

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1
MURCIA**

SENTENCIA: 00012/2015

-

AVENIDA CIUDAD DE LA JUSTICIA, S/N , PLANTA SEGUNDA--CP 30.011 MURCIA
Teléfono: 968858351/52/53
Fax: 968834206

N04390

N.I.G.: 30030 42 1 2012 0012308

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001215 /2012

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. ██████████

Procurador/a Sr/a. OLGA NAVAS CARRILLO

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. W.R. BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador/a Sr/a. MARIA JOSE VINADER MORENO

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A N° 12/15

JUEZ QUE LA DICTA: MAGISTRADO-JUEZ LÓPEZ-ALANÍS SIDRACH DE
CARDONA.

Lugar: MURCIA.

Fecha: diecinueve de Enero de dos mil quince.

Demandante: ██████████.

Abogado/a: .

Procurador/a: OLGA NAVAS CARRILLO.

Demandado: W.R. BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL EN
ESPAÑA.

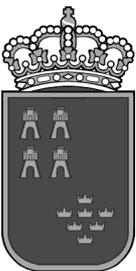
Abogado/a:

Procurador/a: MARIA JOSE VINADER MORENO.

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001215 /2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por presentada demanda por la Procuradora Sra. OLGA NAVAS CARRILLO, en nombre y representación de D. CARLOS ██████████, contra W.R. BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA fue admitida la misma a trámite procediéndose al emplazamiento de la parte demanda, personándose la misma dentro del plazo conferido, contestando a la demanda, señalándose posteriormente día y hora para la celebración de Audiencia Previa, celebrándose posteriormente el correspondiente juicio.



SEGUNDO.- Por la parte actora se manifiesta que se afirma y ratifica en la demanda y solicita el recibimiento a prueba, proponiéndose la que estimó pertinente.

La parte demandada manifiesta que se opone y solicita el recibimiento a prueba proponiendo la que estimó oportuna, practicándose las que se estimaron pertinentes, todas ellas con el resultado que obra en autos, quedando los autos para el dictado de la presente resolución.

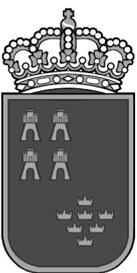
FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor reclama la indemnización de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su esposa que atribuye a un error de diagnóstico de los facultativos que la atendieron en el Hospital General Universitario Morales Meseguer. Sostiene el actor que su esposa fue atendida en dicho centro sanitario al que acudió por encontrarse mal siendo diagnosticada de ángor hemodinámico con anemia severa, cuando en realidad estaba sufriendo los efectos de un tromboembolismo pulmonar bilateral por lo que falleció a la salida del hospital, tras ser atendida de nuevo en el servicio de urgencias. Alega el demandante que existió negligencia médica por error de diagnóstico con la pérdida de las oportunidades de las que su esposa disponía para superar los efectos del tromboembolismo.

La aseguradora niega que el error de diagnóstico constituya en este caso mala práctica médica, sosteniendo que la atención prestada a la paciente fue conforme con el diagnóstico basado en la sintomatología que presentaba y que, de hecho, coincidía con parte de las dolencias de la esposa del actor. Asimismo se opuso al cálculo del importe de la indemnización solicitada, por entender que debía resultar proporcional a la esperanza de vida tras el tromboembolismo, esto es, al porcentaje de pérdida real de oportunidad de supervivencia.

SEGUNDO.- En el presente caso procede valorar si, ante el ejercicio de una acción directa del asegurado frente a la aseguradora con base en el art. 76 LCS, el siniestro, que coincide con el fallecimiento de la esposa del actor tras el tratamiento médico en un hospital público, es objeto de cobertura por constituir un hecho de los que dan lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario.

Con carácter general es necesario tener en cuenta (por todas, STS de 15 de enero de 2008) que " la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución , sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley



de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa , que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido" .

Ello no obstante, la STS de 17 de abril de 2007 señala que " Sobre la existencia de nexo causal con el funcionamiento del servicio, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, así señala la sentencia de 14 de octubre de 2003 que: "Como tiene declarado esta Sala y Sección, en sentencias de 30 de septiembre del corriente , de 13 de septiembre de 2002 y en los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo, que la anterior cita como la Sentencia, de 5 de junio de 1998 , la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convertida a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico. Y, en la sentencia de 13 de noviembre de 1997 , también afirmamos que "Aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan

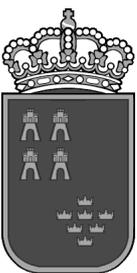
producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla " .

Más específicamente, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria , la jurisprudencia viene declarando (SSTS Sala 3ª, de 25 de abril , 3 y 13 de julio , 30 de octubre de 2007 , 9 de diciembre de 2008 , ó 29 de junio de 2010) " que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

Es igualmente constante jurisprudencia (Ss. 3-10-2000 , 21-12-2001 , 10-5-2005 y 16-5-2005 , entre otras muchas) que la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible.

La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002 , por referencia a la de 22 de diciembre de 2001 , señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto ". Son los denominados riesgos del progreso como causa de justificación

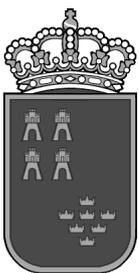


del daño, el cual ya la jurisprudencia anterior venía considerando como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*, entendiéndose por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

La STS de 25 de febrero de 2009 reproduce dicha doctrina señalando que " Frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencias de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año , el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la disposición de medios, que, por su propia naturaleza, resulta limitada, no es exigible con un carácter ilimitado a la Administración que, lógicamente y por la propia naturaleza de las cosas, tiene un presupuesto determinado y, en definitiva, solamente podrá exigirse responsabilidad cuando se hubiere acreditado, bien que ha incumplido la ley, no manteniendo en el centro sanitario un servicio exigido por ésta, o bien cuando se acredite por parte de la actora que existe una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario en la prestación del servicio. Porque aceptar otra cosa supondría que cada centro hospitalario habría de estar dotado de todos los servicios asistenciales que pudieran exigirse al mejor abastecido de los mismos en toda la red hospitalaria, lo que resulta contrario a la razón y, en definitiva, a la limitación de medios disponibles propia de cualquier actividad humana; otra cosa sería si no existiese un centro de referencia dentro de un área que permita la asistencia en un tiempo razonable " .

La STS de 24 de mayo de 2011 recuerda , con cita de las Sentencias de 25 de febrero de 2009 , 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, que " En otros términos, que la Constitución determine que "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derechos a ser indemnizados



por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", lo que es reiterado en la Ley 30/1992, RJAPyPAC, con la indicación que "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas", no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento.

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que... ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de lesión antijurídica, sino como lamentable realización de un riesgo conocido e inherente a la propia dolencia previa que la demandante tiene obligación de soportar".

Estamos pues ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad, debiendo no obstante recordarse la denominada doctrina del daño desproporcionado como conformadora de responsabilidad patrimonial (SSTS de 20 de junio de 2006 , ó 6 de febrero y 10 de julio de 2007) referida a los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención y los padecimientos que se trata de atender. En este sentido las SSTS, Sala 1ª, de 23 de octubre de 2008 y 8 de julio de 2009 , señalan que el daño desproporcionado, o resultado "clamoroso", es "aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" de la relación de causalidad y la presunción de culpa" , si bien la STS 2 de enero de 2012 matiza en los casos

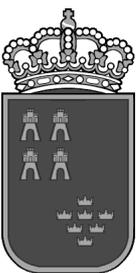
" donde el resultado se presenta como una opción posible no es posible aplicar la doctrina del daño desproporcionado, ya que el resultado insatisfactorio se relaciona con la intervención y tratamiento aplicado " .

Y la STS de 16 de enero de 2012 señala que " Ya, en el ámbito sanitario, se evidencia constituye una obligación de medios. Y, así a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria . Como expresa la Sentencia de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 2010, rec. casación 3021/2008 , han de ponerse "los medios precisos para la mejor atención " .

En lo que respecta a la llamada doctrina de la pérdida de oportunidad, la misma ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , así como en las de 4 y 12 de julio de 2007 , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable.

Sobre esta cuestión la STS de 12 de julio de 2007 , tras declarar que " hubo un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, error que se produjo por una evidente mala praxis médica, al no tener en cuenta padecimientos de aquel, que hubieran debido ser necesariamente considerados por su gravedad, en función de los síntomas con los que aquel acude a la consulta médica ", añade que " Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado ", entendiéndose la STS de 12 de marzo de 2007 que, en estos casos, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable.

La SSTS de 16 de enero de 2012 y 16 de febrero de 2011 recuerdan, con cita de la STS de 23 de setiembre de 2010 que la " privación de expectativas, denominada por nuestra



jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" - sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco , veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez - se concreta en 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 ", insistiendo, con cita de la STS de 7 de julio de 2008 , en que " acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas".

Así pues (STS de 3 de diciembre de 2012), en la fijación de la indemnización a conceder, en su caso, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que sea posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, 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. La STS de 27 de Noviembre del 2012 , con cita de la de 19 de junio de 2012 , reitera dicha doctrina sobre que la información acerca de las posibilidades reales de curación constituye un elemento sustancial en la doctrina denominada "pérdida de oportunidad" por lo que, en su caso, la suma indemnizatoria debe atemperarse a su existencia o no.

TERCERO.- Como se dijo, la parte actora defiende que en el tratamiento del tromboembolismo que sufrió la fallecida se faltó a la **lex artis** por incurrir el equipo médico en un error de diagnóstico, básicamente por omitir un diagnóstico diferencial escrupuloso que hubiera evitado descartar el fenómeno de tromboembolismo mediante el uso de medios técnicos de diagnosis a disposición del equipo médico. En síntesis, se trata de enjuiciar si, atendida la sintomatología que presentaba la esposa del actor esa mañana en el servicio de urgencias del Hospital Morales Meseguer, el equipo médico debía haber sospechado la posible presencia de un fenómeno de tromboembolismo y haber procedido en consecuencia o por el contrario, no existían signos que evidenciaran tal



posibilidad, y todo ello conforme a los conocimientos técnicos y científicos normales en la práctica médica actual.

Y no es la primera vez que un asunto como el presente es enjuiciado, bien ante las Salas de lo Contencioso por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, bien ante las Audiencias Provinciales en acción directa contra la aseguradora pero con aplicación, en lo que procede, de las normas reguladoras de tal responsabilidad, conforme al art. 10 LOPJ, en supuestos de fallecimiento por tromboembolismo, diagnosticados tardíamente o no diagnosticados debidamente como en este caso.

Para un supuesto similar al aquí enjuiciado, fallecimiento tras error de diagnóstico de tromboembolismo, la STSJ de Castilla y León, de 10 de diciembre de 2013, tiene declarado: "En lo que respecta a la llamada doctrina de la pérdida de oportunidad, dicha doctrina ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 así como en las de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, en este caso el fallecimiento, 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.

La STS de 16 de febrero de 2011 recuerda, con cita de la STS de 23 de setiembre de 2010, que la "privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" - sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmar 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", insistiendo, con cita de la STS de 7 de julio de 2008, en que "acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba

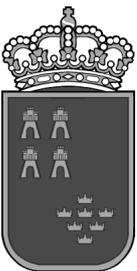


de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación".

La STSJ de Asturias de 22 de julio de 2013, estimó la reclamación por pérdida de oportunidad debido a error de diagnóstico y ausencia por ello de tratamiento adecuado al tromboembolismo pulmonar que padecía la paciente debido a la deficiente inmovilización y falta de control del miembro inferior izquierdo lesionado en un accidente de circulación sin que los servicios sanitarios se percataran de esta circunstancia y de su evolución en las sucesivas asistencias de urgencias a las que acudió la paciente en el tiempo transcurrido entre las fechas de las lesiones y del fallecimiento. Respecto a la valoración económica de la pérdida de las expectativas de supervivencia de la paciente de haberle instaurado el tratamiento adecuado dos días antes del fallecimiento, no procede la reducción indemnizatoria que postulan las contrarias por aplicación mecánica de porcentajes, toda vez que posibilidades de fallecimiento eran bajas o se hubiera reducido considerablemente si se hubiera instaurado a tiempo el tratamiento con heparina o fibrinolítico para evitar o destruir el trombo. Si a este hecho se añadía las circunstancias personales y familiares de la víctima que se reseñan en el informe del órgano consultivo sobre su edad y lo inesperado de su fallecimiento hasta provocar una reacción acentuada de duelo en sus hijos, procedía considerar más objetivo y equitativo el quantum indemnizatorio solicitado por estos.

En alguna ocasión, el error de diagnóstico en estos casos de tromboembolismo, ha merecido incluso calificación penal. Así, el AAP de Madrid, secc 3, de 29 de abril de 2010, declaró: "En este sentido, la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha ido elaborando una sólida doctrina entorno a la imprudencia médica y así, en lo que atañe a los errores de diagnóstico o científicos a no ser que sean muy burdos y graves, establece que no entrañan responsabilidad criminal (*STS 5 de julio 1989 , 12 de marzo 1990 , 4 septiembre 1991 , 21 de abril 1992 , 13 noviembre 1992 etc.*), salvo que en el tratamiento al paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado en estos casos no tanto por el error si la hubiere, sino por la dejación el abandono la negligencia o el de cuidado en la atención de aquél (*STS de 14 de febrero 1991*), siendo, además necesario para que la conducta merezca reproche penal, la producción de un resultado.

Pues bien, en el presente caso a la vista del informe del médico forense, en el que se recoge como conclusiones: "1.- Que la causa de la muerte de María [REDACTED] fue un tromboembolismo pulmonar masivo; 2.- Que los antecedentes y los datos de exploración de signos y síntomas del cuadro respiratorio origen de la solicitud de atención médica de urgencia, orientaban hacia un diagnóstico de sospecha con probabilidad clínica elevada de tromboembolismo pulmonar; 3.- Que desde el punto de vista médico se produjo un error en el diagnóstico efectuado -crisis de ansiedad- por lo que no se



instauró el tratamiento adecuado ni se trasladó a la paciente a centro hospitalario de manera diligente para efectuar la valoración y el tratamiento efectivo adecuado. Debido a ello la evolución del cuadro fue mortal", que esta Sala entiende, compartiendo el criterio de el Ministerio Fiscal como la acusación particular que existen indicios de participación de la imputada en dicho delito, al desprenderse de dicho informe que los síntomas que presentaba la fallecida orientaban a un diagnóstico de sospecha de probabilidad elevada de tromboelismo pulmonar, por lo que procede que las partes fijen sus posiciones en los términos recogidos en el artº 787 de la LECrim " .

Como es sabido, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad en supuestos de negligencia del abogado, es preciso urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades : *SSTS de 26 de enero de 1999 , 8 de febrero de 2000 , 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006*). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (*STS de 27 de julio de 2006*). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC .

Así pues, en la fijación de la indemnización a conceder, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que sea posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, 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 el presente caso y para valorar la cuestión debatida, esto es, si el fallecimiento de la esposa del actor está cubierto por el seguro contratado por el Servicio Murciano de Salud, al haber incurrido el servicio médico a la hora de cumplir con la obligación de poner a disposición del paciente todos los medios técnicos de diagnóstico a su disposición con arreglo al estado actual de la ciencia médica, ha de examinarse el resultado de la prueba testifical de la anatomopatológica que realizó la autopsia y de los peritos propuestos por las partes.

Y del examen de dicha prueba resulta a las claras que el fenómeno tomboembólico conforme al cual partículas adheridas en este caso a las venas pélvicas de la enferma, se desprendieron incorporándose al flujo sanguíneo hasta alcanzar los pulmones obstruyendo progresivamente la red de capilares e impidiendo del mismo modo el flujo sanguíneo normal, con un esfuerzo cada vez mayor del ventrículo derecho del corazón, se inició horas antes de que la esposa del actor acudiera al centro sanitario.



Los signos de tromboembolismo debutaron a primera hora de la mañana y por eso acudió la enferma a urgencias. En ese momento, tal y como explicó el perito propuesto por la actora, la posibilidad de supervivencia ante un diagnóstico acertado es muy alta, pero decrece conforme van pasando las horas. Pues bien, en este caso, el diagnóstico no fue acertado a primera hora de la mañana cuando ingresó la paciente, y esto es un hecho objetivo pues el fallecimiento se debió a la trombosis de evolución anterior como concluyó el informe anatomopatológico **post mortem**. Fue en ese momento, a mediodía del 29 de noviembre de 2010 cuando se produjo el error de diagnóstico.

Difieren los peritos en el alcance y consecuencias diagnósticas de los signos externos de la enfermedad en la paciente. El art. 340 LEC establece las condiciones de los peritos y ambos en este caso son médicos. Sin embargo, la cuestión que aquí se enjuicia no está tan relacionada con la anatomopatología, especialidad del perito designado por la demandada, como con la medicina cardiovascular y el designado por la actora es un especialista de primer orden en dicha materia, como resulta del currículum aportado junto al dictamen.

Y valorando conjuntamente la prueba documental médica, la testifical y periciales, resulta que la sintomatología de la paciente, disnea intensa y dolor torácico opresivo, una vez descartado el cuadro coronario de infarto agudo de miocardio, sí justificaba una exploración diagnóstica tendente a descartar la trombosis venosa, tanto más cuanto que la paciente consumía de modo continuado anticonceptivos orales, lo que incrementa notablemente el riesgo de tromboembolismo, tal y como explicaron los peritos.

Todo esto unido a la naturaleza fatal del tromboembolismo avanzado y a la sencillez y eficacia de la técnica diagnóstica por ecografía, permite concluir que el protocolo de diagnóstico diferencial no se aplicó en este caso de modo adecuado y de ahí el error en el diagnóstico que pudo haberse evitado.

CUARTO.- En relación con el **quantum** indemnizatorio, y como anteriormente se argumentó, ha de estarse a las expectativas de curación, en este caso de supervivencia, de las que la esposa del demandante se vio privada debido al error de diagnóstico. La indemnización habría de reducirse con arreglo a la probabilidad de supervivencia de la actora en el caso de que la prestación de asistencia derivada de un diagnóstico correcto, hubiera sido la adecuada, todo ello conforme a la doctrina sentada por las SSTS de 16 de febrero de 2011, 23 de septiembre de 2010 y 7 de julio de 2008 antes citadas.

En este caso resulta acreditado de la valoración de la prueba pericial, testifical y documental, que cuando la paciente fue atendida por primera vez a mediodía del 29 de noviembre de 2010, la situación derivada del tromboembolismo en curso era aún reversible con la aplicación de anticoagulantes o de modo quirúrgico y el hecho de que alcanzara un estadio fatal, masivo y bilateral, se debió precisamente, no ya al retraso en el diagnóstico sino a su

ausencia y falta de tratamiento, con lo que la postura que sostiene la aseguradora de reducir notablemente la cuantía si no eliminar el derecho indemnizatorio con base en la imposibilidad de supervivencia, vale tanto como desconocer que esto último es precisamente la consecuencia de la mala práctica de la que deriva el siniestro objeto de cobertura. Procede entonces, atendidas las posibilidades razonables y siempre inciertas de supervivencia de la esposa del actor cuanto fue primeramente examinada en el servicio de urgencias, fijar la indemnización a cargo de la aseguradora en 90.000 euros.

QUINTO.- No habiendo cumplido la aseguradora con la obligación de consignar al menos la cantidad que entendiera adecuada, rechazado el siniestro y obligado el actor a la reclamación judicial, no procede entender que nos encontramos ante un supuesto del art. 20.8 LCS por lo que se ha devengado a favor del demandante el interés moratorio del art. 20 LCS.

SEXTO.- La estimación parcial de la demanda lleva aparejada la imposición a cada parte de las costas causadas a su instancia, conforme al art. 394 LEC.

F A L L O

Que **estimando** la demanda presentada por la Procuradora Sra. OLGA NAVAS CARRILLO, en nombre y representación de D. CARLOS [REDACTED], contra W.R. BERKLEY INSURANCE EUROPE LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA condeno a la demandada a que pague al actor 90.000 euros (noventa mil euros) e intereses moratorios, sin imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO en la cuenta de este expediente 3084/0000/CLASE/NUM./AÑO indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"



En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,



Cabecera	
Remitente:	[3003042001] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1
Asunto:	Comunicación del Acontecimiento 22: RESOLUCION ACTUALIZA FASE: 'PASO A FIRMA' 00012/2015 Est.Resol
Fecha LexNET:	jue 22/01/2015 10:39:04

Datos particulares	
Remitente:	[3003042001] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1
Destinatario:	OLGA NAVAS CARRILLO Ilustre Colegio de Procuradores de Murcia
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	0001215/2012
Tipo procedimiento:	ORD
Descripción:	
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201510062184106

Archivos adjuntos	
Principal:	00000323612015300304200111.RTF
Anexos:	-

Lista de Firmantes	
Firmas digitales:	-