

Roj: STS 5763/2011
 Id Cendoj: 28079130042011100484
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 4
 Nº de Recurso: 1245/2007
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI
 Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 1245/2007 , que ante la misma pende de resolución, interpuesto por D. Federico Jose Olivares de Santiago , en nombre y representación de ZURICH ESPAÑA CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, contra la Sentencia de veintiséis de enero de dos mil siete, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, recaída en los autos número 669/2005 .

Habiendo comparecido en calidad de partes recurridas en este recurso contencioso-administrativo D. Florencio Aráez Martínez, en nombre y representación de D^a Herminia y el Abogado de la Generalidad Valenciana, en la representación que ostenta legalmente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en los autos número 669/2005, dictó sentencia el día veintiséis de enero de dos mil siete, cuyo fallo dice: " 1. *Estimamos el recurso interpuesto por la Procuradora doña María Angeles Esteban Álvarez, en nombre y representación de doña Herminia , contra la presunta desestimación de la reclamación indemnizatoria de 169.750 euros, presentada, como reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, el 2 de febrero de 2004. Desestimación que declaramos contraria a derecho y anulamos, dejándola sin efecto. 2. Reconocemos el derecho de la actora a ser indemnizada en 169.231,96 euros, a cuyo pago condenamos a la Administración demandada y la Aseguradora Zurich España, Cía de Seguros S.A., en los términos del contrato que tenga suscrito, más los correspondientes intereses legales desde el 2 de febrero de 2004 hasta su completo pago. 3. No hacemos expresa imposición de costas ."*

SEGUNDO.- El representante procesal de Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros preparó el recurso en fecha de veintidós de febrero de dos mil siete. Asimismo se interpuso el recurso de casación por escrito de veinte de abril de dos mil siete.

TERCERO.- Mediante Auto de fecha veintidós de mayo de dos mil ocho, la Sección Primera de esta Sala , admitió el recurso de casación interpuesto y se remitieron las actuaciones a la Sección Cuarta, donde se recibieron las actuaciones el veinticuatro de enero de dos mil once, en aplicación de las normas de reparto vigentes, tras haber conferido a las partes recurridas traslado para formular oposición en el plazo de treinta días.

CUARTO.- La representación de D^a Herminia presentó escrito de oposición el veintitrés de enero de dos mil nueve y el Abogado de la Generalidad Valenciana, si bien se personó en las actuaciones no formalizó escrito de oposición al recurso presentado.

QUINTO.- Mediante providencia dictada el veintisiete de julio de dos mil once se señaló para votación y fallo de este recurso el día trece de septiembre de dos mil once, fecha en que tuvo lugar, habiéndose

observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de ZURICH ESPAÑA CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha veintiséis de enero de dos mil siete, dictada en el recurso 669/2005 , que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la D^a. Herminia contra p or la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación formulada ante la Consejería de Sanidad de la Generalidad Valenciana el dos de febrero de dos mil cuatro, a consecuencia de la que considera deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital Arnau de Vilanova, que motivó primero la anulación funcional del riñón derecho y luego la extirpación del mismo.

SEGUNDO.- La parte actora en su demanda fundamentaba su pretensión declarativa e indemnizatoria en la infracción de la "lex artis ad hoc", ya que se había producido una lesión del uréter derecho en la intervención del diez de diciembre de dos mil uno cuando se le practicó una histerectomía, y se trataban de órganos independientes y distintos, por tanto , no podía considerarse connatural la lesión a tal órgano. Se le causó un daño innecesario y desproporcionado. Además, se produjo un importante retraso en el diagnóstico de esta lesión ureteral derecha, a pesar de sus síntomas evidentes. Existió también una descoordinación de los servicios hospitalarios (radiología, urología, ginecología, oncología y urgencias). No se valoró adecuadamente los resultados de las pruebas diagnosticas practicadas tardíamente y se produjo un retraso injustificable en la aplicación de las medidas terapéuticas para evitar la perdida funcional del riñón derecho. Suplicaba la declaración de existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria demandada por los daños y perjuicios que consideró valorados en la cantidad de 169.216,96 euros, junto a intereses de demora desde la reclamación en vía administrativa hasta el pago efectivo de la misma.

La Sentencia de instancia recoge como hechos relevantes para la resolución del pleito:

<< 1.El 7 de noviembre de 2001 la actora fue intervenida en el Hospital Arnau de Vilanova realizándose una laparoscopia con doble anexectomía con motivo de una tumoración anexial izquierda.

2.Tras el correspondiente estudio anatomopatológico, el 10 de diciembre siguiente, fue reintervenida quirúrgicamente practicándose histerectomía, linfadenectomía de vasos ilíacos y obturadores, omentectomía. Fue dada de alta el día 14 siguiente, con la indicación de acudir a consulta el 10 de enero de 2002.

El 28 de diciembre, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital aquejada (según la Hoja de Urgencias) de fuerte dolor abdominal de 12 horas de evolución con sensación de peso hipogastrio y fiebre hasta 39º en domicilio. Mediante exploración, se le diagnosticó "Posible absceso/peritonitis", quedando ingresada. En los días siguientes presentó fuerte dolor abdominal, fiebre, eliminación de líquidos, vómitos, diarrea, suministrándole diversa medicación, acordándose, el 31 de diciembre, consulta con urología.

3.A consecuencia de atropamiento uretral derecho, producido en el proceso quirúrgico llevado a efecto, el 31 de diciembre siguiente fue reintervenida practicándose liberación ureteral derecha y ureterocistitomía término-terminal, instalando catéter uretral.

4.Tras tormentoso postoperatorio (dolor abdominal, lumbar, espamos vesicales y pérdidas de orina) el 8 de enero de 2002 se retiró la sonda vesical experimentando una mejoría.

5.El 16 de enero se realizaron urografías intravenosas con resultado normal y fue dada de alta, dándole cita para Oncología el 23 de enero y para Ginecología el 28 de febrero siguiente.

6.Controlada por el Servicio de Oncología, el 3 de marzo de 2002 se retiró el catéter del uréter derecho.

7.Aunque inicialmente su evolución fue normal, la misma se complicó. Así, el 6 de mayo presentaba dolor lumbar derecho y molestias a nivel ilíaco derecho, por lo que se solicitaron urografías intravenosas que el 14 de junio fueron informadas por el radiólogo diagnosticando la alarmante complicación estenótica del uréter derecho.

8. En informe de TAC de 21 de junio de 2002, se consigna la anulación funcional del riñón derecho debido a la obstrucción uretral, considerado de escasa importancia por el oncólogo en la revisión de 25 de julio, con cita para enero siguiente.

9. El 8 de julio de 2002, por el urólogo se diagnostica: dilatación de vía renal derecha por estenosis a nivel uretral, y se le cita para octubre con objeto de practicar más pruebas.

10. El informe de TAC de 15 de enero de 2003, se diagnostica uropatía obstrucciona de riñón derecho grado 3.

11. El 10 de febrero de 2003, se diagnostica la anulación irreversible del riñón derecho. Solicitado cambio de Hospital el 31 de agosto siguiente, ingresó en el Hospital General, y, al día siguiente, se practicó Nefrectomía derecha .>>

Seguidamente, tras la relación fáctica recogida, la Sentencia procede a fundamentar la desestimación del recurso , considerando la existencia de una vulneración de la "lex artis ad hoc" en diferentes aspectos : a) haberse otorgado un deficiente consentimiento informado por la parte actora en relación con la práctica de la "anexectomía" -en la que se extirpa la trompa u el ovario- cuando, en realidad, se les extirparon los dos ovarios y b) descoordinación de los diferentes servicios médicos hospitalarios en la gestión de lo que constituía postoperatorio complejo que sufrió la actora y que provocó una minusvaloración de los datos y pruebas clínicas que reflejaban la mala evolución del proceso y que motivaron una demora injustificada en el diagnóstico y tratamiento primero de la lesión ureteral y con posterioridad de la disfuncionalidad renal que motivó finalmente, la pérdida del riñón derecho.

TERCERO.- Disconforme con este razonamiento, ZURICH ESPAÑA CÍA SEGUROS S.A invoca un único motivo de casación que se sustenta en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional .

Considera que la Sentencia de instancia infringe las normas del Ordenamiento Jurídico; y, en concreto, el artículo 139.2 y 141.1 de la Ley 30/1992, de veintiséis de noviembre. Se ha equiparado la pérdida del riñón derecho con el retraso en el diagnóstico de los problemas renales de la paciente que le han privado de una oportunidad de conservar el riñón. Como consta en el dictamen pericial del Dr. Gaspar , la actora no presentó síntomas renales hasta el veintiocho de diciembre de dos mil uno, cuando ingresó por fiebre, dolor y distensión abdominal y a las cuarenta y ocho horas fue diagnosticada de fístula ureteral a nivel de la 5ª vértebra lumbar. Por otra parte, y en base a lo anterior, existe una errónea valoración del daño que infringe lo dispuesto en los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 , ya que no existe certeza que un diagnóstico precoz hubiera evitado la extirpación del riñón. Dada la incertidumbre sobre el desenlace final en tales circunstancias, procedía reducir el quantum objeto de condena, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 , y de la doctrina de la Sala acerca de la pérdida de oportunidad. Se cita la Sentencia de esta Sala de veinte de abril de dos mil seis . Tampoco se explica el concepto en que se fija la indemnización, no aplicándose los baremos admitidos pacíficamente por la Jurisprudencia. No se le puede aplicar a la pérdida de un riñón el concepto de insuficiencia renal ya que ello no aparece ni en la Historia Clínica de la paciente ni en las pruebas diagnósticas que se le practicaron.

La parte recurrida formula oposición en el sentido de considerar que se pretende por la recurrente es una revisión de los hechos probados sin aducir infracción de la normativa que regula la valoración de la prueba ni arbitrariedad en la apreciación realizada por el Tribunal de instancia. La Sentencia estima procedente la aplicación del baremo establecido para los seguros privados siendo que es evidente que la actora ha de vivir sin un órgano vital que genera una disfunción renal, ya que la misma está prevista para dos riñones, por ello se solicita la cantidad íntegra tanto a la pérdida de un órgano vital como también por la relativa a la disfunción renal.

CUARTO.- En atención a los términos en que se formula el único motivo de casación, fundamentado en base al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , no puede prosperar. En lo que se refiere al primer aspecto relativo a la no aplicación en la sentencia de instancia de la doctrina de la pérdida de oportunidad, tal y como es conocida por nuestra Jurisprudencia, pretende la parte recurrente su aplicación en una forma no procedente ya que, en el presente caso, la sentencia de instancia realiza una completa valoración de la prueba en atención a la practicada en su seno, que evidencian no una pérdida de oportunidad de conservar el riñón sino una infracción de la "lex artis ad hoc" que este Tribunal no puede atacar sino se la califica y declara como ilógica, arbitraria o carente de lógica. La sentencia recoge la tesis relativa a la omisión de las medidas terapéuticas adecuadas para solventar la complicación a partir de pruebas practicadas en la instancia, como es la prueba pericial practicada por Don. Gaspar (folio 444), y ello pertenece a la esfera propia del procedimiento de instancia, sin que concurran ninguna de las causas

excepcionales en que la Jurisprudencia de la Sala permita entrar (por todas, sentencia de esta Sala y Sección de uno de junio de dos mil once, recurso de casación 828/2007). La Sala de instancia es la que admite y practica la prueba que estima pertinente y procedente a los efectos de determinar los puntos de hecho controvertidos, haciéndolo con respecto a los principios de contradicción e inmediatez, sin que este Tribunal pueda ordinariamente entrar nuevamente a valorar a posteriori las conclusiones que se observan a raíz de una interpretación conjunta y acorde a las reglas de la sana crítica.

Por otra parte, tampoco concurren en la sentencia impugnada un déficit de motivación en cuanto a la indemnización reconocida, con independencia de que el mismo debiera haberse articulado a través del *apartado c) del art. 88.1 de la Ley de la Jurisdicción* , ya que , como dijimos en nuestra sentencia de treinta de junio de dos mil diez, recurso de casación 2384/2006 , no procede controlarlo en esta instancia ya que se trata de una cuestión de hecho que ha sido apreciada y valorada por la Sala de instancia que debe respetarse, sino hay infracción del Ordenamiento Jurídico. Y, es más, la pérdida de un órgano vital determina ya una disfuncionalidad renal que es cuantificada en 47 puntos cuando la franja se presenta entre los 5-70 puntos, por lo que no se observa una valoración fuera de la horquilla y se procede a la moderación en base a la situación de la parte recurrente que únicamente dispone de un riñón.

En consecuencia, no puede prosperar este motivo en lo referente a la cuantificación de la indemnización por la valoración de la secuela.

Por último, no es revelador de un exceso en la valoración la consideración del factor de corrección del 10% aplicado a la indemnización, entendiéndose que la actora se encuentra en edad laboral y que tal factor de corrección se encuentra previsto tanto para la indemnizaciones procedentes por fallecimiento (tabla II del Baremo) como también por lesiones permanentes (tabla IV del Baremo).

No ha lugar al recurso de casación.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido por el *artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo* procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien la Sala de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero del citado precepto limita el importe máximo a percibir por los honorarios del Abogado del Estado la cantidad de tres mil euros (3.000#).

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación en autos de ZURICH ESPAÑA, CÍA DE SEGUROS S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha veintiséis de enero de dos mil siete, -recaída en los autos 669/2005 , con expresa condena a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación dentro de los límites señalados en el fundamento jurídico quinto de ésta, nuestra sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Enrique Lecumberri Marti, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico