de julio de 2012, recurso de casación 6787/2010).

En el mismo sentido, la sentencia Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012 (Recaída en el Recurso 6787/2010) ha declarado que la pérdida de oportunidad viene caracterizada por la posibilidad de que de haberse llevado a cabo una actuación omitida el resultado hubiese podido ser otro.

En concreto, se extrae de la jurisprudencia que para la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad basta con cierta oportunidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia del diagnóstico tardío de la enfermedad.

En este sentido se pronuncian las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2012 (recurso de casación 43/2010) y 19 de junio de 2010 (RC 579/2011), en las que se declara que "basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización, no por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias".

Como especifica la STS del 18 de julio de 2016, recurso de casación 4139/2014: "*Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación*".

También precisa la STS de 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014): "*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*".

A la luz de dicha doctrina, cabe imputar a los facultativos de medicina interna que, ante los datos y antecedentes personales y familiares que ofrecía el paciente en diciembre de 2016, hubiera sido más prudente remitirlo al servicio de neumología, para ahondar en la búsqueda de una posible patología tumoral en el pulmón del paciente, pues, como más especialistas en la materia, no es difícil predecir que a buen seguro hubieran actuado con la misma celeridad que en abril de 2017 y, a través de la práctica de nuevas pruebas, se incrementaban las posibilidades de haber detectado el falso negativo previo de la citología, con la consecuente obtención del diagnóstico correcto de la neoplasia.

Al no hacerlo, se perdió la oportunidad de un diagnóstico más prematuro, y con ello, si no la curación del paciente, sí que se le pudiera practicar la cirugía radical, además de que se hubiera podido iniciar el tratamiento de quimioterapia cuando el estadio de la patología era menos avanzado, debiendo tener en cuenta que, tal como se desprende del informe pericial, a la vista del tamaño del nódulo el 24/12/2016, en ese momento el cáncer de pulmón estaba en los primeros meses de evolución, y superan dicha patología los hombres de entre 40 y 60 años que reciben dicho tratamiento quimioterápico durante esos primeros meses.

Aquella falta de remisión al servicio de neumología, pese a que existían abundantes datos de sospecha de la neoplasia, si bien contradichos por la citología practicada, a la vez que constituye un funcionamiento anómalo del servicio público sanitario, por no agotar las posibilidades de búsqueda de la patología, funda la concurrencia del elemento de la antijuridicidad del daño, a los efectos de la declaración de existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

8. Cuantía de la indemnización:

La indemnización a otorgar ha de estar muy condicionada por el hecho de que la antijuridicidad del daño no deriva de la apreciación de infracción de la *lex artis* sino de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

A la hora de concretar la cuantía indemnizatoria no resulta indiferente especificar si ha concurrido un supuesto de pérdida de oportunidad, o, por el contrario, si cabe apreciar quiebra de la "*lex artis ad hoc*", pues, tal como ha señalado la sentencia de 3 de diciembre de 2012 (recurso de casación 2892/2011), la pérdida de oportunidad se configura "*como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio*", añadiendo seguidamente, a efectos de cuantificación de la indemnización "*Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente*". En análogo sentido se han pronunciado las STS de 26 de junio de 2008 (recurso de casación 4429/2004), 25 de junio de 2010 (recurso de casación 5927/2007), 23 de septiembre de 2010 (recurso de casación 863/2008) y 16 de febrero de 2011 (recurso de casación 3747/2009).

En definitiva, la cuantía de la indemnización es diferente si se acredita la infracción de la *lex artis*, en cuyo caso ha de tenderse a la reparación integral o plena indemnidad de los daños y perjuicios causados (STS de 10 de octubre de 2011 en recurso de casación 3056/2008, 3 de mayo de 2012 en

recurso de casación 2441/2010, y 16 de mayo de 2012 en recurso de casación 1777/2010), o si, pese a no demostrarse la quiebra de esta, se justifica la privación de expectativas en que consiste la pérdida de oportunidad, debido a la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consiguiente 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 ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo (STS 23 de septiembre de 2010 en recurso de casación 863/2008, 19 de octubre de 2011 en recurso de casación 5893/2006, 23 de enero de 2012 en recurso de casación 43/2010, y 3 de julio de 2012 en recurso de casación 6787/2010), de modo que en este segundo caso la pérdida se asemeja en cierto modo al daño moral, que es el concepto indemnizable (STS 3 de diciembre de 2012 en recurso de casación 2892/2011).

Para cuantificar aquel daño moral, la suma que la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo suele conceder en estos casos de pérdida de oportunidad, en el que el paciente termina falleciendo, se mueve en orden a los 60.000 euros en total.

Por tanto, en estos casos se prescinde del baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, no sólo porque se entiende que no procede la reparación integral del daño, sino también porque el concepto indemnizatorio es el daño moral derivado de la pérdida de las expectativas de curación.

Dado que era elevado el grado de probabilidad de que la remisión al servicio de neumología hubiera permitido obtener el diagnóstico correcto e iniciar antes el tratamiento quimioterápico, se considera conveniente otorgar la suma de 60.000 euros en total, de los que 50.000 euros han de ser para la viuda y 5.000 euros para cada uno de los hijos, porque ha quedado acreditado que el fallecido era el sustento económico de su esposa, mientras que nada se ha demostrado en torno a que ambos hijos vivieran en el domicilio de sus padres y dependieran económicamente de su padre, siendo así que tenían unas edades (31 y 34 años) en las que lógicamente podían afrontar su propia manutención, siendo carga de la parte actora la prueba de aquella dependencia.

9. Abono de intereses: diferenciación entre los del artículo 141.3 de la Ley 30/1992 y los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.-

En cuanto a los intereses de la suma indemnizatoria, ha de diferenciarse entre los del artículo 141.3 de la Ley 30/1992 respecto a la Administración, y los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en relación a la aseguradora.

En cuando a los primeros, han de imponerse a la Administración los intereses del artículo 141.3 de la Ley 30/1992 desde la fecha de la reclamación en vía administrativa (STS de 5 de febrero de 2000), porque se presenta el presupuesto que define dicho precepto.

De distinto modo se plantean las cosas respecto a los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Los intereses de que hablamos se recogen en el artículo 20 de la Ley Contrato de Seguro, que establece:

“Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas:

1^º) Afectará, con carácter general, a la mora del asegurador respecto del tomador del seguro o asegurado y, con carácter particular, a la mora respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y del beneficiario en el seguro de vida.

2.º Será aplicable a la mora en la satisfacción de la indemnización, mediante pago o por la reparación o reposición del objeto siniestrado, y también a la mora en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

3.º Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

4.º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

5.º En la reparación o reposición del objeto siniestrado la base inicial de cálculo de los intereses será el importe líquido de tal reparación o reposición, sin que la falta de liquidez impida que comiencen a devengarse intereses en la fecha a que se refiere el apartado 6.º subsiguiente. En los demás casos será base inicial de cálculo la indemnización debida, o bien el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

6.º Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.

No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa.

7.º Será término final del cómputo de intereses en los casos de falta de pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, el día en que con arreglo al número precedente comiencen a devengarse intereses por el importe total de la indemnización, salvo que con anterioridad sea pagado por el asegurador dicho importe mínimo, en cuyo caso será término final la fecha de este pago. Será término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora por la aseguradora en los restantes supuestos el día en que efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición, al asegurado, beneficiario o perjudicado.

8.º No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

9.º Cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el

Consortio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo. En lo restante cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y, sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo.

10.º En la determinación de la indemnización por mora del asegurador no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, ni lo preceptuado en el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las previsiones contenidas en este último precepto para la revocación total o parcial de la sentencia”.

La doctrina jurisprudencial interpretativa de dicho precepto se recoge inicialmente en la sentencia de 19 de septiembre de 2006 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, destacando que para la aplicación de aquellos intereses se exige que no exista causa justificada de la falta de pago, mencionando como supuestos en que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los referidos intereses moratorios el caso de que la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, así como en el supuesto de que se precisa el pronunciamiento judicial para la determinación de la indemnización procedente.

Posteriormente, en la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2012, Rec. casación 2724/2011, se especificó con mayor precisión tal doctrina jurisprudencial, declarando:

“La cuestión en el presente recurso es muy concreta y se centra en la procedencia de la aplicación de los intereses moratorios especiales previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, a los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, en los que se ha producido una decisión judicial que declara la concurrencia de los requisitos para determinar la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial (artículo 139 y ss LRJAP y PAC). E incluso son más relevantes los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, donde su especialidad y la aplicación al caso concreto de las características de "obligación de medios" y no de "resultados" adquiere unos tintes de complejidad añadidos. Esta cuestión habrá de determinar el análisis conjunto de ambos motivos planteados por la recurrente por su evidente interrelación.

La sentencia de instancia considera que debe condenarse a satisfacer sobre el principal los intereses moratorios especiales a la aseguradora ya que no existe "razón bastante para eximirla del pago de dicha deuda" atendido a tanto a su intervención en el expediente como a que pudo afianzar o pagar la deuda.

La postura de este Tribunal está clara al efecto, y plenamente consolidada, por las sentencias que se citan por la recurrente y otras muchas que se han ido produciendo, como es la reciente de veintinueve de marzo de dos mil once (recurso de casación 2794/2009), que si bien se dicta en el ámbito de un accidente de tráfico, recoge afirmaciones indudablemente aplicables al presente caso:

"La doctrina reflejada en la sentencia que el motivo invoca, dictada el 10 de octubre de 2008 por la Sala Primera de este Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 1445/2003, no pone de relieve tampoco la errónea interpretación por la Sala de instancia de aquel art. 20.8, pues se dice en el párrafo tercero del fundamento de derecho segundo de aquélla que " en la aplicación del precepto invocado, la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de 11 de noviembre y de 21 de diciembre de 2007) ha destacado la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora, y precisando que la norma se dirige a atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización. Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la

postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización; razonabilidad que cabe apreciar, con carácter general, en los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay incertidumbre sobre el importe de la indemnización, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada (Sentencia de 21 de diciembre de 2007) ".

Así decíamos en la sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Rec. Cas. 1364/2008): "Sin embargo, esa razón justifica la no condena al pago de aquellos intereses sólo mientras ha estado pendiente una situación de incertidumbre sobre la existencia del derecho pretendido. Desaparecida esa incertidumbre con esta sentencia, deberá regir aquel precepto, entendiéndolo, en aplicación de lo que dispone su núm. 3, que la aseguradora incurre en mora si trascurre el plazo de tres meses desde su notificación sin que se haya cumplido la obligación de pago de la indemnización que fijamos, a cuyo abono, con carácter solidario con la Administración, la condenamos. Es este matiz o criterio, con preferencia a otro distinto que pudiera extraerse de la sentencia que acabamos de citar, el que entendemos más acomodado a la finalidad o razón de ser de aquel art. 20, pues una vez declarado el derecho a una indemnización asegurada, entran en juego las distintas posiciones jurídicas que el ordenamiento predica para el asegurado y para el asegurador; entre ellas, la concerniente a los intereses debidos."

Por su parte, en la STS de 9 de octubre de 2012 (recurso de casación 6878/2010) se desestimó la petición de los intereses del artículo 20 LCS por haber sido necesaria su determinación judicial ante la excepcionalidad del supuesto.

En el caso presente ha concurrido causa justificativa del impago previo por parte del asegurador porque se ha precisado el pronunciamiento judicial para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la consiguiente determinación de la indemnización procedente, siendo así que la antijuridicidad del daño ha procedido de la vulneración de la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

Al estar justificada la falta de satisfacción del importe mínimo, no cabe apreciar mora del asegurador, y en ese sentido ha de excluirse el abono de los intereses de la Ley de Contrato de Seguro.

10. Costas procesales:

Con arreglo al artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, al estimarse parcialmente el recurso, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En base a todo lo anteriormente razonado,

F A L L O

Se **estiman parcialmente** las pretensiones de los demandantes, y, en consecuencia, **se condena** a la Administración sanitaria demandada, y solidariamente con ella, a la aseguradora Recaredo S.A., a indemnizar a los recurrentes en la suma total de **SESENTA MIL EUROS (60.000 €)**, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación en vía administrativa, de los que 50.000 euros han de ser para doña Eleuteria Frías Carranza, y 5.000 euros para cada uno de sus hijos don Gaspar y doña Teodora Ulzama Frías, sin hacer pronunciamiento especial sobre costas.