

ATT./D. CARLOS SARDINERO
PROC.: CORAL MANCERAS
NOTIFICADO: 5/11/2015

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2  
TOLEDO**

SENTENCIA: 00327/2015

N11600

MARQUES DE MENDIGORRIA, 2

**N.I.G:** 45168 45 3 2010 0203344

**Procedimiento:** PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000160 /2010 /-C

**Sobre:** ADMINISTRACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

**De D/Dª:** .....

**Letrado:**

**Procurador D./Dª:** CORAL MANCERAS RAMIREZ

**Contra D./Dª** .....

**Letrado:** LETRADO COMUNIDAD,

**Procurador D./Dª** , MARIA ANGELES CORCUERA GARCIA-TENORIO

**SENTENCIA Nº 327/15**

---

En Toledo a 30 de Octubre de 2015.

Vistos por JOSÉ GUERRERO ZAPLANA. Magistrado nombrado en comisión de servicio sin relevación de funciones por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en Acuerdo de fecha 28 de Julio de 2015 para reforzar este Juzgado de lo Contencioso Administrativo Numero Dos de Toledo, el Recurso que se ha tramitado en este Juzgado con el numero 160/2010 interpuesto por .....; ....., ..... y ....., representado por el procurador/a Sr./a. CORAL MANCERAS RAMÍREZ, contra la resolución procedente del Director Gerente del SESCOAM de fecha 16 de Julio de 2010 por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada en fecha 6 de Noviembre de 2008 derivada del fallecimiento de D. ...., habiendo sido parte el Sr. Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha así como la Compañía Aseguradora....., representada por la procuradora Sra. MARÍA ANGELES CORCUERA GARCÍA-TENORIO. La cuantía del recurso ha sido fijada en 200.000 euros.

### ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Por el indicado recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, acordándose por este Juzgado su admisión y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó solicitando que se estime la demanda y se conceda a los actores una indemnización por el importe señalado como cuantía del presente recurso contencioso administrativo mas los intereses legales.

SEGUNDO: La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO: Tras haberse recibido el pleito a prueba, se dio traslado a las partes, por su orden, para conclusiones, se evacuó este trámite en sendos escritos en los que realizaron las manifestaciones que le convinieron a sus respectivos intereses.

QUINTO: Con fecha 15 de Octubre se dictó resolución que acordaba el cambio de Ponente así como quedaba el asunto pendiente de sentencia.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Se interpone el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución procedente del Director Gerente del SESCAM de fecha 16 de Julio de 2010 por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada en fecha 6 de Noviembre de 2008 derivada del fallecimiento de D. ....

La resolución recurrida se remite a los informes obrantes en el expediente administrativo y que hacen referencia a la corrección de la asistencia prestada así como a que se pusieron en marcha todos los protocolos para evitar el contagio por legionella. Pone de manifiesto que el paciente sufría una grave patología previa y una situación inevitable de inmunodepresión así como que hubo información suficiente y adecuada tanto al paciente como a su familia.

SEGUNDO: Se hace necesario, cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad

administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento ó a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.

El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso administrativa para hacer girar sobre él la existencia ó no de responsabilidad patrimonial es el de la Lex Artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuando el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia medica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la Lex Artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (lex artis). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha Lex Artis. Así resulta de multitud de sentencias del Tribunal Supremo y podemos citar, a titulo de ejemplo la STS de fecha 19 de Abril de 2011 (Rec. 5391/2006).

De este modo debe identificarse el criterio de la lex artis con el de "estado del saber" y solo considera daño antijurídico aquel que no supera dicho parámetro de normalidad, entendiendo que la nueva redacción del artículo 141,1 de la Ley 30/92 (procedente de la Ley 4/99) ha tenido como único objeto consagrar legislativamente la línea jurisprudencial tradicional.

Según la sentencia de la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 29 de Septiembre de 2010, remitiéndose a la de fecha 4 de noviembre de 2009, es evidente que constituye jurisprudencia de esta Sala, reiteradamente declarada, la de que en materia sanitaria no cabe ampararse en el principio objetivo de la responsabilidad que se proclama en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92 para intentar convertir a la Administración en una especie de aseguradora universal de todo daño sufrido por el paciente, cualquiera que sea la correcta actuación de la Administración sanitaria.

Y añade esta misma sentencia que: "Por el contrario, hemos declarado reiteradamente, y así se recoge por el Tribunal de instancia, que sólo, y dada la limitación de medios a disposición de la Administración, cuando la misma no haya hecho un uso adecuado de los mismos o incurra en infracción de la denominada lex artis, ello puede ser motivo determinante de reconocimiento de responsabilidad ya que, en modo alguno, puede pretenderse de la Administración que el resultado obtenido de la prestación sanitaria dé siempre un final positivo, ya que ello está mediatizado por múltiples circunstancias y, pese al empleo de los medios adecuados a

disposición de la técnica sanitaria, el resultado puede ser lesivo para el enfermo".

Procede recordar, en la misma línea, que el inciso segundo del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos", lo que incide en la exigencia de que, para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria es necesario acreditar la infracción de la lex artis.

TERCERO: La Doctora que realizó el informe a instancias de la parte actora reconoció diversos errores en el tratamiento facilitado al paciente:

- Se dieron al paciente sucesivos antibióticos sin replantear el diagnóstico inicial y ello a medida que el paciente empeoraba. Solo cinco días después de la intervención se añade el antibiótico específico de la legionella.
- El juicio clínico inicial fue erróneo y los hallazgos clínicos y radiológicos son concordantes con el juicio clínico de neumonía pero no se consideró esta posibilidad y se inició el tratamiento para fiebre cuando existía evidencia de foco infeccioso que era el pulmonar.
- Se debieron recoger muestras de orina para determinar el antígeno lo que habría dado un resultado positivo en horas.
- Existía un alto índice de sospecha de enfermedad por legionella pero no se llegó a un diagnóstico precoz cuando, de haberlo hecho, la mejoría habría sido clara.
- No recibió el tratamiento antibiótico oportuno en el tiempo apropiado y la infección por legionella se puede curar si se trata a tiempo.

En el caso presente, la Doctora que ratificó el Informe elaborado a instancias de la Cia. Aseguradora, entiende que no era posible entender que haya sido infectado de legionella pero, sin embargo, en el acto de la ratificación, a pesar de insistir en la corrección general de la asistencia prestada, sin embargo reconoció la posibilidad de que se hubiera actuado de otro modo y que eso hubiera podido evitar el resultado fatal que se produjo aunque sin garantizar la supervivencia del paciente dada la gravedad de las patologías que le aquejaban.

Afirma que el paciente cogió la infección a las pocas semanas de recibir su el tratamiento de quimioterapia; había recibido muchos corticoides por lo que sus defensas eran bajas y además acababa de terminar un ciclo de quimioterapia; además tenía una anemia persistente. En esa situación adquiere la

infección de la legionella, que no es de las mas graves que se pueden adquirir pero que no es posible determinar si fue hospitalaria ó extrahospitalaria.

Añade que el paciente tenía unas posibilidades de mortalidad muy elevadas pues había adquirido una infección en un momento muy malo de su evolución y reunía una serie de circunstancias muy perjudiciales para su salud.

Considera que el alta fue razonable puesto que la situación es larga y no se le podía mantener ingresado indefinidamente y se le advirtió de la necesidad de ser ingresado de nuevo si se aprecia alguna circunstancia de agravamiento, como así sucedió.

Esta doctora reconoce que se pudo hacer un TAC pulmonar antes de lo que se hizo, aunque eso se sabe a posteriorí y una vez que se conoce el resultado producido y que no era una actuación incorrecta la que se hizo, sobre todo porque se le ingresó en el hospital; también afirmó, a preguntas del letrado de la parte recurrente como el hecho de ser un paciente con una patología tan compleja habría aconsejado que se le hubiera hecho una radiografía una vez que se sabía que era un paciente en una situación de grave riesgo y con múltiples patologías; explicó claramente la Perito que se le podía haber tratado mejor aunque duda que eso hubiera aumentado las posibilidades de supervivencia. Reconoce que haber cambiado el tratamiento antibiótico con alguna anticipación era posible que hubiera ido algo mejor y tenía mas posibilidades de curación.

Se reconoce, también, que se debió actuar con mas prontitud habiendo pedido otras pruebas (RX de torax) el día 8 pues ya tenia mas síntomas pulmonares y que no alertaron a los doctores que atendieron al paciente que se debía haber alertado ante la evolución del paciente. Reconoce que se hicieron algunas pruebas con 48 horas de retraso antes de lo que realmente se hizo y que, posiblemente, el paciente no murió por legionella sino por fallo multiorganico consecuencia de la neumonía y derivada de su mal estado general.

Puede concluirse, pues, que si bien la asistencia no fue claramente errónea ni equivocada y que, además, no puede entenderse que fuera claramente contraria a la lex artis, la realidad es que hubiera sido posible prestar otra asistencia diferente que hubiera permitido obtener un resultado diferente ó, al menos, habría permitido tener la posibilidad de mejorar el difícil estado de salud del paciente finalmente fallecido. Esto es un supuesto, claramente, de perdida de oportunidades puesto que la aplicación de otro tratamiento nada garantiza pero, sin embargo, si que permite pensar en la posibilidad de una mejoría ó una evolución mas favorable.

CUARTO: Ante estas conclusiones tan contundentes derivadas de la ratificación del Informe Pericial aportado por la Compañía Aseguradora, y admitiendo que no es posible justificar la inversión del razonamiento deductivo: una vez que se conoce el resultado determinar cual habría sido la actuación medica correcta en el momento en que no era posible anticipar el resultado, parece evidente que al paciente se le han privado de posibilidades de curación derivadas de la falta de asistencia medica correcta.

En este caso, lo procedente será la estimación, al menos parcial de la demanda, sobre la base de considerar que el paciente sufrió una pérdida de parcial de sus posibilidades de curación y que derivaron de no haberse prestado el tratamiento correcto en todo caso y haberse podido adelantar la realización de algunas pruebas diagnosticas para garantizar el correcto diagnostico y tratamiento y ello aunque la prueba practicada haya determinado claramente que se siguieron los protocolos para la prevención de la legionella y que se habían cumplido todas las exigencias en materia de asepsia, desinfección, prevención, y tratamiento (tal como resulta del Informe de la Unidad de Medicina Preventiva del Hospital .....)

Según la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2011 (Rec. 6280/2009: 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.*

CUARTO: A la hora de fijar el importe indemnizatorio en los supuestos de pérdida de oportunidades, la STS 26 de Septiembre de 2014 (RC. 3637/2012), recogiendo lo dicho por otras muchas, entiende que 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; afirma expresamente que:

<<La determinación de la cuantía de una indemnización por la pérdida de oportunidad se cifra, como indica la sentencia, en "la probabilidad de haber obtenido un mejor resultado (...) especialmente de la duración excesiva del expulsivo". De manera que la sentencia adapta la indemnización a la naturaleza de la razón por la que concede la indemnización -- la pérdida de oportunidad--, y no a indemnizar la totalidad de los daños ocasionados porque, previamente, en los fundamentos anteriores al cuarto, ha descartado la responsabilidad patrimonial sanitaria por falta de infracción de la "lex artis".

Téngase en cuenta que la caracterización de la "pérdida de oportunidad" se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta.(...)

lo que no supone una lesión de la "lex artis" porque se ignora si se hubiera evitado con dicha medida el resultado producido, tan solo se trata de evaluar, en un cálculo de probabilidades, si quizás hubiera habido alguna posibilidad de haber alcanzado un resultado mejor para el paciente. De modo que la construcción del motivo parte de un presupuesto inadecuado porque no estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial que indemnice en función del daño producido>>.

La parte recurrente se limitó en el escrito de demanda a solicitar una indemnización por importe de 200.000 euros pero sin justificar debidamente el razonamiento que le ha llevado a obtener dicha cantidad; procederá en este punto seguir el razonamiento que obra en el escrito de conclusiones de la parte codemandada que, al menos, emplea el criterio objetivo de aplicar el llamado "baremo de trafico" para fijar dicho importe.

Sobre esta base y tomando como referencia la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y teniendo en cuenta tanto la edad del paciente como la edad de los hijos reclamantes, resulta que al conyugue le correspondería una indemnización de unos 115.035,21 euros y a cada uno de los hijos de algo más de 9.000 euros.

Tomando en consideración que la indemnización en un supuesto de pérdida de oportunidades como el presente debería representar, para garantizar el principio de reparación integral, entre un 20 y un 40% de la correspondiente a un caso en el que no se valorase la pérdida de oportunidades, y tomando en consideración, también, que la indemnización debe ser algo superior a la fijada por el baremo (que responde a otros criterios y no al de la reparación integral), es procedente reconocer a la esposa una indemnización de treinta y cuatro mil euros y a cada uno de los hijos una indemnización de dos mil setecientos euros, cantidades, actualizadas a la fecha en que se dicta la presente sentencia.

QUINTO: Por aplicación de lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción vigente al momento de la interposición del presente recurso contencioso administrativo, no resulta procedente hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento.

Vistos los preceptos citados por las partes y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos.



F A L L A M O S

Que estimando solo en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el/la procurador/a CORAL MANCERAS RAMÍREZ, en la representación que ostenta de .....; ....., ....., Y ..... , contra la resolución descrita en el primero de los fundamentos de esta Sentencia, debemos anular la resolución objeto de recurso reconociendo a los recurrentes el derecho a ser indemnizados la esposa en treinta y cuatro mil euros y cada uno de los hijos en la cantidad de dos mil setecientos euros, por todos los conceptos y actualizadas a la fecha de dictar la presente sentencia. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber recursos que caben contra ella.

Así por esta nuestra sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN:** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo Sr. Magistrado de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública.

<b>Cabecera</b>	
Remitente:	[4516845002] JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
Asunto:	Comunicación del Acontecimiento 89: RESOLUCION 00327/2015 Est.Resol:Publicada
Fecha LexNET:	mié 04/11/2015 09:43:43

<b>Datos particulares</b>	
Remitente:	[4516845002] JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
Destinatario:	CORAL MANCERAS RAMIREZ
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	<b>0000160/2010</b>
Tipo procedimiento:	<b>PO</b>
Descripción:	Comunicacion del Acontecimiento 26: ADMISION PRUEBA DOCUMENTAL
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201510083085193

<b>Archivos adjuntos</b>	
Principal:	451684500200000356472015451684500231.RTF
Anexos:	-

<b>Lista de Firmantes</b>	
Firmas digitales:	-