



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012. Recurso 579/2011.
Ponente: Lorenzo Celsa Pico**

En la Villa de Madrid, a 19 de Junio de dos mil doce.

SENTENCIA

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 579/11 interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación de la Comunidad de Madrid y el Procurador de los Tribunales D. Francisco Abajo Abril en nombre y representación de QBE INSURANCE (EROPE) LIMITED, contra la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 9ª, en el recurso núm. 265/08 , seguido a instancias de Dª Zulima , contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios dirigida a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Ha sido parte recurrida la Comunidad de Madrid representada por el Letrado de la Comunidad de Madrid y Dª Zulima representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Pidal Allendesalazar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 265/08 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sección 9ª, se dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2010 , que acuerda: "Que DEBEMOS ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Luis Pidal Allendesalazar, en nombre y en representación de Dña. Zulima , contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios dirigida a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y, en consecuencia, se reconoce a la parte actora la cantidad de 220.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, cantidad que se encuentra actualizada a la fecha de la presente sentencia. No se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de la Comunidad de Madrid y por QBE Insurance Europa se preparan sendos recursos de casación y teniéndose por preparados, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- QBE Insurance (Europe) Limited por escrito presentado el 10 de febrero de 2011 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo. La Comunidad de Madrid por escrito presentado el 15 de abril de 2011 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso- administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de D^a Zulima por escrito de 13 de marzo de 2012 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso. Se tiene por caducado en dicho trámite de oposición a QBE Insurance Europe Limited Sucursal España y a la Comunidad de Madrid.

QUINTO.- Por providencia de 8 de mayo de 2012 se señaló para votación y fallo para el 5 de junio de 2012 , en cuya fecha tuvo lugar el referido acto. Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Letrado de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación de la Comunidad de Madrid y la representación procesal de QBE INSURANCE (EROPE) LIMITED interponen recurso de casación 579/2011 contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 11 de noviembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 9^a, en el recurso núm. 265/08 , deducido por D^a Zulima , contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios dirigida a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid . Resuelve la Sala reconocer a la parte actora la cantidad de 220.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, cantidad que reputa actualizada a la fecha de la sentencia. Identifica la sentencia el acto impugnado en su PRIMER fundamento mientras en el SEGUNDO refleja los hechos que deduce del expediente y de las alegaciones de las partes. En el TERCERO plasma la esencia de la pretensión y la oposición de la administración y de la aseguradora codemandada.

En el CUARTO dilucida si se dan los requisitos necesarios para la entrada en juego de la responsabilidad patrimonial a consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario, conforme a los art. 106.2 CE , art. 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , 30/1992, LRJAPAC y la jurisprudencia que los interpreta. Subraya que para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de la Administración ha de haber una relación directa, inmediata y exclusiva de causa o efecto entre la lesión patrimonial y el funcionamiento del servicio. En el QUINTO hace mención a la jurisprudencia que se apoya en el criterio de la "lex artis" para determinar cuál es la actuación médica correcta. Tras ello en el SEXTO examina si ha existido una actuación médica deficiente en la asistencia prestada a Don Jesús Luis que ha supuesto su fallecimiento. Reseña que la petición se funda en que el fallecimiento fue debido a que los servicios sanitarios que atendieron a Jesús Luis no le realizaron un electrocardiograma. Lo objeta tanto la Comunidad de Madrid como la defensa de la entidad codemandada al considerar que no hay prueba de la existencia de nexo causal entre el fallecimiento y la actuación médica. Afirman que la muerte fue súbita e inesperada. Añade que aunque se hubiera realizado dicha prueba diagnóstica ello no hubiera podido evitar su fallecimiento dado que era fatal la evolución de la



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

patología que presentaba el paciente. Recalca que dado el carácter técnico de la cuestión "se trata de determinar cuál de los dos informes, cuyas conclusiones son contrarias, contiene las razones que llevan a esta Sección a una mayor convicción sobre el acaecer de los hechos y las consecuencias técnicas de los mismos a fin de poder determinar si el fallecimiento de D. Jesús Luis se ha debido a una actuación médica contraria a la *lex artis*. El informe pericial en que se basan las afirmaciones de la actora se ha emitido por el Doctor D. Constantino Y por la defensa de la entidad codemandada se ha aportado el informe pericial emitido por la Doctora Patricia . Ambos informes se han ratificado en vía judicial en presencia de las partes que les han formulado las aclaraciones que han considerado oportunas." En el informe emitido por el Dr. Sr. Constantino a propuesta de la parte actora se recogen las siguientes conclusiones: "Que existe mala praxis, que se pone de manifiesto en la documental por no realizar una valoración adecuada de su propio diagnóstico, ni con los medios diagnósticos más sencillos y que están al alcance de cualquier MAP (EKG, Placas de Tórax y controles glucémicos)". Conclusiones que se efectúan tras exponer razones médicas que le conducen a la indicada afirmación de mala praxis. Concretamente, dicho perito refiere que la mala praxis se debió a que no se realizaron por los médicos que le atendieron pruebas diagnósticas muy sencillas como un electrocardiograma o una Placa de Tórax que hubiera permitido valorar la repercusión visceral que presentaba la Hipertensión Severa que tenía el Sr. Jesús Luis . En este sentido se afirma en dicho informe que: "la detección de una Hipertensión que su propio MAP cualifica como Severa, requiere al menos la realización de un EKG (electrocardiograma) y de una placa en proyecciones P-A y Lateral de Tórax de las que no consta su existencia ni anotación de haberlas solicitado. Estos elementos diagnósticos hubieran permitido la valoración de la repercusión visceral, que tal Hipertensión Severa presentaba". Además añade que el paciente reunía cuatro de los cinco criterios del Síndrome Metabólico que incrementa el riesgo cardiovascular global. Y por ello dicho perito afirma que "la simple realización de un estudio radiológico de tórax (P-A y Lateral) hubiese mostrado la cardiomegalia mencionada en la necropsia, y con ello la necesidad de evaluación por un Cardiólogo, que sin duda habría aumentado las posibilidades de evitar el dramático final del paciente". Dicho perito en la fase de ratificación judicial insiste en sus afirmaciones. Tesis que coincide con la expuesta por el Inspector Médico quien en su informe manifiesta como conclusión que: " Ahora bien, una vez que acude al C.S. siendo el registro inicial de 160/110, 120/90 al día siguiente, tal y como se solicita analítica de despistaje, está hoy en día establecido que se realice un ECG para valorar la repercusión en un órgano diana como es el corazón. Aunque dado el estado previo del músculo cardíaco el desenlace podría haber sido inevitable, no es menos cierto que para el diagnóstico, valoración y tratamiento iniciales de la HTA se practican analítica de sangre y orina con microalbuminuria y ECG para conocer la repercusión visceral de la HTA". Señala que "Tanto la inspección médica como el perito designado por la recurrente refieren que hubiera sido conveniente la realización de un electrocardiograma. Frente a dichas afirmaciones, el perito designado por la entidad aseguradora refiere que aunque se hubiera realizado un electrocardiograma no se hubiera podido evitar el fatal desenlace ya que la evolución natural de la Miocardiopatía Hipertrófica es fatal". La Sala, apoyándose en el informe emitido por el perito



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

designado por la actora así como en el informe de la Inspección Médica, entiende que, "se han omitido pruebas diagnósticas como fue la realización de un electrocardiograma. No debe olvidarse que la praxis médica y la *lex artis* exigen la adopción de cuantas pruebas médicas sean recomendables para una mejor atención médica en el tratamiento de los enfermos que solicitan asistencia sanitaria y que, además, la atención sanitaria es de medios y no de resultados. Y en el supuesto examinado, la Administración sanitaria no efectuó las pruebas médicas que la praxis exigía. Y esa omisión en la práctica de nuevas pruebas médicas diagnósticas debe calificarse como de mala praxis médica que determina la concurrencia de los requisitos necesarios para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial en el actuar de la Administración sanitaria y que debe ser indemnizada". Concluye en el SEPTIMO fijando la indemnización que corresponde a la esposa del fallecido. Afirma que "no se puede predecir cuál hubiera sido el desenlace final de haberse diagnosticado de forma precoz la patología que padecía con la realización de un electrocardiograma pues no cabe duda de la gravedad de la misma. No obstante, la cuantía de la indemnización no puede verse reducida, como así pretenden las partes demandadas, por el hecho de que las posibilidades de curación y de recuperación pudieran ser difíciles dada la gravedad de la patología que se padecía aunque se le hubiera atendido urgentemente y de forma inmediata. Esta Sala no comparte dicha tesis pues aunque es cierto que es imposible predecir cuál hubiera sido el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas lo que, sin duda, es seguro, es que el Sr. Jesús Luis hubiera tenido más oportunidades. Y el criterio de pérdida de oportunidades de recuperación se tiene también en cuenta por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias para fijar la cuantía de la indemnización". Desconoce que hubiera podido pasar si al Sr. Jesús Luis se le hubiera dado un tratamiento precoz a la patología que padecía, pero "ha sido el retraso en el diagnóstico por la omisión en la práctica de pruebas diagnósticas lo que ha producido una pérdida de oportunidad en el tratamiento del enfermo. Pérdida de oportunidad que aunque sea remota no puede quedar indemne." Tras ello se reconoce a la parte actora como esposa del fallecido y con dos hijos menores de edad la cantidad de 220.000 euros como indemnización.

SEGUNDO.- 1. Un único motivo de recurso articula la Comunidad de Madrid al amparo del art. 88. 1. d) LJCA esgrimiendo infracción de los arts. 139 y 141 LRJAPAC. Entiende que la asistencia sanitaria dispensada a D. Jesús Luis fue correcta y ajustándose a la *Lex Artis*. Invoca que en el Informe de la Inspección se señala que no se hizo ECO pero consta que "dado el estado previo del músculo cardíaco el desenlace podría haber sido inevitable". Defiende que el electrocardiograma no hubiera podido evitar un fatal desenlace ya que la evolución natural de la miocardiopatía hipertrófica es fatal. Concluye que la teoría de la pérdida de oportunidad es inadecuada en el caso presente ya que de obrar de tal modo estaríamos ante la indemnización de verdaderos daños hipotéticos, lo que está vedado por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992. Tras ello mantiene que no existiendo nexo causal entre la asistencia sanitaria dispensada y el fallecimiento del paciente, no cabe el abono de indemnización alguna. TERCERO.- 1. El primer motivo de la aseguradora se apoya en el art. 88. 1. d) LJCA y aduce lesión del art. 24 CE en relación con la valoración de las pruebas aportadas.



Alega que la valoración de la prueba es arbitraria e irrazonable al no haber tomado en consideración el informe de la Inspección Médica.

Tras exponer su contenido explica que el Médico Inspector concluye que debería haberse realizado al paciente un ECG que hubiese permitido conocer la repercusión de la HTA en el corazón, y en cualquier caso el desenlace podría haber sido inevitable.

Invoca que no concluye el Médico Inspector que la realización de un ECG hubiese evitado el fallecimiento del paciente. Puesto esto en relación con la causa de la muerte "cardiopatía hipertófica" reputa palmario que no existe conexión entre la omisión del ECG y el fallecimiento. Imputa a la sentencia infracción de las reglas de la sana crítica sobre la prueba llevada a cabo en los autos que no afirma la existencia de nexo causal entre la asistencia médica prestada al Sr. Jesús Luis y su fallecimiento.

Expone que la sentencia olvida la causa del fallecimiento, cardiopatía hipertrófica reconocida en el informe de Inspección así como la falta de relación causal con la ausencia de un ECG al debutar ésta con muerte súbita. La Sentencia obvia el requisito de la necesaria causalidad entre el hecho y el resultado dañoso para poder atribuir responsabilidad a la Administración y estima que la existencia de mala praxis es suficiente para ello. 1.1. Refuta el motivo la parte recurrida. Defiende no hubo infracción de las reglas de la sana crítica. 2. Un segundo motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA esgrime también conculcación del art. 24. CE en relación a la valoración de la prueba. Arguye que la sentencia ha llevado a cabo la apreciación de la prueba practicada de modo arbitrario e irrazonable, en clara infracción de las reglas de la sana crítica, desde el momento en que no ha tomado en consideración las conclusiones efectuadas por Don. Constantino , emisor del informe aportado por la parte actora, que llevan a establecer una falta de causalidad entre la pretendida actuación no conforme a la lex artis, y el resultado dañoso, requisito inexcusable para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Defiende que la conclusión a la que llega el perito Dr. Constantino , es que existió mala praxis por no realizar pruebas que, a su juicio, estaban indicadas. No establece sin embargo, la relación causal entre la falta de dichas pruebas y el fallecimiento del Sr. Jesús Luis . En la fase de ratificación pericial el perito indicó que "no puede afirmar que la realización de un ECG hubiese evitado el fallecimiento del paciente, y que la realización de esas pruebas (electrocardiograma, placas de torax, etc.) hubiera contribuido al diagnóstico de certeza y tratamiento consiguiente que pudiera haber paliado la evolución de la enfermedad".

2.1. La parte recurrida también pide la desestimación del motivo al no entender irrazonable la valoración de la prueba.

3. Un tercer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA también alega infracción art. 24 CE en relación valoración de la prueba.

Considera que la apreciación de la prueba, en clara infracción de las reglas de la sana crítica, desde el momento en que no ha tomado en consideración las manifestaciones vertidas en el informe pericial, emitido por Doña. Patricia , en lo relativo a la causa de la muerte del Sr. Jesús Luis . Invoca asimismo el contenido de una Sentencia del TSJ País Vasco. 3.1. Asimismo es rechazado por la parte recurrida que trae a colación lo manifestado por la Dra. Patricia en el trámite de aclaraciones a la prueba pericial. 4. Un cuarto motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA invoca vulneración de los arts. 139 y



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

141 LRJAPAC. Alega que no cabe apreciar la antijuricidad del daño y que la carga de la prueba sobre la relación de causalidad incumbe al que reclama. A su entender la falta de relación causal se manifiesta porque la causa de la muerte fue una cardiopatía hipertrófica que debutó con muerte súbita, porque el ECG en enfermedades como la cardiopatía hipertrófica suele dar un resultado normal o levemente patológico que aconseja su estudio de manera no urgente, de manera que la realización del mismo no hubiese aportado ninguna información adicional que hubiese permitido prever la muerte súbita. Defiende que la omisión de la prueba del ECG es ajena al desenlace sufrido por el Sr. Jesús Luis . Concluye que aunque se hubiese efectuado un electrocardiograma el estudio del paciente se habría efectuado en el centro de Salud, de la misma manera que se llevaba el control de su hipertensión, por lo que, teniendo en cuenta el corto periodo de tiempo transcurrido entre las asistencias prestadas y el fallecimiento (del 13 de mayo al 1 de junio de 2007) no hubiese evitado el debut de la enfermedad en la forma que lo hizo, como muerte súbita. Todo ello, sin obviar el hecho de que el tratamiento previsto para la cardiomegalia es el mismo que tenía prescrito el Sr. Jesús Luis para la hipertensión. La falta de relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el fallecimiento impide cualquier imputación de responsabilidad a la Administración.

4.1. Interesa su desestimación la parte recurrida. Afirma hay relación causal ya que el paciente había acudido al menos 5 veces a los Servicios públicos de Salud por su sintomatología. 5. Un quinto motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA aduce infracción de los arts. 139 y 141 LRJAPAC. Discrepa de la valoración asignada al valorarse el daño producido y no la pérdida de oportunidad. Invoca aquí también jurisprudencia de TSJusticia de Valencia y las de 12 de julio de 2007 y 24 de noviembre de 2009 de esta Sala. Razona que la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, supone que el concepto indemnizable es la privación de expectativas de curación o supervivencia, reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber mediado una actuación correcta. 5.1. También es rechazado por la recurrida que no reputa desproporcionada la cifra asignada en razón de que fueron pedidos 350.000 euros en atención a la edad del fallecido y la existencia de viuda y dos hijos menores de edad.

CUARTO.- Con carácter previo al examen de ambos recursos debemos recordar que nuestra doctrina (por todas la Sentencia de 27 de junio de 2011, recurso de casación 1488/2007) proclama que resulta absolutamente inapropiado utilizar como jurisprudencia conculcada la doctrina vertida por las Salas de lo Contencioso Administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia sobre la materia concernida. No estamos en el ámbito de un recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 96 LJCA) en que si cabe servirse ante este Tribunal Supremo de sentencias dictadas por las Sala de lo Contencioso Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia en las condiciones establecidas en la regulación del citado recurso. En el presente supuesto nos desenvolvemos en el marco de un recurso de casación que, dentro de las especialidades contempladas en la LJCA, podría llamarse ordinario en contraposición al de interés de la ley y el precitado de unificación de doctrina. Por ello, en cuanto a la jurisprudencia invocable, sólo es admisible la reputada como tal en el art. 1.6 del Código Civil . Todo lo cual no obsta a que la doctrina



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

emanada de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma constituya la cúspide en su concreto ámbito territorial respecto del correspondiente derecho autonómico, que no es el caso, mas no acerca de normas de Derecho estatal o comunitario europeo en que, bajo el marco legal actualmente vigente, es el Tribunal Supremo quién ostenta el monopolio hermenéutico a efectos del recurso de casación.

QUINTO.- Antes de examinar los motivos hemos de partir de que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: 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. La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que "no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa". Conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Se insiste STS 19 de junio de 2007 , rec. casación 10231/2003 con cita de otras muchas que "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesa del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)". Y también reitera la jurisprudencia (por todas SSTS 7 de febrero 2006 recurso de casación 6445/2001 , 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003 , 11 de mayo de 2010, recurso de casación 5933/2005) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria. Por su parte las SSTS de 19 de junio de 2007, recurso de casación 10231/2003 , 9 de diciembre de 2008, recurso de casación 6580/2004 , reiteran (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización.



SEXTO.- La posibilidad de revisar cuestiones relacionadas con la prueba en el ámbito casacional se encuentra absolutamente limitada. Acabamos de decir que la finalidad del recurso es uniformar la interpretación del ordenamiento jurídico por lo que no cabe revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia a la que incumbe tal función sin que este Tribunal constituya una segunda instancia. Por ello, este Tribunal insiste en que no corresponde al mismo en su labor casacional revisar la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia ante el mero alegato de la discrepancia en la valoración efectuado por la parte recurrente. No incluye nuestra norma reguladora de la jurisdicción como motivo de casación general el error evidente en la apreciación de la prueba. Fue excluido como motivo casacional en el art. 88.1. LJCA 1998 tras la previa implantación del recurso de casación por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que lo suprimió en el orden jurisdiccional civil. Como manifestamos en nuestras Sentencias de 21 de julio y 15 de noviembre de 2004, recursos de casación 1937/2002 y 6812/2001, sólo existe dicha especialidad en el ámbito del recurso de casación en materia de responsabilidad contable a consecuencia de la remisión que el art. 86.5 de la vigente LJCA 1998 realiza a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (art. 82.1.4), de promulgación previa a las reformas a las que nos venimos refiriendo.

SEPTIMO.- Reiterada jurisprudencia (STS de 26 de septiembre de 2007, recurso de casación 9742/2003, con mención de otras muchas anteriores) identifica como "temas probatorios que pueden ser tratados en casación", esto es, como temas directa o indirectamente relacionados con la prueba que, sin embargo, sí son susceptibles de ser abordados o revisados en casación, sólo unos pocos. Así :"(1) la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba; (2) la indebida denegación, bien del recibimiento del pleito a prueba, bien de alguno o algunos de los medios de prueba propuestos; (3) la infracción de las normas relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; (4) la infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles; (5) la infracción cometida cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico; (6) los errores de este tipo cometidos en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y (7) por último, la integración en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia de aquellos otros que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada". A lo dicho ha de añadirse que el Tribunal Constitucional declara reiteradamente que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre, STC 63/2004, de 19 de abril). Error notorio y patente que para tener relevancia constitucional, por la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24 CE, nos recuerda la STC 63/2004, de 19 de abril, con cita de otras muchas, no solo ha de ser verificable de forma incontrovertible sino que ha de constituir el soporte básico de la decisión.



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

OCTAVO.- Expuesto en los razonamientos precedentes los criterios que deben atenderse para examinar los recursos de casación así como los razonamientos de la Sala de instancia acerca de la prueba pericial practicada cabe examinar conjuntamente los cuatro primeros motivos de la aseguradora y el único de la CAM, dados los preceptos invocados y la argumentación sostenida. Significa, pues, que aunque la Sala haga una inicial mención a la doctrina general de la "lex artis" en realidad resuelve la pretensión de responsabilidad patrimonial sanitaria en el específico ámbito de la doctrina acuñada en la jurisprudencia como de "pérdida de oportunidad" lo que no contraviene la doctrina de esta Sala. Afirman dirigirse contra la valoración de la prueba que reputan irracional e ilógica. Como expone la Sala de instancia tanto en el informe médico emitido a instancia de la parte recurrente como en el vertido por la Inspección médica queda claro que está establecido debía haberse practicado un ECG. La ausencia de práctica de la antedicha prueba, exigible según la Inspección Médica, privó al Sr. Jesús Luis de un diagnóstico completo respecto de la enfermedad padecida. No hubo, por tanto, puesta a disposición del Sr. Jesús Luis de todos los medios precisos para su mejor atención.

Cuestión distinta es que, dado el estado previo del músculo cardiaco, el resultado final letal fuera evitable aunque dicha prueba no se hubiere realizado. Se observa que no se produce una certeza razonable, a partir de las opiniones médicas, sobre que la actuación de los servicios sanitarios que hubiera debido llevarse a cabo y no se hizo -realización de un ECG hubiera evitado el resultado letal final. No se muestra irracional ni ilógica la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia a la vista de lo expuesto en los distintos informes periciales. Explicita que el grado de probabilidad de mejora para el tratamiento de la patología dada su gravedad era remoto aunque se hubiera realizado la prueba diagnóstica omitida. A tal conclusión debemos estar pues no fue combatida por la parte demandante en instancia. No prospera el único motivo de la CAM ni los cuatro primeros de la aseguradora. NOVENO.- 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". Y recuerda la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de enero de 2012, rec. casación 43/2010 lo ya dicho con anterioridad sobre 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, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007 - 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



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias". Y en la de 22 de mayo de 2012, recurso de casación 2755/2010, se reafirma lo dicho en la de 19 de octubre de 2011, recurso de casación 5893/2011, sobre que la pérdida de oportunidad hace entrar en juego a la hora de valorar el daño causado, dos elementos de difícil concreción " como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo". A la vista de lo razonado no se comparte el aserto de la Sala de instancia acerca de que aún cuando fueren remotas las posibilidades de curación no puede reducirse la indemnización que fija en la suma de 220.000 euros. La información acerca de las posibilidades reales de curación constituyen elemento sustancial en la doctrina denominada "pérdida de oportunidad" por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no. Debe prosperar el quinto motivo y aplicar, "a sensu contrario" lo vertido por esta Sala y Sección en su Sentencia de 22 de mayo de 2012, rec casación 2755/2010 en que se incrementó una indemnización por no entender razonable que "fueran escasos, ni el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera producido un efecto beneficioso en el estado final del paciente, ni tampoco el grado, entidad o alcance de este hipotético efecto favorable".

DECIMO.- Tras lo relatado en el fundamento anterior, procede su reducción a la suma de 110.000 euros al ser contraria a nuestra doctrina la afirmación de que las difíciles posibilidades de curación no afectan a la cuantificación. Si la Sala da por acreditado pocas probabilidades de curación, tal factor debe ser tenien en cuenta.

A la citada suma deben añadirse los intereses legales desde el día en que se presentó la reclamación administrativa, 13 de mayo de 2007, hasta la fecha de notificación de esta sentencia, a partir de la cual se cuantificarán los intereses de acuerdo con lo establecido en el art. 106, apartados 2 y 3 de la Ley Jurisdiccional . Ha de tenerse presente que el artículo 141.3 LRJAPAC señala el dies a quo para la actualización, "la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad" ; y determina también la fecha respecto de la cual se calculará la cuantía de la indemnización, el "día en que la lesiónefectivamente se produjo". Ello es así aunque el escrito de demanda hubiere omitido la solicitud de condena al pago de intereses. En tal sentido se pronunció este Tribunal en su Sentencia de 13 de mayo de 2003, dictada en el recurso número 159/2000 , así como en la de 19 de mayo de 2011, recurso contencioso administrativo 124/2010 . Así lo exigen , tanto el principio de total indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad patrimonial, como la naturaleza de deuda de valor que tiene la obligación pecuniaria de resarcimiento, e incluso la previsión del art. 141.3 de la LRAJAPAC..

UNDECIMO.- Dada la estimación parcial del recurso no hay méritos para una imposición de las costas de este recurso, art. 139 LJCA , ni tampoco para imponer las de instancia. Cada parte hará frente a las suyas. Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación deducido por el Letrado de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación de la Comunidad de Madrid y por la representación procesal de QBE INSURANCE (EROPE) LIMITED contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 11 de noviembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 9ª, en el recurso núm. 265/08 , deducido por Dª Zulima , contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios dirigida a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid , sentencia que se declara nula y sin valor ni efecto alguno. Sentencia que casamos y dejamos sin efecto solo y exclusivamente en el particular de la misma que fija la indemnización a abonar a Dª Zulima , manteniéndola en todo lo restante. Particular, ese, en que disponemos que Dª Zulima ha de ser indemnizada con la cantidad de 110.000# (ciento diez mil euros) a la que deberá incrementarse el interés legal desde la fecha de la reclamación administrativa, esto es desde el 13 de mayo de 2007. En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.