



REC. CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA Num.: 815/2012

Votación: 29/11/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Ricardo Enríquez Sancho

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: CUARTA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Ricardo Enríquez Sancho

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Enrique Lecumberri Martí

D. Santiago Martínez-Vares García

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil doce.

Visto por esta Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 815/12, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación de contra la sentencia de 6 de octubre de 2011, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso

administrativo nº 645/08, en el que se reclama de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid indemnización de daños y perjuicios causados derivados por haber sido dada de alta la paciente sin diagnóstico y sin determinación del origen de los síntomas que motivaban los ingresos, falleciendo sin la oportunidad de luchar contra el cáncer que la estaba invadiendo. Interviene como parta recurrida D. _____ y D^a _____, representados por la Procuradora D^a Paloma Solera Lama.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Novena) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó Sentencia de 6 de octubre de 2011, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: *“Que estimando parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Solera Lama en nombre y representación de D.*

contra la resolución presunta desestimatoria por silencio administrativo de la Reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración formulada en fecha 12 de julio de 2007, debemos declarar y declaramos la disconformidad de la misma con el ordenamiento jurídico y el derecho de la actora al abono de una indemnización total y actualizada por importe de 126.987,59 euros. Sin costas”.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de _____ interponiendo recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando que la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia contenida en las Sentencias de 1 y 12 de marzo de 2010, dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en los recursos contencioso-administrativos núms. 723/08 y 114/07, respectivamente, a cuyo efecto señala que el fondo de la cuestión en todas las sentencias era el mismo, si cabe apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por el fallecimiento de un paciente, al no haberle pautado un tratamiento eficaz para su patología en un momento determinado, lo que conlleva una pérdida de oportunidad terapéutica, cuantificándose las indemnizaciones en las sentencias de contraste, no conforme al daño material correspondiente al hecho acaecido (fallecimiento de un paciente), sino conforme a la pérdida de oportunidad apreciada, pérdida que se asemeja al daño moral, mientras que en la sentencia recurrida se concede la indemnización conforme

al baremo establecido en el Real Decreto legislativo 8/2004 para los supuestos de fallecimiento, esto es, se cuantifica el daño material en sí mismo acaecido, y no el daño moral derivado de la pérdida de oportunidad. Invoca como infringidos por la sentencia recurrida, los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992.

TERCERO.- Por providencia de 16 de diciembre de 2011 se tuvo por interpuesto el recurso de casación para la unificación de doctrina y se dio traslado del recurso a las partes recurridas para trámite de oposición, alegándose por la representación procesal de D. _____ que entre la sentencia recurrida y las invocadas de contraste no concurren las identidades requeridas legalmente que, por otra parte, no se han puesto de relieve de modo preciso y circunstanciado en el escrito de interposición.

CUARTO.- Por providencia de 7 de febrero de 2012 se acordó, con emplazamiento de las partes, remitir las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, dictándose providencia de 14 de diciembre de 2012 dejando el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló la audiencia del día 29 de noviembre de 2012, fecha en la que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Constituye exigencia reiterada de este Tribunal para entrar en el examen de los argumentos esgrimidos al amparo del recurso de casación para la unificación de doctrina que, como expresa el art. 96.1 LJCA 1998, entre la sentencia que constituye su objeto y las aportadas de contraste concurren "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" pero "se hubiera llegado a pronunciamientos distintos".

Es importante subrayar que en este específico recurso de casación no cabe una revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia. En este recurso se parte de los hechos que, como justificados, ha fijado la sentencia impugnada. La prueba constituye una cuestión absolutamente ajena a este recurso extraordinario (STS de 29 de junio de 2005, recurso de casación para la unificación de doctrina 246/2004 con cita de otras muchas).

Triple identidad a la que antes se hizo referencia que habrá que examinar si se produce o no, ya que caso de no concurrir el recurso deberá ser desestimado. Por el contrario, si se cumplen tales presupuestos, conforme al art. 98.2 LJCA 1998, deberá estimarse el recurso, casar la sentencia objeto de recurso y resolver el debate planteado con pronunciamientos ajustados a derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida.

Pero, además de la triple identidad deberá cumplirse lo preceptuado en el art. 97 LJCA 1998, es decir efectuar una exposición razonada de la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida a fin de que por este Tribunal se establezca cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto. Por ello se dará lugar al recurso cuando se reputa como criterio acertado el de la sentencia antecedente, no cuando la tesis correcta sea la contenida en la sentencia que se impugna (sentencia de 29 de junio de 2005, con cita de otras anteriores).

No debe olvidarse que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina no es corregir la eventual infracción legal en que pueda haber incurrido la sentencia impugnada, sino reducir a la unidad criterios judiciales dispersos y contradictorios, fijando la doctrina legal al hilo de la cuestión controvertida (STS 10 de febrero de 1997).

SEGUNDO.- En el recurso que nos ocupa no cabe duda, a juicio de esta Sala, que confluyen las coincidencias requeridas, y así ha sido expuesto por la parte recurrente en casación para la unificación de doctrina en su escrito de interposición del citado recurso, pues las sentencias enfrentadas abordan el mismo problema en relación con justiciables en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, como requiere el repetido artículo 96, apartado 1, de la Ley de esta jurisdicción, debiendo añadirse que la semejanza o la desigualdad (subjetiva, objetiva y causal) entre los supuestos enfrentados ha de ponerse en relación con la materia doctrinal debatida; tratándose del daño que debe ser indemnizado en supuestos en que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial por aplicación de la doctrina de "pérdida de oportunidad" (daño material correspondiente al hecho acaecido o daño moral derivado de una pérdida de tratamiento), poco importan las circunstancias particulares que hayan llevado a la sentencia recurrida y a las de contraste a apreciar la existencia de la "pérdida de oportunidad".

Desde otra perspectiva también resulta indudable la contradicción existente.

En efecto, la sentencia recurrida razona que *“A la hora de determinar el importe de la indemnización solicitada ha de tenerse en cuenta la edad de la fallecida, 50 años, y la existencia de una hija menor de 25 años como únicos datos acreditados, por lo que, tomando en consideración el baremo establecido en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011, como esta Sección efectúa en resoluciones reiteradas sobre idéntica cuestión, la indemnización pertinente que debe acordarse es la de 108.846,51 euros por el cónyuge y de 18.141,08 euros por la hija, es decir, un total de 126.987,59 euros”* (RJ 8º), y teniendo en cuenta que la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011 fija en dichas cantidades las indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales), es evidente que la sentencia recurrida ha atendido al daño material correspondiente a la muerte acaecida para valorar el daño indemnizable por la *“pérdida de oportunidad”* apreciada.

En cambio, las sentencias de contraste invocadas, para valorar el daño indemnizable por la *“pérdida de oportunidad”*, tienen en cuenta el daño moral derivado de la pérdida de tratamiento. Así, la Sentencia de 1 de marzo de 2010 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana razona, en lo que aquí interesa, lo siguiente: *“...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. Desde estas premisas, y a la hora de efectuar la valoración del daño indemnizable, la jurisprudencia (SSTS 20/octubre/1987, 15/abril/1988 o 5/abril y 1/diciembre/1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3/enero/1990, derive de una <<apreciación racional aunque no matemática>>, pues, como refiere la STS de 27/noviembre/1993, se <<carece de parámetros o módulos objetivos>>, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la STS 23/febrero/1988, <<las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas>> en una suma dineraria. La STS de 19/julio/1997 habla de la existencia de un innegable “componente subjetivo en la determinación de los daños morales”. Partiendo de esta doctrina, y dentro de los*

límites cuantitativos que impone la estricta indemnización de la "pérdida de oportunidad", se estima que la cifra de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 euros) constituye una suma prudente y razonable que cubre la totalidad de los perjuicios sufridos por la actora" (RJ 4º). Y la Sentencia de 12 de marzo de 2010, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, razona: "...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 cuanto a la valoración del daño indemnizable la jurisprudencia (SS del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988 5 de abril y 1 de diciembre de 1989 efectúa valoración global que, a tenor de la Sentencia de 3 de enero de 1990, derive de una <<apreciación racional aunque no matemática>>, pues como refiere la Sentencia de 17 de noviembre de 1993, "se carece de parámetros o módulos objetivos", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo con la Sentencia de 23 de febrero de 1988 "las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria". La Sentencia de 19 de julio de 1997 refiere "la existencia de un innegable componente subjetivo en la determinación de los daños morales". Partiendo de esta doctrina y dentro de los límites cuantitativos que impone la estricta indemnización de la pérdida de oportunidad, la Sala estima que la cantidad de 30.000 € constituye una suma prudente y razonable que cubre la totalidad de los perjuicios sufridos por la parte actora" (RJ 10º).

En consecuencia, constatado el desacuerdo porque los pronunciamientos enfrentados resuelven de forma distinta cuestiones sustancialmente iguales, atinentes a administrados en situaciones idénticas, procede que esta Sala solvete la discrepancia y disipe las dudas, indicando cuál de las doctrinas enfrentadas es la correcta, cumpliendo así su tarea uniformadora de los criterios jurisprudenciales dispersos y discordantes.

TERCERO.- Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once, recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores:

"Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, recurso de casación 1593/2008:

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose 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. 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". (FD 7º) .

También esta sentencia nos ha de servir de referente a los efectos de fijar la indemnización correspondiente a lo que se considera daño indemnizable:

"Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de ... , esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes cabe sostener que, en este caso, el retraso en la práctica del "estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral", una vez acreditada "la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm", unido a las especiales circunstancias del paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes

orgánico, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano".

Por lo tanto, no cabe duda que la Sentencia recurrida contiene una doctrina contraria a la recogida en las sentencias de contraste, las cuales por el contrario, se pronuncian en los términos que hemos recogido.

CUARTO.- Apreciándose, pues, esa infracción de doctrina en la Sentencia recurrida, procede entrar en el fondo de la cuestión debatida en los términos en que queda planteado el debate que no son otros que determinar la indemnización por la pérdida de oportunidad apreciada por la sentencia recurrida.

Como dice la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 5893/2006), y reitera la de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación nº 2755/2010), la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

Lo anterior nos obliga a analizar los elementos de juicio obrantes en las actuaciones, y al respecto debemos destacar: De un lado, que la Sala de instancia considera que la realización de las pruebas que no se consideró necesario realizar durante el segundo ingreso de la paciente, sí habrían permitido la detección del cáncer al menos a partir del mes de octubre de 2006, es decir, dos meses antes del fallecimiento. De otro, que cabe tener por probada en este proceso, pues así lo declaró la sentencia recurrida, que "el diagnóstico de la existencia del cáncer en las fechas mencionadas (y lógicamente la aplicación urgente del adecuado tratamiento) podría haber determinado alguna posibilidad de supervivencia a la paciente por cuanto el informe de la inspección médica no afirma con absoluta certeza que tal posibilidad fuese inexistente, y el propio perito de la actora en su informe manifiesta cierta posibilidad de supervivencia (25% de los pacientes al año)".

La sentencia de instancia ha errado al considerar que en este caso el importe de la indemnización debe calcularse teniendo en cuenta el importe total del daño producido, pese a reconocer que un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida

por la esposa y madre de los reclamantes solo habría ofrecido algunas posibilidades de curación, estimadas en el 25% de los pacientes que la padecían.

Sin embargo, ello no determina que, en aplicación de nuestra doctrina antes expuesta debamos reducir en un 75% la cantidad señalada como indemnización por el Tribunal de instancia. Pues, casada la sentencia en este punto, debemos resolver la cuestión de fondo con libertad de criterio, y en tal sentido hemos de poner de manifiesto que el Tribunal de instancia realiza para la valoración del daño una indebida aplicación automática de los criterios de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 20 de enero de 2011, porque los baremos aprobados por la Administración para calcular los daños personales derivados de accidentes de tráfico han sido utilizados por la jurisprudencia para valorar esos mismos daños cuando hayan sido producidos dentro del ámbito de la Administración sanitaria o de otros ámbitos distintos del de la responsabilidad de las compañías aseguradoras de vehículos de motor simplemente con carácter orientativo, sin que esa aplicación excluya la necesidad de valorar todas las circunstancias que concurran en cada caso para lograr la total indemnidad del daño ocasionado. Valoración que solo se contempla en aquellos baremos atendiendo a criterios generales que son útiles en muchos aspectos, entre otros el de permitir a las entidades aseguradoras formular previsiones fundadas en criterios de fiabilidad, de modo que puedan calcular las primas exigibles en atención al grado de probabilidad de producción de los diferentes siniestros y a la determinación precisa de la indemnización procedente en cada uno de ellos, pero que no pueden aplicarse sin matices cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, independientemente de que ésta haya asegurado esta circunstancia con alguna sociedad privada y que en el contrato suscrito no se haya puesto límite alguno a la suma asegurada.

En el caso planteado en el presente proceso la suma fijada por el baremo aplicado resulta claramente insuficiente. Se trata del fallecimiento de la esposa y madre de los recurrentes, persona de 50 años de edad con una menor a su cargo, por lo que la suma de 108.846,51€ que el baremo reconocer al cónyuge y 18.141,08€ a la hija no es adecuada para comenzar el cálculo de la indemnización. En casos semejantes esta sala viene reconociendo cantidades que oscilan entre los 500.000€ y 600.000€, por lo que, reduciendo esta suma en atención al reducido grado de probabilidad de haber evitado el resultado fatal producido si se hubiera efectuado un diagnóstico certero de la enfermedad que condujo al mismo en tiempo oportuno para haberlo combatido procede reconocer a los recurrentes, que reclaman conjuntamente una cantidad de 300.000€, una suma de 126.987,59, igual a la

reconocida por la sentencia de instancia, que no puede ser superada por impedirlo el principio de la prohibición de "reformatio in pejus" y que obedece, además a los criterios de valoración de las circunstancias del caso aplicados normalmente por esta Sala.

QUINTO.- Respecto de las costas causadas en este recurso de casación para la unificación de doctrina, de conformidad con el artículo 139 de esta Ley Jurisdiccional, cada parte satisfará las suyas, sin hacer un especial pronunciamiento respecto de las originadas en las instancias.

FALLAMOS

Haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina número 815/2012 interpuesto por la representación procesal de

contra la sentencia de 6 de octubre de 2011, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso administrativo nº 645/08, que casamos y anulamos, y estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. contra la desestimación presunta, por silencio, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 12 de julio de 2007, condenamos a la Administración demandada a que satisfaga a la parte recurrente, por responsabilidad patrimonial, la cantidad de 126.987,59€; y respecto de las costas, no ha lugar a hacer un especial pronunciamiento sobre las causadas en la instancia ni en este recurso de casación para la unificación de doctrina.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertara en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

