

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2011/0001078



(01) 30139884996

Procedimiento Ordinario 1060/2011

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

Demandado:

PROCURADOR D./Dña. JESUS IGLESIAS PEREZ

SENTENCIA N° 191/2014

Presidente:

Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D. JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO

Dña. M^a JESUS VEGAS TORRES

Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER

En la Villa de Madrid a once de marzo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo número 1.060/2011 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por D^a. representados por la Procuradora D^a. Paloma Solera Lama, contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 13 de diciembre de 2010. Han sido parte demandada representada y dirigida por la Letrado de sus Servicios Jurídicos; así como la representada por el Procurador D. Jesús Iglesias Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado al efecto, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso por la que, con estimación de su demanda, se acuerde la concesión de una indemnización de 100.000 €, más los intereses desde la fecha de la reclamación administrativa e intereses del artículo 20 de la L.C.S. si se personara la compañía aseguradora

SEGUNDO.- La Administración demandada, así como la codemandada, una vez conferido el trámite pertinente para contestar la demanda, presentaron sendos escritos en los que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes, solicitaron una sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO.- Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- Por Acuerdo del Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de enero de 2012 se realizó el llamamiento del Magistrado Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero en sustitución voluntaria del Magistrado titular de la Sala Ilmo. Sr. D. Marcial Viñoly Palop, siendo aquél designado Ponente de este recurso; señalándose para la votación y fallo del presente recurso el día 26 de febrero de 2014, en que tuvo lugar.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación de la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 13 de diciembre de 2010, por los daños materiales y morales que dicen los recurrentes haber padecido a consecuencia del diagnóstico erróneo de Adenocarcinoma dado a la recurrente D^a.

El actores ponen de manifiesto, en apoyo de su pretensión, que la actora presentaba antecedentes de Linfoma Folicular desde el año de 2004 en remisión completa, y que en noviembre de 2009, tras la realización de un TAC se observó la presencia de múltiples lesiones parenquimatosas pseudonodulares en ambos pulmones, recomendándose la realización de una Broncoscopia y una PAAF de pulmón.

Mientras la Broncoscopia no detectó lesiones endobronquiales, la PAAF resultó positiva para células malignas con hallazgo de Carcinoma de células grandes, siendo el diagnóstico de probable Adenocarcinoma.

A resulta de dicho diagnóstico, tanto la paciente como sus familiares, fueron informados por el Servicio de Oncología de que el Adenocarcinoma de pulmón estaba en estadio IV, muy avanzado, recomendando la necesidad de aplicar un tratamiento quimioterapia paliativo.

Tras la finalización del cuarto Ciclo de Quimio se llevó a cabo una TAC de valoración de respuesta, en la que no se visualizaba ninguna lesión parenquimatosas, por lo que se solicitó una revisión del estudio y muestra del PAAF para confirmar o descartar un error en el mismo, y realizado nuevamente, se descartó el diagnóstico previo de adenocarcinoma.

Los recurrentes sostienen que hubo un error de diagnóstico en el primer estudio realizado, lo que es confirmado por el Médico inspector del

Como consecuencia de todo ello, se dice que D^a. padece secuelas físicas (derivadas de la aplicación indebida del tratamiento quimioterapéutico) y psicológicas (síndrome depresivo postraumático), además de una incapacidad temporal (90 días de hospitalización y 180 días de tratamiento psicológico) y daños morales, por cuyo motivo reclama la cantidad de 70.000 € y 30.000 € por los daños sufridos por sus tres hijos.

A dicha pretensión se oponen la que han solicitado la desestimación del recurso contencioso administrativo, al considerar ajustada a la "*lex artis*" la actuación de los servicios sanitarios públicos, añadiendo la última citada que el estudio por PAAF de los

tumores pulmonares, como cualquier otra prueba diagnóstica está sujeta, a pesar de su alta fiabilidad, a errores de interpretación, especialmente en relación con el diagnóstico diferencial entre el carcinoma bronquioalveolar y otros procesos pulmonares benignos o premalignos (hiperplasia neumocítica, hiperplasia adenomatosa atípica)m difícilmente distinguibles de ese tipo de cáncer pulmonar.

SEGUNDO.- Como es bien sabido, y así nos lo recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 (rec. 40/2012), “ (...) *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 todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2.009 (recurso 9.484/2.004) , con cita de las de 20 de junio de 2.007 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*”.

Esto es, en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando 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*” - sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril, 3y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008y 29 de junio de 2010-, por lo 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" - entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 10y 16 de mayo de 2005-.

Así las cosas, cuando, atendidas las circunstancias del caso, la asistencia sanitaria se ha prestado conforme al estado del saber y con adopción de los medios al alcance del servicio, el resultado lesivo producido no se considera antijurídico, tal y como se declaraba en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con referencia a la de 22 de diciembre de 2001, y en similar sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009, con cita de las de 20 de junio y 11 julio de 2007.

TERCERO.- Como se desprende de los términos en que se ha planteado el debate, la cuestión fáctica a resolver reside en determinar si existió una mala praxis en la asistencia sanitaria prestada a la recurrente, cuestión que es eminentemente técnica, en cuanto que pertenece al ámbito de la ciencia médica dilucidar si la asistencia sanitaria fue adecuadamente prestada, y si el resultado final pudo evitarse empleándose los medios y procedimientos a disposición del citado hospital.

Pues bien, para la correcta resolución de la cuestión controvertida sometida a nuestra consideración debemos partir, en primer lugar, del informe emitido por la Inspección Sanitaria, obrante en el expediente administrativo a sus folios 212 y siguientes, en el que, después de identificar los datos de la interesada, de relacionar las actuaciones practicadas, efectúa las consideraciones médicas siguientes:

“La técnica de la punción-aspiración con aguja fina es el método más sensible, y específico para el estudio, diagnóstico, y a veces tratamiento, de lesiones o alteraciones tisulares poco accesibles con otros medios.

Este método consiste en recoger una muestra del tejido que se desea analizar, a través de la piel del paciente, y mediante una aguja conectada a un sistema de aspiración (que en muchos casos consistirá en una jeringa adecuada), y que a menudo requiere ser guiada al lugar exacto mediante técnicas de imagen.

En concreto para el cáncer de pulmón, este método tiene una sensibilidad del 89% y una especificidad del 96%. Existe un porcentaje de alrededor del 1% de falsos positivos. La citología broncopulmonar tiene una sensibilidad mayor del 90%.

A la vista de los antecedentes expuestos, se hace preciso analizar si existió algún error en la actuación de alguno de los tres servicios asistenciales intervinientes.

> El servicio de Diagnóstico por la Imagen, a la vista del TAC de control de 25/11/2009, facilita dos posibilidades diagnósticas. Ante la duda se decide realizar una fibrobroncoscopia y una PAAF para determinar las propiedades de los nodulos pulmonares descubiertos. Esta última técnica debe ser realizada, siempre que se pueda, ante diagnósticos de sospecha tumoral, con el objetivo de filiar su naturaleza. La muestra es analizada posteriormente por el servicio de Anatomía Patológica.

Se considera que la actuación de esta Unidad fue correcta

>El servicio de Oncología Médica recibe a la paciente el 04/01/2010, una vez finalizado el estudio efectuado por los dos Servicios Centrales (Diagnóstico por la Imagen y de Anatomía Patológica), en los que a la vista de las imágenes de nodulos pulmonares y su análisis citopatológico se concluye como probable adenocarcinoma. Por lo tanto, y ya que la clínica pudiera corresponder con un carcinoma bronquioloalveolar (patrón radiológico similar a los procesos inflamatorios) lo clasifican, según TNM, en estadio IV, e inician tratamiento oncológico.

Es cierto que podría haberse ampliado el estudio con otras pruebas diagnósticas, pero dado el alto grado de confianza que proporcionan las ya realizadas por los dos servicios centrales, se prefiere tratar cuanto antes el tumor.

Es este servicio, el que a la vista de los resultados del control TAC de 08 de marzo de 2010 no corresponden con la evolución lógica de esta clase de tumores, el que solicita se revise el estudio citopatológico realizado, y ante los nuevos resultados, suspende tratamiento quimioterápico.

Se considera que la actuación de este Servicio no es inadecuada.

> El Servicio de Anatomía Patológica recibe el 21-12-2009 una muestra (9 portaobjetos) extraída de nódulos pulmonares mediante PAAF. El estudio citopatológico se realiza por facultativo adscrito al Servicio y con amplia experiencia en este tipo de estudios.

El informe microscópico (23112/2009) que se facilita es: “Extendidos con moderada cantidad de células constituidas por grupos tridimensionales de células epiteliales con atipia e intensa actividad mitótica. También se observan placas mesoteliales. No se

identifica población linfocitaria.” Diagnóstico:” Remitido de Diagnóstico por Imagen: PAAF de pulmón positiva para células malignas con hallazgos de carcinoma de células grandes. Probable adenocarcinoma.”.

Observaciones: “El cuadro puede corresponder a un carcinoma bronquioloalveolar”

En caso de existir dudas sobre un estudio citopatológico o cuando la muestra es insuficiente, se debe solicitar nuevo estudio o distinta muestra de la lesión, con el fin de determinar con certeza el diagnóstico. Si éste resultara igualmente dudoso, debería quedar reflejado en el informe o ser desechado.

El 2º informe citopatológico que se realiza el 21/04/2010, y solicitado para comprobación de los resultados del anterior, se lee:

“El material obtenido muestra grupos tridimensionales de células de escasa atipia citológica, sin que se hayan observado criterios citológicos del epitelio bronquial (cilios, placa terminal, borde común).

Se observan luces intracitoplasmáticas y núcleos polarizados que pueden ser observados en el carcinoma bronquioloalveolar.

Aunque dada la evolución referida por los oncólogos pueda replantearse la benignidad de las lesiones, no existen criterios citológicos concluyentes para poder afirmar la naturaleza benigna o maligna de la lesión.”

A la vista de los dos informes realizados por el Servicio de Anatomía Patológica, parece deducirse que el primero “diagnosticaba” probable adenocarcinoma, (existencia de células epiteliales con atipia e intensa actividad mitótica, PAAF de pulmón positiva para células malignas con hallazgos de carcinoma de células grandes), añadiéndose en las observaciones: “El cuadro puede corresponder a un carcinoma bronquioloalveolar”; mientras que en el segundo no se asegura la naturaleza de la lesión (“no existen criterios citológicos concluyentes para poder afirmar la naturaleza benigna o maligna de la lesión.”), por lo que con este segundo informe se hubiera debido ampliar el estudio, al no ser concluyente en su diagnóstico.

Por lo tanto, se estima que existió un error de diagnóstico en el primer estudio realizado por el Servicio de Anatomía Patológica que indujo a iniciar tratamiento oncológico”.

Y llegaba a la conclusión: “Tras el análisis de la documentación recibida se considera que la asistencia prestada no se ajustó a lex artis”.

Consideraciones y conclusiones que son ratificadas por el Inspector Médico actuante en el informe emitido el 3 de junio de 2011 (folios 221 y 222 del expediente), en los términos siguientes:

“En contestación a las alegaciones realizadas por el Dr., Jefe de la Unidad de Anatomía Patológica de Hospital respecto al Informe emitido por este médico inspector, en referencia a la reclamación patrimonial formulada por manifiesto:

1. Que se considera que, en materia de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación médica, el criterio básico utilizado es el de la Lex Artis, de tal forma que la obligación del profesional de la medicina es de medios no de resultados: por lo que la obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo. Por ello la Lex Artis constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos, imponiendo al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Ese criterio es fundamental a la hora de delimitar la responsabilidad en ese ámbito, exigiéndose para su existencia, no solo la lesión sino también la infracción de dicha Lex Artis. Si solo bastara la lesión se incurriría en una excesiva objetivación de la responsabilidad. Al respecto cabe cita de la Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo de 27/11/2000, (RJ 9404), en la que se recuerda: “Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano”.

2. Que se entiende como Lex Artis médica, “... aquél criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada”. (STS de 11 de marzo de 1991).-

3. Que la asistencia integral prestada a un paciente se basa, en muchos casos, en la concatenación de actuaciones de diversos profesionales de distintas especialidades médicas, que se coordinan en el estudio diagnóstico y el tratamiento del mismo, siendo interdependientes entre sí. El que esa sucesión de actuaciones esté debidamente organizada en tiempo y forma puede determinar el éxito de la propia prestación.

4. *Que en el caso concreto de la presente reclamación patrimonial intervienen varios facultativos de distintos Servicios, entre los que destacan por su importancia en este proceso asistencial el de Diagnóstico por la Imagen, el de Anatomía Patológica y el de Oncología Médica.*

5. *Que como consecuencia de los Informes emitidos por los dos Servicios Centrales, junto a la clínica que presentaba la paciente, indujeron a que el servicio de Oncología Médica diagnosticara un carcinoma bronquiolo- alveolar, estadio ¡V iniciándose por ello, tratamiento quimioterápico.*

6. *Que para llegar a este resultado fue determinante el Informe de Anatomía Patológica, donde se observaba que “El cuadro puede corresponder a un carcinoma bronquiolo-alveolar”, acompañándose de una descripción microscópica que correspondía con la conclusión realizada.*

7. *Que tanto en las alegaciones del Dr. D. como en el propio Informe de la Inspección se admite que puede existir un 1% de falsos positivos en estos resultados histopatológicos, dentro del funcionamiento normal de este tipo de Unidades asistenciales*

8. *Que posteriormente, y a la vista de la evolución atípica de la paciente para este tipo de tumores, se realizó un segundo estudio de la misma muestra por el propio servicio de Anatomía Patológica, en el que, por el contrario, no se aseguraba la naturaleza de la lesión (“no existen criterios citológicos concluyentes para poder afirmar la naturaleza benigna o maligna de la lesión.”) y la descripción microscópica estaba de acuerdo con esta segunda conclusión.*

9. *Que si éste hubiera sido el informe/resultado del primer estudio, no se hubieran efectuado las acciones asistenciales posteriores (información a la paciente, tratamiento quimioterápico...) sino que hubiera obligado a seguir y ampliar el estudio de la paciente y/o a aguardar la evolución con una actitud expectante.*

10. *Que como consecuencia de ello la paciente recibió un daño antijurídico que no estaba obligada a soportar*

11. *Que, por lo tanto, me ratifico en el Informe emitido en su momento, y que, en todo caso, entiendo, no es necesariamente contradictorio con las alegaciones realizadas por el Dr. D.*

Las expresadas consideraciones son compartidas en el informe médico pericial aportado por los recurrentes, emitido por el Dr. D. Especialista en Medicina Interna, que de forma categórica concluye calificando de imprudente la actuación del profesional de

Anatomía Patológica “*al diagnosticar como positiva para células malignas el PAAF del Nódulo pulmonar, en circunstancias de que no existían criterios suficientes para inclinarse por ese diagnóstico, como luego se ha demostrado*”.

CUARTO.- Los expresados razonamientos y conclusiones, sin embargo, no son compartidos en el informe médico pericial aportado por la entidad codemandada, emitido por el Dr. D., Especialista en Anatomía Patológica, en el que, tras efectuar un resumen de la historia clínica, se contienen las siguientes conclusiones médico-periciales:

“1º.- Ningún procedimiento diagnóstico en el ámbito médico es infalible. Todos ellos, especialmente los que dependen de la interpretación humana, están sometidos a un riesgo de error, bien por “falso negativo” (fallo cuando se descarta un diagnóstico) o por “falso positivo” (fallo cuando se da un diagnóstico como seguro)

2º.- Los estudios anatomopatológicos, como cualquier otro método diagnóstico, están sometidos a un riesgo de error. Su fiabilidad es alta, pero no total. Los estudios citológicos (como la PAAF) son algo menos fiables que los histopatológicos.

3º.- En relación al diagnóstico del cáncer de pulmón por punción-aspiración (PAAF) la sensibilidad se aproxima al 90% y la especificidad es superior al 95%. Ello supone una alta fiabilidad no exenta sin embargo de riesgo de error (alrededor del 10% de falsos negativos y de algo menos del 5% de falsos positivos,

4º.- De entre todas las variedades del cáncer del pulmón, el carcinoma bronquioloalveolar es la más proclive a los errores diagnósticos, dada su escasa atipia y su extraordinario parecido morfológico con algunos procesos benignos o premalignos (fundamentalmente hiperplasia neumocítica e hiperplasia adenomatosa atípica)

5º.- Visto el caso retrospectivamente es muy probable que se produjera un error por falso positivo en el diagnóstico de la punción pulmonar, informado el día 23 de diciembre de 2009; sin embargo ni siquiera en la revisión posterior, sabiendo que la excelente respuesta a la quimioterapia no concordaba con la de un cáncer bronquioloalveolar, fue posible determinar con certeza un carácter benigno, aunque a la vista de la evolución hizo plantear ese error como primera posibilidad.

6º.- Estudiadas las preparaciones citológicas objeto de la pericia puede afirmarse que el diagnóstico más probable, en el momento en el que se estableció, era el de carcinoma bronquioloalveolar si bien, conociendo la evolución posterior del caso, no puede descartarse

un error por falso positivo, derivado de la especial dificultad de diferenciar este tipo de tumores de las hiperplasias alveolares benignas o premalignas”.

Con la conclusión final siguiente: *“A la vista de la excelente respuesta al tratamiento quimioterápico (remisión completa mantenida) es probable que se produjera un error diagnóstico por falso positivo en el estudio citológico por PAAF informado el 27 de diciembre de 2009. El estudio citológico por PAAF de los tumores pulmonares, como cualquier otra prueba diagnóstica, está sujeta (a pesar de su alta fiabilidad) a errores de interpretación, especialmente en relación con el diagnóstico diferencial entre el carcinoma bronquioloalveolar y otros procesos pulmonares benignos o premalignos (hiperplasia neumocítica, hiperplasia adenomatosa atípica) difícilmente distinguibles de ese tipo de cáncer pulmonar. Afortunadamente, el tratamiento quimioterápico, adecuadamente aplicado en función del diagnóstico emitido, no ha dado lugar a secuelas físicas permanentes (al menos hasta donde puede deducirse de los documentos aportados)”.*

QUINTO.- Conviene considerar ahora que la cuestión de fondo habrá de resolverse valorando conjunta y racionalmente el resultado de las pruebas practicadas en este proceso y el material probatorio incorporado al expediente administrativo, y aplicando lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al que corresponde a la parte demandante *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*, y que corresponde a la demandada *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*.

Las precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se *“deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”*, siendo de significar que la jurisprudencia (por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre y 18 de octubre de 2005, de 9 de diciembre de 2008, de 30 de septiembre, 22 de octubre, 24 de noviembre, y 18y 23 de diciembre de 2009, y las que en ellas se citan) ha precisado el alcance de las anteriores normas sobre la carga probatoria en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria a la luz del principio de facilidad probatoria, en el sentido de que compete al recurrente la prueba del daño antijurídico y del nexo o relación de causalidad entre éste y el acto de asistencia médica, de forma que, no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad

administrativa, si bien tales exigencias deben moderarse, en aplicación del principio de facilidad de la prueba, tomando en consideración las dificultades que en cada caso concreto haya encontrado el recurrente para cumplir con la carga probatoria que le incumbe debido a que la Administración es la parte que dispone del expediente administrativo; pero, una vez acreditado por el demandante el daño antijurídico y el nexo causal entre este y la actuación sanitaria, corresponde a la Administración acreditar que ajustó su actuación a las exigencias de la "*lex artis*", por la mayor dificultad del reclamante de justificar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica.

Hemos de señalar también que la valoración de la prueba practicada en este proceso aconseja dos consideraciones previas:

La primera de ellas es que las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado, por lo que no prevalecen necesariamente sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, aunque es claro que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, en la cualificación técnica del perito, y en la independencia o lejanía del mismo respecto a los intereses de las partes.

Y la segunda, que en los informes de la Inspección Sanitaria la opinión de los técnicos se ha obtenido extraprocesalmente y no ha sido traída al proceso como prueba pericial, sino como documental inserta en el expediente administrativo, pero ello no supone que tales opiniones queden privadas de fuerza de convicción, ya que ha de ser ponderada como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba, siendo de significar que, salvo prueba en contrario, se presume que los Inspectores Médicos son independientes del caso y de las partes y que actúan con criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad.

Pues bien, sin que la Sala ignore, como se pone de manifiesto en el informe médico aportado por la codemandada, que el estudio citológico por PAAF de los tumores pulmonares, como cualquier otra prueba diagnóstica, está sujeto a errores de interpretación, especialmente en el diagnóstico diferencial entre el carcinoma bronquioloalveolar y otros procesos pulmonares benignos o premalignos, difícilmente distinguibles de ese tipo de cáncer pulmonar, es precisamente dicha dificultad en el diagnóstico y la posibilidad de

errores en la interpretación lo que debería de haber llevado a extremar las pruebas diagnósticas hasta el punto de haber llevado a cabo una revisión del estudio y comprobación de los resultados del PAAF obtenidos, tal como finalmente aconteció ya el 21 de abril de 2010, máxime si se tiene en cuenta la extrema gravedad del diagnóstico, Adenocarcinoma pulmonar en estadio IV, y las graves consecuencias que de ello se derivaban, mediante la adopción de un tratamiento quimioterapéutico meramente paliativo, con el consiguiente impacto emocional que debió sufrir la paciente y su familia ante las escasas o nulas posibilidad de curación.

Por todo lo expuesto, la apreciación racional y en su conjunto del material probatorio aportado al proceso, podemos concluir, sin lugar a dudas, que en el caso concreto examinado hubo un error de diagnóstico en el primer estudio realizado, que indujo a iniciar un indebido tratamiento oncológico, con grave y manifiesta infracción de la “*lex artis*” médica, a consecuencia de la cual ha acaecido un daño antijurídico que los recurrentes no están obligados a soportar.

SEXTO.- A la hora de determinar el importe correspondiente de la indemnización que deba fijarse, debemos traer a colación la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2013 (rec. 2989/2012), según la cual:

“Sobre esta cuestión, la jurisprudencia más conforme de esta Sala (entre otras la sentencia de fecha 23 de marzo de 2010 dictada en el recurso 4925/2005) cuando afirma que lo primero que debe indicarse es que, a la hora de efectuar la valoración de los daños, como señala la sentencia de 10 de abril de 2008, "la Jurisprudencia (SSTS 20 de octubre de 1987; 15 de abril de 1988 ó 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una "apreciación racional aunque no matemática" pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se "carece de parámetros o módulos objetivos", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, "las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas" en una suma dineraria.

En este sentido y en relación con la utilización de baremos preestablecidos, esta Sala tiene declarado que el referido baremo de la Ley de Seguros Privados no tiene más valor que el puramente orientativo, con la finalidad de introducir criterios de objetividad en la

determinación del "quantum" indemnizatorio, pero sin que pueda invocarse como de obligado y exacto cumplimiento (SS. 27- 12-1999, 23-1-2001, 2-10-2003), por lo que no puede alegarse su infracción o inaplicación como fundamento de un motivo de casación”.

Pues bien, en el caso concreto, del informe de valoración de daños contenido en el expediente administrativo, efectuado por la Dra., fechado el 15 de julio de 2011, y emitido a instancia del Servicio de Responsabilidad Patrimonial, que el tratamiento quimioterapico se llevó a cabo desde el 13 de enero de 2010 hasta el 8 de abril de 2010 (85 días), en régimen de ambulatorio, y que deben considerarse impositivos. Tras dicho tratamiento, el Servicio de oncología programó controles para seguimiento periódico durante 162 días, que deben considerarse no impositivos. Dicha incapacidad temporal coincide, en esencia, con la contemplada en el informe médico aportado por los recurrentes, en el que se reflejan 72 días impositivos y 176 no impositivos, esto es, 248 días frente a los 247 días contemplados en el informe emitido por la Dra.

Además, no debemos perder de vista las consecuencias adversas que para la salud conlleva un tratamiento quimioterapico, consecuencias que aparecen reflejadas en el documento del consentimiento informado facilitado a la paciente, y que se aprecian en un daño físico, por los inevitables efectos tóxicos de la quimioterapia, así como un daño psicológico.

A ello debemos añadir el impacto emocional que debió de sufrir la paciente y sus familiares como consecuencia del error de diagnóstico que nos ocupa, que a su vez debe ponerse en relación con el escaso plazo de vida que aquél comportaba.

Por tanto, atendiendo a las circunstancias del presente supuesto esta Sala considera que debe fijarse una indemnización de 50.000 € para la paciente-recurrente, por todos los conceptos (perjuicios materiales y morales padecidos); y otra de 9.000 € por los perjuicios morales padecidos por sus tres hijos (sobre cuya situación personal y económica nada ha indicado la recurrente), aquí también recurrentes, siendo ambas cantidades actualizadas a la fecha en la que se dicta la presente sentencia.

SÉPTIMO.- De cuanto antecede se desprende la procedencia de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo que aquí nos ocupa; y en aplicación de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en redacción anterior a la dada por la Ley 37/2011), no se hace expresa imposición de las costas causadas.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a. representados por la Procuradora D^a. Paloma Solera Lama, contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 13 de diciembre de 2010, y en su consecuencia reconocemos el derecho de los recurrentes a ser indemnizados en la cantidad de 59.000 €, por todos los conceptos, cantidad actualizada al momento de dictarse la presente sentencia. Sin costas

Notifíquese la presente resolución con la advertencia de que la misma es firme al no poder interponerse recurso de casación, conforme determina el artículo 86 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO, estando la Sala celebrando audiencia pública el día 24.03.14, de lo que, como Secretario, certifico.