

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 7
SEVILLA
PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 252/08

SENTENCIA n° 412/11

En Sevilla, a seis de Julio de dos mil once.

Vistos por Doña [REDACTED], Magistrado-Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo n° 7 de Sevilla y de su partido, los presentes autos de procedimiento ordinario n° 252/08 interpuesto por el Letrado D. José Antonio Ramos Mesonero, en nombre y representación de Doña [REDACTED] y otros contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de responsabilidad patrimonial presentada por los recurrentes ante el SAS. Cuantía 124.028,38 euros. El litigio versa sobre responsabilidad patrimonial.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO: El pasado día 16 de Abril de 2008, se registró, procedente del turno de reparto del Decanato, la demanda contencioso administrativa entre las partes y con el objeto *ut supra* referido. Se admitió a trámite el presente recurso contencioso administrativo, y una vez recibido el expediente administrativo se dio traslado para demanda que se formuló en fecha 9/10/2008. Se confirió traslado a la parte demandada para que contestara a la demanda, haciéndolo en fecha 6/3/2009 y la codemandada en fecha 26/10/2009. Se dictó auto de fecha 28/10/2009, fijando la cuantía del procedimiento en 124.028,38 euros y abriendo el período probatorio. Cerrado el período probatorio, se abrió el trámite de conclusiones, con el resultado que obra en las actuaciones, quedando las mismas vistas para sentencia.

SEGUNDO.- En este proceso se han observado las formalidades legales, salvo el cumplimiento de plazos procesales, debido al volumen de trabajo que existe en el Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A partir de lo dispuesto en los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la jurisprudencia ha venido declarando que, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, son precisos los siguientes requisitos:

a) la efectividad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o

grupo de personas;

b) que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieren influir, alterando con ello el nexo causal;

c) que no concorra fuerza mayor;

d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta.

En materia de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación médica, el criterio básico utilizado es el de la "Lex Artis", de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: 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 la obligación y el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental a la hora de delimitar la responsabilidad.

Al respecto cabe señalar la STS de 27 de noviembre de 2000 en la que se recuerda que "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 por excluida de antemano."

SEGUNDO.- Los recurrentes fundan su pretensión en los siguientes hechos: En un retraso en el diagnóstico el cáncer de próstata que padecía D. [REDACTED]. Parten de la base, que desde la primera asistencia en la consulta de urología, el 10/2/2004, se debería de haber practicado más pruebas ante la sospecha del cáncer de próstata. La parte recurrente considera que no se cumplió el protocolo médico al no practicarse una nueva prueba de PSA.

Si acudimos al folio 57 expediente administrativo, observamos como el Sr. [REDACTED], en la primera consulta, presentaba síntomas propios de una hipertrofia benigna de próstata, siendo diagnosticado de síndrome prostático. En el mismo informe se indica que el paciente aporta un PSA de 1.5, que según informe pericial se correspondía con una prueba realizada en Noviembre de 2003.

Igualmente obra en las actuaciones informe del Jefe de servicios de urología Dr. [REDACTED], del Hospital Carlos Haya en el que se dice " Un paciente con tacto rectal no sospechoso de neoplasia y con PSA de 1,5 no tiene indicación de biopsia de próstata. PSA por debajo de 3 ng/ml, por si

solo, no precisa estudio en atención especializada. Las indicaciones establecidas en el Proceso Asistencial integrado en Andalucía, para sospechar un cancer de próstata son :

a) Tacto rectal sospechoso de neoplasia.

b) PSA por encima de 3 ng/ml. Ninguna de estas condiciones presentaba D. ."

Sin embargo si acudimos la informe de la Real Academia de Medicina, emitido por el Dr. [REDACTED], se dice en el folio 3 punto 2 a la pregunta de si fue o no correcta la actitud médica que " El paciente aportaba un PSA de fecha indeterminada que era normal cuando acude al especialista la primera vez el 10/2/2004, con tacto rectal, con próstata fibrosa, elástica, grado II-III, sin nódulos, pero dada la clínica y la flujometría obstructiva en Abril se debería haber realizado control de PSA y una ecografía como prueba complementaria." Se dice también por el perito y fue ratificado en el acto del juicio que en Febrero de 2004 por el PSA de fecha indeterminada y el tacto rectal, no existía sospecha neoplásica pero se hecha en falta e esa fecha un estudio de ecografía. Dice el perito "En abril de 2004 hecho en falta ..PSA y ecografía". Este informe pericial que ha sido emitido por un perito imparcial, se dice que no se ha actuado correctamente por el SAS, ya que se debería haber sospechado en la ecografía de septiembre de 2004, pero al no realizarse PSA, la enfermedad continuó con su evolución y en Mayo de 2005 se presentó hematuria, no realizándose ningún control ecográfico ni de PSA, hasta Octubre-Diciembre, cuando se practican todas aquellas pruebas".

El mencionado informa concluye " que la asistencia sanitaria prestada..no fue correcta ...no se atendió con precisión a la clínica que el paciente tenía, objetivándose un proceso obstructivo en la primera flujometría, no ha existido un control adecuado de PSA desde el inicial de fecha indeterminada de Febrero de 2004 hasta el que se solicita en diciembre de 2005, es mucho tiempo, cuando además hay datos que deberían haberlo sospechado como la ecografía transrectal de septiembre de 2004 y al hematuria persistente desde Mayo de 2005. Han faltado controles eco gráficos convencionales también...". Por tanto atendiendo al citado informe, que ha sido emitido por un perito judicial, y que llega ala misma conclusión que los peritos propuestos por la parte actora y cuyo informe pericial, fue aportado con la reclamación previa en vía administrativa, debemos concluir que la actuación del SAS en el supuesto que nos ocupa no fue conforme a la lex artis, por lo que concurriendo los requisito necesarios para exigir responsabilidad patrimonial al SAS por el funcionamiento del servicio sanitario procede fijar la cuantía de la indemnización.

TERCERO.- Los recurrentes alegan que procede indemnizar por el efectivo fallecimiento de la esposa y padre de los

actores y no, como pretende la administración, por la probabilidad de supervivencia en caso de haberse practicado una buena praxis médica. La Administración, considera que se debe indemnizar el 25% de la cuantía total correspondiente por el fallecimiento, cuantía que se determina aplicando, por analogía, el baremo de tráfico.

La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 así como las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio, máxime si, como en el caso presente, no se pusieron a disposición del paciente todos los medios y conocimientos de la ciencia médica para diagnosticar y tratar adecuadamente el cuadro que presentaba. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, en este caso el fallecimiento, 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.

Dice la STS Contencioso sección 6 del 07 de julio de 2008 (ROJ: STS 3890/2008), recurso: 4776/2004 "Esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la «pérdida de oportunidad» (sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2º) y 26 de junio de 2008, ya citada, FJ6º), 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»".

Debemos mostrar nuestra conformidad con la parte recurrente, ya que, en la fijación de la indemnización a conceder hay que tener en cuenta, conforme a lo hasta aquí razonado, la doctrina de la pérdida de oportunidad, con arreglo a la cual es posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, que deben ser indemnizadas, sin que en el caso presente deba reducirse el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, aún de haberse actuado diligentemente, ya que como declaró el perito de la Real Academia en el acto del juicio, si se hubiera detectado la enfermedad en el año 2004, el pronóstico

hubiera cambiado, a preguntas de la parte recurrente, manifestó que, en ese momento estaría dentro de la glándula prostática y si se hubiera cogido a tiempo, con al edad que tenía el paciente, podía haberse curado.

Los recurrentes han cuantificado la indemnización aplicando de manera analógica el baremo de tráfico actualizado al año 2007, correspondiendo a la esposa del recurrente la cantidad de 99.22,70 euros y a cada uno de los hijos la cantidad de 8.268,56 euros, cantidad que actualizamos aplicando el baremo vigente al momento del dictado de la presente sentencia, fijado por Resolución de 20 de enero de 2011, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2011 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Para la esposa se determina la cantidad de 108.846,51 euros y para cada uno de los hijos la cantidad de 9.070,54 euros, todo ello más intereses legales desde el dictado de la presente sentencia.

CUARTO.- Por todo lo manifestado procede estimar el presente recurso contencioso administrativo. Todo ello sin imposición de costas (art. 139.1 LJCA).

Vistos los preceptos legales citados y otros de general y pertinente aplicación;

FALLO

Debo estimar y estimo la demanda rectora de esta litis y declarar el derecho de Doña [REDACTED], a ser indemnizados por el SAS, y solidariamente por la compañía de seguros Zurich España SA, en la cantidad de 108.846,54 euros y a cada uno de los hijos, Doña [REDACTED] D. [REDACTED] y D. [REDACTED] en la cantidad de 9070,54 euros, todo ello más intereses legales desde el dictado de la presente sentencia.

Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma se puede interponer recurso de apelación ante este mismo Juzgado dentro de los quince días siguientes al en que se practique su notificación. Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 EUROS debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado nº 1834000093025208, indicando en las observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 00 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en la LO 1/2009 de 3 de Noviembre, salvo la concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente a