



**Ponente:** D<sup>a</sup>. Blanca María Fernández Conde

**Recurso:** Recurso de Apelación 109/2018.

**Apelante:** XXX.

**Apelada:** Servizo Galego de Saude.

**Apelada:** Zurich Insurance Plc Sucursal en España.

**EN NOMBRE DEL REY**

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

**SENTENCIA**

**Ilmos./as. Sres./as.**

**D. Fernando Seoane Pesqueira, presidente.**

**D<sup>a</sup>. Blanca María Fernández Conde**

**D<sup>a</sup>. Dolores Rivera Frade**

A Coruña, a 20 de Febrero de 2019.

El recurso de apelación número 109/2018, pendiente de resolución ante esta Sala, fue promovido por D<sup>a</sup>. XXX, representada por el Procurador D. Jose Angel Pardo Paz y dirigida por el Abogado D. Jorge Fuset Domingo, contra la sentencia 303/2017 de fecha 20/11/2017, dictada en el procedimiento ordinario 387/2017 por el Juzgado de lo

contencioso-administrativo núm. 2 de Santiago de Compostela, sobre responsabilidad patrimonial sanitaria, siendo parte apelada la Servizo Galego de Saúde, representado y dirigido por el Letrado del Servizo Galego de Saúde y Zurich Insurance PLC Sucursal en España, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Dolores Villar Pispieiro y dirigida por el Abogado D. José Miguel Rivas Bueno.

Es Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Blanca María Fernández Conde.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo núm. 387/2017, interpuesto por D<sup>a</sup>. XXX, contra la resolución de la Secretaria Xeral Técnica de la Consellería de Sanidade, de fecha 25 de agosto de 2015, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el fallecimiento del padre, según se indica, en relación con un infarto de miocardio y la asistencia sanitaria recibida en el PAC de Sarria y en el Complejo Hospital Universitario de Lugo. Se anula y deja sin efecto dicha resolución impugnada, declarando la responsabilidad patrimonial de la administración demandada, condenando a la administración a que abone a la recurrente la cantidad de 30.000 euros de indemnización de la totalidad de los daños y perjuicios causados".

**SEGUNDO.**- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de



las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**SE aceptan** los fundamentos jurídicos de la sentencia y ...

**PRIMERO.-** Del objeto de recurso y sentencia de instancia.

Se interpone recurso de apelación, contra sentencia de fecha 20 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de los de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el recurso contencioso-administrativo PO **núm. 387/2017** que en su parte dispositiva establece: " 1.- se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo nº **387/2017** interpuesto por D. XXXX contra la resolución de la secretaria Técnica de la Conselleria de Sanidade, de 25 de agosto de 2015 , por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el fallecimiento del padre, según se indica en relación con el infarto de miocardio y la asistencia sanitaria recibida en el PAC de Sarria y en el Complejo Hospitalario Universitario de Lugo ( HULA ) .

2.- Se anula y deja sin efecto dicha resolución impugnada, declarando la responsabilidad patrimonial de la administración demandada, condenando a dicha administración a que abone a la parte actora la cantidad total de 30.000 euros."

La reclamación sobre responsabilidad patrimonial de la Administración deducida por la recurrente por deficiente funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, en relación a la asistencia prestada a D. XXX que se cuantifica en la cantidad global de 191.586,74 euros, se fundamentaba

tanto en vía administrativa como judicial alegando que, el paciente sufrió una deficiente asistencia médica, concretada en un retrasado diagnóstico-terapéutico del infarto sufrido que concluyó con su fallecimiento. Sostiene, concurren los requisitos exigidos por los artículos 106.2 de la Constitución española y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que reconocen el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y no tengan obligación de soportarla.

La sentencia de instancia estima parcialmente la pretensión de la actora reconociéndole una indemnización de 30.000 euros ; la sentencia razona lo siguiente : *"no se está ante una situación de daño desproporcionado, ni ante un resultado inusual ni clamoroso por su desproporción, y lo único que constata y evidencia en la asistencia prestada es la existencia de una situación de pérdida de oportunidad, que se debe centrar y consiste en la posibilidad de que de haberse derivado al paciente ese día en transporte sanitario desde el PAC de Sarria a Urgencias del HULA se hubiese obtenido un resultado más favorable , de manera que, si bien no se puede asegurar, se constata esa posibilidad, residiendo el daño en la secuencia que hubieran tenido los hechos de haberse seguido otros parámetros de actuación, en la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera, y en concreto en que en el HULA el paciente hubiese sido diagnosticado con seriación de ECGs y marcadores de daño miocárdico, y de esta manera el paciente posiblemente hubiese accedido a la revascularización urgente cuando estaba*



*indicada, centrándose en esta circunstancia de pérdida de oportunidad que supone un daño jurídico que debe ser indemnizado ...(...) (...) .*



*Y justifica la indemnización que otorga ..." se ha reconocido la existencia de una situación de pérdida de oportunidad, lo que se valora es la pérdida de expectativas de que de haberse seguido en ese aspecto la asistencia sanitaria el resultado podría haber sido otro, siendo que son esas expectativas las que deben valorar en concepto de daño moral , y en razón también a la posibilidad de que el daño en todo caso se hubiera producido,, a lo que se debe añadir la edad del paciente y la patología que tenía, de manera que no procede aceptar la indemnización solicitada por la parte actora, que no está justificada ni debidamente razonada, sino que ponderando las circunstancias existentes en el presente caso se debe fijar una indemnización total para la recurrente en la cantidad de 30.000 euros ...intereses desde la fecha de presentación en vía administrativa, estando incluida en esa cuantía fijada la correspondiente actualización" ...(...) .*

#### **SEGUNDO.- Alegaciones de la partes.**

**La parte apelante atribuye al juzgador de instancia un manifiesto error en la valoración de la prueba.. Infracción de la "lex artis".**

*Insiste la apelante, en el relato de hechos, en la deficiente asistencia sanitaria prestada a su padre el Sr. XXX, que concreta en el erróneo tratamiento dispensado en el servicio de urgencias del PAC de Sarria al que acudió el 16 de abril de 2011 refiriendo "dolor en el pecho desde esta mañana" y "dolor torácico" y que a pesar de la detección mediante*

electrocardiograma de elevación del segmento ST> 0,20 practicado ese mismo día, y no obstante los síntomas que presentaba fue dado de alta con el diagnóstico de dolor torácico, sin pautas y sin recomendar ningún plan terapéutico y se le envió a casa ; dos días después realizado un nuevo electrocardiograma, fue diagnosticado de "infarto agudo de miocardio, cara anterior evolucionado" siendo ingresado en la UCI y finalmente trasladado al CHUAC (complejo Hospitalario de Santiago de Compostela ; después de múltiples episodios, el día 29 el paciente entra en coma profundo, es trasladado a geriatría y finalmente como consecuencia de todas las complicaciones el 30 de mayo fallece. Considera la actora que la evidencia de datos de infarto de miocardio agudo que sufrió el día 16 de abril pasaron inadvertidos cuando debieron determinar su traslado a un centro hospitalario en UVI móvil, lo que unido al defectuoso tratamiento dispensado con posterioridad determinan una clara defectuosa asistencia sanitaria vulneradora de la "lex artis" .

Se oponen al recurso de apelación tanto la representación letrada del Servicio Gallego de Salud SERGAS, como la representación de ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA interesando la confirmación de la sentencia impugnada y la desestimación del recurso.

**TERCERO.- Sobre la errónea valoración de los hechos y de la prueba. La adecuación o no de la asistencia sanitaria prestada, a la lex artis.**

El recurso de apelación se funda en la alegación de error en la apreciación de la prueba, entendiéndose no conforme a derecho la sentencia en cuanto aprecia únicamente una situación de pérdida de oportunidad, cuando a juicio de la



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

actora se ha producido una vulneración de la "lex artis" tanto por parte de los profesionales del PAC de Sarria como en el Hospital Universitario de Lugo.

Insiste la apelante, en el relato de hechos, en la deficiente asistencia sanitaria prestada a su padre el Sr XXX, concretada en el erróneo tratamiento dispensado en el servicio de urgencias del PAC de Sarria del que a pesar de la detección mediante electrocardiograma de elevación del segmento ST > 0,20 practicado ese mismo día, y no obstante los síntomas que presentaba fue dado de alta con el diagnóstico de dolor torácico sin pautas y sin recomendar ningún plan terapéutico y se le envió a casa, para la actora la evidencia de datos de infarto de miocardio agudo pasaron inadvertidos cuando debieron determinar su traslado a un centro hospitalario en UVI móvil ; dos días después el 28 de abril, el Sr XXX acudió, en este caso, al Hospital Lucus Augusti de Lugo, en el que realizado un nuevo electrocardiograma, fue diagnosticado de "infarto agudo de miocardio, cara anterior evolucionado" siendo ingresado en la UCI y finalmente trasladado al CHUAC ( complejo Hospitalario de Santiago de Compostela) donde es intervenido quirúrgicamente aplicando angioplastia con stent a pesar de la recomendación de evitar el uso de Stent, siendo remitido nuevamente al HULA para seguimiento de su evolución, siendo así que el mismo día de alta 28 de abril el paciente presenta un cuadro brusco de deterioro del nivel de consciencia, se practica EEG y el diagnóstico es "ictus cerebral ", para la actora no se previno debidamente la posibilidad de infarto cerebral y en ningún momento se advirtió a la familia del riesgo de embolización de los trombos en la realización del cateterismo diagnóstico ; después de múltiples episodios, el día 29 el paciente entra en coma profundo, trasladado a geriatría y pese al alto riesgo de

desarrollar UPP no se le coloca un colchón de presión alternante hasta el día 24 de mayo lo que le produjo tres UPP ; finalmente como consecuencia de todas las complicación el 30 de mayo falleció.

De todo lo anterior deriva la apelante, que existió una infracción de la "lex artis" en la asistencia sanitaria prestada al señor XXX, en base al incumplimiento de los protocolos de actuación en caso de infarto agudo de miocardio ya que llegó al PAC con un IAM en un estado avanzado y no se dio la trascendencia debida, falleciendo a consecuencia del mismo, después de una asistencia sanitaria incorrecta y deficiente por la falta de atención y medios de que se dispuso.

Ante todo conviene advertir, para salir al paso de la alegación de la defensa letrada de la Xunta, que aun cuando doctrinal y jurisprudencialmente ha venido considerándose que la conclusión que alcanza el Juez de instancia acerca de la valoración de la prueba ha de ser respetada salvo que resulte irracional o conculque las reglas de prueba tasada, es lo cierto que, dado que las nuevas tecnologías han propiciado, en esta alzada, una intermediación respecto de la prueba practicada en la fase anterior, idéntica a la que mantuvo el Juzgador de instancia, tal principio no debe entenderse restrictivamente dado que la naturaleza ordinaria del recurso de apelación permite la revisión de los hechos tenidos en cuenta por el Juzgador de instancia así como la valoración de la prueba por el realizada.

Pues bien, y a fin de esclarecer los hechos, se hace necesario un repaso a través de los informes médicos emitidos que figuran en las actuaciones del curso clínico que siguió el





Sr XXX desde el 16 de abril de 2011, en que acudió al servicio de Urgencias del PAC de Sarria hasta que se produce el fallecimiento el 30 de mayo de 2011, porque con ello podrá analizarse si tiene respaldo la imputación de que no fueron seguidos los protocolos de atención en el tratamiento de los infartos de miocardio que han de ser tratados de la forma más rápida posible, así como de que se produjo la falta de un diagnóstico temprano y de una incorrecta actuación posterior pues tampoco se previno la posibilidad de infarto cerebral que padeció y la defectuosa asistencia en los tratamientos efectuados.

**En relación con la asistencia sanitaria dispensada en el PAC.**

Analizada la prueba pericial facilitada por la parte actora, tenemos que tan solo el informe pericial del Dr. XXX - que no fue ratificado en autos- refiere que *...“el electrocardiograma que le fue realizado en el PAC de Sarria evidenciaba un infarto agudo de miocardio, al presentar elevación del segmento ST > 0,20 MV y reflejar que era un “ECG Anormal” . No lo expresa así el informe emitido por el Dr. XXX, así mismo prueba pericial de la actora y esta sí ratificada en autos, en el que alude a un posible diagnóstico de IAM no a un evidente infarto agudo de miocardio, (...)”* ...una falta de prudencia (...) (...) ...ante un posible diagnóstico de IAM no se actuó, y dice que aún cuando es admisible que el diagnóstico automático del propio electrocardiograma haya de ser validado, a su juicio, la medición de la elevación del segmento ST, realizada por el propio aparato en base a su registro, debió ser tomada en cuenta. Que la prudencia médica obliga a actuar de tal forma que se minimicen los riesgos para el paciente *“...falta de diligencia e información, si se estima*

que el paciente debe ser derivado para seguimiento, el médico debe indicarle al paciente la urgencia, los riesgos y las pautas (...) tampoco fue diligente al no facilitar un medio de transporte sanitario al paciente , ante un cuadro compatible con una patología coronaria...(…) El resultado de esta falta de prudencia y diligencia fue lo que llevo al paciente a esperar a su familia para acudir al hospital, y cuando llego el 18 de abril ya presentaba un IAM evolucionado .... con la presencia de coágulos intracavitales adheridos a las paredes, los cuales se formaron por discinesia de las paredes ventriculares y la falta de tratamiento ...., y esos coágulos fueron los que se desprendieron y causaron el AVC isquémico (infarto) que causó finalmente el fallecimiento del Sr XXX “. Señala como conclusiones... ..” en la atención medica realizada al Sr XXX en el Centro de Salud de Saria se cometieron diversas actuaciones contrarias a las lex artis. Hubo una falta de diligencia, prudencia e información. Lo cual llevo a acudir con retraso al paciente a un centro hospitalario permitiendo que el IAM que presentaba no fuera diagnostica ni estudiado a tiempo, evolucionara y fuera el desencadenante del fallecimiento del Sr XXX”.

De otra parte tenemos los informes médicos emitidos por el servicio de urgencia del PAC y por el facultativo que atendió al paciente en PAC Dr. XXX, en cuyo informe refiere ...que cuando el paciente acudió al PAC estaba “asintomático y hemodinámicamente estable”, afirma haber realizado el ECG para descartar cardiopatía isquémica, y no considera existieran datos de patología aguda cuando atendió al paciente, derivó al paciente al Hospital para continuar con el estudio de la determinación enzimática, el plan era derivación a un centro hospitalario para estudio y valoración ...no existía una sintomatología aguda ni un impedimento físico que determinase



*su traslado al hospital en transporte sanitario ; en el mismo sentido dos sucesivos informes del Jefe de Servicio de Cardiología del Hospital de Lugo en los que señala que en el ECG realizado en el PAC , "...era una leve supradesnivelación de ST > 1mmno, no había datos definitivos de infarto con elevación de ST, ni encuentra criterios de reperfusión urgente"... , ...no se le suministro nitroglicerina sublingual al estar asintomático siguiendo el protocolo de actuación habitual"... aunque matiza que sí pudo producirse una isquemia posterior a la atención en el PAC.*

**En relación con la asistencia sanitaria dispensada en el servicio de cardiología del HULA y en el CHUS.**

La recurrente alega que en el HULA no le realizaron trombolisis ni descoagulación activa, y en el CHUS le colocaron dos stent cuando estaban contraindicados. A esta cuestión responde el Jefe de Servicio de Cardiología del HULA explicando que en la situación en la que el paciente llegó con un IAM evolucionado pero asintomático y sin complicaciones arrítmicas, en esa situación clínica la revascularización urgente no estaba indicada, y en cuanto a la descoagulación activa, afirma que se pautaron antiagregantes y anticoagulantes en las pautas que eran adecuadas para prevenir la formación de trombos, a lo que añade que el paciente estaba anticoagulado tanto por el infarto de miocardio evolucionado no reperfundido como para prever la formación de trombos y su embolización; aclarando respecto a la colocación de stent en el CHUS, que lo que el Servicio de Cardiología del HULA había recomendado era evitar la colocación de stent farmacoactivos ( que es un tipo especial de stent diferente de los stent convencionales ) no de cualquier tipo de stent, y los

implantados si estaban indicados en las circunstancias del paciente.

De la lectura de los informes técnico-periciales obrantes en las actuaciones que son de definitiva transcendencia en casos como el que nos ocupa en los que se trata de determinar si una determinada actuación médica se ha ajustado o no a los criterios exigidos por la *lex artis*, en una actividad tan científica y técnica como la médica cuyo mejor conocimiento queda reservado a sus especialistas, confrontados estos conforme a las reglas de la sana crítica, atendido el contenido de los mismos, contradictorios entre sí -como es fácil advertir-, y a falta de un dictamen emitido por perito judicial - que se presume imparcial -, no es posible concluir se haya producido infracción de la "*lex artis* "; la existencia de informes contradictorios impide concluir con meridiana claridad, exista esa vulneración de la "*lex artis ad hoc*" que se denuncia.

Para poder estimar acreditadas las infracciones de la *lex artis* a que se refiere el dictamen del Dr. Dr. XXX, deberíamos estar en condiciones de afirmar que la razón de ciencia que aporta dicho perito reviste una superior fuerza de convicción a la que se contiene en los otros informes, lo que en modo alguno puede predicarse, en las circunstancias de contradicción expuesta, y cuando ni siquiera dicho informe ha sido sometido a la necesaria contradicción. Sin olvidar que incluso en el otro informe pericial aportado a instancia de la actora emitido por el Dr. XXX, en referencia a la asistencia dispensada en el PAC de Sarria, se **alude a un posible diagnóstico de IAM no a un evidente infarto agudo de miocardio, (..)**" ....una falta de prudencia (...) (...) ....*ante un posible diagnóstico de IAM no se actuó ...*".



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Esta premisa no se cumple en el presente caso.

Respecto a la ausencia de información al paciente del riesgo de padecer un ictus, no se aprecia ningún tipo de infracción en la información proporcionada por el documento de consentimiento informado que sea determinante de indemnización, en la medida en que el paciente acepto el riesgo de embolización que aparece recogido en el consentimiento firmado, y en este concreto supuesto no consta con evidencia que el ictus se produjera como complicación del cateterismo sino en palabras del Dr. XXX mas bien ha de entenderse debido a la existencia de trombos cavitarios, y no existían otras alternativas diagnósticas .

La pretensión de la parte apelante no puede ser atendida.

No obstante, considera la Sala que sí se ha producido un error en la actuación del Centro de Salud de Sarria que consistió en no derivar al paciente al cercano Centro Hospitalario de Lugo el mismo día 16 de abril, cuando fue atendido en el PAC, refiriendo "dolor en el pecho desde esta mañana" y " dolor torácico" y le fue detectado mediante electrocardiograma una elevación del segmento ST> 0,20 , que sino ha quedado claro fueran signos de un infarto agudo de miocardio IAM, pocas dudas pueden albergarse sobre que, derivado el mismo día 16 el paciente al Centro Hospitalario de Lugo se habría detectado a qué obedecía ese dolor torácico sufrido con mayor celeridad y podrían haberse practicado pruebas o estudios precisos que validaran y/o aclararan el resultado del ECG con la dispensa de una tratamiento adecuado, hubiera sido diagnosticado con seriación de ECGs y marcadores de daño miocárdico y hubiese hipotéticamente accedido a la revascularización, ofreciéndose así mayores expectativas de no

sufrir el infarto agudo de miocardio que se produjo dos días después. Por consiguiente, la Administración sanitaria provocó una pérdida de oportunidad en el tratamiento de la dolencia inicial del paciente, que no puede obviarse, tenía 80 años y había acudido al PAC solo, lo que también entendemos debió sugerir una mayor atención, residiendo el daño en la secuencia que hubieran tenido los hechos de haberse seguido otros parámetros de actuación, y en la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera y tal vez las siguientes consecuencias que se desencadenaron no se habrían producido, y esa pérdida de oportunidad genera derecho al resarcimiento por responsabilidad patrimonial del SERGAS en favor de la reclamante hija del fallecido. Entendemos que la falta de atención, prudencia y cuidado que este paciente, en las circunstancias descritas exigía, no va más allá de lo que debemos entender por pérdida de oportunidad, desde el tratamiento que la doctrina jurisprudencial atribuye a esta figura.

Compartimos con el Juez de instancia ...que se constata y evidencia en la asistencia prestada es la existencia de una situación de pérdida de oportunidad, que se debe centrar y consiste en la posibilidad de que de haberse derivado al paciente ese día en transporte sanitario desde el PAC de Sarria a Urgencias del HULA se hubiese obtenido un resultado más favorable , de manera que, si bien no se puede asegurar, se constata esa posibilidad, centrándose en esta circunstancia de pérdida de oportunidad que supone un daño jurídico que debe ser indemnizado ...(...) (...) .

Concluimos que la atención clínica al paciente no hizo uso de todos los medios a su alcance para evitar el desenlace lesivo producido. Siendo ello así, podemos concluir que nos



hallamos ante un supuesto de pérdida de oportunidad, en cuanto la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación; y no debemos olvidar, como queda dicho, que la pérdida de oportunidad se configura como un concepto alternativo 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.

**CUARTO.- Doctrina jurisprudencial sobre la pérdida de oportunidad.- Indemnización debida.**

No justificada, en suma, la infracción de la lex artis ad hoc y entendiendo como hemos entendido procedente la aplicación en el presente supuesto de la doctrina de la pérdida de oportunidad, la cuestión a debatir en esta alzada radica, en definitiva, en establecer si la suma de 30.000 euros que se fija en la sentencia recurrida se estima ajustada al daño real efectivamente causado a la recurrente.

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.

...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.

La jurisprudencia señala 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 3<sup>a</sup> 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, 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"*.





Dicho esto, para fijar la cuantía indemnizatoria 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).

En el supuesto de autos no encontramos alusión alguna a las probabilidades de supervivencia del paciente en las condiciones descritas, pero si podemos atender al conjunto de circunstancias singulares, la edad del paciente, la patología que presentaba, a lo que se une el sufrimiento de la hija no sólo por la pérdida de un ser querido, sino también por las condiciones del paciente en los últimos momentos antes de fallecer descritas en las actuaciones.

La cantidades que esta Sala y Sección 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 para esposos e hijos, como así hicimos en la sentencia de 26 de abril de 2017, dictada en el rollo de apelación 416/2016, y en la sentencia de 28 de junio de 2017, dictada en el rollo de apelación 73/2017.

De todo lo anteriormente argumentado se deduce que procede mantener la cuantía indemnizatoria de 30.000 euros fijada en la sentencia de instancia.

La condena será solidaria al Sergas y a la aseguradora, sin el añadido de interés alguno, al entenderse actualizada en aquellas sumas.

En ese sentido ha de confirmarse la sentencia de primera instancia.

#### **QUINTO.- Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, desestimado el recurso de apelación, y no obstante corresponder la imposición de costas al apelante, no se hará pronunciamiento especial sobre las costas de esta segunda instancia pues su apelación es comprensible a la vista de los informes técnicos que avalan su pretensión.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS :**

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido **DESEESTIMAR el** recurso de apelación interpuesto por la representación legal de **D<sup>a</sup>. XXXX contra** sentencia de fecha 20 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de

los de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el recurso contencioso-administrativo PO **núm. 387/2017 que SE CONFIRMA** . Sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0109-18), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda y firma.

