



Roj: **STSJ GAL 1950/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:1950**

Id Cendoj: **15030330012023100258**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2023**

Nº de Recurso: **201/2022**

Nº de Resolución: **276/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MONICA SANCHEZ ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

A CORUÑA

SENTENCIA: 00276/2023

Ponente: Doña Mónica Sánchez Romero

Recurso De Apelación nº 201/2022

Apelante: Don Jacobo / Don Jeronimo / Don Jon

Apelada: Servizo Galego de Saude /Segurcaixa Adeslas SA de Seguros y Reaseguros

EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

Ilmos/as. Sres/as.

D. Benigno López González (Presidente)

D^a. María Amalia Bolaño Piñeiro

D^a. Mónica Sánchez Romero

A Coruña, a 29 de marzo de 2023.

El recurso de apelación pendiente de resolución ante esta Sala fue promovido por don Jacobo , don Jeronimo y don Jon , representados por la procuradora Sra. Calvo Rivas, y dirigidos por el letrado don Cipriano Castreje Martínez, contra la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2021, dictada en el Procedimiento Ordinario 99/18, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de los de Santiago de Compostela, sobre Responsabilidad Patrimonial, siendo parte apelada el Servizo Galego de Saude, representado y dirigido por el Letrado de la Comunidad, y Segurcaixa Adeslas SA de Seguros y Reaseguros, representado por la procuradora Sra. Queiro García y dirigida por el letrado don Miguel José Roig Serrano.

Es ponente la Ilma. Sra. Doña Mónica Sánchez Romero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: " *Que debo estimar y estimo parcialmente el recurso contencioso-administrativo, presentada por D. Jacobo, D. Jon y D. Jeronimo contra la resolución de 9 de enero de 2018 que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños en materia sanitaria, anulando la misma y reconociendo al actor indemnización de 20.000 euros. 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 DE DERECHO

PRIMERO: Objeto del recurso de apelación.

El recurso de apelación se interpone por D. Jacobo , D. Jon y D. Jeronimo , contra la sentencia nº 374/21, de 7 de diciembre de 2021, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Santiago de Compostela.

En la citada sentencia se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los referidos, como esposo e hijos de D^a Camila , contra la Resolución de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia de 09/01/2018, por la que se resolvió desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta en relación a la asistencia sanitaria prestada a D^a Camila , quien falleció en fecha 7 de septiembre de 2015 .

Por la parte recurrente se interesaba en el suplico de su demanda que se declarase no conforme a Derecho el acto impugnado, declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que se reconociese el derecho de los demandantes a ser indemnizados por la Administración sanitaria en la cantidad de 80.000 euros por la totalidad de los daños y perjuicios causados, a razón de 50.000 euros para Don Jacobo , 15.000 euros para Don Jon y 15.000 euros para Don Jeronimo , interesando igualmente la condena de la Compañía de Seguros de la Administración demandada al pago de dicha indemnización, con responsabilidad civil directa y solidaria, así como la condena solidaria al pago de los intereses legales desde la fecha de iniciación del expediente de responsabilidad patrimonial NUM000 , y los de demora desde la fecha de la Sentencia que en su día se dicte.

En la sentencia apelada se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, en el sentido de anular la resolución impugnada, reconociendo a la parte demandante una indemnización de 20.000 euros. Y basándose para ello en la existencia de una pérdida de oportunidad, por el hecho de no haberse realizado a la paciente otras pruebas que exploración, análisis generales y una RX, tratándola únicamente con analgésicos, pese a los dolores persistentes que tenía, y sin que llegara a ser diagnosticada de la neoplasia de pulmón que padecía en estadio IV, constando en la autopsia realizada tras su fallecimiento la existencia de cáncer de pulmón con metástasis hepáticas y una broncoaspiración que fue causa de la muerte. Se fija la indemnización considerando que la paciente fallece sin conocer el diagnóstico de su enfermedad y sin opción de tratamiento que pudiera prolongar su supervivencia, si bien considerando asimismo las circunstancias del caso, la agresividad de la neoplasia y el escaso margen de tiempo transcurrido entre la primera asistencia (16 de julio de 2015) y la fecha de fallecimiento (7 de septiembre de 2015).

SEGUNDO: Alegaciones del recurso de apelación.

Por la representación de D. Jacobo , D. Jon y D. Jeronimo , esposo e hijos de D^a Camila , se interpuso recurso de apelación contra la sentencia nº 374/21, de 7 de diciembre de 2021, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Santiago de Compostela, interesando su revocación y que " *en su lugar dicte una nueva en la que estimando íntegramente la demanda y anulando el acto impugnado condene a la Administración demandada y a su aseguradora a indemnizar a mis mandantes en las sumas peticionadas con los correspondientes desgloses tal y como se solicita en el suplico de la demanda y también se les condene al pago de los intereses de la suma objeto de condena desde la fecha de la reclamación patrimonial.*

Subsidiariamente si la Sala estima que se dan los criterios para incrementar la suma a indemnizar, pero no por la totalidad pedida en el suplico de la demanda, incluyendo la ausencia de información como daño a indemnizar, que la suma indemnizatoria ascienda a la suma de 50.000 € a razón de 40.000 para el viudo y 5.000€ para cada hijo con los intereses legales desde la fecha de la reclamación patrimonial y condena solidaria.

Y Subsidiariamente si la Sala decide mantener la suma indemnizatoria de instancia, que la suma de 20.000€ constituya el principal y se devenguen los intereses de esa suma desde la fecha de la reclamación patrimonial, se desglose la misma según el criterio que estime la Sala entre el viudo de la víctima y sus dos hijos, y se condene solidariamente al pago con la aseguradora de la Administración.

Y por último subsidiariamente si la Sala decide que la suma indemnizatoria es bastante y suficiente de 20.000 € con intereses incluidos y por todos los conceptos, condene a su pago solidariamente con la Administración a la compañía de seguros de la misma, y desglose la suma indemnizatoria entre los distintos recurrentes.

Con todos los demás pronunciamientos favorables."



Se alega en el recurso de apelación la falta de motivación o motivación insuficiente de la suma concedida como indemnización, pues la misma no repara integralmente el daño causado por quebrantamiento de la *lex artis* y se aparta igualmente, en el supuesto de que aplique el criterio de pérdida de oportunidad, de la jurisprudencia que indemniza con base a ese criterio jurisprudencial. Por otra parte, la sentencia, al incluir los intereses solicitados en la suma indemnizatoria se aparta igualmente sin fundamentarlo de la jurisprudencia consolidada en el sentido de que los intereses de la suma que se conceda como indemnización se devengarán desde la fecha de la reclamación patrimonial.

Se considera que la suma indemnizatoria es ínfima puesta en relación con el daño causado, sobre todo teniendo en cuenta la edad de la víctima, sus posibilidades de supervivencia con una calidad de vida aceptable y los demás datos concurrentes entre los que destaca el especial sufrimiento padecido por la paciente, que acudió 26 veces a los servicios de salud en un plazo de tres meses sin que a pesar de no solo mantenerse la sintomatología extraordinariamente dolorosa, sino que empeoraba la misma de forma progresiva, sin que la actitud clínica fuese otra que la de incrementar el nivel de analgesia que "siempre se mostró ineficaz y que no tenía finalidad curativa."

Se señala que la sentencia no se pronuncia sobre todos los extremos de lo peticionado en la demanda, pues ni desglosa las cifras indemnizatorias que corresponden al viudo Don Jacobo ni a cada uno de sus hijos, Don Jon y Don Jeronimo, ni se pronuncia sobre la condena solidaria que se interesa de la Administración demandada conjuntamente con su aseguradora, incumpléndose por ello las normas reguladoras de la sentencia, al no pronunciarse sobre todos los extremos peticionados en la demanda.

Se indica que aunque se señala que hubo ausencia de información a la paciente sobre la relevancia de los resultados de las pruebas realizadas, tal ausencia de información, que constituye una quiebra de la *lex artis*, no es indemnizada de modo autónomo.

Se insiste en que la ausencia de motivación de la concreción de la suma indemnizatoria genera a esta parte indefensión y constituye una infracción de la tutela judicial efectiva y la convierte en arbitraria, dado que no se pueden apreciar los criterios por los que se llega a esa concreta suma razonados en la fundamentación jurídica, a pesar de la severa crítica que se hace en la sentencia a la atención recibida por la paciente.-

En cuanto a la valoración de la prueba en sentencia, se transcribe por la parte apelante el contenido del fundamento de derecho quinto de ésta.

Y, en cuanto al daño indemnizable se reitera que la sentencia recurrida no explica cuál es el criterio de cada una de las dos periciales al que se acoge, o si se acoge a alguno, para poder determinar el nivel y posibilidades de supervivencia y de la calidad de vida con la que esta paciente pudiese afrontar esa circunstancia. Se considera por al apelante que el informe de la oncóloga Dra. Lorena está mejor fundado y razonado. Se manifiesta que, partiendo del hecho de que la sentencia considera que ha habido pérdida de oportunidad y que con base ello indemniza por el "daño moral" que esta pérdida supone, se trata de una suma muy inferior a 20.000 euros puesto que en la misma incluye los intereses (desde la fecha de la reclamación patrimonial (año 2016) es decir los intereses de 6 años aproximadamente, por lo que la suma real indemnizada desciende hasta la suma de unos 16.000 € aproximadamente. Además, no indemniza por la ausencia de información como quiebra de la *lex artis*. Se añade que si bien es cierto que el cáncer estaba en un estadio avanzado, nadie pudo definir con certeza en que estadio se encontraba, y con base en el art.217.6, el Sergas por el principio de facilidad probatoria tendría que saberlo o por lo menos probar el estadio de la enfermedad que nunca fue diagnosticada, pues lo que sí es evidente es el error de diagnóstico, y la falta de más pruebas para profundizar en los datos que ya ofrecía la Rx patológica cuya información no fue valorada, información que tampoco fue facilitada a la paciente.

Se alega que en la demanda ya se hacía constar una suma reducida equivalente al 50% del baremo orientativo por los daños y perjuicios (morales) causados a su esposo e hijos, cuantía razonable en atención al principio de reparación integral y/o pérdida de oportunidad de los daños y perjuicios causados : 80.000 euros, a razón de 50.000 euros para el esposo de la paciente y 15.000 para cada hijo, teniendo en cuenta las posibilidades de que transcurridos 5 años siguiese viva la paciente con un 2% de posibilidades y que transcurridos dos años siguiese viva con un 55% de posibilidades.

TERCERO: Oposición de la parte apelada.

Por el Letrado del Servizo Galego de Saúde se formuló oposición al recurso de apelación.

Se alega, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso por razón de la cuantía, de acuerdo con el art. 81.1. a) LJCA. Se indica que en este caso la cuantía del recurso, en fase de apelación, viene determinada, al margen de la suma inicialmente reclamada, por el montante económico a que se constriñe la pretensión mantenida en la alzada; así, el recurso de apelación, según sus propios términos, se dirige a la revocación de la sentencia



impugnada en el concreto y único particular de que se incremente la indemnización en favor de D. Jon y D. Jeronimo por importe de 5.000 euros para cada uno, y en 40.000 euros a favor de D. Jacobo más abono de intereses legales, a satisfacer por la Administración. Por ello, las cantidades discutidas en esta alzada, por mor del recurso entablado por D. Jon y D. Jeronimo, no superan, ni siquiera sumadas entre sí, los 30.000 euros a que se refiere el artículo 81.1.a) de la Ley Jurisdiccional, por lo que la sentencia apelada no es susceptible de recurso de apelación en cuanto al promovido por D. Jon y D. Jeronimo. Y lo mismo cabe alegar respecto del recurso entablado por D. Jacobo, toda vez que inicialmente solicitaba una indemnización de 50.000 euros y en esta segunda instancia solicita se incremente en 10.000 euros, interesando una indemnización por importe de 40.000 euros, habiendo acordado la juez a quo el derecho a ser indemnizado con 20.000 euros, por lo que el valor económico de la pretensión (20.000 euros) tampoco alcanza el umbral regulado en el artículo 81.1.a) de la Ley Jurisdiccional.

De forma subsidiaria a lo anterior, se alega que, de la lectura del recurso de apelación se desprende que el único motivo de impugnación es la disconformidad con la cuantía indemnizatoria reconocida por el Juzgado de primera instancia. Se alega por lo apelantes la falta de motivación o motivación insuficiente de la suma indemnizatoria concedida, refiriendo que la indemnización reconocida es ínfima teniendo en cuenta las circunstancias.

Al respecto se señala que, precisamente, la juez de instancia para determinar la cuantía de la indemnización tuvo en cuenta esas circunstancias a las que alude la parte apelante y que, según sostiene, no fueron tomadas en consideración; así, atendió a la edad de la paciente, a la gravedad del proceso neoplásico que padecía la Sra. Camila y a las posibilidades de supervivencia. Se indica que una de las cuestiones que ha quedado suficientemente acreditada tras la práctica de la prueba es que la paciente padecía una agresiva patología con, desgraciadamente, un nulo o mínimo margen de supervivencia, porque como manifestó la Dra. Ramona durante la celebración de la vista, en agosto la paciente ya tendría un cáncer en estadio IV B en el que las posibilidades de supervivencia a 24 meses son del 16%; y en el informe del servicio de Oncología aportado durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial consta que "no hubo ni diagnóstico ni sospecha de malignidad" y en el caso de haberse realizado dicho diagnóstico "el tratamiento sería paliativo con pronóstico infausto de semanas a meses." Además, se alega que no cabe pasar inadvertido que la juez de primera instancia fijó la cuantía indemnizatoria atendiendo a la teoría de la pérdida de oportunidad, y que no cuestiona la parte apelante, por lo que procede señalar una cantidad a tanto alzado acudiendo a un juicio ponderado y prudente, en el que se tengan en cuenta las circunstancias tanto objetivas como subjetivas concurrentes (que como ya se ha dicho sí fueron tenidas en cuenta por la juez a quo). Y por todo ello se considera que no procede hablar de falta o insuficiente motivación.

Subsidiariamente, se manifiesta oposición a la pretensión de estimación íntegra de la demanda que se efectúa en el recurso de apelación, oponiendo para ello los motivos ya expuestos en el escrito de contestación a la demanda y en el de conclusiones.

Por la representación de Segurcaixa Adeslas SA de Seguros y Reaseguros se formula asimismo oposición al recurso de apelación.

Se considera que la parte actora pretende una revisión de la prueba sin aportar nuevas argumentaciones para su recurso de apelación, limitándose a esgrimir de nuevo las mismas manifestaciones que ya se resolvieron en la sentencia recurrida. Por tanto, no se plantea infracción normativa alguna, sino disconformidad con el resultado de las pruebas practicadas que lejos de apoyar la pretensión contraria, no hacen sino desvirtuarla, pretendiendo imponer la propia valoración de parte, y sin que se hayan incumplido las normas de valoración de la prueba.

Se señala que, como se indica en la sentencia de instancia, las expectativas de vida de la paciente eran evidentemente nulas, teniendo en cuenta que el cáncer estaba tan avanzado, que falleció poco después. La actora basa su recurso en el hecho de que si se hubiera ampliado el estudio radiológico realizado en julio de 2015, la paciente hubiera sobrevivido varios años al cáncer que sufría, pero dicho recurso se argumenta de espaldas a la prueba practicada ya que, en la misma resultó evidente, no sólo la gravedad del cáncer sino el hecho de que de haberse iniciado el estudio en dicha fecha el tratamiento no hubiera podido comenzar hasta poco antes de su fallecimiento, y así se recoge en la sentencia de instancia. Por ello, es evidente que las expectativas eran muy bajas, pues ha de valorarse que no es cierto, como indica la parte actora, que la paciente hubiera iniciado ya el tratamiento en julio, ya que en primer lugar era necesario realizar un estudio oncológico lo que hubiera retrasado el inicio del tratamiento un mes por lo menos, y así lo explicó la Dra. Ramona ante el juzgado: "*Le piden una placa de tórax, después le hubieran tenido que pedir un escáner. Dependiendo de lo que diga el escáner se puede hacer una broncoscopia sencilla o una ecobroncoscopia, por lo que depende de la disponibilidad. Si se obtiene muestra fácilmente suelen tardar entre tres semanas y un mes. Además, si no es un cáncer de célula pequeña como este, hay que hacer un estudio de marcadores que*



también tardan un tiempo, que depende de la disponibilidad del hospital y de que haya que enviarlo al hospital de referencia . Por tanto, en el mejor de los casos, NO TARDARÍAN MENOS DE UN MES". Por tanto, es evidente que, en agosto, tan sólo un mes antes del fallecimiento, la situación de la paciente era muy parecida por lo que no es cierto, a pesar de lo indicado de contrario que estemos ante una pérdida de oportunidad, al tener unas posibilidades de supervivencia inexistentes. Asimismo, no es cierto que si se hubiera diagnosticado antes, el estadio sería menor, sino que como explicó claramente la Dra. Ramona en el acto de la prueba *"el estadio con toda seguridad sería el mismo, porque tenía unas metástasis hepáticas muy extensas. La masa es muy grande. Uno de los datos más importantes es el volumen tumoral más las lesiones a distancia. Esto en un mes no cambia. Ningún oncólogo empieza a tratar a un paciente un sin un estudio anatomopatológico, el estudio histológico y los marcadores biológicos...El grado de extensión de las metástasis que se ven en la autopsia, no se hacen en un mes En pacientes como esta, la esperanza de vida es del 16% a 24 meses. Sin embargo, HAY PACIENTES QUE MUEREN DE UNA EMBOLIA, COMO ÉSTA" .*

En definitiva, se concluye que el hecho de haber sido tratada, en el último mes de vida de la paciente, no garantizaba que la paciente no falleciera por la misma razón o por otras asociadas al tratamiento, y, en cualquier caso, hay que tener en cuenta que, en el año 2017, la paciente muy probablemente sólo hubiera recibido quimioterapia, lo que, dado lo avanzado del tumor que padecía no hubiera alargado significativamente su vida. Y se señala que la razón de que no se pudiera diagnosticar el cáncer que sufría la Sra. Camila , fue exclusivamente la absoluta falta de sintomatología que hiciera sospechar a los médicos, no habiéndose modificado el resultado si hubiera empezado a tratarse en agosto, tan sólo un mes antes de su fallecimiento.

Al hilo de lo anterior, se alega que la sentencia condena a la Administración por no diagnosticar una patología que no dio sintomatología en ningún momento, pues de la prueba resulta que la paciente no mostró en ningún momento sintomatología compatible con el cáncer de pulmón que padecía, por lo que el mismo, nunca pudo ser diagnosticado. La primera asistencia tiene lugar en julio de 2015, es decir, tan sólo dos meses antes del fallecimiento, por lo que las medidas terapéuticas a tomar, en ese momento ya eran muy limitadas; además, y mucho más importante, la paciente acudió por una patología completamente distinta a la masa tumoral y la metástasis que se descubrieron en la autopsia : era una mujer de 56 años, con antecedentes sólo de hipertensión, que comienza con un dolor mecánico en columna lumbar irradiado a MMI de forma ocasional; y en ningún momento, la paciente refiere ninguna sintomatología, además del dolor lumbar referido. Se señala que, de hecho, se realizan pruebas a nivel lumbar que, en ningún momento evidencian patología ósea, y, aunque por la actora en su escrito de conclusiones señala que la patología lumbar era secundaria al tumor pulmonar que presentaba la paciente, sin embargo, por los datos descubiertos en la autopsia, se ha de descartar dicha circunstancia de forma objetiva, ya que, en la autopsia, no se evidencia metástasis a nivel lumbar, indicando la Dra. Ramona que el proceso era ajeno al proceso oncológico, y que la actuación sanitaria fue correcta ya que, la paciente, en ningún momento evidenció sintomatología compatible con un cáncer de pulmón que permitiera a los profesionales sospechar que la paciente estaba sufriendo dicha patología.

Se añade que la única manifestación del cáncer sufrido por la paciente era unas leves anomalías en las radiografías realizadas, a un nivel distinto de la zona para la cual se solicitó el estudio, por lo que es completamente normal que dicha anomalías no fueran apreciadas, al no ser esa zona la estudiada por los facultativos en ese momento.

En consecuencia, se considera que la cuantía concedida por la sentencia de instancia se basa en una expectativa muy remota, valorándose de forma retrospectiva, porque, si se valoran los hechos según ocurrieron cronológicamente, es evidente que era imposible saber que la paciente estaba padeciendo un cáncer, que no dio ningún tipo de síntoma, habiéndose constatado en la prueba practicada que el dolor de la espalda no estaba relacionado, siendo, efectivamente, como se diagnosticó un dolor mecánico al no existir metástasis a ese nivel.

CUARTO: Admisibilidad del recurso de apelación

Por el Letrado del Servizo Galego de Saúde se alega en primer lugar la existencia de causa de inadmisibilidad del recurso por razón de la cuantía.

Al respecto, ha de recordarse que el análisis de la inadmisibilidad por razón de cuantía, al pertenecer al orden público procesal, exige su examen de forma obligatoria y prioritaria a cualquiera otra. De conformidad con sentencias del Tribunal Supremo, como la de 20 de diciembre de 2004 " *el órgano jurisdiccional puede, en cualquier momento del proceso, incluso de oficio, determinar su cuantía, ya que se trata de una materia de orden público, especialmente cuando de ello depende la procedencia o improcedencia de los recursos de apelación o casación, el cual no puede quedar al arbitrio de las partes* ".

Por tal razón, no existe limitación alguna para que la Sala se pronuncie sobre la cuantía del recurso, y consecuente admisibilidad del mismo, sin que la decisión esté condicionada por lo fijado en la instancia, pues predomina el carácter de cuestión de orden público de la materia de que se trata.



Por lo demás, no ha de olvidarse que el derecho a la segunda instancia es un derecho de configuración legal, sometido por tanto a los requisitos y condiciones que la ley y la jurisprudencia que la aplica e interpreta establecen, de modo que el derecho a la tutela judicial efectiva se ve satisfecho con la resolución dictada en única instancia aunque contra ella no quepa apelación. Así, sentencias del Tribunal Constitucional 109/1987 (EDJ 1987/109) o 322/1993 (EDJ 1993/9992) indican que " *la Constitución no garantiza una doble instancia, salvo en el orden jurisdiccional penal* ", y en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Auto de 29 de septiembre de 2011 (rec. 47/2011).

Al respecto, en el artículo 81 LJCA se señala " *1. Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes :*

a) *Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros.*

b) *Los relativos a materia electoral comprendidos en el art. 8.4. NT*

2. Serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes:

a) *Las que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de la letra a) del apartado anterior.*

b) *Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.*

c) *Las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas.*

d) *Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales".*

Por su parte, el artículo 41 de la LJCA señala " *1. La cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo.(...)*". Y, conforme al artículo 42 de la misma ley " *1. Para fijar el valor económico de la pretensión se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, con las especialidades siguientes: a) Cuando el demandante solicite solamente la anulación del acto, se atenderá al contenido económico del mismo, para lo cual se tendrá en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél. b) Cuando el demandante solicite, además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, o cuando solicite el cumplimiento de una obligación administrativa, la cuantía vendrá determinada: Primero. Por el valor económico total del objeto de la reclamación, si la Administración pública hubiere denegado totalmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante. Segundo. Por la diferencia de la cuantía entre el objeto de la reclamación y el del acto que motivó el recurso, si la Administración hubiera reconocido parcialmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante. 2. Se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de planeamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquéllos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración.*

También se reputarán de cuantía indeterminada los recursos interpuestos contra actos, en materia de Seguridad Social, que tengan por objeto la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores".

En el caso presente, ha de tenerse en cuenta que lo que se venía reclamando en la instancia por los demandantes - padre e hijos de D^a Camila -, con una representación única, era el derecho a ser indemnizados por la Administración sanitaria en la cantidad de 80.000 euros por la totalidad de los daños y perjuicios causados, a razón de 50.000 euros para Don Jacobo , 15.000 euros para Don Jon y 15.000 euros para Don Jeronimo ; es decir, interesaban la cantidad de 80.000 euros en su pretensión única, con el desglose antes indicado.

En la sentencia de instancia se condenó a la Administración demandada al abono de la cantidad global de 20.000 euros por todos los conceptos, sin efectuar desglose alguno entre los demandantes.

En el suplico del recurso de apelación, los demandantes hacen valer una pretensión principal, consistente en que se dicte nueva sentencia estimando íntegramente la demanda, según cuantía y desglose en ella señalados , es decir, el total de 80.000 euros, y, de forma subsidiaria una serie de peticiones , siendo la primera que se condene a un total de 50.000 euros (40.000 euros para el esposo y 5000 para cada hijo); la siguiente que se mantenga la cantidad de 20.000 euros de la sentencia de instancia según desglose que la Sala considere oportuno pero sin incluir en esa cantidad los intereses legales debidos, y la última, el mantenimiento de la condena de instancia pero añadiendo la responsabilidad solidaria de la aseguradora codemandada, lo cual se interesa en todo caso, al igual que los intereses legales que la juez de instancia incluyó en la cantidad global.



Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, y en concreto que la pretensión principal del recurso de apelación es la condena a la cantidad de 80.000 euros que fue pedida en la demanda, el interés económico de la pretensión en esta alzada excedería de los 30.000 euros, siendo en concreto de 60.000 euros, al haber sido reconocida en la sentencia apelada la indemnización por 20.000. El hecho de que por la actora se haya efectuado un desglose de la cantidad global solicitada, para su reparto interno entre los demandantes perjudicados por el fallecimiento de la paciente, no puede suponer que se tenga en cuenta de forma independiente lo reclamado por cada uno de ellos, como si de recursos independientes se tratase, y más en este caso en que en la sentencia de instancia no se llegó a concretar ese reparto interno de la cantidad objeto de condena entre los tres perjudicados.

En consecuencia, en atención a lo expuesto, no puede ser estimada la causa de inadmisibilidad del recurso de apelación, por razón de la cuantía, esgrimida por la representación del SERGAS.

QUINTO : Datos de interés.

D^a Camila , de 56 años, era fumadora de 10-20 cigarrillos/día desde los 26 años.

El 16/07/2015 acudió a consulta con su médico de atención primaria en el Centro de Salud de Ponteareas, por " *dolor en Raquis lumbar, de características mecánicas, de inicio súbito, sin irradiación a mmii2. No sd miccional. Tomó 2 comp juntos ibuprofeno*", señalándose como diagnostico " *dolor lumbar mecánico*", pautándose continuar con tratamiento de ibuprofeno 600 mg, paracetamol 1 gramo y seguimiento por MAP.

Al día siguiente, 17/07/2015 la paciente volvió a la consulta continuando con dolor lumbar, y señalándose como diagnostico Lumbalgia mecánica, pautando "RHB3, dieta y ejercicio".

A los 4 días, 21/07/2015, en consulta de atención primaria se solicitó analítica de sangre y orina que se realizó el 23/07/2015, en los resultados de laboratorio se observan alteraciones como creatinina de 255.9 mg/ dL (valor normal 60-150) y C. Cetónicos 60.0 (valor normal 0 a 4) en orina . No se piden marcadores tumorales.

Acudió el 22 de julio por primera vez a urgencias del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo (CHUVI) por persistencia del dolor pese al tratamiento. Tenía antecedentes de hipertensión y estaba en tratamiento con Coropres. Se realizó una RX de columna dorsal y lumbar. Se aprecia disminución del espacio intervertebral L4-L5. En la RX de columna lumbar no tenía alteraciones relevantes. En la proyección postero-anterior de columna dorsal no existían lesiones óseas, pero se aprecia un ensanchamiento mediastínico con una imagen en hilo derecho, y en la proyección lateral, dudosos nódulos. Fue dada de alta con control por su MAP y cita en traumatología.

El 30/07/2015 se señala que la paciente había acudido a urgencias, y estaba pendiente de consulta de traumatología por disminución de espacios intervertebrales L4-L5.

El día 5 de Agosto 2015 , es valorada por Traumatología en consultas externas (Dr. Ezequias) , que realiza orientación diagnóstica como discopatía L4-L5, se indica tratamiento con Naproxeno, Valium, Inzityny tratamiento rehabilitador.

El 06/08/2015 consta que se pautó medicación oral, tras ser vista el día antes por traumatología. El diagnóstico continuaba siendo dolor lumbar mecánico.

El 09/08/2015 consta en consulta que " *no cesa dolor*" pero el diagnóstico continúa siendo una "Lumbalgia aguda" y se pauta tratamiento de urbason 480 mg im5 medio Valium 6im , y en casa continuar con la misma medicación.

El 11/08/2015 acudió de nuevo por " *nuevo episodio de lumbalgia aguda*", pautándosele Rehabilitador Diclofenaco7 y urbason 40 im.

El 12/08/2015 acude de nuevo a consulta por " *no control de dolor lumbar*" pautándose iniciar tratamiento con inzitan8 y valium 10.

Realiza una nueva visita de urgencias CHUVI el 19 de Agosto 2015, de nuevo se orienta cuadro de discopatía L4-L5, indicando seguir el mismo tratamiento farmacológico.

Al día siguiente , la enferma debe acudir a su médico de cabecera, este indica de nuevo tratamiento con Inzitan intramuscular, que asocia a tramadol , nolotil , espidifen. Se anota en el historial clínico que " *volvió de nuevo a urgencias*" y " *le dijeron mantener el mismo tratamiento*".

Los días 21, 22 y 23 de agosto de 2015 se le continuó administrando inzitanim.

El día 25/08/2015 " *acude por intenso dolor lumbar irradiado hacia ambos MMII desde esta noche*", señalándose como diagnóstico Lumbociatalgia, se realiza terapia neural y enantyum 9im, pautando vigilancia domiciliaria,



enantyum 25 mg, tramadol10 y metamizol11 igual, y control por su MAP. evero. Ese mismo día consta una segunda consulta en la que se administra también nolotil iv y valium 10 iv.

El 27/08/2015 la paciente acudió por " dolor en reg. lumbar, refiere que no le cede a pesar de tto con Metamizol, tramadol e ibuprofeno", se notó que estaba " ansiosa. Postura antialgica. No dolor a la palpación apófisis espinosas" y se señaló como diagnóstico sin mediar prueba alguna " Lumbociatalgia con gran componente ansioso", pautándose enantyumiv y diazepam12 iv.

Al día siguiente, 28/08/2015, la paciente acudió de nuevo a consulta, se anotó que " refiere leve mejoría con tto endovenoso, solicita insistentemente que le pongan tto. Intramuscular", señalándose como plan " SF 2ml im y alta a domicilio". Se especifica en curso clínico " se explican signos de alarma para acudir de nuevo a control por médico atención primaria "

El 03/09/2015 acudió de nuevo a consulta " con múltiples quejas, sensación de mareo (empezó tto confeliben13, que interrumpió el domingo, ayer puso nuevamente el parche), cierta dificultad al habla, rectorragia (diagnosticada de hemorroides previamente), dice que tiene menos dolor", en exploración de abdomen se anotó "blando, depresible, no visceromegalia, Blumberg negativo, timpanismo, dolor a la palpación epigástrica e hipocondrio derecho", y se señaló como diagnóstico " mareo inespecífico en relación feliben, dolor abdominal", pautando primperan14 IV en 100 cc SF, suspender feliben, dar targin155/10 1/12 y aumentar a 2/12 dentro de 5 días.

El 07/09/2015 consta que "avisa 061 de probable parada cardiorrespiratoria", " a nuestra llegada la paciente está en cama, en parada cardiorrespiratoria con pupilas midriáticas arreactivas a la luz, se tumba en el suelo firme la paciente y se inicia las maniobras de RCP16 durante 25 min no siendo efectivas. Ausencia de latido cardiaco y ausencia de respiración espontánea, se aprecia gran hematoma a nivel de seno derecho y pequeños hematomas en EEII restos hemáticos en faringe y boca", "EXITUS", "se avisa a las fuerzas del orden público vía 061 para que se hagan cargo del cuerpo y avisar al forense de guardia por muerte judicial".

El diagnóstico en el informe del forense tras la autopsia es de causa de la muerte por fallo multiorgánico, que engloba como causa fundamental la existencia de un tumor neuroendocrino de células grandes infiltrantes pulmonar, con metástasis ganglionares y metástasis extensas del hígado. No aparece en informe estudio de esqueleto óseo (ni ninguna estructura ósea que forme parte del mismo).

SEXTO: Prueba practicada.

En supuestos como el presente, en el que se trata de valorar la asistencia médica prestada por el Servicio Público de Salud, resulta prueba esencial la de los informe periciales aportados por las partes.

Por la parte demandante se aportó informe pericial de D^a Lorena , Licenciada en Medicina y Cirugía, especialista por Sistema Nacional Mir en Oncología Radioterápica por el Hospital de la Santa Cruz y San Pablo, y en él se señalaba que " ante la presentación de no MEJORIA /EMPEORAMIENTO, a pesar de los múltiples tratamientos farmacológicos, era suficiente para realizar un estudio diagnóstico etiológico con la utilización de exploraciones complementarias con mayor SENSIBILIDAD diagnóstica como es un simple TAC columna dorso-lumbar (en caso de metástasis óseas alcanza sensibilidad diagnóstica de entre el 70-100%). -La práctica de tal prueba nos hubiera aportado: - Si se trataba realmente de una LUMBALGIA sin más trascendencia MECÁNICA, o por el contrario la etiología específica de la misma era otra, se hubiera realizado un DIAGNÓSTICO DIFERENCIAL (una de las etiologías más frecuentes: DISCOPATÍA o HERNIACIÓN DISCAL, se diagnóstica perfectamente con la realización de un Tac); - Ante la tipificación específica y correcta de la etiología de tal clínica , INDICAR la más OPTIMA RESOLUCIÓN ; - Si, por el contrario, la etiología de tal clínica se debía a otras causas como: *Infiltración por procesos adyacentes (neoplasias). *Existencia de lesiones líticas metástasis. *Ante un diagnóstico precoz, se puede estudiar origen de tal proceso, y ofrecer a la paciente el tratamiento adecuado".

Se añade por la perito que en el informe de autopsia " No aparece en informe estudio de esqueleto óseo (ni ninguna estructura ósea que forme parte del mismo). Por lo tanto , " basándonos en INFORME de Autopsia , no se puede afirmar la NO EXISTENCIA DE AFECTACIÓN ÓSEA (columna DORSO -LUMBAR)POR EL TUMOR (METÁSTASIS OSEAS), QUE EXPLICAN PERFECTAMENTE LA MANIFESTACIÓN CLÍNICA DE LA ENFERMA .-Tener en cuenta acerca del Tumor Neuroendocrino de células gigantes del cual estaba afecta la enferma: - Se trata de una Neoplasia de pulmón asociada directamente con HÁBITO TABAQUICO. -Sus alternativas de tratamiento oncológico se basan según estadio tumoral se diagnostique: - Un diagnóstico en etapas de afectación LOCAL se puede beneficiar de una CIRUGÍA RADICAL, seguida de un tratamiento adyuvante con quimio/radioterapia; - Las supervivencias que se alcanzan en estadios iniciales, con afectación local son de 78-62 meses; - Por el contrario , en estadios avanzados , con afectación de estructuras orgánicas vecinas o metástasis a distancia , pueden tratarse con quimioterapia , alcanzándose supervivencias de hasta dos años; - En el caso de la enferma, si se hubiera orientado su clínica sintomatológica correctamente en julio 2015, a pesar de tratarse de un Tumor



de Pulmón con afectación ósea, se hubiera conseguido: - Iniciar lo más pronto posible un tratamiento oncológico adecuado con Quimioterapia. - Tal tratamiento hubiera perseguido "enlentecer" y "frenar" el libre crecimiento tumoral maligno sin diagnóstico (tanto a nivel local como a distancia) .- Tener en cuenta que con el tratamiento oncológico, en estadios avanzados , como el de la paciente , se alcanzan en estos estadios supervivencias de hasta dos años. - La clínica sintomatológica de la enferma hubiera mejorado, con lo cual el máximo bienestar de la paciente hubiera sido el más óptimo.

Por la aseguradora codemandada se aportó informe pericial emitido por D^a Ramona , Licenciada en Medicina y Cirugía, Especialista en Medicina Interna, Especialista en Neumología, Profesora Asociada del Departamento de Medicina Interna de la Universidad Autónoma de Madrid, y Licenciada en Derecho , la cual señaló , al referirse al caso concreto que *"Ante un paciente con lumbalgia, es conveniente realizar una correcta anamnesis y exploración física para descartar otras patologías graves. En este caso, tanto por el MAP como en urgencias, se realiza una anamnesis de la paciente y se explora en repetidas ocasiones, tanto por el MAP, los facultativos de urgencias o el traumatólogo. En ningún momento se recogen otros síntomas diferentes de la lumbalgia en la anamnesis, ni ninguna complicación neurológica o no neurológica en la exploración. Se solicitan análisis (23/7/2015) que NO muestran ninguna alteración y una RX de columna dorsal y lumbar (22/7/2015) que no muestra alteraciones óseas. No obstante, y sin ser la técnica de elección correcta, en las radiografías aparecen algunas alteraciones como un ensanchamiento mediastínico en la PA y en la lateral unas imágenes dudosas de nódulos, que podrían ser imágenes de superposición, que podrían haber justificado la realización de un RX de tórax con la técnica adecuada y la valoración radiológica".*

Se añade por la Perito que *"La autopsia muestra una masa pulmonar con adenopatías mediastínicas y peripancreáticas y extensas metástasis hepáticas de un tumor neuroendocrino de células grandes, con émbolos tumorales pulmonares. Es decir, un tumor estadio IV, cuya supervivencia es prácticamente nula." Y concluye que " Las imágenes radiológicas de la primera atención hubieran debido motivar la realización de nuevas exploraciones radiológicas, dado que no tenían la técnica adecuada para valorar el pulmón. Esta actuación no es del todo correcta, porque la alteración radiológica hubiera aconsejado profundizar en el cuadro para descartar una causa secundaria. Este estudio hubiera conllevado un tiempo. El tumor era un estadio IV, con metástasis hepáticas y ganglionares extensas en la autopsia. No parece que existieran metástasis óseas, con lo que la lumbalgia no se explica y puede ser una lumbalgia no secundaria. El estadio de agosto, en el caso que se hubiera diagnosticado entonces, hubiera sido el mismo que en septiembre cuando falleció, con lo que no existe pérdida de oportunidad, dada la extensión y agresividad del tumor". Como conclusión final manifiesta " La atención no es correcta en una lumbalgia en la que el día 22 en una RX no de tórax, existían algunas alteraciones que hubieran debido aclararse, con la técnica correcta. A tenor de la evolución, la lumbalgia no guarda relación con el motivo por el cual falleció, un carcinoma neuroendocrino pulmonar con extensas metástasis hepáticas y ganglionares, estadio IV, que hubiere sido similar si se hubiera realizado el diagnóstico en agosto".*

En el informe del Coordinador del Servicio de Urgencias del CHUVI de Vigo, de 2 de junio de 2016, se hace constar que en las cuatro atenciones en el Servicio de Urgencias la paciente relata como síntomas claros y concisos : dolor lumbar, bloqueo de espalda e irradiación a extremidades en las dos últimas ocasiones; en ningún momento relata otros síntomas que puedan hacer pensar en un proceso neoplásico y menos pulmonar; y que por ello las atenciones se encaminaron a tratar el dolor y descartar una complicación urgente de su lumbalgia con posible compromiso ciático. Se añade que en el informe de autopsia nada se indica sobre metástasis óseas que pudiesen explicar la lumbalgia de la paciente; si no se demostrasen metástasis óseas es muy difícil explicar su lumbalgia por proceso neoplásico; finalmente la causa de la muerte es una bronco aspiración, que a su vez se puede deber a múltiples situaciones y no tiene por qué corresponder a la evolución natural de su proceso neoplásico.

Por su parte, en el informe del Servicio de Oncología, se hace constar que *" no hubo ni diagnóstico ni sospecha de malignidad"*, y, en el caso de haberse realizado dicho diagnóstico, *" el tratamiento sería paliativo con pronóstico infausto de semanas a meses"*.

SÉPTIMO: Resolución del recurso de apelación.

A la vista de las alegaciones del recurso de apelación, al transcribir en el mismo la parte apelante la valoración de la prueba efectuada por la juzgadora, ha de considerarse que se muestra conformidad con la misma, y con la conclusión de ésta de considerar inexplicable que tras las múltiples consultas efectuadas desde la primera en julio de 2015, hasta prácticamente su fallecimiento el 7 de septiembre siguiente, no hubiera tenido más respuesta la paciente que el tratamiento analgésico, diagnosticándole un problema de lumbalgia, y sin indagar más sobre otras posibles causas del dolor que no remitía con la analgesia pautaada, y ello pese a que se realizó una RX de columna lumbar en la que se apreció ensanchamiento mediastínico con una imagen en hilo derecho, y en la proyección nódulos dudosos , pero sin que se ampliase el estudio para determinar su etiología. La juez de instancia, con la valoración de la prueba que efectúa considera la existencia de una pérdida



de oportunidad, por no haberse practicado alguna prueba más, como un TAC, para determinar la naturaleza y alcance de la patología que sufría, y dar oportunidad a instaurar un tratamiento que pudiera haber conllevado una supervivencia por más tiempo.

La parte apelante discrepa de la indemnización fijada en sentencia que considera que no se corresponde con el perjuicio causado, además de no estar debidamente motivada, y ni siquiera desglosada en relación a los perjudicados reclamantes.

Respecto a la falta de motivación, ha de considerarse que, con independencia de que se pueda estar o no de acuerdo con ésta y con la cantidad concreta que se fijó en la sentencia de forma global (incluyendo todos los conceptos), en cualquier caso no puede considerarse que exista una falta de motivación, pues, como se acaba de indicar, tras señalar lo que se consideraba probado, y concluir la juzgadora que se trataba de un supuesto de pérdida de oportunidad por no haber utilizado los medios al alcance para completar un diagnóstico y poder pautar el tratamiento correspondiente, señala la juez que ha de indemnizarse el perjuicio teniendo en cuenta las posibilidades de supervivencia (y de hecho hace mención lo que se recoge al respecto en los informes periciales), y el hecho de que la paciente fallece sin conocer la relevancia de la información reflejada en la RX, ni el diagnóstico de su enfermedad, y sin opción de tratamiento para prolongar su supervivencia, e indicando que además para fijar la indemnización concreta toma en consideración la edad, carácter agresivo de la neoplasia que padecía, el escaso margen de tiempo entre la primera asistencia y la fecha del fallecimiento, y las posibilidades de tratamiento.

En consecuencia, sin perjuicio de que, en efecto, no lleva a cabo la jueza un desglose de qué cantidad correspondería a cada uno de los perjudicados, no puede hablarse de falta de motivación al fijar la cuantía indemnizatoria, y, dando respuesta a una de las dudas que se suscitan por la parte apelante, - que hace hincapié en el derecho a la información de la paciente, y que manifiesta desconocer si en la indemnización fijada se incluye ya una compensación por esta cuestión -, cabe indicar que del tenor literal del razonamiento sí es considerada esta cuestión en la sentencia de instancia que recoge al fijar la indemnización que "*Lo cierto es que al paciente fallece sin conocer la relevancia de la información reflejada en su enfermedad y sin opción alguna de tratamiento y de prolongar su supervivencia*", de lo cual se infiere que tiene en cuenta la indemnización por pérdida de oportunidad, y por el daño moral correspondiente a esa falta de conocimiento por no haber tenido conocimiento de lo que realmente le ocurría.

En cuanto a la valoración de la conformidad a derecho del razonamiento judicial al declarar la responsabilidad patrimonial y fijar la indemnización correspondiente, la parte apelante lo que alega es que esa cantidad fijada es muy reducida en atención a las circunstancias, pero tampoco efectúa un pronunciamiento claro para pretender, en su caso, que lo que hubo fue una mala praxis asistencial y no una pérdida de oportunidad, pareciendo asumir esa doctrina de la pérdida de oportunidad, además de considerar la vulneración del derecho a la información, lo cual sí considerar mala praxis.

Pues bien, ha de considerarse, en atención a las periciales practicadas, que la asistencia prestada a D^a Camila fue adecuada a los síntomas que la misma tenía y que manifestaba en las asistencias tanto al médico de atención primaria como a Urgencias del CHUVI, habiéndosele efectuado además de la exploración, analíticas y RX de columna dorsal y lumbar. Según resulta de la historia clínica la paciente no manifestaba otro síntoma que no fuese el dolor, el cual, en efecto, no cedía con la analgesia que se fue pautando, cada vez más fuerte.

La cuestión que a la vista de lo informado resulta más relevante es el resultado de la RX de columna que se le efectúa, de la que resultó que no había en columna lumbar alteraciones relevantes, y que, aunque en la proyección postero-anterior de columna dorsal no existían lesiones óseas, sí se apreciaba un ensanchamiento mediastínico con una imagen en hilo derecho, y en la proyección lateral, dudosos nódulos. Este resultado, según indican ambas peritos, debiera haber llevado a completar el estudio con otras técnicas más precisas, como pudiera ser un TAC, para descartar otras patologías, como se demuestra que efectivamente existían una vez que es conocido el informe de autopsia tras el fallecimiento de D^a Camila, en el que se revela la existencia del tumor neuroendocrino de células grandes infiltrantes pulmonar, con metástasis ganglionares y metástasis extensas del hígado, y que, aunque no existe prueba directa, pues no se recoge en el informe forense, cabe valorar afectación en columna que se manifestaba con dolor en la paciente.

Es precisamente el resultado de la radiografía en lo que se apoya la sentencia de instancia, junto a las sucesivas consultas por dolor que no cedía con el tratamiento farmacológico, para considerar que no se utilizaron medios al alcance para poder determinar realmente la afección y pautar el tratamiento, y, de hecho, incluso la perito que informa a instancia de Segurcaixa Adeslas concluye que "*La atención no es correcta en una lumbalgia en la que el día 22 en una RX no de tórax, existían algunas alteraciones que hubieran debido aclararse, con la técnica correcta*", si bien también indica que "*la lumbalgia no guarda relación con el motivo por el cual falleció, un*

carcinoma neuroendocrino pulmonar con extensas metástasis hepáticas y ganglionares, estadio IV, que hubiere sido similar si se hubiera realizado el diagnóstico en agosto".

Pues bien, estando conformes los peritos sobre la relevancia del resultado de la RX de columna lumbar y dorsal, y que habría sido adecuado a la *lex artis* completar el estudio con otras técnicas, ha de considerarse en efecto que se perdió la oportunidad de diagnosticar a D^a Camila la enfermedad realmente padecida, y poder programar un tratamiento frente a la misma; cuestión distinta es la efectividad que este tratamiento pudiera tener, o en qué medida podría haber cambiado el curso de los hechos, pero precisamente esa incertidumbre es la que ha de compensarse con la indemnización correspondiente a una pérdida de oportunidad.

En sentencia de esta Sala y Sección de 15 de septiembre de 2021, recurso n^o 121/21, se indicaba que "*con arreglo a la moderna jurisprudencia, el criterio de la "lex artis" no es el único en que se puede fundar la antijuridicidad del daño, ya que existen otros parámetros que asimismo pueden dar lugar a dicha apreciación, como sucede con la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad*".

En dicho sentido en la sentencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 2012 (recurso 4598/2011) (EDJ 2012/256855) se argumentó que "La privación de expectativas constituye un daño antijurídico, puesto que aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias. A que no se produzca una "falta de servicio" en sentido concordante de "defecto de pericia y pérdida de actividad" (STS 24/11/2009, RC 1592/2008)".

En el mismo sentido se declara en la sentencia de 3 de diciembre de 2012 (recurso de casación 2892/2011), que 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 "

Como se ha expuesto, la imposible determinación de cuál es el daño en el caso examinado, y al mismo tiempo el desconocimiento de cómo habría evolucionado el paciente en el supuesto de haber tenido una asistencia médica más rápida, lleva a considerar que la situación provocada comporta una privación de expectativas que, desde el punto de vista jurídico, como se ha dicho viene calificado como pérdida de oportunidades (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2005 y 26 de junio de 2008)...."

Por tanto la valoración de la pérdida de oportunidad que efectúa la juez de instancia, y que, de hecho, parece aceptar la apelante, ha de ser confirmada, y debiendo considerarse que en esa falta de actuación respecto a la información obtenida de la RX de columna, base de la pérdida de oportunidad, incluye asimismo el daño moral que puede estimarse de no haber podido conocer el diagnóstico real de la patología antes del fallecimiento, y, en concreto, al no constar si fue puesto en conocimiento de D^a Camila el resultado radiológico, se valora también el daño de haber privado a la misma de opinar al respecto, o tomar determinadas decisiones como solicitar una segunda opción médica.

Y todo el razonamiento anterior ha de entenderse en la consideración de que el dolor lumbar que presentaba D^a Camila, y que, según la historia clínica, era la única sintomatología que la misma tenía cuando fue asistida en sucesivas consultas, sí estaba relacionado con la neoplasia pulmonar que fue causa del fallecimiento, pues aunque es cierto que en el informe de autopsia no se hace cita de metástasis en columna, tal y como indicó la perito Sra. Ramona, sin embargo ha de valorarse que, como manifestó la Dra. Lorena, en el citado informe tras la autopsia no consta que se haya estudiado el sistema musculoesquelético, como sin embargo sí se hizo y expresamente se indicó de otros órganos y partes del cuerpo, y por ello, partiendo de las declaraciones periciales que afirman que en este tipo de cáncer pueden aparecer metástasis óseas hasta en un 25% de los pacientes, que se manifiestan en columna vertebral, pelvis y fémur, aunque no hay prueba directa, ha de valorarse como prueba presuntiva los datos referidos para entender que esas manifestaciones de dolor en los últimos dos meses de su vida, de los que no constan antecedentes previos, estaban relacionados con la neoplasia pulmonar sufrida.

Dicho lo anterior, y para resolver la impugnación de la cuantía fijada en la sentencia de instancia que se efectúa en el recurso de apelación, una vez que ya se ha señalado que no hay ausencia de motivación, ha de valorarse que atendiendo especialmente al estadio en que se encontraba el tumor de la paciente, señalándose en el



informe forense "metástasis hepáticas y ganglionares, estadio IV", y que de hecho, no transcurrieron ni dos meses desde que D^a Camila acude por primera vez a consulta aquejada de dolor lumbar (16 de julio de 2015) y el día de su fallecimiento (7 de septiembre de 2015), las expectativas que la misma tenía aunque se hubiera diagnosticado la existencia del tumor en el mes de julio eran muy pocas, y debiendo valorarse además que, dado el tipo de estudio a realizar para diagnosticar la patología de que se trata e iniciar un tratamiento adecuado, tal y como se informó por la Dra. Ramona (estudio anatomopatológico, estudio histológico, marcadores biológicos...), se habría requerido al menos un mes para poder dar inicio a algún tratamiento, en su caso, pues ha de considerarse la extensión del tumor constatado, indicando la perito que el grado de extensión de las metástasis que se ven en la autopsia, no se hacen en un mes, y que la esperanza de vida en estos casos es del 16% a 24 meses, habiendo también pacientes que, como ésta, mueren de una embolia.

Al efecto, ha de recordarse que se viene señalando por el Tribunal Supremo, que en el caso de la pérdida de oportunidad el daño que se indemniza 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; por tanto, ha de valorarse la pérdida de una alternativa de tratamiento, lo cual se asemeja en cierto modo al daño moral, que es el concepto indemnizable.

Se indicaba en sentencia 418/18 de 15 de marzo de 2018, del Tribunal Supremo, que " *La 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 (STS de 19 de octubre de 2011, recurso de casación num. 5893/2006). Es decir, recuerda que hay dos aspectos esenciales a valorar cuando intentemos demostrar la posible existencia de un supuesto de actuación médica en la que no se han aplicado los medios, modos o formas ordinarios o protocolizados para evitar un mal que, finalmente, se produjo y que podía haberse evitado con carácter previo si se hubiera actuado de forma diferente a como se hizo, pero que no se aplicó en el momento oportuno: 1º. Grado de Probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior. 2º. Grado o entidad del daño ocasionado.*

Habiendo exigido en la sentencia de 25 de mayo de 2016 que 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.

En definitiva, 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".

Teniendo en cuenta esa doctrina jurisprudencial, en el caso presente, la cuantía de 20.000 euros que se fija en la sentencia no puede considerarse no adecuada a las circunstancias que concurren. Ha de valorarse que D^a Camila, desgraciadamente, fallece antes de que se cumplieren dos meses desde su primera asistencia con dolor lumbar, por lo que el tumor que sufría estaba ya muy extendido y poco o nada podría hacerse para intentar detenerlo o mejorar las expectativas de la paciente; por ello, el grado de probabilidad de resultado beneficioso de haberse diagnosticado un mes antes era muy bajo, y ello es lo que esencialmente ha de tenerse en cuenta en este caso, pues incluso valorando la falta de información a la paciente del resultado de la RX para que ella pudiera, en su caso, adoptar alguna decisión, poco margen de maniobra tenía ante el estadio del tumor.

En consecuencia, se considera que no hay motivo para incrementar la cuantía de 20.000 euros que se fijan en la sentencia apelada, debiendo confirmarse la misma en este aspecto, pero considerando que esa cantidad ha de ser tomada como indemnización de daños y perjuicios íntegramente, y que, en consecuencia, sobre ella han de fijarse los intereses legales correspondientes desde la fecha de la reclamación, al tratarse de condena a cantidad dineraria, deuda de valor, que ha de ser incrementada en la cantidad que corresponda de acuerdo con el artículo 1108 CC y artículo 34,3º de la Ley 40/15. Asimismo, y como se solicita, procede efectuar el desglose de la citada cantidad entre los perjudicados, considerándose procedente la suma de 10.000 euros para el marido de la fallecida, y 5000 euros para cada hijo.

Por otro lado, también ha de estimarse parcialmente el recurso contencioso administrativo en cuanto al pronunciamiento que debería haberse hecho en la instancia, por haber sido así solicitado en el suplico de la demanda, de que de la cantidad objeto de condena responde solidariamente con la Administración demandada, la entidad Segurcaixa Adeslas SA de Seguros y Reaseguros.

Por tanto, el recurso de apelación interpuesto por D. Jacobo, D. Jon y D. Jeronimo, contra la sentencia nº 374/21, de 7 de diciembre de 2021, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Santiago de Compostela, ha de ser parcialmente estimado, conforme a lo expuesto.

**OCTAVO: Costas procesales.-**

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, al haberse estimado parcialmente el recurso de apelación , así como el recurso contencioso-administrativo, no procede la condena en costas.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Trinidad Calvo Rivas, en representación de D. Jacobo , D. Jon y D. Jeronimo , contra la sentencia nº 374/21, de 7 de diciembre de 2021, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Santiago de Compostela.

Revocar la referida sentencia, y, en su lugar , estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jacobo , D. Jon y D. Jeronimo contra la Resolución de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia de 09/01/2018, de forma que se anula la resolución recurrida, y se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, condenando a la misma, y de forma conjunta y solidaria con ella a la entidad Segurcaixa Adeslas SA de Seguros y Reaseguros, a abonar a los demandantes la indemnización de 20.000 euros, de los que 10.000 euros corresponden a D. Jacobo , y 5000 euros a cada uno de los hijos de D^a Camila (D. Jon y D. Jeronimo), con los intereses legales correspondientes desde la fecha de la reclamación administrativa.

Sin costas en ninguna de las instancias.

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 (1570-0000-85-0201-22), 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.