

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000155/2013**

**N.I.G.: 46250-33-3-2013-0002570**

**NOTIFICADA AL PROCURADOR**

**20-ENERO-2017**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA  
COMUNIDAD VALENCIANA  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN 2**

Ilmos. Sres:

Presidente

D/D<sup>a</sup> ALICIA MILLAN HERRANDIS

Magistrados

D/D<sup>a</sup> ANA PEREZ TORTOLA

D/D<sup>a</sup> RICARDO FERNANDEZ CARBALLO-CALERO

Valencia, 13/1/2017.

VISTO, por este Tribunal, el presente Recurso Contencioso-Administrativo nº155/2013, promovido por ..... en materia de responsabilidad patrimonial, en el que han sido actor, la citada, representada por el Procurador de los Tribunales ....., resultando demandada, la GENERALITAT VALENCIANA, a través de sus servicios jurídicos.

**SENTENCIA Nº 17/17**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación de la desestimación entendida por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial registrada por la hoy actora en dependencias administrativas en fecha 5/10/2012, pretendiendo, fuese declarada la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria con subsiguiente resarcimiento de aquella en cuantía a relacionar “con la evolución próxima de la enfermedad”

SEGUNDO.- Interpuesto el recurso en fecha 2/5/2013 y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la recurrente para que formalizara la demanda, lo que se verificó por escrito registrado en 3/2/2014, con ocasión del cual, tras argumentar, es suplicado el dictado de sentencia por la cual “1º) Se declare el derecho de mi parte a obtener una resolución expresa a la reclamación patrimonial antecedente de esta demanda dentro del plazo legalmente establecido para ello y no extemporáneamente, según lo establecido en los Arts. 42 y 47 de la Ley 30/92. 2º) Se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria y se reconozca el derecho de mi mandante, conforme al Art.71.1.d) de la Ley 29/98 a ser indemnizada por los daños y perjuicios descritos, declarando su derecho a la reparación y señalando como obligados a indemnizar a la Administración sanitaria y su aseguradora- de haberla- de modo solidario, valoración cuya concreción quedará diferida al

periodo de ejecución de sentencia”.

Contestó a la demanda la Generalitat Valenciana, mediante escrito registrado en 21/3/2014, con ocasión del cual, tras argumentar, suplica el dictado de sentencia “desestimando la demanda formulada de contrario, con todos los pronunciamientos favorables a esta Administración”.

TERCERO.- La cuantía del recurso fue establecida como indeterminada en virtud de resolución de 24/4/2014.

CUARTO.- Recibido el proceso a prueba, y concedido trámite de conclusiones a las partes quedaron los autos pendientes para votación y fallo, señalándose definitivamente para el día 10/1/2017.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las sustanciales prescripciones legales.

Siendo ponente el magistrado, Ricardo Fernández Carballo –Calero, quien expresa el parecer de la Sala.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo, como ha quedado sucintamente identificado, la impugnación de la desestimación entendida por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial registrada por la hoy actora en dependencias administrativas en fecha 5/10/2012, pretendiendo, fuese declarada la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria con subsiguiente resarcimiento de aquella en cuantía a relacionar “con la evolución próxima de la enfermedad”. Tal cuantía, merced a escrito registrado en fecha 16/11/2016, resultó “prudencialmente valorada en 300.000 € en cuanto es una cantidad que se equipara según baremo de tráfico y antecedentes jurisprudenciales a un daño por notables secuelas, invalidez absoluta, días de baja, perjuicio estético y daño moral (..)”

La pretensión de la actora, se sustenta en entender que existió un retraso diagnóstico recusable en la identificación de la enfermedad que realmente padecía ya en marzo de 2011 (cáncer colorrectal), cuando acude por debilidad y malestar general al Centro de Salud de Guardamar del Segura, siendo erróneamente tratada ante la meramente identificada anemia ferropénica, persistiendo tal retraso diagnóstico y tratamental durante los 16 meses posteriores, a pesar de no mejorar tal anemia con el tratamiento convencional pautado y resultar manifestada e identificada pérdida ocasional en heces con resultado positivo (sangre en heces) en junio de 2011.

La Administración demandada, por su parte, con especial referencia al informe de la inspección médica, considera la actuación médica ajustada a la *lex artis ad hoc*, entendiendo que ninguno de los informes a los que asimismo alude, en cuanto incorporados al expediente, (del Centro de Salud de Guardamar, del servicio de hematología, digestivo y oncológico) identifican infracción a la *lex artis ad hoc*.

SEGUNDO.- En materia de responsabilidad sanitaria, en tanto modalidad de la genérica responsabilidad patrimonial, ha de partirse de lo prevenido en el Art. 43 de la propia CE que, como es sabido, reconoce “el derecho a la protección de la salud ”disponiendo a

continuación que “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”; así, estas precisiones no pueden dejar de ponerse en relación con el Art. 106.2 de la *norma normarumal* rezar “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 en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Estas referencias derivan en el desarrollo legal efectuado por la Ley 30/92 de RJAAPP y PAC cuyo Art 139 dispone que “ Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos” especificando que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia partiendo de estos parámetros normativos se ha consolidado en la exigencia de entender que tal responsabilidad es de carácter objetivo y directo y para que surja el reconocimiento de la misma, se exige, además de la interposición conforme al oportuno plazo procesal, que concurren una serie de requisitos que pueden sintetizarse en los siguientes:

- 1) hecho imputable a la Administración,
- 2) lesión o perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas,
- 3) relación de causalidad entre hecho y lesión, y
- 4) que no concorra fuerza mayor.

Junto a ello como primer elemento a analizar, con relación al caso que nos ocupa, es lo cierto que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de incidir en la importancia de la *lex artis*, como parámetro trascendental para evaluar la eventual responsabilidad de la administración en el ámbito del servicio sanitario y así se ha podido llegar a decir, con profusa cita jurisprudencial, que “la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración” (Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 29-6-2011, rec. 2950/2007). Por tanto, aun sin dejar de entender que la infracción de la *lex artis*, es condición necesaria pero no suficiente, para alumbrar la eventual responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, hemos de atender a si en el presente supuesto cabe partir de la citada infracción.

TERCERO.-En el singular caso planteado depuremos inicialmente la perspectiva contrargumental de la administración demandada relativa a considerar que ninguno de los informes incorporados al expediente, (del Centro de Salud de Guardamar, del servicio de hematología, digestivo y oncológico) identifican infracción a la *lex artis ad hoc*, pues salvo el primero de ellos, al que a continuación nos referiremos, los posteriores (servicios de hematología, digestivo y oncológico) atañen a actuaciones desplegadas a partir de mayo de 2012, en el que no se discute siquiera por la actora, fuese seguido un diagnóstico y tratamiento adecuado a la patología (adenocarcinoma de colón) realmente padecida.

Precisado lo anterior, enfatiza la administración demandada la posición de la inspección médica, del cual extrae la conclusión de que “se desconoce si el adenocarcinoma de colon existía desde los primeros síntomas de la anemia” mas tal aseveración, no resulta a la Sala asumible; no sólo por contradecir lo informado por el perito deponente a instancia de la actora (Dr. ...., especialista en medicina interna, el cual en inmediación judicial alcanza a declarar “una anemia microcítica ferropénica (como la) mantenida (..) es el comportamiento característico de un tumor maligno del tubo digestivo”(min 5,50 a 7.00 grabación dvd) cuanto especialmente lo asimismo informado por tal inspector médico, en cuanto concluye, en el punto quinto de su dictamen que “Los datos disponibles y la bibliografía consultada no permiten descartar que el tiempo de demora en el diagnóstico final, casi un año desde el positivo de la determinación de sangre en heces hasta el diagnóstico por colonoscopia de adenocarcinoma, no haya influido en el pronóstico de la patología”. En definitiva, considera la Sala acreditado, en acomodo a lo postulado en la demanda formulada, el retraso diagnóstico y subsiguientemente tratamental identificado “como de 16 meses” en informe forense incorporado en la previa causa penal seguida sobre el caso, y que, en expresión del propio forense “no sigue la lex artis por lo que constituye una actuación que no sigue el protocolo establecido al tener una anemia de las características citadas –volumen corpuscular bajo en todos los controles de marzo, octubre de 2011 y abril de 2012- y una analítica positiva en heces” (vid. Diligencias Previas 1/2014 seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº5 de Torre Vieja).

CUARTO.- Alcanzado este paso, estructura la actora su reclamación considerando merece verse indemnizada en 300.000 € “en cuanto es una cantidad que se equipara según baremo de tráfico y antecedentes jurisprudenciales a un daño por notables secuelas, invalidez absoluta, días de baja, perjuicio estético y daño moral” mas asimismo reconociendo el no ser posible baremar más allá de un concepto global del pronóstico.

Lo antedicho, ante su notoria indeterminación cualitativa (que no cuantitativa), impone a la Sala, valorar no sólo las circunstancias objetivas (tiempo de retraso entre otras) cuanto las subjetivas del caso, en el bien entendido sentido de que la cuantía a reconocer en favor de la actora ha de verse relacionada con la influencia que a esta Sala merezca tal retraso diagnóstico (y por ende tratamental) en el pronóstico de la patología sufrida por aquella, unido ello a los daños morales a relacionar con tales circunstancias recusables e imputables a la administración demandada, en cuanto implican una menor posibilidad de supervivencia y una mayor agresividad en el tratamiento y su sintomatología secundaria asociada (vid pericial de la actora e inspección médica). En tal sentido identificado el tumor advertido en el año 2012 como estadio IIIB (adenocarcinoma moderadamente diferenciado) con invasión ganglionar demostrada en una segunda revisión del material biológico y asumiéndose presente en un estadio menos grave, en atención al tiempo en el que la sintomatología que se asume asociada a tal tumoración fue advertida, estima prudencial la Sala el establecimiento en favor de la actora de una indemnización de 100.000 € la cual ha de entenderse debidamente actualizada, por todos los conceptos, a la fecha del dictado de la presente sentencia.

QUINTO.- La estimación meramente parcial del recurso contencioso, excusa la expresa imposición de costas a cualquiera de las partes, ex. Art. 139.1. II LJCA.

En atención a lo expuesto

## **FALLAMOS**

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por ..... en impugnación de la desestimación entendida por silencio administrativo de la

reclamación de responsabilidad patrimonial registrada por la hoy actora en dependencias administrativas en fecha 5/10/2012 (Exp.277/2012).

2º) Declaramos la responsabilidad patrimonial de la Generalitat Valenciana reconociendo como situación jurídica individualizada de la actora su derecho a resultar indemnizada en la cuantía de 100.000 €.

3º) Intereses del Art.106 LJCA y sin costas.

Frente a la presente sentencia, cabe recurso de casación en los términos previstos en los Arts. 86 y 89 de la LJCA.

A su tiempo, y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma, certifico. Valencia, en la fecha arriba indicada.