

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00181/2018

Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira

Recurso: Recurso De Apelación 402/2017

Apelante: D^a. xxx

Apeladas: Servizo Galego de Saúde, Zürich 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. Sres.

D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.

D^a. Blanca María Fernández Conde

D^a. Dolores Rivera Frade

A Coruña, a 18 de abril de 2018.

En el recurso de apelación 402/2017 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D^a. xxx, representada por la procuradora D^a. Susana Luisa Mourín Sobrado y dirigido por el letrado D. José Piroscia Penado, contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2017, dictada en el Procedimiento Ordinario 184/2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 2 de los de Lugo, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Son partes apeladas el Servizo Galego de Saúde, representada y dirigida por el letrado de la Xunta de Galicia y la aseguradora Zürich Insurance PLC Sucursal en España, representada por el procurador D. Ricardo López Mosquera y dirigida por el letrado D. Eduardo María Asensi Pallares.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: *“Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Susana Luisa Mourín Sobrado, en nombre y representación de xxxxx, frente al Servicio galego de saúde, SERGAS, y declaro la adecuación a Derecho de la resolución de 20 de abril de 2015 de la secretaría xeral técnica de la Conselleira de sanidade da Xunta de Galicia actuando por delegación de ésta, en el marco del expediente RP 2014-0013-L, que se confirma.*

Sin imposición de costas.”

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

NO SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, y

PRIMERO: Objeto del recurso de apelación.-

Doña xxx impugnó la resolución de 20 de abril de 2015 de la secretaria xeral técnica de la Consellería de Sanidade, por delegación de la Conselleira, desestimatoria de la reclamación de la indemnización de 83.594'11 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por el fallecimiento de su marido don xxx, de 77 años a la sazón, en el Hospital Lucus Augusti de Lugo el día 19 de enero de 2012 a consecuencia de un cáncer de pulmón.

La recurrente entendió que dicha patología le fue diagnosticada tardía e indebidamente a consecuencia del actuar negligente en la atención sanitaria dispensada, pues se le diagnosticó tres semanas antes de su muerte, pese a que pudo haber sido detectada y tratada desde el año 2010, debido a unas radiografías de tórax que se le practicaron y mostraban una imagen anómala en el lóbulo superior izquierdo del pulmón.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Lugo desestimó el recurso contencioso-administrativo.

Frente a dicha sentencia interpone la demandante recurso de apelación.

SEGUNDO: Resumen de la historia clínica relevante que se desprende del expediente administrativo.-

Como consecuencia de sufrir un fuerte golpe, con traumatismo craneal, tras caerse fortuitamente en la calle, a media tarde del día 5 de marzo de 2010 don xxx, nacido el 28 de diciembre de 1934, acudió al servicio de urgencias del Hospital Clínico, perteneciente al Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela (CHUS), donde le fueron realizadas diversas pruebas, entre ellas un TAC craneal y una placa de tórax, esta última en

decúbito supino, ofreciendo una imagen de escasa calidad, aunque podía ser suficiente para descartar hallazgos en relación con la causa de la caída, constando en el informe “elevación de interfase abdómino-torácico derecha”, siendo dado de alta seguidamente, para seguir controles con su médico de cabecera.

Ya en el mes de octubre de 2010, debido a que el señor xxx iba a ser operado de cataratas, en el curso del preoperatorio le fueron realizadas diversas placas de tórax, posterior, anterior y lateral, emitiéndose informe por el servicio de Radiología del CHUS el día 14 de octubre de 2010 en el que constan como hallazgos “Silueta cardiopericárdica en el límite alto de la normalidad. Sin evidencia de patología parenquimatosa pleuropulmonar aguda. Elevación del

hemidiafragma derecho. Osteopenia radiológica y presencia de discreto acúñamiento anterior de varios cuerpos dorsales medios y bajos”.

Con ocasión del estudio preoperatorio para la intervención de otra catarata el 7 de abril de 2011 se realiza al paciente otra radiología de tórax en el CHUS, siendo informada así: “Sin evidencia de patología pleuro-pulmonar aguda. Elevación del hemidiafragma derecho. Discreto acúñamiento anterior de cuerpos vertebrales dorsales medios y bajos”.

Con fecha 4 de diciembre de 2011 el paciente acudió de nuevo al servicio de urgencias del CHUS por fuerte dolor lumbar derecho, que le impide incluso caminar refiriendo asimismo cuadro catarral, siendo realizada una radiografía de tórax, que es informada así: "Elevación de la silueta diafragmática derecha ya conocida. Radiopacidad localizada en lóbulo superior izquierdo compatible con proceso infeccioso como primera posibilidad diagnóstica. Recomendamos control Rx hasta su completa resolución", siendo dado de alta con el juicio clínico de "Dolor lumbar, costado derecho de características atípicas", aconsejando control por el médico de atención primaria, y si empeoraba su estado debería acudir de nuevo al servicio de urgencias.

Con ocasión de hallarse en el domicilio de una hija suya en Lugo, a mediados de diciembre de 2011 nuevamente volvió a sufrir fuertes dolores, lo que motivó que acudiese al Hospital universitario Lucus Augusti de Lugo (HULA), donde, para determinar la causa de dicho dolor, se efectuaron distintas pruebas, una de ellas radiológica, que es informada como "Masa de 4,5x3 cm en lóbulo superior izquierdo. No otras lesiones pleuropulmonares. Silueta cardiopericárdico y vasculatura pulmonar normal. Gas abdominal, sin otras alteraciones abdominales. No imágenes sugestivas de Metástasis óseas. Osteoporosis. Signos degenerativos mínimos a nivel de columna dorso-lumbar. No ascitis".

El día 27 de diciembre de 2011 acude nuevamente al servicio de urgencias del CHUS con estudio completado del nódulo pulmonar realizado en el HULA, con lumbalgia y pérdida de peso, por lo que se decide su ingreso en el servicio de neumología, donde se realizan estudios como TAC torácico, gammagrafía ósea, endoscopia respiratoria y biopsia pulmonar, entre la fecha del ingreso hasta el 3 de enero de 2012.

En el TAC torácico se aprecia masa en lóbulo superior izquierdo de 35,7x41,5 mm de contorno irregular, masa adrenal izquierda de 26'2 mm, múltiples metástasis óseas, lesiones óseas en arcos costales, esternón, pala ilíaca izquierda y vértebras lumbares, enfermedad metastásica hepática con dos lesiones de 16,8 y 55,1 mm sugestivas de enfermedad metastásica.

A la vista de todo lo anterior el paciente es diagnosticado de cáncer broncogénico estadio IV (adenocarcinoma), con metástasis hepáticas, óseas y suprarrenales.

Dada la situación familiar se decide su traslado al HULA de Lugo, donde ingresa en el servicio de neumología el 4 de enero de 2012, decidiéndose tratamiento exclusivamente sintomático por el mal estado general del paciente.

De acuerdo con la familia se consulta con el servicio de HADO (hospitalización a domicilio) para seguimiento en domicilio, con aceptación por su parte, pero posteriormente el paciente manifiesta su deseo de ser atendido en centro hospitalario, por lo que es trasladado a la

unidad de cuidados paliativos, donde se consigue un buen control sintomático, recurriéndose a la sedación paliativa de acuerdo con la familia por delirium refractario en las últimas horas, produciéndose el fallecimiento el día 19 de enero de 2012 en el HULA de Lugo.

TERCERO: Alegaciones de la apelante en que funda su recurso de apelación.-

En el escrito de formalización del recurso de apelación especifica la demandante que la responsabilidad patrimonial del Sergas cuya declaración reclama es consecuencia de la inadecuada asistencia sanitaria dispensada a su esposo, don xxx, que finalmente le llevó al fallecimiento, por lo cual reclama la suma de 83.594,11 euros o aquella otra cantidad que se determine en función de la prueba practicada.

La apelante alega que tal inadecuada asistencia sanitaria ha consistido en que el cáncer de pulmón debiera haber sido diagnosticado y tratado ya en el año 2010, puesto que especialmente la radiografía de tórax realizada en octubre de ese año mostraba una imagen anómala en el lóbulo superior izquierdo del pulmón, que en aquel momento debiera ser estudiada, tratada o, al menos, realizar un seguimiento de su evolución, pese a lo cual no se realizó prueba alguna tendente a averiguar el origen, características y posibles consecuencias de la presencia del citado “quiste”, “anomalía”, “imagen” o “lesión”.

Seguidamente afirma que, de haberse realizado en el año 2010 pruebas médicas a fin de realizar un estudio o seguimiento de esa “imagen anómala”, se hubiese podido detectar la enfermedad del señor xxx con más de un año de antelación al fallecimiento de éste, con la consecuencia lógica de poder haber recibido un tratamiento adecuado para la misma desde el primer momento, de forma que posiblemente hubiese salvado su vida, o cuando menos la hubiese alargado considerablemente.

Precisamente por entender la apelante que era posible un diagnóstico de la enfermedad en el año 2010 es por lo que alega la concurrencia de error en la valoración de la prueba en la sentencia apelada.

A tal efecto argumenta la recurrente que la totalidad de los facultativos que declararon en el juicio, tres de ellos como testigos peritos profesionales del Sergas, reconocen y afirman que en las radiografías del año 2010 existía y se veía una imagen anómala en el lóbulo superior izquierdo del pulmón, y aunque la doctora xxx (perito médico de la apelada) ha tratado de minimizar su importancia diciendo que la referida “anomalía” no se podía calificar como un nódulo por no tener bordes definidos, lo cierto es que esa imagen que se veía en la radiografía era algo anormal, por lo que, dado su carácter no usual, debería haber sido detectado, estudiado y, en su caso, tratado, o, cuando menos se debiera haber hecho un seguimiento de su evolución, a partir de lo cual existían en el Sergas medios adecuados y suficientes para diagnosticar la patología en el año 2010.

También afirma la apelante que existían motivos en el año 2010 para que los profesionales del Sergas hubiesen diagnosticado la enfermedad en tal fecha.

Cita la demandante como antecedentes que durante el año 2010 el paciente acudió en numerosas ocasiones a los servicios médicos de urgencias, y que el señor xxx había tenido un hábito tabáquico, que cualquier facultativo podía ver en sus antecedentes médicos.

Y seguidamente incide la apelante en ciertas opiniones de los testigos-perito que depusieron en el juicio, en concreto: 1º el doctor xxx, radiólogo del HULA, refiere que en la radiografía del año 2010 existe un hallazgo anormal que hay que controlar, y, aunque pudiera ser un tapón mucoso el protocolo determina que hay que averiguar qué es exactamente, 2º el doctor xxx, neumólogo del HULA, señaló que en la radiografía de octubre de 2010 se evidencia una lesión “muy clara”, y que en el contexto del paciente se debiera haber hecho un TAC para descartar que esa lesión pudiera ser maligna, 3º la doctora xxx, neumóloga del CHUS, refiere que la lesión era objetivable en el año 2010, por lo que debió ordenarse un seguimiento con más radiografías o un TAC, pues, aunque no había claros síntomas de cáncer de pulmón en el 2010, la radiografía sirve para sospechar, de modo que se debían haber hecho pruebas para descartar el origen maligno de la anomalía.

Estima la apelante que existió negligencia que produjo un quebrantamiento de la *lex artis*, pues, a la vista de las respuestas ofrecidas por dichos testigos peritos, existía una imagen anormal y visible que exigía que se deberían haber hecho estudios o seguimiento de esa imagen, con lo que se habría detectado que aumentaba de tamaño, máxime cuando el propio perito de la codemandada, doctor xxx, refiere que existía una espirometría/infiltrado, pero no síntomas de cáncer, y que repetiría la prueba de imagen para comprobar si la imagen desaparecía, lo que no se llegó a hacer.

En último lugar, alega la apelante que era posible prolongar la vida del paciente, o, al menos, mejorar la calidad de esta, si se hubiesen hecho en el 2010 las pruebas tendentes al diagnóstico de la enfermedad, pues en ese momento la imagen podría medir unas diez veces menos que en 2011 (declaración de la neumóloga doctora xxx), debiendo tener en cuenta que un cáncer sin tratar pasa de un estadio I al IV en aproximadamente un año.

CUARTO: Resulta válida y procedente una nueva valoración de la prueba.-

Tanto la Letrada de la Xunta de Galicia como la defensa de la aseguradora comienzan alegando, en sus respectivas oposiciones al recurso de apelación, que debe ser respetada la valoración de la prueba del juzgador de primera instancia, por no ser ilógica, irracional, arbitraria ni conculcar los principios generales del derecho, añadiendo que no está permitido sustituir la efectuada por aquel, cuyo criterio objetivo e imparcial debe primar sobre el subjetivo y parcial de la apelante.

Ante todo ha de resaltarse que a estas alegaciones no se une consecuencia alguna, pues no se reclama la inadmisión de una y otra apelación por ese motivo.

Conviene poner de manifiesto que el recurso de apelación sitúa al órgano de segunda instancia en idéntica posición que el ocupado por el que aprecia la prueba en primera instancia, pues aquel recurso, a diferencia de lo que sucede con el de casación, permite la revisión de los hechos, por lo que queda abierta la posibilidad de una nueva valoración de la prueba que discrepe de la del/a juzgador/a “a quo”, posibilidad que se reafirma y acrecienta con el empleo de los modernos medios de reproducción y grabación, de modo que la grabación de las sesiones de la vista celebrada en primera instancia coloca a esta Sala en la misma posición de intermediación que tuvo el titular del Juzgado que dictó la sentencia apelada. Por ello, es lógico y legítimo que se solicite una nueva valoración de la prueba, con mayor motivo si se tiene en

cuenta que aquella privilegiada intermediación de que goza asimismo el órgano de apelación facilita la detección de los posibles errores, inexactitudes o insuficiencias en la apreciación de la prueba.

QUINTO: Doctrina jurisprudencial sobre la pérdida de oportunidad.-

El punto nuclear de debate en este litigio ha estado centrado en la determinación de si en los exámenes radiológicos realizados a lo largo del año 2010 se reveló algún signo en el pulmón izquierdo del paciente que aconsejaba ulteriores análisis o seguimientos para propiciar el diagnóstico anterior de la patología cancerosa que finalmente determinó el fallecimiento de aquél.

Es decir, si la exteriorización de ese dato revelador pudo haber dado pie al seguimiento posterior del mismo, y, de ese modo, detectar la enfermedad antes de diciembre de 2011, en que finalmente se produjo el diagnóstico.

Si así fuera, cabría acudir a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad que reclama la recurrente, porque la no advertencia de ese relevante signo en las pruebas radiológicas le habría privado de la oportunidad de tratamiento de tal patología que lograrse bien salvarlo, o cuando menos mejorar su esperanza o calidad de vida.

Antes del examen concreto del caso presente conviene hacer un repaso de la doctrina jurisprudencial sobre la pérdida de oportunidad.

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

Por lo demás, la pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos: el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 2012, recurso de casación 2755/2010, y 3 de julio de 2012, recurso de casación 6787/2010).

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

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

En este sentido se pronuncian las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2012 (recurso de casación 43/2010) y 19 de junio de 2010 (RC 579/2011), en las que se

declara que *"basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias"*.

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

También precisa la STS de 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014) la entidad de prueba requerida: *"La doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética"*.

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

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

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

SEXTO: Apreciación de pequeña lesión en la radiografía de octubre de 2010 sin la práctica de ulteriores pruebas para descartar un proceso tumoral en formación; pérdida de oportunidad-

Para disipar la duda sobre la posibilidad de realizar el diagnóstico de la enfermedad en el año 2010 lo relevante es si en los exámenes realizados en ese año se exteriorizó algún dato indiciario de la patología finalmente diagnosticada, al margen de que ello se haya producido con ocasión de la asistencia prestada con otro objetivo, pues el hecho de que la finalidad de la búsqueda fuese otra no puede impedir que se encuentre algún signo que aconseje investigar la existencia de una patología diferente, máxime si esta es de gravedad y el diagnóstico temprano puede resultar decisivo.

Llevado al caso presente ello significa que, aunque el paciente haya acudido al centro hospitalario con ocasión de una caída accidental o para realizar el estudio preoperatorio de una intervención de cataratas, si en el examen radiológico existía la posibilidad de detectar un signo revelador de una grave patología, resulta imperativo incluirlo en el informe a realizar y proceder al seguimiento de ese dato.

En definitiva, no basta con atenerse al contenido de los informes radiológicos emitidos sino que ha de valorarse si la prueba practicada permite deducir que en los exámenes realizados se advertía una imagen merecedora de ser seguida e investigada.

Y para ello no resulta válido un análisis retrospectivo, que tenga en cuenta los datos que posteriormente se revelaron, sino que hay que partir de los datos exteriorizados cuando los exámenes radiológicos se realizaron, para lo que resulta útil lo que informaron los especialistas en la vista de primera instancia tras serles exhibidas las radiografías.

El informe radiológico de 5 de marzo de 2010, derivado de la radiografía de tórax practicada tras la caída sufrida en la calle por don xxx, no reveló nada anómalo, pues no presentó evidencia de patología pleuropulmonar aguda, y ninguno de los testigos peritos que han declarado en la vista celebrada en primera instancia manifiestan que se observe nada significativo.

Sin embargo, la radiografía realizada en octubre de 2010, con ocasión del estudio preoperatorio para cirugía oftalmológica de cataratas, ha llamado la atención de varios de los testigos peritos que han depuesto en la vista, pues en ella advierten la imagen de una lesión sólida en el lóbulo superior del pulmón izquierdo, que incluso el neumólogo del HULA doctor xxxx ha considerado muy clara y ha declarado que presentaba alta sospecha de malignidad, por lo que debió efectuarse un TAC seguidamente para descartar que esa lesión pudiera ser maligna, lo que no se llevó a cabo.

Añade el doctor xxx que, aunque pudiera ser un tapón mucoso, esas pruebas han de efectuarse igualmente para tal descarte de ese diagnóstico alternativo.

Y este mismo especialista en neumología ha manifestado que si se hubiera practicado el TAC y se hubiera diagnosticado tempestivamente el tumor, si bien difícilmente se prolongaría la vida del paciente, porque se vio posteriormente que había metástasis, con seguridad se mejoraría su calidad de vida, ya que el tiempo de actuación mejora el pronóstico.

Cierto es que este propio especialista aclara que, a la vista de esa imagen, hubiera preguntado al paciente si tenía fiebre o dolor de espalda, como otros síntomas reveladores, pero aunque tampoco ello se haya realizado, la práctica de más exploraciones resultaba imperativa para poder rechazar la malignidad.

Es así como en la vista el doctor xxx ha completado su apreciación, recogida en el informe de 5 de enero de 2012 (folios 25 a 27 del expediente administrativo y documento nº 7 de los aportados con la demanda), de que en las radiografías previas el nódulo ya parecía existir en el 2010, aunque de menor tamaño.

A la vista de la radiografía de 14 de octubre de 2010 también incide en la observación de la lesión pulmonar el radiólogo del HULA don xxx, quien manifiesta en la vista de primera instancia que en aquella se podía observar una pequeña lesión en la zona superior izquierda (del pulmón), que representa un hallazgo que exige un control, siendo necesario prescribir un tratamiento y seguimiento en diez días, para comprobar si ha remitido, y, en caso de no haberlo hecho, es precisa la realización de un TAC, pese a lo cual no recuerda que se hubieran hecho otros estudios posteriores, aun siendo primordial el tiempo ante la posibilidad de un tumor, rechazando que dicha imagen se pudiera confundir con un cruce de estructuras vasculares, ya que la zona del pulmón en que se halla está muy alta y lejana de los vasos. En definitiva, aclara que el protocolo determina que hay que averiguar a qué se corresponde dicha imagen para determinar de qué se trata, con lo cual coincide con el anterior especialista que asimismo ha depuesto como testigo perito.

Incide asimismo en los mismos extremos la doctora xxx, especialista en neumología del CHUS, quien igualmente ha manifestado que en la radiografía de octubre de 2010 se observa una pequeña lesión, que podía ser bien fibrocicatricial (cicatriz que resta tras un proceso infeccioso) bien un proceso en formación, ante cuyo hallazgo, y a fin de disipar las dudas, lo más correcto hubiera sido ordenar un seguimiento con más radiografías o un TAC, o realizar una interconsulta con un neumólogo para determinar las ulteriores pruebas a realizar, de modo que, aunque no había claros síntomas de cáncer de pulmón, aquella radiografía podía servir de base para la sospecha de malignidad, que exigía ser descartada.

Todas las anteriores apreciaciones respaldan la valoración contenida en el informe pericial presentado por la parte actora, aportado con la demanda y emitido por don

xxx que, si bien es facultativo especialista en valoración de daño corporal y no en radiología ni neumología, se apoya en los informes de los neumólogos del Sergas de Lugo y Santiago de Compostela para destacar que en las imágenes de 2010 parecía existir imagen compatible con nódulo pulmonar, lo que exigía la realización de pruebas complementarias necesarias.

Ante la existencia de tal imagen reveladora de pequeña lesión, y sin la práctica de nuevas pruebas, resultaba muy aventurada la afirmación del informe de radiología de 14 de octubre de 2010 de que no existía evidencia de patología parenquimatosa pleuropulmonar aguda, pues la revelación de tal evidencia precisaba del contraste de nuevas exploraciones que no se llevaron a cabo.

Contradican las anteriores apreciaciones lo que han declarado, en primer lugar el especialista en neumología doctor xxx, que ha informado a instancia de la codemandada, quien dice que no se evidencia ninguna anomalía pulmonar, ya que no había una sintomatología, como expectoraciones o cuadros de infección respiratoria, compatible con la clínica, subrayando la dificultad de un diagnóstico de la dolencia en su estadio I.

Sin embargo, dicho facultativo no se pronuncia claramente sobre la imagen de lesión que han apreciado los otros especialistas en el pulmón izquierdo del paciente, siendo así que lo que se imputa no es que directamente debiera haberse diagnosticado la patología cancerosa, sino que, ante la detección de aquella imagen en la radiografía, no se hayan realizado pruebas posteriores para discernir si se trataba de un tumor y de cara a descartar su posible malignidad.

En segundo lugar, la especialista en radiología doña xxx afirmó en la vista que no se advierte anomalía en el pulmón en la radiografía de octubre de 2010, rechazando que se tratase de un nódulo por su imposible medición, pues un nódulo tiene, al menos, un centímetro, manifestando seguidamente que a lo sumo estaría indicado hacer un seguimiento radiológico, que "fue lo que se hizo" y pudo verse que no había progresión.

La afirmación de que un nódulo ha de tener al menos un centímetro parece significar que esta especialista algo vio en la radiografía (lo que contradice su anterior afirmación de que no advirtió ninguna anomalía en el pulmón), pero que no le concedió importancia debido a su tamaño.

Y su manifestación de que se hizo seguimiento radiológico choca con lo que se desprende del expediente administrativo y de la prueba documental, en los que no aparece aquél.

Incluso la jefa de servicio de radiodiagnóstico del CHUS doctora xxx (documento nº 10 del expediente administrativo) admitió que en la radiografía de octubre de 2010 se apreciaba una tenue radiopacidad, y si bien añade que en aquel momento podría pasar desapercibida o confundirse con un cruce de estructuras vasculares, lo cierto es que no pasó desapercibida porque aquélla lo advirtió, y ya hemos visto que el doctor xxx descartó tajantemente que pudiera confundirse con un cruce de estructuras vasculares, ya que la zona está muy lejana a los vasos. En definitiva, tampoco esta

especialista ofrece una explicación racional sobre el motivo por el que no se ahondó en el estudio de aquella imagen respecto a quien aparecía como exfumador en los antecedentes personales.

Por otra parte, el jefe de servicio de neumología del CHUS xxx coincidió con la anterior en que la correcta calificación de la lesión sólo es posible con una revisión retrospectiva de todas las radiografías que se han practicado a don xxx, pero añadió seguidamente que no hubiera sido posible alcanzar igual conclusión sin conocer la evolución posterior, ya que en octubre de 2010 era muy pequeña y difícil de valorar.

En consecuencia, el anterior especialista admite la presencia de la lesión, aunque pequeña y difícil de valorar, lo que hacía exigible la práctica de pruebas complementarias (nuevas radiografías, TAC) para profundizar en el estudio y alcanzar un diagnóstico más temprano.

Por consiguiente, frente a la apreciación del juzgador "a quo", y una vez escuchadas, a través de la grabación, las declaraciones en la vista de los anteriores especialistas que han depuesto como testigos peritos, además del examen de la documentación del expediente administrativo, la Sala concede mayor valor a lo informado por los doctores xx, xxx y xxx, junto a lo dictaminado por el doctor xxx, considerando que en la radiografía de octubre de 2010 existía la imagen de una pequeña lesión en el lóbulo superior del pulmón izquierdo del paciente, que exigía la realización de ulteriores pruebas (como nuevas radiografías o un TAC) o incluso una interconsulta con neumólogo, para disipar la duda sobre un posible proceso de formación tumoral, que a partir de diciembre de 2011 se reveló más claramente, pues con ello se perdió la oportunidad de detectar más tempranamente el tumor y examinar su malignidad, con el consiguiente diagnóstico de cáncer de pulmón, que, aparte de mejorar el pronóstico, muy probablemente se hallaría en estadio I, y mejoraría su calidad de vida.

Por consiguiente, en contra de lo que razona la sentencia apelada, sí existían motivos para indagar sobre el posible origen de la imagen que en la radiografía de 2010 se manifestaba.

Es cierto que las razones por las que el paciente acudió a recibir asistencia médica en octubre de 2010 no estaba conectada con proceso tumoral alguno, pero también lo es que la detección de la imagen anómala en la radiografía, que varios especialistas calificaron claramente como lesión en el lóbulo del pulmón, aunque fuese en el curso de un preoperatorio de otra intervención, merecía ser investigada con la práctica de otras pruebas que permitiesen confirmar o descartar un grave diagnóstico que se podía derivar de ellas.

La omisión de aquellas pruebas complementarias no puede considerarse como infracción de la "lex artis", porque es cierto que no se ha demostrado que el paciente presentase otros síntomas que pudieran ser reveladores del proceso tumoral (fiebre, dolor lumbar o de espalda) en octubre de 2010 y, en todo caso, la radiografía se ejecutó en un preoperatorio de una cirugía oftalmológica de cataratas, pero el hecho de que la detección de la imagen anómala de una lesión en el

lóbulo del pulmón izquierdo haya sido cuando se prepara una intervención distinta, no excusa de que deba investigarse sobre aquella imagen e indagarse a que puede deberse, de cara a disipar la incertidumbre sobre su origen y para alcanzar un diagnóstico adecuado.

Se trata, pues, de un caso paradigmático de pérdida de oportunidad, porque se ha privado al paciente de la posibilidad de ser diagnosticado, en octubre de 2010, de la patología cancerígena en estadio I, a la vista de que es un año, según la mayoría de especialistas informantes, el tiempo que suele transcurrir entre el mismo y el estadio IV, coincidente aproximadamente con el tiempo transcurrido entre octubre de 2010, en que se practicó la radiografía del preoperatorio de cataratas, y diciembre de 2011, en que se produjo el diagnóstico definitivo.

Por consiguiente, concurre el elemento de la antijuridicidad del daño, derivado de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

SÉPTIMO: Cuantía de la indemnización.-

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

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

En definitiva, la cuantía de la indemnización es diferente si se acredita la infracción de la *lex artis*, en

cuyo caso ha de tenderse a la reparación integral o plena indemnidad de los daños y perjuicios causados (STS de 10 de octubre de 2011 en recurso de casación 3056/2008, 3 de mayo de 2012 en recurso de casación 2441/2010, y 16 de mayo de 2012 en recurso de casación 1777/2010), o si, pese a no demostrarse la quiebra de esta, se justifica la privación de expectativas en que consiste la pérdida de oportunidad, debido a la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de

salud del paciente, con la consiguiente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo (STS 23 de septiembre de 2010 en recurso de casación 863/2008, 19 de octubre de 2011 en recurso de casación 5893/2006, 23 de enero de 2012 en recurso de casación 43/2010, y 3 de julio de 2012 en recurso de casación 6787/2010), de modo que en este segundo caso la pérdida se asemeja en cierto modo al daño moral, que es el concepto indemnizable (STS 3 de diciembre de 2012 en recurso de casación 2892/2011).

En el caso presente, al no haberse ahondado en octubre de 2010 en la búsqueda del origen de la lesión que se apreciaba en el pulmón izquierdo del paciente han desaparecido las posibilidades de que en ese momento se hubiera obtenido el diagnóstico del proceso cancerígeno que con toda probabilidad se hallaba en estadio I, en derivación de él, del tratamiento ulterior de dicha patología.

Pero tampoco puede olvidarse que no se ha probado que en ese mes de octubre de 2010 se detectase ningún otro síntoma de proceso tumoral en el pulmón, a lo que cabe añadir que aquella imagen en la radiografía se obtuvo cuando se estaba preparando la intervención de cataratas, que nada tenía que ver con la patología cancerosa, todo lo cual ha de tomarse en consideración para reducir el importe indemnizatorio.

En consecuencia, en función de las sumas que suele conceder esta Sala en los casos de pérdida de oportunidad, que oscila entre 30.000 y 60.000 euros, se considera que en el caso presente la indemnizarse por aquel daño moral ha de fijarse en 40.000 euros en favor de la esposa del paciente fallecido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.ª Será término final del cómputo de intereses en los casos de falta de pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, el día en que con arreglo al número precedente comiencen a devengarse intereses por el importe total de la indemnización, salvo que con anterioridad sea pagado por el asegurador dicho importe mínimo, en cuyo caso

será término final la fecha de este pago. Será término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora por la aseguradora en los restantes supuestos el día en que

efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición, al asegurado, beneficiario o perjudicado.

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

9.º Cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el Consorcio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo. En lo restante cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y, sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo.

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

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

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

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

La sentencia de instancia considera que debe condenarse a satisfacer sobre el principal los intereses moratorios especiales a la aseguradora ya que no existe "razón bastante para

eximirla del pago de dicha deuda" atendido a tanto a su intervención en el expediente como a que pudo afianzar o pagar la deuda.

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

"La doctrina reflejada en la sentencia que el motivo invoca, dictada el 10 de octubre de 2008 por la Sala Primera de este Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 1445/2003, no pone de relieve tampoco la errónea interpretación por la Sala de instancia de aquel art. 20.8, pues se dice en el párrafo tercero del fundamento de derecho segundo de aquélla que " en la aplicación del precepto invocado, la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de 11 de noviembre y de 21 de diciembre de 2007) ha destacado la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía aseguradora, y precisando que la norma se dirige a atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización. Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización; razonabilidad que cabe apreciar, con carácter general, en los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay incertidumbre sobre el importe de la indemnización, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada (Sentencia de 21 de diciembre de 2007) ".

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

posiciones jurídicas que el ordenamiento predica para el asegurado y para el asegurador; entre ellas, la concerniente a los intereses debidos."

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

También nosotros lo hemos entendido así en nuestra sentencia de 13 de mayo de 2015 (rollo de apelación 31/2015), en la que razonamos:

"En cuanto a la solicitud de condena de ZURICH al abono de los intereses moratorios del artículo 20.4 LCS, el Tribunal Supremo viene declarando que solo procedería la imposición de los mismos cuando la demora no tuviera una causa que justifique el retraso y, en el presente caso, es evidente que concurre, dada la tardanza de la Administración en resolver el expediente, pues siendo dirigido el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación actora, se dictó, con fecha 21/02/2013, resolución expresa desestimatoria, dejando pasar la Administración Sanitaria un largo lapsus desde la presentación en vía administrativa (29/12/2010), para cumplir con su obligación de dar respuesta expresa.

En ese sentido se pronuncia la S.T.S. de 23 de marzo de 2011 (dictada en el recurso de casación 2302/2009) señalando:

"...En cuanto a los intereses legales sobre las cantidades ahora efectivamente reconocidas se devengarán sobre las mismas desde el momento de la interposición de la reclamación ante la Administración. Y en cuanto a la reclamación de los intereses por mora de la aseguradora no ha lugar a su reconocimiento. Para ello nos remitimos a la Jurisprudencia de esta Sala y Sección recogida en la sentencia de 23 de diciembre de 2009 y en la que en ella se cita, y en la que expresamos que rechazamos aquella pretensión salvo en el matiz al que haremos referencia. Decíamos en aquel supuesto que ahora reproducimos que "la condena al pago de esos intereses requiere, claro es, que el asegurador haya incurrido en mora en los términos que el precepto prevé, disponiendo su núm. 8 que "no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable". En un caso como el de autos, en el que el rechazo por la Administración asegurada de la reclamación de responsabilidad patrimonial no carecía de todo fundamento, hasta el punto de ser refrendado por la Sala de instancia en su sentencia, no cabe apreciar una actitud de la aseguradora elusiva, injustificable, del pago de la indemnización. De ahí que, siguiendo en este punto el criterio que es de ver en la sentencia de 19 de septiembre de 2006, dictada en el recurso de casación núm. 4858 de 2002..."

Reiteramos asimismo un pronunciamiento similar, en aplicación de aquella doctrina jurisprudencia, en nuestra sentencia de 3 de junio de 2015 (rollo de apelación 182/2015).

En el caso presente ha concurrido causa justificativa del impago previo por parte del asegurador porque se ha precisado el pronunciamiento judicial para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la consiguiente determinación de la indemnización procedente,

siendo así que la antijuridicidad del daño ha procedido de la vulneración de la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

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

NOVENO: Costas procesales de segunda instancia.-

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, al acogerse el recurso de apelación, no se hará especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS que con acogimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Lugo de 18 de julio de 2017, **REVOCAMOS** la misma, y en su lugar, **estimamos parcialmente** el recurso contencioso-administrativo deducido por doña xxx contra la resolución de 20 de abril de 2015 de la secretaria xeral técnica de la Consellería de Sanidade, por delegación de la Conselleira, desestimatoria de la reclamación de la indemnización de 83.594'11 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por el fallecimiento de su marido don xxx, de 77 años a la sazón, en el Hospital Lucus Augusti de Lugo el día 19 de enero de 2012, y condenamos solidariamente a la Administración y a la Compañía de Seguros Zurich a abonar a dicha demandante la suma de **CUARENTA MIL EUROS (40.000 €)**, más los intereses del artículo 141.3 de la Ley 30/1992 respecto a la Administración, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta segunda instancia.

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 (1570-0000-85-0402-17), 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 lo pronunciamos, mandamos y firmamos.