

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
NUM. OCHO DE SEVILLA.**

Proced. Ordinario 327/12.

S E N T E N C I A N º 13/15

En la ciudad de Sevilla, a diecinueve de Enero de dos mil quince; la Ilma. Sra. D^a. María Salud Ostos Moreno, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. Ocho de Sevilla, ha visto el recurso seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario con el nº 327/12 a instancias de D^a. [REDACTED], D^a. [REDACTED], D. [REDACTED] D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED], representados por la Procuradora D^a. Julia Macías Dorissa y asistidos por el Letrado Sr. Castillo Calvín, contra el Servicio Andaluz de Salud, representado y asistido por el Letrado de sus servicios jurídicos, e interviniendo como codemandada la entidad aseguradora Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, representada por la Procuradora D^a. Julia Calderón Segura y asistida por Letrado; recayendo la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 20 de Mayo de 2.008 la Procuradora D^a. María Jesús Merlos Espinel, en nombre y representación de D^a. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] presentó recurso contencioso-administrativo ante la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, contra la Resolución de fecha 4 de Marzo de 2008 del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por inexistencia de de nexos causal entre la asistencia sanitaria recibida por D. [REDACTED] y su fallecimiento.

SEGUNDO.- Seguido el recurso por los trámites del procedimiento ordinario, se reclamó de la Administración demandada la remisión del expediente administrativo y el emplazamiento de los posibles interesados.

TERCERO.- Recibido el expediente, la parte actora formalizó su escrito de demanda en que suplicó se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, acuerde revocar y dejar sin efecto la resolución objeto de recurso, reconocer el derecho de los demandantes a ser indemnizados, condenar al Servicio Andaluz de Salud a abonar a los

actores la cantidad global de 600.000 euros, correspondiendo a cada uno de los cinco demandantes individualmente la cantidad de 120.000 euros, que devengará los intereses legales a contar desde la fecha de la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que deberán ser satisfechos por el Servicio Andaluz de Salud y en caso de que la compañía aseguradora del SAS se persone en el procedimiento, se le condene a satisfacer, además, sobre la indemnización debida, el interés penitencial establecido en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, imponiéndose a la demandada las costas de este procedimiento.

CUARTO.- Conferido traslado de la demanda a la Administración demandada para contestación, presentó escrito en que se opuso a las pretensiones deducidas de contrario y suplicó el dictado de sentencia por la que se absuelva al Servicio Andaluz de Salud de la pretensión deducida. Igualmente la aseguradora Zurich España Cía. de Seguros y Reaseguros se opuso a la demanda, suplicando se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho.

QUINTO.- Previos los trámites legales, la Sala declaró la competencia para el conocimiento del recurso de los Juzgados de Sevilla, correspondiendo por turno de reparto a este Juzgado.

SEXTO.- Fijada la cuantía del recurso en 600.000 euros, se recibió a prueba. Practicada la prueba propuesta y declarada pertinente, fueron las partes convocadas a vista en que cada una de ellas, expuso oralmente sus conclusiones, declarándose los autos conclusos para el dictado de sentencia.

SEPTIMO.- En la sustanciación de estas actuaciones se han observado los trámites legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo dilucidar la conformidad a derecho de la Resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud de fecha 4 de Marzo de 2008 que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D^a. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] por inexistencia de de nexo causal entre la asistencia sanitaria recibida por D. [REDACTED] y su fallecimiento.

SEGUNDO.- Alega la parte actora que el paciente, Sr. [REDACTED] permaneció durante un año sin diagnóstico cierto, siendo conocido éste después de su muerte, de modo que la situación de sospecha se mantiene durante al menos un año sin realizar pruebas complementarias con objeto de conocer realmente el origen de la dolencia del paciente, establecer el plan terapéutico e informar debidamente al paciente; que el diagnóstico de certeza pudo alcanzarse y éste no se hizo; añade que el seguimiento

periódico pautado al paciente fue insuficiente y contrario a la *lex artis ad hoc*, tratándose de un simple seguimiento analítico cada dos meses, existiendo otros medios terapéuticos que, con independencia del resultado, debieron ponerse en marcha con el propósito de intentar un efecto favorable en su salud; por tanto, concluye que se infravaloró la situación del paciente con la consiguiente ausencia de diagnóstico y tratamiento, lo que le llevó forzosamente a su fallecimiento. Considera así la parte actora que nos encontramos ante un caso de responsabilidad patrimonial del Servicio Andaluz de Salud por no haber agotado los medios diagnósticos y terapéuticos que, según los conocimientos actuales de la ciencia y de la técnica, estaban al alcance del sistema sanitario público, pues de haberse realizado un diagnóstico de certeza y no de presunción, como se hizo, pudo cambiarse la historia natural de la enfermedad, pues está claramente descrito en la literatura y avalado por estudios científicos, que existen posibilidades de tratamiento y que se deben poner en marcha en todo caso, oportunidad de la que se privó al Sr. [REDACTED] y por haber vulnerado del derecho del paciente y de sus familiares a conocer todo aquello relativo a su proceso asistencial, información a la que por ley tenían derecho, con la repercusión que ello tuvo en la vida del propio paciente y por el propio daño psicológico y moral irremediable para la familia del fallecido.

TERCERO.- Dispone el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 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

Es doctrina jurisprudencial consolidada -sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1978, 2 de febrero de 1980, 4 de marzo y 5 de junio de 1981, 25 de junio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 20 de enero y 25 de septiembre de 1984, 24 de noviembre de 1987, 25 de abril de 1989, 2 de enero y 17 de noviembre de 1990, 7 de octubre de 1991 y 29 de febrero de 1992, 28 de marzo de 2000, 30 de marzo de 2000, entre otras muchas-, que la responsabilidad directa y objetiva de la Administración, iniciada en nuestro Ordenamiento positivo por los artículos 405 y 414 de la Ley de Régimen Local de 1956, y consagrada en toda su amplitud en los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones del Estado y 121, 122 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y concordantes de su Reglamento, ha culminado, como pieza fundamental de todo Estado de Derecho, en el artículo 106.2 de la Constitución española de 1978, al establecer que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Así, pues, la copiosa jurisprudencia sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina de la que pueden significarse como pilares fundamentales los siguientes:

a) La Legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que

los administrados hayan sufrido en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa.

b) Servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suelen presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración.

c) De ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, y a que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material, o en omisión de una obligación legal.

d) Los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes:

1. La acreditación de la realidad del resultado dañoso -"en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

2. La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que:

"El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)"). Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo."

3. La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudenencia.

4. La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor.

5. La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

Aunque la responsabilidad de la Administración sea objetiva, es decir, no precise ser dolosa ni culposa, no por ello se genera directamente desde el mismo momento en que se le produce un perjuicio a un administrado. Como ilustra la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio del 2004, "esta interpretación es rechazable, entre otras razones porque, basta con detenerse un momento a reflexionar para ver que, llevada a sus últimas consecuencias, se traduce en algo que repugna al sentido común: que el que se somete a tratamiento, del tipo que fuere, en un establecimiento público sanitario tendría ya asegurado, por lo menos, una indemnización en el caso de que el resultado no fuera el deseado. Esto ni lo ha dicho ni lo puede decir ningún Tribunal de Justicia y no sólo porque es contra lo razonable, sino porque es contrario a la naturaleza de las cosas. Y por eso, lo que viene diciendo la jurisprudencia -y de forma reiterada- es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama

la lex artis ".

En efecto, en cuanto a esa antijuridicidad del daño , entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 20 07 y de 16 de marzo de 2005 insisten en que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" .

Se insiste, pues, en que tratándose de una responsabilidad de índole médico sanitaria, constituye elemento nuclear para valorar su existencia, la infracción o no de la lex artis, ya que existe una reiterada y constante doctrina jurisprudencial que expresa que la obligación contractual o extracontractual del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la curación del enfermo, que normalmente nadie puede asegurar, o lo que es lo mismo no es la suya una obligación de resultado, sino el compromiso de utilizar los medios adecuados conforme a la lex artis ad hoc y a las circunstancias del caso, entendiéndose por lex artis ad hoc aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida. De aquí que su responsabilidad ha de basarse en culpa patente que revele un desconocimiento de ciertos deberes, según el estado actual de la ciencia. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis habrá lugar a la responsabilidad patrimonial; en caso contrario, los perjuicios alegados por el recurrente no dan lugar a indemnización al no tener la consideración de antijurídicos, por lo que deben ser soportados por el perjudicado.

CUARTO.- El examen del expediente administrativo remitido permite comprobar los siguientes extremos. D. ██████████, de 55 años de edad, acudió el día 6 de Febrero de 2004 a su médico de atención primaria tras una analítica de rutina, apreciándose una elevación de los leucocitos, que determinó la práctica de una segunda analítica, ese mismo mes de Febrero de 2004, que confirmó una leucocitosis (20.600 mm3) con monocitosis (17,9%) y LUC elevados (9,7%.)

El médico de atención primaria remite al paciente a l consulta de hematología del Hospital Torrecárdenas, para exploración y diagnóstico. Es atendido en este servicio por el Dr. ██████████. Consta analítica de fecha 5 de Marzo de 2004, en que en el apartado „frotis de sangre periférica“ se indica „se confirma monocitosis, monocitos con núcleo abigarrado, protoplasma con vacuolas y desflecado“. El día 11 de Marzo de 2004 es atendido por el Dr. ██████████ que hace constar en el historial que es remitido por hallazgo casual de monocitosis analítica, que se re comprueba (folio 59 del expediente) y se añade: „J. Clínico: LMMC ?. Seguimiento analítico en 2 meses“.

En el informe que se expide ese día, 11 de Marzo de 2004 (folio 19 del expediente), se expresa: „Leucocitosis con monocitosis aislada, sin células atípicas. Haremos seguimiento clínico-analítico“.

Consta nueva analítica el día 13 de Mayo de 2004, fecha en que el Dr. [REDACTED] hace constar (folio 59): „sin cambios analíticos ni físicos. Mantengo sin tratamiento“.

Se practica nueva analítica el día 29 de Julio de 2004, fecha en que el Dr. [REDACTED] anota (folio 59) „sin cambios físicos (muy bien) ni analíticos. Cito en Octubre“.

Y una última analítica en fecha 29 de Octubre de 2004, con la anotación en dicha fecha por el Dr. [REDACTED] (folio 60): „sin cambios. Mantengo sin tratamiento y cito en Enero“. La siguiente anotación es „exitus“.

Consta al folio 57 informe de ingreso del Sr. [REDACTED] el día 1 de Febrero de 2005 con motivo de „disminución del nivel de conciencia“, en que se recogen como antecedentes personales „No alergias medicamentosas conocidas. En estudio por trastorno hematológico desde hacía varios meses (leucocitosis con monocitosis). Hiperuricemia“. En la enfermedad actual se hace constar: „paciente que había acudido a este centro por dolor anal asociado a sangrado de unas 48 horas de evolución. Es valorado por Cirugía General, que diagnostica trombocitopenia hemorroidal de todos los paquetes visibles, por lo que se solicita estudio preoperatorio, donde se evidencia leucocitosis (crisis blástica). Queda en el Area de Observación en espera de ingreso en Hematología. Durante su estancia presenta brusco deterioro del nivel de conciencia, presenta a la exploración anisocoria con pupila izquierda midriática y arreactiva. Somos consultados, acudimos a dicha Area procediendo a intubación orotraqueal y trasladándolo al TAC. Se confirma sangrado intracraneal. Ingresamos en UCI“. El hemograma arroja un resultado de 409.000 leucocitos.

En cuanto a la evolución en UCI el informe a que se está haciendo referencia del día 1 de Febrero de 2005, indica „Es trasladado a la Unidad donde permanece conectado a ventilación mecánica“. Y en el informe de UCI del día siguiente, 2 de Febrero, a los datos transcritos se añade: „presentando posteriormente pupilas midriáticas arreactivas y parada cardiorrespiratoria. Exitus“. El diagnóstico del fallecimiento es „hemorragia cerebral intraparenquimatosa múltiple. Síndrome de hipertensión intracraneal. Diátesis hemorrágica. Crisis blástica“.

En el informe de 4 de marzo de 2005 del Dr. [REDACTED] obrante al folio 67 del expediente, se explica en cuanto al hemograma, que „presentaba leucocitosis masiva (superior a 400.000/mm³) a expensas de blastos, con moderada anemia y trombopenia. El fenotipo inmune de sangre periférica confirmó Leucemia Aguda Tipo M-SA de la clasificación F.A.B.“. En el informe del laboratorio de inmunología del Servicio de Análisis Clínico del Hospital Torrecárdenas obrante al folio 69, de fecha 4 de Febrero de 2005, en que se analiza la muestra de médula ósea remitida, se hace constar como diagnóstico clínico „leucocitosis con leucemia mieloide crónica“.

QUINTO.- De lo expuesto resulta que desde el día 11 de marzo de 2004 el Sr.

██████████ estuvo diagnosticado de Leucocitosis con monocitosis, diagnóstico que es el que el que especialista en hematología Dr. ██████████ recoge en su informe (folio 19) y el que se va reiterando en los documentos médicos emitidos cuando el paciente acude a los servicios sanitarios por otras afecciones, que obra igualmente en el expediente administrativo a los folios 21 y 25, en que se recoge como antecedente leucocitosis en estudio por hematología. Ello se mantiene incluso en los informes de los días 1 y 2 de Febrero de 2005 ya referenciados obrantes a los folios 56 y 57 que indican „en estudio por trastorno hematológico desde hacía varios meses (leucocitosis con monocitosis)“.

Así pues, no hubo un diagnóstico previo al fallecimiento de LMMC, pues la única indicación es la recogida el día 11 de Marzo de 2004 en las anotaciones del Dr. ██████████, el primer día que atiende al paciente, con un signo de interrogación, por lo tanto, como duda o simple sospecha, que no se confirmó ni consta realizada prueba complementaria alguna para tal comprobación. Es en el estudio de la muestra de médula ósea -tomada el día 1 de Febrero de 2005- realizado el 4 de Febrero de 2005, producido el fallecimiento, cuando se diagnostica la leucocitosis con leucemia mieloide crónica.

Por tanto, hasta el fallecimiento no hubo un diagnóstico de LMMC. El hematólogo tuvo una sospecha, pero durante casi el año que transcurre hasta el fallecimiento se mantiene el diagnóstico de leucocitosis con monocitosis, y ni se confirma la LMMC ni se hacen pruebas para disipar la duda.

La perito de la parte actora, D^a. Aurora Valenzuela Garach, Catedrática de Medicina legal y forense, refiere en su informe que „si nos basamos en los protocolos de diagnóstico recomendados, ante una leucocitosis con monocitosis mantenida en el tiempo y evolucionando hacia el aumento celular, se debe proceder a una confirmación diagnóstica mediante observación del frotis sanguíneo al microscopio. (...) La observación de alteraciones morfológicas de los leucocitos puede sugerir la existencia de síndrome mielodisplásico, en cuyo caso, es necesaria la realización de estudio de médula ósea“. Considera la perito que ante las alteraciones del hemograma de D. ██████████ era necesario para poder llegar a un diagnóstico preciso de la patología que padecía, haber realizado un frotis sanguíneo y un estudio consecutivo de médula ósea.

La perito de la entidad aseguradora Zurich, persona da en autos como codemandada, D^a ██████████, especialista en hematología y hemoterapia, expresa en su dictamen que „puede confirmarse que el diagnóstico del cuadro de leucocitosis con monocitosis que presentaba el enfermo tras su estudio en la consulta el 5/3/04 efectivamente era una leucemia mielomonocítica crónica. Por varias razones:

a. Esta leucemia se define por la presencia de leucocitosis con monocitosis >1000, mantenida durante > 6 meses, en ausencia de causas secundarias que lo produzcan, con ciertos datos acompañantes de displasia (que se ven examinando el frotis, cosa que sí se hizo).

b. El enfermo fue seguido en consulta con una frecuencia razonable, mediante los análisis indicados, que demostraron la persistencia de las anomalías.

c. Sin embargo se puede criticar que:

i. Se debería haber realizado un estudio de aspirado de MO para observar la displasia central medular y contar el % de blastos, aunque este estudio no era realmente imprescindible para diagnosticar la LMMC.

ii. Pero sí para realizar una citogenética y descartar la translocación t(9;22) típica de la leucemia mieloide crónica. Esta enfermedad se debe excluir porque tiene un tratamiento específico muy eficaz pero, en este caso, hay que señalar que las cifras de sangre periférica y su estabilidad no señalan hacia esa opción, y aunque hubiera sido más correcto, no era imprescindible, ni hubiera cambiado el curso clínico del paciente“.

Pues bien, este dictamen pericial coincide con el de la parte actora, tanto en la descripción de la leucemia, como en los medios para su diagnóstico; frotis sanguíneo y aspirado de médula ósea. Lo que ocurre es que la Dr. [REDACTED] rechaza que el frotis sanguíneo no se realizara, y considera que el aspirado de médula ósea no era imprescindible para el diagnóstico de este caso, dado que el cuadro que presentaba el paciente era definitorio de una LMMC, sin necesidad de dicha prueba, conforme se ha expuesto.

Siendo ello así, si tan claro era el diagnóstico, sin necesidad del aspirado de médula ósea, no se ofrece ninguna explicación al hecho de que el paciente no fuera diagnosticado de LMMC, al menos transcurridos esos seis meses en que se mantenían los resultados anormales. Si, por el contrario, para el especialista que lo atendía ello no era suficiente para establecer el diagnóstico de leucemia del tipo indicado, tampoco se ofrece explicación al motivo por el que no se efectuó el aspirado de médula ósea.

Prueba ésta que, en cualquier caso, la Dra. [REDACTED], no deja de reconocer que hubiera sido la correcta, pues aun cuando el cuadro era expresivo de una LMMC habría sido necesaria para realizar una citogenética y descartar la translocación típica de una leucemia mieloides crónica.

La LMMC no le fue diagnosticada al paciente, a pesar de las sospechas del médico especialista que le atendía. No se hicieron las pruebas para disipar estas sospechas, pudiendo hacerse. No se informó al paciente siquiera de la sospecha de leucemia. Y ello sin olvidar que, conforme a la pericial de Zurich, no habría sido imprescindible ninguna otra prueba para el diagnóstico de LMMC.

SEXTO.- Explica D^a. Aurora Valenzuela Garach, en el informe pericial que aporta la parte actora, que la Leucemia Mielomonocítica Crónica es la enfermedad más común del grupo de enfermedades mieloproliferativas /mielodisplásicas, que afecta principalmente a las personas de edad avanzada. Por lo general, estas personas tienen un recuento de glóbulos blancos (leucocitos) muy alto. La mayoría de las células son monocitos. Usualmente hay células anormales en la médula ósea, pero el porcentaje de blastos es menor al 20%. Muchas personas tienen el bazo agrandado. Alrededor del 15% al 30% de los pacientes desarrollan leucemia mieloide aguda. Algunas personas con esta enfermedad pueden tener recuentos sanguíneos normales aunque siguen teniendo

demasiados monocitos en la sangre. Estas personas siguen teniendo células anormales en sus médulas óseas y están en riesgo de contraer leucemia aguda. En cuanto al tratamiento expone que en general el tratamiento de estos síndrome no es muy satisfactorio, sólo el trasplante de células madre permite la curación. El tratamiento de la leucemia mielomonocítica crónica puede incluir lo siguiente: quimioterapia con una o más sustancias, trasplante de células madre y participación en un ensayo clínico de un tratamiento nuevo.

El dictamen del Servicio de Aseguramiento y Riesgo del SAS recoge como técnicas de tratamiento la quimioterapia, el trasplante de médula ósea y células madre y refiere un informe de caso de terapia con mesilato de imatinib eficaz en un subgrupo de pacientes con LMMC.

La perito Dra. Figuera Alvarez, en el dictamen aportado por Zurich, considera que el tratamiento quimioterápico de la LMMC ni es eficaz ni estaba indicado en este caso, pero sin embargo „sí se debía haber explorado la posibilidad de hacer un trasplante de médula ósea alogénico en este enfermo, dado que era joven y tenía una enfermedad incurable. Al menos haberle hablado de ello, haber tipado a sus hermanos (si los tenía) y haber valorado esa posibilidad en caso de tener alguno compatible“.

Dice la perito Dra. Figuera Alvarez que el trasplante es la única opción curativa en esta enfermedad. También el dictamen del Servicio de Aseguramiento y Riesgo expone que el trasplante de médula ósea y células madre parece ser el único tratamiento en curso que modifica la historia natural de la LMMC. Expresión idéntica a la que utiliza la perito de la parte actora D^a. Aurora Valenzuela Garach.

Por lo tanto, la LMMC -nunca diagnosticada y, por lo tanto, informada y planteada al paciente-, en su fase crónica, tenía tratamiento. Es el dictamen del servicio sanitario público el que admite la posibilidad de tratamiento con quimioterapia, más o menos eficaz, pero que venía siendo utilizado para la LMMC „con un éxito apenas moderado“. No se dice „sin“ éxito. Pero lo que en todo caso se admite como tratamiento posible, eficaz y adecuado es el trasplante de médula. Tanto en el dictamen pericial de la actora como en el dictamen del Servicio de Aseguramiento y Riesgo del SAS, se explica que „en un análisis de 118 pacientes jóvenes con SM D (edad promedio de 24, gama de 0,3 a 53 años) que recibieron trasplantes alogénicos de médula ósea de donantes no emparentados del mismo tipo, la probabilidad actuarial de supervivencia a los 2 años para los 12 pacientes con LMMC fue del orden del 10%. la edad del paciente influyó en la mortalidad relacionada con el trasplante (<18 años de edad, 40%; 18-35 años de edad, 61%; >35 años, 81%). Este estudio incluyó a pacientes sometidos a trasplantes desde 1986, lo cual puede haber repercutido en los datos de supervivencia de los pacientes. En un análisis reciente de 50 trasplantes alogénicos para LMMC (por ejemplo, edad promedio de 44 años, gama de 19-61 años) de donantes emparentados (n=43) o no emparentados (n=7), la supervivencia general estimada a 5 años fue de 21%. La probabilidad estimada de reincidencia a los 5 años fue de 49%. Los datos revelaron una tendencia hacia una probabilidad de reincidencia inferior de enfermedad aguda de injerto contra huésped de grado II a grado IV y una tasa de reincidencia más alta en pacientes

con injerto sin células T, con lo cual se indica un efecto de injerto contra LMMC. Esta última serie representa la cohorte más extensa de pacientes con LMMC tipo adulto y trasplante alogénico de células madre a la fecha“. El dictamen presentado por Zurich de la Dra. Figuera Alvarez expone que el trasplante es la única opción curativa en esta enfermedad, pero como los propios peritos señalan, ofrece muy malos resultados (20-30% de supervivencia a largo plazo)“.

Por lo tanto, se admite que las posibilidades de curación de la LMMC con un trasplante en esta fase crónica son de hasta el 30%.

Al Sr. [REDACTED] no se le indicó tratamiento alguno para la LMMC - consecuencia lógica de su falta de diagnóstico-, de mayor o menor eficacia según la opinión de los distintos peritos médicos, pero con la posibilidad real de que uno de ellos, el trasplante de médula, le hubiera sido propuesto, estudiado y sometido a su decisión, ofreciéndole con ello una posibilidad de curación, aun cuando fuera en ese porcentaje.

El informe pericial de Zurich, no obstante reconoce que se trata de la única opción curativa, y admitiendo que buscar esa posibilidad y explicársela al enfermo habría sido lo más correcto, „probablemente el trasplante no hubiera estado indicado aunque tuviera un donante dado que. 1. El paciente estaba estable y asintomático hasta 24 h antes de su ingreso final. No se hubiera considerado indicado hasta que el paciente manifestara algún signo de progresión. 2. Tenía problemas que podrían aumentar la morbilidad del trasplante como la apnea del sueño, la hiperuricemia y leve insuficiencia renal y el hipotiroidismo“.

En estos autos ha explicado la perito autora de dicho informe que se le debió haber dado esa oportunidad, la cuestión habría sido decidir en qué momento se haría el trasplante, pues se suele realizar cuando se observa alguna progresión, que cuando se produjo en este caso fue tan brusca y explosiva que no lo habría hecho posible.

Ciertamente se desconoce cuál habría sido el resultado del trasplante y, aun cuando concurrieran esas otras dificultades, lo cierto es que al no haberse siquiera planteado, no se efectuó un estudio médico adecuado del paciente que pudiera haber valorado todas las circunstancias, planteándose en el informe referenciado los aspectos más negativos que, indudablemente se habrían de tomar en cuenta, pero para someterlos a la decisión del paciente, pues lo que no se concluye es que el trasplante hubiera estado en cualquier caso impedido en cuanto a su realización, tanto por la fase de la enfermedad como por las enfermedades concurrentes en el paciente. No se puede olvidar al respecto que la enfermedad no estaba diagnosticada, evaluada, estudiada, informada ni tratada. Era diagnosticable, tenía tratamiento y había alguna posibilidad de curación. De todo ello se privó al paciente.

Se dice en el informe pericial aportado por Zurich que „la crisis blástica explosiva, hiperleucocitósica, le provocó la muerte en 24 horas, sin que la ciencia médica tuviera tiempo de hacer nada por evitarlo“. En el informe de 4 de Marzo de 2005 del Dr. [REDACTED] (folio 67 del expediente) a que ya se ha hecho referencia, indica que el hemograma realizado -cuando ingresa de urgencia el día 1 de Febrero de 2005-

presentaba leucocitosis masiva (superior a 400.00 m m3) a expensas de blastos, con moderada anemia y trombopenia. El fenotipo inmune d e sangre periférica confirmó Leucemia Aguda Tipo M-SA de la clasificación FAB“.

Como se expone en el dictamen pericial de la actora , en casi un 15 a 30% de los casos se manifiesta una evolución hacia la leucemia aguda mieloblástica. En igual sentido se pronuncia el dictamen del Servicio de Aseguramiento y Riesgos del SAS, conforme al cual „un 15-30% de los casos evoluciona a leucemia aguda y se presenta una crisis blástica, como ocurrió en éste. Dichas crisis son impredecibles y la instauración precoz de un tratamiento quimioterapéutico no las previene y, por tanto, no aumenta la supervivencia“. Ciertamente hubo esta evolución leucemia aguda, con crisis blástica, pero, aun cuando ese tratamiento con quimioterapia no la hubiera prevenido, no puede olvidarse que existía esa opción curativa, el trasplante de médula, que no se realizó -ni se planteó como tratamiento-, desconociéndose si lo hubiera prevenido o no, caso de haberse realizado y dada la posibilidad aunque fuera en un 20 a 30% de éxito.

SEPTIMO.- A la vista de lo expuesto, resulta acreditada la vulneración de la "lex artis" por falta de realización de la prueba médica necesaria y esencial para, a la vista del cuadro que presentaba el paciente, haber obtenido el correcto y preciso diagnóstico, llegando así a establecer un diagnóstico de certeza que sustituyera a la duda, sobre la que no se trabajó. Sospecha de LMMC de la que además no consta que se informara al paciente.

Se ha de destacar que en la fase de conclusiones orales expone la defensa de Zurich que los actores carecen de legitimación para reclamar por la falta de información, al ser éste un derecho personalísimo del paciente, ya fallecido. Al respecto conviene reseñar, en primer lugar, que resulta incorrecto procesalmente plantear esta cuestión en fase de conclusiones, siendo lo procedente suscitarlo en la demanda; en segundo lugar, en cualquier caso, siendo cierto que el titular del derecho a la información asistencial es el paciente conforme a los artículos 4 y 5 de la Ley 41/2002, no obstante es este último artículo 5 en su apartado primero in fine el que expresa „También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita“.

La falta de información privó al Sr. [REDACTED] de conocer la enfermedad que realmente conocía, su gravedad y pronóstico. Le privó de recibir un tratamiento, conocerlo en su amplitud, sus posibilidades y decidir en consecuencia, presentándose una opción curativa con el trasplante de médula.

En esta línea, la jurisprudencia ha configurado la teoría de la pérdida de oportunidades que, en este caso, debe entenderse unida a la pérdida de oportunidad a la curación definitiva, teniendo en cuenta que no puede considerarse acreditado que el diagnóstico correcto hubiera evitado el fallecimiento. Dicho en otras palabras, no es posible dar por acreditado que la realización de la prueba hubiese llevado a la adopción de medidas que hubiesen evitado el fallecimiento, pero sí es posible dar por acreditado que esa omisión de la prueba conllevó la pérdida de oportunidades a un resultado positivo y favorable, entendida como privación de expectativas, a la que se refiere la sentencia del

Tribunal Supremo, de fecha 25 de junio de 2010, con cita de otras anteriores, en la que se advierte que: „(...) En la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad se define - entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2.008, (Rec num. 4.476/2.004) como "la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio»".

Como afirma la sentencia de 21 de febrero de 2.008 (RC núm. 5271/2.003), "en el caso de autos no se ha dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible, en eso consiste la pérdida de oportunidad ". Y, de igual forma, en la sentencia de 13 de julio de 2.005 (RC núm. 435/2.004), afirma el Tribunal Supremo que "sin que conste la relevancia causa-efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios...".

OCTAVO.- La puesta en relación de la doctrina sobre la pérdida de oportunidades con la indemnización o reparación derivada de la responsabilidad, ha sido abordada por la STS de 23 de septiembre de 2010, recurso 863/2008, en la que se señala que "(...) la privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad " (...) se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias."

Para valorar el daño indemnizable por la "pérdida de oportunidad " se ha de tener en cuenta el daño moral derivado de la pérdida de tratamiento. Así, la Sentencia de 1 de marzo de 2010 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana razona, en lo que aquí interesa, lo siguiente: "...En estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera; en la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de

una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. Desde estas premisas, y a la hora de efectuar la valoración del daño indemnizable, la jurisprudencia (SSTS 20/octubre/1987, 15/abril/1988 o 5/abril 0 y 1/diciembre/1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3/enero/1990, derive de una apreciación racional aunque no matemática, pues, como refiere la STS de 27/noviembre/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 STS 23/febrero/1988, las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria. La STS de 19/julio/1997 habla de la existencia de un innegable "componente subjetivo en la determinación de los daños morales". Criterios que la Sentencia de la Sala Tercera de fecha 3 de Diciembre de 2012, dictada en el rec. 2892/2011, para la unificación de la doctrina, declara correctos. Expresa, además: „Como dice la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación num. 5893/2006) , y reitera la de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación num. 2755 / 2010), la denominada "pérdida de oportunidad " se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente , con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

Partiendo de esta doctrina, y dentro de los límites cuantitativos que impone la estricta indemnización de la "pérdida de oportunidad", se han de tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes, cuales son el daño moral indudablemente indemnizable derivado de la falta de información siquiera fuera de la sospecha de padecer LMMC, y la falta de su confirmación con los parámetros ya existentes o mediante prueba complementaria, de lo que derivó la falta de planteamiento al paciente de un tratamiento alternativo y la privación a éste de su derecho a decidir someterse o no a dicho tratamiento, teniendo en cuenta la pérdida con ello de posibilidad de ser tratado, y valorando la probabilidad -ciertamente baja- de curación o al menos de prolongación de su vida, y asimismo la probabilidad de evolución hacia leucemia aguda mieloblástica, de consecuencias fatales, como así ocurrió, teniéndose además como debidamente acreditada la convivencia real de los reclamantes con el fallecido, esposa e hijos del mismo, se estima que la cifra de 54.000 euros constituye una suma prudente y razonable que cubre la totalidad de los perjuicios sufridos por la parte actora, correspondiendo 30.000 euros a la esposa y 6.000 euros a cada uno de sus hijos, comprendida ya su actualización a la fecha de esta sentencia y sin perjuicio de los intereses a que se refiere el artículo 106 de la Ley de la Jurisdicción.

NOVENO.- En relación con esta cuestión de intereses, solicita la parte actora en el suplico de su demanda que „en caso de que la compañía aseguradora del SAS, se persone en el presente procedimiento, se la condene a satisfacer además, sobre la indemnización debida, el interés penitencial establecido en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro“.

Esta pretensión no puede estimarse, por un lado, por cuanto que la acción se dirige únicamente contra el SAS, sólo se pide la condena de dicho organismo al pago de la cantidad de la indemnización, por lo que, sin pretensión de condena a la aseguradora al pago de esta indemnización no cabe pedir la condena de intereses de la misma; y, por otro lado, se ha de recordar el criterio establecido en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 19 de Septiembre de 2.006 (rec. 4858/2002), según la cual „Las previsiones del precepto se dirigen a gravar la demora del asegurador en la satisfacción de la indemnización de los daños y perjuicios en su relación directa con el tomador del seguro o asegurado en general y con carácter particular, respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, como resulta del núm. 1 del precepto en relación con el número 6º, párrafo tercero, que se refiere a la reclamación o acción directa formulada por el tercero perjudicado, en cuanto la demora en el reconocimiento del siniestro y la correspondiente reparación es imputable a la compañía aseguradora que interviene. Así se desprende del número 8º de dicho precepto, según el cual, „no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable“, como sucede en supuestos como el presente en el que la reclamación no se formula directamente a la aseguradora sino a la Administración, lo que tuvo lugar, además, el 28 de octubre de 1998, es decir, más de tres años después de que se produjeran los hechos, la cual denegó la existencia de responsabilidad patrimonial que sólo se determinó a través de la sentencia ahora recurrida, de manera que no puede imputarse a la compañía aseguradora la demora en el pago de la indemnización en relación con el momento en que se produjeron los hechos, que es imputable, primero a la actitud de la propia recurrente en la formulación de la reclamación años después y, segundo, a la necesidad de reconocimiento judicial del derecho de la recurrente frente a la Administración, cuya demora y subsiguiente perjuicio patrimonial se sujeta, en su caso, a la correspondiente actualización y abono de intereses, como establece el art. 141.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sin que pueda hacerse de peor condición a la entidad aseguradora, a la que no es imputable en este caso la demora, sujetándola al pago de unos intereses muy superiores, debiéndose aplicar, por lo tanto, el mismo criterio que se establece para la demora de la Administración. En tal sentido, la Sala Primera de este Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de marzo de 2000, que cita las de 19 de junio y 10 de julio de 1997, exige para la aplicación de los intereses establecidos en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, entre otras circunstancias, que no exista causa justificada de la falta de pago. Por su parte, a sentencia de la misma Sala de 29 de noviembre de 2005, haciendo referencia a dicha doctrina, señala entre los supuestos en que se estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los referidos intereses moratorios (art. 20 LCS), el caso de que la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional; con más motivo cuando, como sucede en este caso, ello es preciso no sólo para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial y la subsiguiente responsabilidad del asegurador sino para la determinación de la indemnización procedente. En consecuencia esta pretensión debe desestimarse“.

DECIMO.- Dada la estimación parcial de la demanda, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 139.1 de la misma Ley procesal, no se efectúa expresa condena en costas.

En atención a lo expuesto y en nombre de S.M. EL REY

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a. [REDACTED], D^a. [REDACTED], D. [REDACTED], D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED], contra la Resolución que se describe en el primer fundamento de derecho de esta Sentencia, la anulo por no ser ajustada al ordenamiento jurídico y declaro el derecho de los actores a ser indemnizados por el Servicio Andaluz de Salud en la cantidad total actualizada de 54.000 euros -30.000 euros a la esposa, y 6.000 euros a cada uno de los hijos- que devengará el interés legal del artículo 106.2 LJCA desde la notificación de esta Sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de apelación en ambos efectos en el plazo de quince días desde su notificación para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

DILIGENCIA: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada estando celebrando audiencia pública en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Sevilla en el día de hoy y a mi presencia de que doy fe como Secretario del mismo.