

Resumen

El TS, que ha lugar al recurso de casación, casa y revoca la sentencia impugnada y, en su lugar, reconoce el derecho de las recurrentes a ser indemnizadas además por la Administración recurrida en la cantidad de 58.444 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial. La Sala establece que al limitar el Tribunal de instancia la indemnización de los daños morales hasta el correcto diagnóstico y consiguiente intervención quirúrgica infringió los preceptos y doctrina jurisprudencial que invocan las recurrentes en su motivo de casación, por cuanto que la privación de expectativas, denominada por la jurisprudencia de "pérdida de oportunidad", se concreta en que basta con cierta probabilidad que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización 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 sustancial a la práctica de la medicina, 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.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
art.139

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- ASISTENCIA SANITARIA
 - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN
 - RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
 - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
 - Daño efectivo
 - Cuantificación del daño o perjuicio
 - Cuantía de la indemnización
 - Daños incluidos
 - Indemnización procedente

SANIDAD

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Damnificado; Desfavorable a: Admón. autonómica (funciones ejecutivas), Servicio sanitario autonómico
Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.139 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Jurisprudencia

- Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 3 noviembre 2010 (J2010/241793)
- Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 mayo 2011 (J2011/111520)
- Citada en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN - FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS - Cuantía de la indemnización - En general por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 julio 2011 (J2011/187291)
- Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 julio 2011 (J2011/190583)
- Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 julio 2011 (J2011/194186)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 noviembre 2011 (J2011/324719)

Citada en el mismo sentido por STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 septiembre 2011 (J2011/358997)

Citada en el mismo sentido por STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 septiembre 2011 (J2011/359002)

Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 abril 2011 (J2011/80374)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 16 julio 2012 (J2012/154871)

Citada en el mismo sentido por STSJ Aragón Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 junio 2012 (J2012/162050)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 16 enero 2012 (J2012/2038)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 enero 2012 (J2012/3325)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 28 febrero 2012 (J2012/36307)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 3ª de 23 enero 2012 (J2012/7135)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 26 junio 2008 (J2008/103450)

Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 7 marzo 2007 (J2007/15872)

Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 7 septiembre 2005 (J2005/149522)

Cita en el mismo sentido sobre ASISTENCIA SANITARIA - RESPONSABILIDAD POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN STS Sala 3ª de 10 febrero 2005 (J2005/7065)

Bibliografía

Citada en "Autonomía del Paciente. Consentimiento Informado"

Citada en "La pérdida de la oportunidad como elemento generador de responsabilidad patrimonial en la jurisprudencia. Respuesta de los tribunales"

ANTONIO MARTI GARCIA

CELSA PICO LORENZO

ENRIQUE LECUMBERRI MARTI

RICARDO ENRIQUEZ SANCHO

SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA

SEGUNDO MENENDEZ PEREZ

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo el recurso de casación número 863/2008 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la procuradora Dª María Dolores Moreno Gómez, en nombre y representación de Dª Vicenta y Dª Daniela, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha veintiuno de diciembre de dos mil siete, -recaída en los autos número 2416/2003-.

Habiendo comparecido en calidad de partes recurridas el procurador D. Federico Olivares de Santiago en nombre y representación de Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros y el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en nombre y representación de la Consejería de Sanidad-Servicio Murciano de Salud.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en los autos número 2416/2003 dictó sentencia el veintiuno de diciembre de dos mil siete, cuyo fallo dice: Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dª Vicenta y Dª Daniela contra la resolución desestimatoria y presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de la reclamación de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria prestada a D. Carlos Manuel, y, en consecuencia, anulamos dicho acto por no ser conforme a derecho, reconociendo el derecho de las actoras a ser indemnizadas por la Administración demandada en la cantidad de 22.113,00#; sin costas.

SEGUNDO.- La representación procesal de Dª Vicenta y Dª Daniela, interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha catorce de marzo de dos mil ocho.

TERCERO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala el día cinco de noviembre de dos mil nueve, se declaró la admisión del recurso de casación y se acordó remitir las actuaciones a esta Sección Cuarta de conformidad con las reglas de reparto de asuntos; donde se tuvieron por recibidas el dieciocho de febrero de dos mil diez, confiriéndose traslado a las partes recurridas para formular oposición.

CUARTO.- El representante procesal de Zurich Española Cia de Seguros y Reaseguros presentó escrito de oposición al recurso de casación el dieciséis de marzo de dos mil diez, presentándolo el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el veintidós de marzo de dos mil diez.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día catorce de septiembre de dos mil diez, fecha en que tuvo lugar habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D^a Vicenta e Daniela recurre en casación la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil siete que les estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la reclamación formulada por D. Carlos Manuel por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

SEGUNDO.- La cuestión que se debatió en la instancia consistió en determinar si por el hospital "Virgen del Castillo" de Yecla hubo retraso en el diagnóstico de la enfermedad -cáncer de colon- que padecía D. Carlos Manuel, esposo y padre de las recurrentes, que fue detectado después de cuatro meses y dos intervenciones quirúrgicas en el citado establecimiento por un centro de medicina privada.

El Tribunal "a quo" en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia sostiene que:

Examinados los informes obrantes en el expediente se llega a la conclusión de que, ciertamente, no se emplearon los medios diagnósticos adecuados para establecer la enfermedad que causaba la sintomatología y patologías presentadas por el paciente. Así, consta en los referidos informes que tras la primera intervención quirúrgica, tras un diagnóstico correcto de plastrón apendicular, se realizó una biopsia. Y aunque el resultado de la misma fue de ausencia de atipias, es lo cierto que si se llevó a cabo fue porque el cirujano tuvo sospechas de la posible existencia de una tumoración, como consta en el informe del Inspector Médico. Descartada su existencia con el resultado de la biopsia, el paciente volvió a ingresar antes de una semana con un cuadro que fue diagnosticado de suboclusión intestinal. Sin embargo, y a pesar de la anterior sospecha y del poco tiempo transcurrido desde la fecha del alta, no se consideró la posibilidad de alguna patología de mayor gravedad que hubiera dado origen a las que motivaron los dos ingresos, ni, por tanto, se practicó la prueba conducente a un diagnóstico correcto, es decir, una colonoscopia. Pero no solo tuvo lugar este segundo ingreso, sino también un tercero, el día 23 de abril (el alta anterior fue el día 4 de marzo). En esta ocasión se intervino quirúrgicamente al paciente a través de laparoscopia, objetivando "gran síndrome adherencial en ID a expensas de asas de delgado adheridas firmemente entre sí y la gotiera parietocolica derecha con dilatación de asas de delgado proximales". No obstante la recidiva y el poco tiempo transcurrido, una adecuada praxis médica exigía la práctica de una colonoscopia para descartar o confirmar la existencia de una tumoración y, en definitiva, de un carcinoma de colon. Pero tampoco se llegó a realizar, siendo necesario un nuevo ingreso, esta vez con una patología nueva, como fue la rectorragia, para que se decidiera la realización de la colonoscopia. En todo caso, ésta no podía ofrecer un resultado fiable teniendo en cuenta que solo se pudo visualizar hasta colon transversal por intolerancia del paciente. De lo anterior se desprende otra conclusión, y es que no se adoptaron aquellas medidas que hubieran evitado dicha intolerancia, como era la sedación. En cualquier caso, realizada la colonoscopia incompleta el día 22 de mayo de 2001 no se volvió a citar al paciente para la práctica de otra hasta el día 30 de mayo....

Y, en el fundamento jurídico quinto precisa que:

La conclusión a que se ha llegado en el fundamento de derecho anterior no puede, sin embargo, determinar la consecuencia pretendida por la parte actora de que existe una relación de causalidad entre la falta de utilización de los medios adecuados para establecer un diagnóstico y la desfavorable evolución de la enfermedad. Ninguna prueba se ha practicado en tal sentido, y ni siquiera con los informes obrantes en el expediente puede saberse a partir de que fecha podía ser diagnosticado el cáncer de colon. Es decir, que aún cuando se hubiera realizado una colonoscopia en el primer o en el segundo ingreso, o incluso en el tercero, quizá no se hubiera confirmado o descartado la existencia de la enfermedad. Lo único que consta es que en junio de 2001 fue diagnosticada, pero no desde que fecha podía establecerse tal diagnóstico, ni que el diagnóstico, aún en el caso de que se demorase durante un cierto tiempo, haya dado lugar a la desfavorable evolución y fatal desenlace de la enfermedad. Lo único que resulta acreditado es que la actuación de los facultativos del Hospital de Yecla no fue ajustada a la *lex artis*, al no haber agotado todos los medios técnicos disponibles para establecer el diagnóstico ante los continuos ingresos del paciente y patologías que presentaba. Y teniendo en cuenta dicha situación resulta lógico y acorde con la naturaleza humana que el paciente decidiera someterse a examen y tratamiento en la medicina privada, pues, como ya se ha destacado, en muy pocos meses vio progresivamente mermada su salud, siendo normal que intentara obtener una solución a sus dolencias, solución que en las fechas en que acudió a un centro privado en Valencia aún no se le había dado en la sanidad pública.

Y el tener que acudir a la medicina privada le ocasionó un perjuicio concreto, es decir, los gastos que tuvo que afrontar en un centro privado para ser diagnosticado y tratado de forma inmediata, siendo directamente imputable el perjuicio al funcionamiento del servicio público de salud, por lo que debe ser indemnizado. Asimismo, deberá indemnizarse a la parte actora por los daños morales derivados del sufrimiento inherente a no obtener un diagnóstico claro y concreto en la evolución de las distintas patologías de las que fue tratado, y a no ser sometido a las pruebas necesarias para establecer el diagnóstico, teniendo que desplazarse en pleno proceso de su enfermedad fuera de su ciudad para recibir asistencia médica.

TERCERO.- Contra la referida sentencia que en su parte dispositiva reconoce el derecho de las reclamantes a obtener una indemnización de 21.113# -veintiún mil ciento trece euros- se aduce al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional un único motivo de casación, pues, consideran las recurrentes que a pesar de que la propia sentencia considera que hubo una mala praxis y una

actuación no ajustada a la "lex artis" por parte de los médicos, sin embargo no reconoce la relación causal con el resultado dañoso producido y por tanto el deber de indemnizar por todos los perjuicios sufridos por el paciente, vulnerándose así, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 , y la jurisprudencia de nuestra Sala en orden a la interpretación y aplicación del citado precepto respecto de los daños derivados de las actuaciones médico-sanitarias no ajustadas a la "lex artis", y en concreto, invoca las sentencias de siete de marzo de dos mil siete, diez de febrero de dos mil cinco y veinte de abril de dos mil seis, recaídas respectivamente en los recursos de casación 5286/2003 EDJ 2007/15872 , 1112/2001 EDJ 2005/7065 y 291/2006.

Y, esto que dicen las recurrentes es así, pues, la Sala de instancia si bien expresa y motivadamente excluye de la indemnización los gastos correspondientes por los tratamientos de quimioterapia posteriores a la primera intervención quirúrgica por desplazamientos a Valencia por no constar en autos las causas por las que se siguieron dichos tratamientos en la sanidad pública de Valencia y no en Murcia, o, los días de incapacidad desde el día del diagnóstico hasta la fecha de la declaración de invalidez permanente absoluta, o, por la pérdida de órganos por no haberse acreditado que deriven de un retraso del diagnóstico o de la no utilización de los medios adecuados, sin embargo, respecto de los daños morales limita la indemnización solicitada sólo respecto de aquéllos que se ocasionaron hasta el correcto diagnóstico y consiguiente intervención en un centro de Valencia, excluyendo de esta forma los derivados de la enfermedad, pues, considera la Sala que ésta no es imputable al funcionamiento del servicio público.

CUARTO.- Del relato fáctico de la sentencia impugnada se evidencia y así lo reconoce el Tribunal al declarar probado: " la actuación de los facultativos del hospital de Yecla no fue ajustada a la lex artis, al no haber agotado todos los medios técnicos disponibles para establecer el diagnóstico ante los continuos ingresos del paciente y las patologías que presentaba" que de haber existido un mejor y más rápido control médico el paciente que estuvo cuatro veces ingresado en el hospital durante cuarenta y seis días en los que fue intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones habría tenido la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud, y en definitiva para su vida, al no conocer la gravedad de la enfermedad que no le fue diagnosticada por los servicios públicos sanitarios.

Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001 EDJ 2005/149522 , 4429/2004 EDJ 2008/103450 y 5927/2007 - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmararlo con certeza para que proceda la indemnización, 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.

De ahí, al limitar la Sala de instancia la indemnización de los daños morales hasta el correcto diagnóstico y consiguiente intervención quirúrgica infringió los preceptos y doctrina jurisprudencial que invocan las recurrentes en su motivo de casación, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional procede casar la sentencia en el aspecto que hemos analizado, ya que la excepción procesal que alega el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia debe ser rechazada pues el escrito de interposición del recurso contiene el rigor formal que exige el artículo 92.1 de la citada Ley Jurisdiccional.

QUINTO.- El padre y esposo de las recurrentes solicitaba una indemnización por los daños morales al verse afectado por la amenaza de un cáncer que se extendió más de lo debido por la falta de un diagnóstico precoz de ciento veinte mil euros; cantidad que en atención a la edad que tenía el actor cuando acontecieron los hechos y su profesión, fijamos una indemnización por el daño jurídico en cincuenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cuatro euros -58.444#- además de los once mil quinientos cincuenta y seis euros -11.556#- concedidas por el Tribunal "a quo" por este concepto; cantidad que ha de entenderse ya actualizada a la fecha de la sentencia de instancia, sin perjuicio de los intereses legales procedentes por demora en el pago.

Consiguientemente, a esta cantidad habrán de sumarse 21.113,00# -veintiún mil ciento trece euros- reconocidas por la Sala de instancia.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas ocasionadas por este recurso de casación ni por las devengadas en la instancia.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLO

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Vicenta e Daniela contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha veintiuno de diciembre de dos mil siete, -recaída en los autos 2416/2003- que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de la reclamación formulada por D. Carlos Manuel por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

SEGUNDO.- Casamos y anulamos la referida sentencia, salvo la indemnización concedida a las actoras en su parte dispositiva o fallo que se cuantifica en 21.113,00# -veintiún mil ciento trece euros-, y

TERCERO.- Reconocemos el derecho de las recurrentes a ser indemnizadas además por la Administración demandada en la cantidad de 58.444# -cincuenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cuatro euros- que se entiende actualizada a la fecha de la sentencia de instancia, cantidad que en su caso, devengará el interés legal, conforme dispone el artículo 106.2 de la ley Jurisdiccional.

CUARTO.- Sin especial condena de las costas originadas por este recurso de casación ni por los originados en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042010100468